

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC170035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 20. März 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger ("Beklagter")

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte ("Klägerin")

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen einen Zwischenentscheid des Einzelgerichtes des Bezirks-
gerichtes Bülach vom 7. September 2017; Proz. FE160096**

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessverlauf

1.1. Die Parteien stehen sich seit dem 6. April 2016 in einem Scheidungsverfahren vor Bezirksgericht Bülach gegenüber (act. 5/1/1). Diesem reichten sie ein vom 20. Februar 2016 datiertes gemeinsames Scheidungsbegehren ein, mit welchem sie dem Gericht gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe gestützt auf Art. 112 ZGB und die Beurteilung der Scheidungsfolgen beantragten (act. 5/1/2). Dieser Eingabe legten sie den auf sie lautenden Familienausweis bei. Dieser enthält keine Angabe über ein gemeinsames Kind der Parteien (act. 5/3).

1.2. Am 11. August 2016 schlossen die Parteien im Rahmen der Einigungsverhandlung unter Mitwirkung des Gerichtes eine Teilvereinbarung, beinhaltend das Scheidungsbegehren und die Regelung der beruflichen Vorsorge, des Güterrechtes und der Familienwohnung (act. 5/30). Gleichentags trafen die Parteien eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen betreffend den Ehegattenunterhalt und die Grundlagen der Berechnung (act. 5/31).

1.3. Mit Verfügung vom 25. August 2016 erwog die Einzelrichterin, es sei anhand der Verfahrensakten und nach Durchführung der Einigungsverhandlung vom 11. August 2016 umstritten, ob das Kind C._____, geboren am tt.mm.2001, als Tochter des Beklagten gelte und folglich im vorliegenden Scheidungsverfahren zu berücksichtigen sei, und verfügte anschliessend, das Verfahren werde auf die Frage der Anerkennungsfähigkeit einer allfälligen brasilianischen Anerkennungserklärung beschränkt (act. 5/32). Gestützt auf diese Verfügung und die damit einhergehende Aufforderung zur Stellungnahme beantragte die Klägerin mit Zuschrift vom 10. November 2016 an die Vorinstanz, es sei die in Brasilien am 23. Juli 2013 erfolgte und eingetragene Kindeserkennung der Tochter C._____, geb. tt.mm.2001, von Brasilien, durch den Beklagten hier in der Schweiz anzuerkennen und das Kindesverhältnis im Schweizerischen Zivilstandsregister entsprechend einzutragen (act. 5/39 S. 2). In einer weiteren Verfügung vom 16. November 2016 merkte die Einzelrichterin die von den Parteien am 11. August 2016 betreffend

vorsorgliche Massnahmen getroffene Vereinbarung vor und schrieb das betreffende Verfahren als erledigt ab. Zugleich setzte sie dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Klägerin vom 10. November 2016 an (act. 5/41). In seiner Stellungnahme vom 27. Januar 2017 beantragte der Beklagte Nichteintreten auf den klägerischen Antrag resp. dessen Abweisung (act. 5/45). Die Klägerin liess sich dazu mit Eingabe vom 20. April 2017 vernehmen und hielt an ihren Anträgen fest (act. 5/52). Ein Gleiches tat der Beklagte mit Zuschrift vom 6. Juni 2017 (act. 5/57).

1.4. Am 7. September 2017 fällte die Einzelrichterin einen Zwischenentscheid. In diesem stellte sie fest, dass zwischen dem Gesuchsteller (Beklagten) und dem Kind C._____, geboren am tt.mm.2001, ein Kindesverhältnis bestehe (act. 5/63 Dispositiv Ziffer 1 = act. 4).

1.5. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vom Beklagten rechtzeitig erhobene Berufung (act. 2). Er beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des fraglichen Entscheides bzw. das Nichteintreten auf die von der Klägerin gestellten Rechtsbegehren gemäss deren Eingaben vom 16. November 2016 und 20. April 2017 bzw. deren Abweisung.

Die Klägerin verlangt die Abweisung der Berufung und in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 15).

