

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NC190001-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Dr. S. Janssen
und lic. iur. Ch. von Moos Würigler sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 17. Juli 2019

in Sachen

A. _____ B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Juristin (Univ.) X. _____

betreffend **Feststellung Personalien**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Februar 2019 (EP180004-F)**

Erwägungen:

1. Die Gesuchstellerin ist am 3. August 2015 in die Schweiz eingereist. Ihr gleichentags gestelltes Asylgesuch wurde vom Staatssekretariat für Migration (SEM) mit Entscheid vom 16. Oktober 2015 abgewiesen (Urk. 1 S. 2; Urk. 12/7). Das dagegen erhobene Rechtsmittel wurde mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. März 2017 abgewiesen (Urk. 14/3). Am 3. April 2017 ersuchte sie zusammen mit C. _____ das Zivilstandsamt der Stadt Winterthur um Durchführung der Ehevorbereitung. Dieses verweigerte in der Folge die Beurkundung des Personenstandes der Gesuchstellerin im Personenstandsregister Infostar. Eine Eintragung werde erst nach einer gerichtlichen Feststellung im Sinne von Art. 42 Abs. 1 ZGB erfolgen (Urk. 3/2). Auf das von der Gesuchstellerin gestellte Gesuch um Feststellung der Personalien trat das Bezirksgericht Horgen mit Verfügung vom 7. November 2017 aufgrund fehlenden Rechtsschutzinteresses nicht ein, da es davon ausging, dass der Gesuchstellerin eine Erklärung nicht streitiger Angaben vor dem *zuständigen* Zivilstandsamt D. _____ möglich sei (Urk. 4/14). Das Zivilstandsamt der Stadt E. _____ verweigerte schliesslich die Beurkundung der Personendaten der Gesuchstellerin, da die Angaben zu ihrem Personenstand als streitig zu betrachten seien. Eine Aufnahme der Personendaten im Infostar werde erst nach deren gerichtlichen Feststellung im Sinne von Art. 42 Abs. 1 ZGB erfolgen (Urk. 3/3 = Urk. 14/1).

2. Mit Eingabe vom 25. Juli 2018 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz folgendes Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 1 f.):

1. Es sei das Zivilstandsamt der Stadt E. _____ anzuweisen, folgende Personendaten der Gesuchstellerin in das Personenregister Infostar aufzunehmen:

Familienname:	B. _____
Vorname:	A. _____
Geburtsdatum:	tt. Juli 1997
Geburtsort:	Mogadischu, Somalia
Zivilstand:	ledig
Vater:	B. _____
Mutter:	F. _____
Wohnsitz:	E. _____

2. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichnerin eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Die Vorinstanz zog in der Folge die Akten der Zivilstandsämter Winterthur und E._____, des Staatssekretariats für Migration (SEM) sowie die Akten des früheren Verfahrens (Geschäfts-Nr. EP170012-F) bei (Urk. 4). Mit Verfügung vom 13. September 2018 wies die Vorinstanz das von der Gesuchstellerin gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 16 S. 6). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 14. November 2018 abgewiesen (Urk. 22). Unter dem Datum 5. Februar 2019 erliess die Vorinstanz sodann folgenden Entscheid (Urk. 26 S. 5 = Urk. 30 S. 5):

1. Auf das Begehren um Feststellung der Personalien wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 200.–.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittelbelehrung.]

3. Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 14. Februar 2019 fristgerecht (vgl. Urk. 27) Berufung erhoben mit folgenden Anträgen (Urk. 29):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 5. Februar 2019 sei aufzuheben.
2. Es seien die folgenden Personendaten in das Personenregister Infostar einzutragen:

Familienname:	B._____
Vorname:	A._____
Geburtsdatum:	tt. Juli 1997
Geburtsort:	Mogadischu, Somalia
Zivilstand:	ledig
Vater:	B._____
Mutter:	F._____
Wohnsitz:	Zürich

3. *Eventualiter*: Es sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten.
4. Die Kosten dieses Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen."

Prozessuales Gesuch:

Der Berufungsklägerin sei für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege, mithin die unentgeltliche Prozessführung und die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person der Unterzeichnenden, zu gewähren.

4. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-28) wurden beigezogen. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin ist nur insoweit einzugehen, als diese entscheiderelevant sind.