In seiner Stellungnahme zu dieser Eingabe hält der Beklagte an seinem Standpunkt fest (act. 22).

Diese Eingabe wurde der Klägerin zugestellt (act. 23, 24). Eine weitere Stellungnahme ist am 16. März 2018 eingegangen (act. 27).

1.6. Da Ersatzoberrichter lic. iur. A. Huizinga in der Zwischenzeit seine Tätigkeit am Obergericht beendet hat, ist Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein zur Referentin bestimmt worden.

2. Materielles

2.1. Vorinstanzlicher Entscheid

Die Einzelrichterin erwog zunächst, die divergierenden Parteistandpunkte zum Kindesverhältnis hätten eine Einigung über die Scheidungsfolgen verunmöglicht. Das Scheidungsverfahren hätte daher in aufwändiger Art und Weise mit Begehren und Eventualbegehren zu den Varianten mit bzw. ohne Kindesverhältnis durchprozessiert werden müssen. Daher sei das Verfahren auf das Prozessthema des Kindesverhältnisses beschränkt worden, wogegen kein Rechtsmittel ergriffen worden sei. Weiter erwog die Einzelrichterin, es müsse in Abweichung vom Gesetzeswortlaut die Fällung eines Zwischenentscheides immer dann möglich sein, wenn es sich als zweckmässig erweise, was regelmässig der Fall sei, wenn dadurch ein bedeutender Zeit- und Kostenaufwand gespart werden könne, was hier zutreffe.

In der Folge befasste sich die Einzelrichterin mit den eingereichten brasilianischen Urkunden und der Anerkennungsfähigkeit der brasilianischen Kindesanerkennung. Zusammenfassend hielt sie fest, die Kindesanerkennung sei nach dem Heimatrecht der Tochter und der Mutter gültig zustande gekommen und es liege auch kein Verweigerungsgrund für die Anerkennung der brasilianischen Kindesanerkennung vor.

Als Rechtsfolge ihrer Entscheidung hielt sie weiter fest, es sei im Scheidungsverfahren von einem Kindesverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kind C._____ auszugehen (act. 4 S. 4-12).

2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Der Beklagte wendet sich gegen diesen Entscheid. Zunächst wirft er der Einzelrichterin vor, sich nicht mit seinem Nichteintretensantrag befasst zu haben. Er verweist auf seine entsprechenden Rechtsschriften, insbesondere diejenige vom 6. Juni 2017, in welcher er ausgeführt habe, "eine 'vorfrageweise im Rahmen eines Scheidungsverfahrens' zu erfolgende gültige Anerkennungsfeststellung und deren (definitive) Eintragung im schweizerischen Zivilstandsregister könne es im

Übrigen schon per definitionem nicht geben" (act. 2 S. 4/5). An dieser Auffassung der Unzuständigkeit hält er ausdrücklich fest.

In inhaltlicher Hinsicht macht der Beklagte geltend, die Vorinstanz habe fälschlicherweise das von der Klägerin eingereichte Dokument für die echte Geburtsurkunde gehalten. Tatsächlich handle es sich nicht um eine echte Geburtsurkunde, sondern um eine viele Jahre nach der Geburt von einem Notariatsgehilfen erstellte Gefälligkeitsbescheinigung, wie dies in Brasilien gang und gäbe sei. Die Urkunde treffe inhaltlich schon deshalb nicht zu, weil zur Zeit der Geburt zwischen der Klägerin und dem Beklagten gar keine Beziehung bestanden habe. Zudem sei unbestritten, dass C._____ nicht das leibliche Kind des Beklagten sei. Die Klägerin schweige sich bis heute über den leiblichen Vater des Kindes aus. Der Beklagte moniert weiter, die Vorinstanz habe nicht zwischen Geburts- und Anerkennungsurkunde unterschieden. So weise eine Geburtsurkunde die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Geburt aus, so die Personalien der Mutter, diejenigen des Vaters und eventuell den Zivilstand der Eltern des betreffenden Kindes. Eine Geburtsurkunde könne aber nicht die Vaterschaft eines Mannes enthalten, welcher überhaupt erst Jahre nach der Geburt des Kindes in das Leben des Kindes und der Mutter getreten sei. Sodann werde die Geburtsurkunde durch das zuständige Standesamt geführt, und zwar auch in Brasilien. Die Klägerin habe es unterlassen, einen Auszug aus dem Geburtsregister beizubringen. Das später erstellte Dokument könne die Geburtsurkunde nicht ersetzen. Aus diesem Grund habe er im vorinstanzlichen Verfahren auch die Mutterschaft bestritten, da kein Dokument vorliege, welches die Mutterschaft der Klägerin bestätige.

Er wirft der Vorinstanz vor, die Umstände der behaupteten Kindesanerkennung abzuklären unterlassen zu haben und stattdessen blind auf ein gefälschtes von einem brasilianischen Notariatsgehilfen angefertigtes Dokument abgestellt zu haben, wobei notorisch sei, dass in Brasilien gegen Honorierung unzutreffende Notariatsbescheinigungen erhältlich seien. Ein legalisierter Auszug aus dem Zivilstandsregister des zuständigen Standesamtes liege nicht vor und die von der Klägerin vorgelegten gefälschten Papiere seien keine echten Standesamtsurkunden.

Weiter hält der Beklagte die vorinstanzlichen Ausführungen zur Anerkennungsfähigkeit einer allfälligen brasilianischen Kindeserkennung für falsch. Auszugehen sei von der Tatsache, dass es sich um eine angebliche Anerkennung eines nicht leiblichen Kindes handle. Auch nach brasilianischem Recht setze eine Kindeserkennung die biologische Elternschaft voraus, was hier gerade nicht zutrefte. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz diese klare Rechtslage ins Gegenteil verdrehe. Damit werde rechtsmissbräuchlichem Umgehen von Adoptionen Vorschub geleistet; zudem stelle dies eine Quelle für jede Art von Missbrauch im Bereich der Ausländergesetzgebung dar.

Der Beklagte bestreitet sodann, das behauptete Abstammungsverhältnis über einen längeren Zeitraum gelebt zu haben, wie die Vorinstanz ausführe. Er habe ohnehin immer nur die Zustimmung zu einer Namensänderung erteilt, weil als Folge der Heirat mit der Klägerin diese einen anderen Namen getragen habe als die Tochter, was eine Ausreise der Tochter aus Brasilien erschwerte bzw. verunmöglicht habe. Auch seit der Ankunft der Tochter in der Schweiz sei nie ein Abstammungsverhältnis gelebt worden. Der Beklagte hält sodann die Ausführungen der Vorinstanz zum *Ordre public* für abenteuerlich, da für die Anerkennung von nicht leiblichen Kindern die Adoptionsvorschriften anwendbar seien, an welche sich auch das Scheidungsgericht zu halten habe. Soweit die Vorinstanz geltend mache, es liege eine vom Staat Brasiliens anerkannte legale Anerkennung vor, widerspreche dies in materieller und formeller Hinsicht dem schweizerischen *Ordre public*, da damit missbräuchlich die geltenden Vorschriften umgangen würden. Schliesslich habe die Vorinstanz zu Unrecht Art. 7 UNKRK nicht beachtet, wonach ein Kind unverzüglich nach seiner Geburt in einem Register einzutragen sei, das Recht auf einen Namen habe, das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich das Recht, seine Eltern kennen zu lernen und von ihnen betreut zu werden. Die Klägerin habe bislang keine echte Geburtsurkunde oder ein gleichwertiges amtliches Dokument aus der Zeit vorgelegt, so dass nach wie vor unklar sei, ob in den ersten 7 Jahren ab Geburt eine Vaterschaft bestanden habe, und es nicht einmal bekannt sei, ob die Mutterschaft zwischen dem Kind und der Klägerin bestehe. Möglich sei auch, dass die Klägerin versuche, dem Beklagten und dem schweizerischen Staat ein Kind zu unterschieben (vgl. act. 2).