5. Die Vorinstanz verneinte ein rechtlich geschütztes Interesse der Gesuchstellerin an der Beurteilung ihres Gesuchs mit folgender Begründung: Die Gesuchstellerin benötige gemäss eigenen Angaben die Feststellung ihrer Personalien einzig, um ihren Lebenspartner C._____ heiraten zu können. Indes fehle es ihr vorliegend an einer Heiratsvoraussetzung, weil ihr Asylgesuch abgelehnt worden sei und gemäss Art. 98 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 67 Abs. 3 ZStV ausländischen Personen ohne rechtmässigen Aufenthalt die Trauung verweigert werde. Es könne hierzu zudem auf die Erwägungen in der Verfügung vom 13. September 2018 (Urk. 16) verwiesen werden. Auch habe die Gesuchstellerin das Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 97a ZGB nicht nachgewiesen. Weiter sehe Art. 96 ZGB vor, dass für das Eingehen einer Ehe der Nachweis erbracht werden müsste, dass die frühere Ehe für ungültig erklärt oder aufgelöst worden sei. Diese Voraussetzung sei vorliegend ebenfalls nicht gegeben. Im Gegenteil habe die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch eine Heiratsurkunde der somalischen Botschaft in der Schweiz eingereicht (mit Hinweis auf Urk. 3/1), wonach sie nach islamischem Glauben und somalischem Recht bereits mit ihrem Lebenspartner verheiratet sei. Dies stelle ein offensichtliches Hindernis für die Eheschliessung dar. Der von der Gesuchstellerin beantragte Zivilstand "ledig" könne somit nicht eingetragen werden. Im Raum stehe die Frage der Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe nach Art. 45 IPRG, wofür indes nicht das vorliegende Verfahren Anwendung finde (Urk. 30 E. 2.2.).

6. Die Gesuchstellerin moniert zunächst, gemäss Art. 42 Abs. 1 ZGB könne beim Gericht auf Eintragung des Personenstands geklagt werden, sofern ein schützenswertes Interesse vorliege und die Angaben über den Personenstand strittig seien. Dies sei vorliegend gegeben. Die Vorinstanz verneine das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses. Die Gesuchstellerin wolle jedoch ihren Verlobten heiraten. Der Wunsch, jemanden zu heiraten, sei von Art. 12 EMRK und Art. 14 BV geschützt. Die Voraussetzungen der Heirat richteten sich nach Art. 97 ff. ZGB.

Um überhaupt heiraten zu können, müsse die Gesuchstellerin ein Vorbereitungsverfahren durchlaufen, das mit dem Gesuch um Eröffnung eines Ehevorbereitungsverfahrens beim Zivilstandsamt beginne. Diesem Gesuch müssten gemäss Art. 64 ZStV Dokumente über Geburt, Geschlecht, Namen, Abstammung, Zivilstand, Heimatort und Staatsangehörigkeit beigelegt werden, sofern noch kein Personenstand beurkundet sei. Die Gesuchstellerin könne indes lediglich ein "Certificate of Birth" bzw. "certificat de naissance" vorlegen und dieses Dokument werde vom Zivilstandsamt als wenig glaubhaft erachtet, sodass die Personendaten der Gesuchstellerin als strittig behandelt würden und das Zivilstandsamt diese nicht in einem Verfahren nach Art. 42 Abs. 1 ZGB eintragen könne. Der Gesuchstellerin bleibe lediglich die Klage auf Eintragung des Personenstandes nach Art. 42 Abs. 1 ZGB. Sie habe entsprechend ein schützenswertes Interesse an der Eintragung der Personendaten, damit sie die Möglichkeit habe, das Ehevorbereitungsverfahren zu initiieren. Ohne gerichtlichen Schutz sei ihr materielles Recht an der Eintragung der Personendaten im Personenstandsregister Infostar nicht durchsetzbar (Urk. 29 III. Rz. 6).

Die Erwägungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit Art. 98 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 67 Abs. 3 ZStV seien falsch. Der Nachweis des rechtmässigen Aufenthalts müsse erst während des Ehevorbereitungsverfahrens gegenüber dem zuständigen Zivilstandsamt erfolgen und nicht im Verfahren betreffend Eintragung der Personendaten. Der derzeitige Aufenthaltsstatus der Gesuchstellerin habe nichts mit ihrem schützenswerten Interesse auf Eintragung ihrer Personendaten zu tun. Das schutzwürdige Interesse richte sich einzig und allein auf die Eintragung ihrer Personendaten in das Personenstandsregister Infostar, die als Voraussetzung für die Vorbereitung der Heirat diene. Sobald ihre Daten eingetragen seien, könne sie das Ehevorbereitungsverfahren neu initiieren und, sobald dieses pendent sei, ihren Aufenthalt vom Migrationsamt zur Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens regeln lassen. Art. 98 ZGB sei aufgrund einer parlamentarischen Initiative von Nationalrat Toni Brunner eingeführt worden und solle Scheinehen unterbinden. Bei einer strengen Auslegung dieser Bestimmung wäre es illegal Anwesenden in der Schweiz nicht mehr möglich, zu heiraten. Das Bundesgericht habe diesbezüglich längst unmissverständlich klargestellt, dass dies das