2.2.2. Die Klägerin beantragt in ihrer Berufungsantwortschrift die Abweisung der Berufung und verweist zunächst auf ihre Ausführungen vor Vorinstanz und die Erwägungen der Vorinstanz (act. 15 S. 2).

Hinsichtlich des vom Beklagten gestellten Nichteintretensantrages ist sie der Auffassung, dass sich der Beklagte gegen die Verfügung der Einzelrichterin vom 25. August 2016 hätte wehren müssen. Da er dies unterlassen habe, habe sich die Vorinstanz nicht mehr mit dieser Frage auseinandersetzen müssen. Sodann hält sie daran fest, dass die Vorinstanz zuständig gewesen sei, vorfrageweise über das Kindesverhältnis zwischen dem Beklagten und C._____ zu entscheiden. Es sei zwischenzeitlich bei der Aargauischen Zivilstandsaufsicht das Gesuch hängig, das Kindesverhältnis zwischen C._____ und dem Beklagten im Zivilstandsregister einzutragen. Die Klägerin bestreitet sodann, dass es sich bei der eingereichten Geburtsurkunde um eine vom Notariatsgehilfen ausgestellte Gefälligkeitsbescheinigung handle. Die Apostille auf der Geburtsurkunde (act. 16/4) zeige klar, dass dieses Dokument den wahren Gegebenheiten entspreche. Den leiblichen Vater von C._____ könne die Klägerin nicht bekannt geben, weil sie ihn nicht kenne. Dies habe mit dem vorliegenden Verfahren aber nichts zu tun. Weiter bestreite sie, nicht die Mutter des Kindes zu sein; sie habe dazu bereits vor Vorinstanz ein DNA-Gutachten als Beweis offeriert. Die Behauptung des Beklagten, er habe nur der Namensänderung, nicht aber der Kindesanerkennung zugestimmt, sei willkürlich. Er habe bis heute nie erklärt und es sei auch nicht erklärbar, auf welcher rechtlichen Grundlage der Umstand beruhen sollte, dass man nur den Namen des angeblichen Vaters tragen dürfe, welcher jedoch nicht als Vater eingetragen werde. Der Beklagte wolle offensichtlich die Kindesanerkennung nicht mehr gelten lassen, weil sich die Parteien scheiden lassen wollten. Das Interesse an C._____ sei nun plötzlich nicht mehr vorhanden, was für das Kind sehr traurig sei. Bei der eingereichten Geburtsurkunde mit Apostille handle es sich nicht um ein gefälschtes Papier, sonst fehlte die Apostille. Die vorliegende Kindesanerkennung sei nach Art. 73 Abs. 1 IPRG zu beurteilen. Der Beklagte sei im Sommer 2013 bewusst nach Brasilien gereist, um C._____ als sein Kind anzuerkennen, damit sie seinen Namen tragen konnte, obschon er gewusst habe, dass C._____ nicht seine leibliche Tochter sei; etwas anderes habe er nicht glaubhaft

darlegen können. Im Übrigen verdrehe die Vorinstanz die klare Rechtslage nicht, sondern lege klar dar, dass in Brasilien die gelebte soziale Familie anerkannt und geschützt werde, weshalb auch eine Anerkennung durch den nicht leiblichen Vater entsprechende Rechtswirkung entfalte. Wenn der Beklagte behaupte, dass damit illegale Bestrebungen geschützt würden, so besage er damit gleich selber, sich mit der vorliegenden Kindeserkennung illegal verhalten zu haben. Vielmehr habe die Familie ihr gelebtes Familienbild legalisieren wollen und der Kläger sei sich bewusst gewesen, dass er nicht seine leibliche Tochter anerkenne. Dieser Umstand müsse geschützt werden; zu schützen sei insbesondere auch das Kind, welches im guten Glauben gewesen sei, der Beklagte sei der leibliche Vater. Der Beklagte habe in Brasilien auch nie etwas gegen diese Kindeserkennung unternommen; erst im Scheidungsverfahren, als es eben auch um seine Pflichten ging, habe er von diesem Kindesverhältnis nichts mehr wissen wollen. Ein solches Verhalten sei nicht zu schützen.

Unrichtig sei, dass der Beklagte erstmals an der Anhörung vom 11. August 2016 von der Kindeserkennung gehört habe. Er könne nicht erklären, aus welchem Grund er im Sommer 2013 nach Brasilien gereist sei und das Kind seinen Namen trage; er wisse genau, dass diese Namensgebung ohne Kindeserkennung nicht möglich sei. Es sei ihm auch bekannt gewesen, dass er für die Ausstellung eines Passes für C._____ habe mitunterzeichnen müssen wie auch für sämtliche Ausreisen und Passerneuerungen. Auch habe er ausreichend Zeit gehabt, diese Kindeserkennung in Brasilien anzufechten, was er bis heute unterlassen habe. Der vom Beklagten geltend gemachte Willensmangel sei eine reine Schutzbehauptung.

Bis Februar 2016 sei C._____ der klaren Überzeugung gewesen, der Beklagte sei ihr leiblicher Vater, dies sei ihr von beiden Parteien immer so erzählt worden. Erst kurz vor der Trennung der Parteien im Februar 2016 sei C._____ darüber orientiert worden, dass der Beklagte nicht ihr leiblicher Vater sei.

Die Klägerin bestreitet unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz weiter eine Verletzung des Ordre public. Nicht anwendbar sei sodann die UNKRK. Bösertig sei die Bemerkung, C._____ sei nicht ihre Tochter bzw. sie versuche, ein

Kind aus der Verwandtschaft dem Beklagten bzw. der Schweiz zu unterschieben (act. 15 S. 2-8).

2.2.3. In seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2018 zur Berufungsantwort der Klägerin hält der Beklagte im Wesentlichen an seinen bereits gemachten Ausführungen fest (act. 22 S. 2 f.). Seinen Standpunkt, das Einzelgericht sei für die Anerkennung der angeblichen Kindesanerkennung unzuständig, sieht er durch das von der Klägerin beim Aargauischen Departement Volkswirtschaft und Inneres angestrebte Anerkennungsverfahren bestätigt. Im Weiteren hält er daran fest, beim vorgelegten Dokument handle es sich um eine inhaltlich falsche Geburtsurkunde, angefertigt von einem brasilianischen Notariats- oder Schreibbüro. Die dem Dokument angefügte Apostille bezeuge einzig, dass die Unterschrift auf dem Dokument echt sei, sie bezeuge aber nicht die Echtheit des Inhalts des Dokumentes (act. 22 S. 5). Die Klägerin habe sodann bisher keine inhaltlich echte Geburtsurkunde des zuständigen Zivilstandsamtes beigebracht. Weiter kritisiert der Beklagte, dass die Klägerin kein DNA-Gutachten eingereicht habe, welches über ihre Mutterschaft Auskunft gebe. Er bestreitet sodann, dass eine Kindesanerkennung explizit für die Namensänderung von C._____ notwendig gewesen sei. Diese sei notwendig gewesen wegen des durch die Heirat geänderten Namens der Klägerin. Ohne Übereinstimmung der Namen hätte das Kind nicht mehr aus Brasilien ausreisen können. Hiefür sei seine Zustimmung erforderlich gewesen und nur dazu habe er seine Einwilligung erteilt (a.a.O. S. 6). Ferner bestreitet er, im Vorfeld der Reise nach Brasilien im Sommer 2013 etwas von einer von ihm erwarteten Erklärung gewusst zu haben. Dieses Thema sei erst in den letzten Tagen vor der Heimreise aufgebracht worden und er sei von der Klägerin und deren Familie gedrängt worden, seine Zustimmung zur Namensänderung sofort zu erteilen. Von einer Kindesanerkennung sei dagegen keine Rede gewesen; vielmehr habe gemäss Angaben der Klägerin der Rückbehalt des Kindes in Brasilien gedroht (a.a.O. S. 7). Sodann hält der Beklagte an der Anwendung der UNKRK als übergeordnetes Recht fest. Indem die Klägerin die Edition einer echten Urkunde verweigere, sei offensichtlich, dass sie die wahre Elternschaft verschweigen wolle. Schliesslich meint er zum von der Klägerin eingereichten Schreiben des Departementes Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau vom 15.8.2018

(richtig: 5.1.2018, act. 13), es möge sein, dass solche Urkunden im Umlauf und den Amtsstellen bekannt seien; dies ändere am falschen Inhalt derselben und an der Rechtsunwirksamkeit im vorliegenden Verfahren nichts, da in Brasilien der Kauf von Urkunden aller Art mit falschen Inhalten üblich sei (a.a.O. S. 8).