Grundrecht der Ehefreiheit verletzen würde. Aus diesem Grund habe es in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AIG eine provisorische Bewilligungserteilung oder eine Duldungserklärung bzw. eine Kurzaufenthaltsbewilligung durch das Migrationsamt eingeführt: Sofern keine Hinweise auf eine Scheinehe vorlägen, werde dieses prozedurale Aufenthaltsrecht im Hinblick auf die Eheschliessung erteilt, wenn die Eheschliessung absehbar sei (mit Verweis auf BGE 137 I 351). Die kantonalen Migrationsämter würden seit dieser neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung solche Kurzaufenthaltsbewilligungen erteilen, *nachdem* das Zivilstandsamt bestätigt habe, dass ein Ehevorbereitungsverfahren pendent gemacht worden sei, jedoch aufgrund der fehlenden Anwesenheitsberechtigung von Braut oder Bräutigam nicht fortgesetzt werden könne. Eine solche Bestätigung des pendenten Ehevorbereitungsverfahrens könne das Zivilstandsamt jedoch nicht erteilen, solange die Personendaten der Gesuchstellerin nicht eingetragen seien. Komme hinzu, dass das Migrationsamt des Kantons Zürich Kurzaufenthaltsbewilligungen zwecks Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens jeweils nur für drei Monate erteile. Dies, um der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gerecht zu werden, wonach Kurzaufenthaltsbewilligungen nur erteilt würden, wenn die Eheschliessung in absehbarer Zeit erfolgen könne. Angesichts der restriktiven Praxis des Migrationsamts des Kantons Zürich betreffend Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung sei es richtig, mit dem Gesuch um Erteilung der Kurzaufenthaltsbewilligung zuzuwarten, bis die Personendaten der Gesuchstellerin eingetragen seien und das Ehevorbereitungsverfahren durchgeführt werden könne (Urk. 29 Ziff. III. Rz. 3 ff.).

7. Gemäss Art. 42 Abs. 1 ZGB kann beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung geklagt werden, sofern der Kläger ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft zu machen vermag. Diese Bestimmung findet indes nur Anwendung, sofern eine Bereinigung des Zivilstandsregisters in Frage steht (BGer 5A_549/2015 vom 11. Januar 2016, E. 3.3 m.w.H.), worauf bereits der Gesetzestext sowie die Marginalie zu Art. 42 ZGB hinweisen (OGer ZH LF170007 vom 24. März 2017, E. 4.3.1.). Liegt – wie vorliegend – noch keine Eintragung im Zivilstandsregister vor, so gelangt Art. 42 ZGB nicht zur Anwendung. Vielmehr ist

diesfalls eine Klage auf Feststellung der Personalien zu erheben, eine Statusklage besonderer Art, vergleichbar mit einer Feststellungsklage (BGE 119 II 264 E. 6; siehe auch BGer 5A_549/2015 vom 11. Januar 2016, E. 3.3.; OGer ZH LF150010 vom 7. Dezember 2015, E. 6a; BSK ZPO-Mazan, Art. 249 N 8; vgl. im Übrigen auch Urk. 19). Wie bei der Bereinigung einer Eintragung (Art. 41 f. ZGB) handelt es sich auch bei der Feststellung der Personalien um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGE 131 III 201 E. 1.2). Das Gericht hat auch diesbezüglich im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 248 lit. e ZPO; BSK ZPO-Mazan, Art. 249 N 8).

Sowohl bei Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 255 lit. b ZPO) als auch im Bereich der Prozessvoraussetzungen (ZK ZPO-Zürcher, Art. 60 N 4) gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Indes sind die Parteien auch bei Geltung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Es trifft sie insofern eine prozessuale Mitwirkungsobliegenheit (siehe ZK ZPO-Sutter-Somm/Schrank, Art. 55 N 64; ZK ZPO-Klingler, Art. 255 N 1; Mordasini, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2013, Rz. 425 f.). Das Gericht kommt den Parteien nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, kann und muss sich das Gericht wie in einem ordentlichen Prozess zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3 m.w.Hinw. = Pra 105 (2016) Nr. 99).