2.2.4. Die Klägerin hält in ihrer Eingabe vom 15. März 2018 an ihrer bisherigen Darstellung fest (act. 27).

2.3. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend soweit erforderlich einzugehen. Dem Beklagten ist mit dieser Entscheidung eine Kopie von act. 27 zuzustellen.

3. Beurteilung

3.1. 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. Letztere sind allerdings nur soweit betroffen und zu regeln, als 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). Einen aktuellen Familienausweis hatten die Ehegatten mit Anhängigmachung ihres gemeinsamen Scheidungsbegehrens dem Gericht einzureichen (Art. 111 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB I-Gloor, Art. 111 N 6). Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Register für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist.

3.2. Der von beiden Parteien im Verfahren vor Bezirksgericht Bülach je vorgelegte Familienausweis enthält keinen Eintrag über ein gemeinsames Kind (act. 5/3; act. 5/21). Das von den Parteien gemeinsam eingereichte Scheidungsbegehren vom 20. Februar 2016 enthält seinerseits keinerlei Hinweis auf zu regelnde Kinderbelange (act. 5/1/2), desgleichen die dazugehörige Rechtsschrift der Klägerin,

in welcher zwar erwähnt wird, das voreheliche Kind der Klägerin sei vom Beklagten in Brasilien anerkannt worden, diese Anerkennung sei bis dato in der Schweiz aber nie im Zivilstandsregister eingetragen worden (act. 5/1/1 S. 2 unten).

Am 5. Juli 2016 erhielt die Vorinstanz gestützt auf ein Telefonat der KESB Bülach Süd Kenntnis von den der Familie A._____B._____C._____ gegenüber errichteten Kindesschutzmassnahmen (act. 5/24). Gemäss einem weiteren Telefonat der KESB Bülach Süd mit der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 wurde seitens der Vorinstanz erklärt, dass die Parteien bezüglich der Kinderbelange noch keine Anträge gestellt hätten. Zudem wurde der KESB mitgeteilt, dass das Scheidungsverfahren allenfalls bis zur Klärung resp. Feststellung der Vaterschaft sistiert werden müsse und dass das Kindsverhältnis voraussichtlich an der nächsten Verhandlung thematisiert werde (act. 5/25). Ihre Entscheide vom 28. Juli 2016 betreffend Errichtung einer Beistandschaft zur Feststellung der Vaterschaft und Regelung des Unterhalts nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und betreffend Bestätigung der Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und Anpassung der Aufträge liess die KESB der Vorinstanz zukommen (act. 5/26-5/28).

Am 11. August 2016 fand die Anhörung der Parteien statt. Anhand verschiedener Notizen des Protokolles brachte die Einzelrichterin die Thematik der Vaterschaft auf, indem sie darauf hinwies, dass die KESB ein entsprechendes Verfahren einleiten werde (Prot. VI S. 5 oben). In der Folge stellte die Rechtsvertreterin der Klägerin verschiedene Anträge, die teilweise Kinderbelange betrafen (a.a.O. S. 5/6). Der Rechtsvertreter des Beklagten erklärte gemäss dem vorinstanzlichen Protokoll, C._____ sei nicht im Schweizerischen Zivilstandsregister als Tochter des Beklagten eingetragen und habe mit dem hängigen Scheidungsverfahren nichts zu tun, weshalb sie nicht zu berücksichtigen sei. Der Beklagte habe in Brasilien lediglich einer Namensänderung zugestimmt; mangels biologischer Vaterschaft sei eine Vaterschaftsanerkennung nach schweizerischem Recht ohnehin nicht möglich (Prot. VI S. 6/7).

In der anschliessenden gemeinsamen Anhörung führte der Beklagte aus, als er erstmals nach Brasilien gereist sei, sei er wegen der Namensänderung, die von Anfang an zu Diskussionen geführt habe, unter Druck gesetzt worden. Er sei da-

mals davon ausgegangen, dass es sich nur um eine Namensänderung handle (Prot. S. 7/8). Die Klägerin äusserte sich in der gemeinsamen Anhörung nicht zu dieser Thematik, weder von sich aus noch auf Befragen (Prot. VI S. 8-9, S. 12-14). In der je getrennt durchgeführten Anhörung beider Parteien war dieser Aspekt kein Thema (Prot. S. 14 und S. 14/15).

Mit Verfügung vom 25. August 2016 beschränkte die Einzelrichterin das Verfahren auf die Frage der Anerkennungsfähigkeit einer allfälligen brasilianischen Anerkennungserklärung und gab der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme (Prot. VI S. 16, act. 5/32). Gestützt darauf beantragte die Klägerin mit Eingabe vom 10. November 2016, es sei die in Brasilien am 23. Juli 2013 erfolgte und eingetragene Kindesanerkennung durch den Beklagten der Tochter C._____, geb. tt.mm..2001, von Brasilien, hier in der Schweiz anzuerkennen und das Kindesverhältnis im Schweizerischen Zivilstandsregister entsprechend einzutragen (act. 5/32 S. 2). Die Vorinstanz entschied wie erwähnt im Sinne eines Zwischenentscheides vom 7. September 2017 dahingehend, dass zwischen dem Beklagten und C._____, geboren tt.mm.2001, ein Kindesverhältnis bestehe (act. 5/63 = act. 4).

3.3. Die Vorinstanz ist mit ihrer Erwägung in der Verfügung vom 25. August 2016 und im Zwischenentscheid vom 7. September 2017, es sei umstritten, ob das Kind C._____, geboren am tt.mm.2001, als Tochter des Beklagten gelte und folglich im vorliegenden Scheidungsverfahren zu berücksichtigen sei (act. 5/32, act. 4 S. 3), einem Irrtum unterlegen. Irrig war auch ihre gegenüber der KESB Bülach Süd geäusserte Meinung, das Scheidungsverfahren müsse allenfalls bis zur Klärung des Kindesverhältnisses sistiert werden (act. 5/25). Im Scheidungsverfahren ist das massgebend, was im Familienausweis verkündet ist, und nicht das, was zwischen den Parteien kontrovers ist. Das Scheidungsgericht hat von den Verhältnissen auszugehen, wie sie verkündet sind, und nicht von dem, was allenfalls auch noch sein könnte. Sind Kinder im Familienausweis aufgeführt, so ist im Scheidungsverfahren über die Kinderbelange 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 wie be-

reits erwähnt öffentliche Register für die von ihnen bezeugten Tatsachen den vollen Beweis erbringen (Art. 9 Abs. 1 ZGB), und zwar ungeachtet der inhaltlichen Richtigkeit der verkündeten 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. Wird zu einem späteren Zeitpunkt das Kindesverhältnis angefochten und die rechtliche Beziehung aufgehoben, kann dies zu einem Abänderungsverfahren führen. Nicht anders ist es im umgekehrten Fall, wenn ein Kind nicht im Familienausweis aufgeführt ist. Dann gilt es nicht als ehelich und dementsprechend sind in einem Scheidungsverfahren auch keine Kinderbelange zu regeln. So verhält es sich hier. Sollte später eine rechtliche Beziehung zum Beklagten hergestellt werden bzw. die strittige Kindeserkennung anerkannt werden, kann dies gleichfalls zu einem Abänderungsverfahren führen.

Der Zwischenentscheid der Einzelrichterin vom 7. September 2017 ist daher aufzuheben. Die Vorinstanz wird das Scheidungsverfahren weiterzuführen haben, ohne diesem eine Kindeserkennung durch den Beklagten zu Grunde zu legen.