8. Illegal anwesenden Personen ist die Eheschliessung aufgrund des revidierten Art. 98 Abs. 4 ZGB ohne provisorische Aufenthaltserlaubnis verwehrt. Eine entsprechende Bewilligung ist im Lichte des Grund- und Menschenrechts auf Eheschliessung in analoger Anwendung von Art. 17 Abs. 2 AIG jedoch zu erteilen, falls sowohl keine Hinweise auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen (wie etwa eine Scheinehe) als auch offensichtlich ist, dass die ausländische Person nach der Heirat alle Voraussetzungen erfüllt, um sich rechtmässig in der

Schweiz aufhalten zu dürfen (BGE 137 I 351 E. 3.7.; BGer 2C_887/2018 vom 4. Dezember 2018, E. 2.1.). Die Gesuchstellerin stellt vorliegend nicht in Abrede, dass die Feststellung ihrer Personalien einzig dazu diene, letztendlich die Eheschliessung in der Schweiz durchführen zu können. Vorliegend ist daher in Bezug auf das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses insbesondere vorfrageweise zu prüfen, ob wahrscheinlich erscheint, dass der Gesuchstellerin eine solche provisorische Aufenthaltserlaubnis ausgestellt werden kann.

9. Die Gesuchstellerin brachte vorinstanzlich vor, dass sie ihren Lebenspartner C._____ (geboren am tt. Juni 1998 in ... [Ort], Somalia) im Jahr 2015 über einen gemeinsamen Freund kennengelernt habe. Sie habe sich in dieser Zeit ihr Bein gebrochen und C._____ habe ihr geholfen und sie gepflegt. Sie hätten am 26. Juni 2016 nach islamischem Glauben geheiratet. Nun möchten sie in der Schweiz heiraten (siehe Urk. 1 S. 2). Diesen Ausführungen lässt sich indes weder entnehmen, welchen Aufenthaltsstatus der Verlobte der Gesuchstellerin hat, noch welche Lebensumstände bei der Gesuchstellerin und ihrem Verlobten vorliegen. Auch den übrigen vorinstanzlichen Akten lässt sich hierzu nichts entnehmen. Indes wäre gerade der Aufenthaltsstatus von C._____ für die Beantwortung der Vorfrage, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer provisorischen Aufenthaltserlaubnis zur Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens (rechtmässiger Aufenthalt nach der Heirat offensichtlich) gegeben sind, ausschlaggebend (siehe beispielsweise Art. 44 AIG für Ehegatten von Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung oder Art. 51 Abs. 1 AsylG für Ehegatten von Flüchtlingen), nachdem die Gesuchstellerin selbst im heutigen Zeitpunkt über kein Aufenthaltsrecht verfügt. Im Berufungsverfahren führt die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu Art. 96 ZGB zwar aus, dass C._____ über eine Aufenthaltsbewilligung verfüge (Urk. 29 Ziff. III Rz. 16). Sie unterlässt es jedoch dabei darzutun, dass dies novenrechtlich zulässig ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO) bzw. die Behauptung schon vor Vorinstanz ausgeführt wurde. Entsprechend hat die Behauptung als unzulässiges Novum unbeachtlich zu bleiben. Abgesehen davon unterlässt sie es, ihre Behauptung zu belegen. Damit ist vorliegend nicht dargetan, dass die Gesuchstellerin aller Voraussicht nach eine Kurzaufenthaltserlaubnis zur Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens erhalten wird und der

von ihr mit dem Gesuch um Feststellung der Personalien verfolgte Zweck, die Durchführung des Ehevorbereitungsverfahrens und letztlich eine zivilrechtlich gültige Eheschliessung in der Schweiz, erreicht werden kann, d.h. die gerichtliche Feststellung ihrer Personalien ihr einen Nutzen einzubringen vermag. Nachdem die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist, besteht seitens des Gerichts kein Anlass, die ihr vorzuwerfende prozessuale Nachlässigkeit mittels Ausübung der Fragepflicht auszugleichen (siehe auch vorstehend Ziffer 7).

Entsprechend hat die Vorinstanz im Ergebnis der Gesuchstellerin zu Recht ein Rechtsschutzinteresse abgesprochen und ist nicht auf ihre Klage eingetreten. Unter diesen Umständen erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Erwägungen der Vorinstanz und den diesbezüglichen Rügen der Gesuchstellerin.

10. Zusammengefasst erweist sich die Berufung damit als unbegründet. Entsprechend ist sie abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

11. a) Die Kosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG und § 8 Abs. 4 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

b) Die Gesuchstellerin ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 29 S. 2). Dieses Gesuch ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO), zumal es die Gesuchstellerin – trotz Kenntnis des massgeblichen Bundesgerichtsentscheids (BGE 137 I 351; siehe Urk. 29 Ziff. III. Rz. 9) – unterlassen hat, das Tatsachengrundament in Bezug auf die zweite Voraussetzung für die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung (rechtmässiger Aufenthalt nach der Heirat offensichtlich gegeben; siehe vorstehend Ziffer 8) darzutun.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz 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, 17. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
mc