Ungeprüft bleiben kann, ob die Einzelrichterin mit ihrem Zwischenentscheid nicht über den Antrag der Klägerin hinausgegangen ist und verbindlich die Vaterschaft des Beklagten festgestellt hat, während die Klägerin selber die Anerkennung der Kindeserkennung nur für das Scheidungsverfahren verlangte (act. 5/52 S. 3). Anzumerken ist, dass sowohl die vorfrageweise Feststellung als auch die Anerkennung des Kindesverhältnisses beschränkt auf das Scheidungsverfahren nicht zulässig sind. Die Einzelrichterin geht selber davon aus, dass die Eintragung des Kindesverhältnisses in einem separaten Verfahren erfolgen muss (act. 4 E. 6). Ob diese Eintragung dann auch wirklich erfolgt, steht nicht fest, weil eine vorfrageweise oder beschränkte Feststellung bzw. Anerkennung des Kindesverhältnisses durch das unzuständige Gericht keine verbindliche Basis für die Eintragung ist. Ein solchermaßen bejahtes Kindesverhältnis würde – wenn alsdann keine Eintragung erfolgt – zu dem führen, was als hinkendes Rechtsverhältnis be-

zeichnet wird (vgl. zum Begriff in BGE 141 III 328 E. 4., 5.1). Bejahte Vaterschaft für einen Teil der Lebensbereiche, keine Vaterschaft für die anderen ist zu vermeiden.

4. Unentgeltliche Rechtspflege / Kosten- und Entschädigungsregelung

4.1. Die Vorinstanz hat die Kosten- und Entschädigungsregelung für ihr Zwischenverfahren dem Endentscheid vorbehalten (act. 4 S. 13). Für das Berufungsverfahren vor der Kammer ist hingegen eine Kosten- und Entschädigungsregelung zu treffen. Da die Klägerin unterliegt, hat sie die Kosten dieses Verfahrens zu tragen und den Beklagten zu entschädigen. Massgebend ist § 5 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG. Da sich das Berufungsverfahren als durchschnittlich aufwändig gestaltete und nur ein Aspekt zu beurteilen war, ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'000.00 festzusetzen.

Die Entschädigung richtet sich nach § 6 in Verbindung mit § 5 AnwGebV und § 13 Abs. 1 AnwGebV. Zur Grundgebühr von Fr. 2'500.00 für die Berufungsschrift ist ein Zuschlag von Fr. 750.00 für die weitere Stellungnahme hinzuzurechnen. Auf der Grundgebühr fällt sodann 8% Mehrwertsteuer an, auf dem Zuschlag 7,7%.

4.2. Die Klägerin stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dies begründet sie mit ihrem Einkommen von Fr. 3'500.00, welches auch zusammen mit den Unterhaltsbeiträgen des Beklagten nicht ausreicht, den notwendigen Bedarf von ihr und ihrer Tochter zu decken. Dazu reicht sie verschiedene Unterlagen ein (act. 15 S. 9 ff. und act. 16/5-18).

In eherechtlichen Verfahren geht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einem vom anderen Ehepartner zu leistenden Kostenvorschuss nach (BSK ZGB I-senring/Kessler, Art. 163 N 17). Die Klägerin legt nicht dar, dass sie vom Beklagten keinen Kostenvorschuss erhältlich machen könnte bzw. weshalb sie keinen solchen Antrag stellt (act. 15 S. 9 ff.). Im vorinstanzlichen Verfahren hatte sie einen vom Beklagten zu leistenden Prozesskostenvorschuss zunächst beantragt, diesen Antrag später wieder zurückgezogen (Prot. VI S. 4; Prot.

VI S. 14). Damit fehlt es von vorneherein an den Voraussetzungen zur subsidiären Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und der Zwischenentscheid vom 7. September 2017 des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt, der Klägerin auferlegt und aus dem vom Beklagten geleisteten Vorschuss bezogen.
Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den Betrag von Fr. 2'000.00 zu ersetzen.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'250.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer auf Fr. 2'500.00 und 7,7% Mehrwertsteuer auf Fr. 750.00 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 27, sowie an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: