

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RC140001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin  
Dr. D. Oser

## **Beschluss vom 22. Juni 2015**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter 2 und Beschwerdeführer

vertreten durch Beistand Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_

substituiert durch MLaw X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Beklagter 1 und Beschwerdegegner

betreffend **Bereinigung Zivilstandsregister (Anordnung DNA-Gutachten)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Ver-  
fahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. Oktober 2014  
(FP130163-L)**

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. Oktober 2014:**  
(Urk. 8/49 S. 2 f. = Urk. 2)

1. Es wird ein DNA-Gutachten eingeholt zur Abklärung der Frage, ob die Klägerin als biologische Mutter des Beklagten 2 ausgeschlossen werden kann bzw. mit welcher biostatistischen Wahrscheinlichkeit sie dessen Mutter ist.
2. Als Gutachter wird der ... des Institutes für Rechtsmedizin der Universität Zürich, Prof. Dr. med. D. \_\_\_\_\_, bestellt.
3. [Schriftliche Mitteilung].

**Beschwerdeanträge:**

- des Beklagten 2 und Beschwerdeführers (Urk. 1):

1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Oktober 2014 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.
4. Dem Beklagten 2 sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

- der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Urk. 21):

Es sei die Beschwerde abzuweisen;  
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

- des Beklagten 1 und Beschwerdegegners:

—

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Eingabe vom 12. Juni 2013 machte die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Klägerin) neben einem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung folgendes Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 8/1A S. 2):

"1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin nicht die Mutter des Beklagten 2 ist und sie das Kind auch nie adoptiert hat.

2. a) Es sei festzustellen, dass damit keine Grundlage für eine Vermutung oder Anerkennung der Vaterschaft von Seiten des Beklagten 1 besteht.

b) Die Anerkennung des Beklagten 2 durch den Beklagten 1 vom 17. Feb. 2002 beim Zivilstandsamt Zürich sei zufolge fehlender Mutterschaft der Klägerin als rechtsunwirksam zu erklären.

c) Eventualiter sei festzustellen, dass der Beklagte 1 nicht der leibliche Vater des Beklagten 2 ist.

3. Es seien die Zivilstandsbehörden anzuweisen, die entsprechenden Einträge über den Personenstand der Beteiligten zu bereinigen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten 1."

Die Klägerin begründete ihr Rechtsbegehren zusammengefasst damit, dass ihr Ehemann (Beklagter 1 und Beschwerdegegner [nachfolgend Beklagter 1]) bei ihrer Einreise von Bangladesch in die Schweiz sie gezwungen habe, gegenüber den schweizerischen Behörden fälschlicherweise anzugeben, der Beklagte 2 und Beschwerdeführer (nachfolgend Beklagter 2) sei ihr leiblicher Sohn. Dabei handle es sich um ihren Neffen. Ihr Interesse an der Richtigstellung der Mutterschaft sowie der Grundsatz der Registerrichtigkeit sei höher zu gewichten als ein allfälliges Interesse des Beklagten 2 an der Beibehaltung der bisherigen Verhältnisse (Urk. 8/1A S. 5 ff.).

2. Am 13. September 2013 ersuchte die Vorinstanz die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, dem Beklagten 2 für die Führung des Prozesses einen Beistand zu bestellen (Urk. 8/4). Die Klageantwort datiert vom 20. Dezember 2013 und schloss auf Abweisung der Klage (Urk. 8/19).

3. Nach Eingang der Replik (Urk. 8/30) und Duplik (Urk. 8/43) fand am 26. September 2014 eine Instruktionsverhandlung statt (Prot. VI S. 9 ff.). Auf die Frage der Einzelrichterin an den Beklagten 2, seit wann er die Klägerin nicht mehr "Mami" nenne, gab er zu Protokoll, dass er dies seit ungefähr einem halben Jahr so mache ("seit ungefähr einem halben Jahr weiss ich, dass es so ist") (Prot. VI S. 12). Sodann führte er nach kurzer Überlegung auf die entsprechende Frage der Einzelrichterin aus, dass er mit einem DNA-Test einverstanden sei (Prot. VI S. 13). In der Folge erliess die Vorinstanz am 24. Oktober 2014 die eingangs aufgeführte Verfügung (Urk. 8/49 = Urk. 2). Zur Begründung führte sie an, dass ein Wangenschleimhautabstrich nur in seltenen Ausnahmefällen eine Gefahr für die Gesundheit darstelle, weshalb auch das Kindeswohl und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleiben würden. Zudem obliege dem Beklagten 2 auch eine Mitwirkungspflicht nach Art. 296 Abs. 2 ZPO.

4. Dagegen erhob der Beklagte 2 mit Eingabe vom 10. November 2014 fristgerecht Beschwerde mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 1). Nachdem sich die Klägerin zum Gesuch um aufschiebende Wirkung geäussert hatte (Urk. 11), wurde mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 14). Die Beschwerdeantwort der Klägerin datiert vom 19. Januar 2015 (Urk. 21), enthält die vorstehend aufgeführten Anträge und wurde den Gegenparteien mit Verfügung vom 4. Februar 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23). Der Beklagte 1 und Beschwerdegegner liess sich nicht vernehmen und hat sich somit mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend im Einzelnen nur insoweit einzugehen, als dies zur Rechtsfindung notwendig erscheint.

## II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

1.2. Der angefochtene Entscheid stellt eine prozessleitende (Beweis-) Verfügung dar (vgl. BK ZPO-Rüetschi, N 17 und N 51 m.w.H. zu Art. 183; BK ZPO-Brönnimann, N 5 und N 7 zu Art. 154). Prozessleitende Verfügungen sind gemäss Art. 319 lit. b ZPO nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen anfechtbar (Ziff. 1) oder wenn durch den Entscheid ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 2).

1.2.1. In der ZPO gibt es keine gesetzliche Bestimmung, welche die Beschwerdemöglichkeit gegen eine Beweisverfügung direkt vorsieht. Damit ist die vorliegende Beschwerde nur zulässig, wenn dem Beklagten 2 durch die angefochtene Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Beim drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Klar ist, dass in Fällen, in denen der geltend gemachte Nachteil auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann, die Voraussetzung von Ziffer 2 erfüllt ist. Geltend gemacht werden können nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile (Freiburghaus/Afheldt, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 319 N 13 ff. m.w.H.).

1.2.2. Die Vornahme eines Wangenschleimhautabstrichs stellt einen leichten Eingriff in die körperliche Integrität des Betroffenen dar. Ein Eingriff in die körperliche Gesundheit bedeutet einen Eingriff in die Persönlichkeit (Art. 28 ZGB; BGE 134 III 241 E. 5.4 und E. 5.4.3 S. 246 f.) und damit in ein absolutes Recht (BGE 123 III 354 E. 1c S. 357). Dessen einmal eingetretene Verletzung ist real nicht

mehr rückgängig zu machen (z.B. BGer 5A\_190/2007 vom 10. August 2007 E. 1.1 und 5A\_202/2007 vom 13. Juni 2007 E. 1.1), sollte die Rechtsmittelinstanz im Zusammenhang mit der Anfechtung des Endentscheides zum Ergebnis gelangen, dass die Anordnung des DNA-Gutachtens zu Unrecht erfolgt ist. Ein Wangenschleimhautabstrich kann zwar ohne Gefahr für die Gesundheit erfolgen. Doch macht der Beklagte 2 grosse soziale und psychische Probleme bzw. "ein irreparabler emotionaler und sozialer Schaden geltend", wenn der DNA-Test negativ ausfiele (Urk. 1 S. 2 f.; vgl. Erw. 6.2 nachstehend), was in einer gewissen Weise nachvollziehbar erscheint. Zwar stände mit einem negativen Test noch nicht fest, ob der Registereintrag bereinigt oder - mangels schützenswerten persönlichen Interesses der Klägerin (Art. 42 ZGB) - beibehalten würde. Insoweit steht vorliegend noch nicht die (rechtliche) "Legitimation" (Name, Aufenthaltsrecht) des Beklagten auf dem Spiel. Der drohende, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil ist aber bereits aufgrund der möglichen psychischen Beeinträchtigung durch Kenntnis der fehlenden Abstammung bzw. Beeinträchtigung seiner Identität zu bejahen, erklärte der Beklagte 2 doch zu Protokoll, er sei immer davon ausgegangen, dass die Klägerin seine Mutter sei (Prot I S. 12), was der Behauptung der Klägerin, allen Familienmitgliedern, auch dem Beklagten 2, seien die tatsächlichen Verhältnisse bekannt (Urk. 1A S. 5), zwar widerspricht. Was wirklich zutrifft, kann aber nicht im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen geklärt werden. Auf die Beschwerde ist entsprechend einzutreten (vgl. OGer ZH R140001 Beschluss und Urteil vom 26.8.2014, E. 1.5, bestätigt in BGer 5A\_745/2014 vom 16.3.2015 E. 1.2.3).

2. Die Vorinstanz legte das Geschäft unter Hinweis auf Art. 42 ZGB als Verfahren betreffend Bereinigung und Löschung einer Eintragung über den Personenstand im Zivilstandsregister (Kindesverhältnis) an, da für die Beurteilung dieser Statusfrage kein eigenes Verfahren zur Verfügung stehe (Urk. 8/4 S. 2). Eine Beurteilung im summarischen Verfahren komme jedoch nicht in Betracht, da es sich vorliegend um eine streitige Angelegenheit handle. Es bedürfe daher einer unbeschränkten Kognition und die Klage sei im ordentlichen Verfahren zu führen (mit Hinweis auf das Urteil vom 29. Juli 2005 des Appellationshofs des Kt. Bern, I. Zivilkammer, in FamPra 1/06, S. 117 f.).

3. Der Beklagte 2 rügt eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO (Urk. 1 S. 2 f.): Eine Klage auf Anfechtung des Kindsverhältnisses in Bezug auf die Mutter sei im Gesetz nicht vorgesehen. Die Klägerin habe gegenüber den Behörden wissentlich und willentlich falsche Angaben gemacht. Sie sei konkret aktiv geworden, damit der Beklagte 2 als ihr eigenes Kind eingetragen werde. Wolle die Klägerin die Mutterschaft zum Beklagten 2 anfechten, so müsse sie dies über Art. 260a ZGB tun. Das Gesetz schütze den Fortbestand von langjährigen Vaterschaftsverhältnissen. Dieser Grundgedanke müsse sich selbstverständlich auch auf langjährige Mutterschaftsverhältnisse beziehen. Die Fristen zur Anfechtung der Vaterschaft nach Art. 260c ZGB seien folglich auch im vorliegenden Fall anwendbar. Sowohl die relative Frist von einem Jahr als auch die absolute Frist von fünf Jahren seien im vorliegenden Fall längst abgelaufen. Die Klage auf Bereinigung und Löschung einer Eintragung über den Personenstand im Zivilstandsregister nach Art. 42 ZGB komme lediglich subsidiär zur Anwendung, wenn kein eigenes Verfahren zur Verfügung stehe. Im vorliegenden Fall könne die Klägerin das Kindsverhältnis zum Beklagten 2 über Art. 260a ZGB anfechten. Art. 42 ZGB komme folglich gar nicht zur Anwendung. Sonst könnten jegliche Klagefristen im Kindsrecht umgangen werden, was nicht dem Zweck des Gesetzes entspreche. So wenig wie ein rechtlicher Vater solle auch die rechtliche Mutter nicht jederzeit mittels Berichtigungsklage die Elternschaft abstreifen können.

Zudem verstosse das Verhalten der Klägerin gegen Treu und Glauben und sei rechtsmissbräuchlich. Sollte die Klägerin tatsächlich nicht die leibliche Mutter des Beklagten 2 sein, hätte sie ihn über Jahre mit einer falschen Mutterschaft getäuscht. Auch hätte sie sich gegenüber Behörden, Schulen etc. wissentlich falsch als Mutter des Beklagten 2 ausgegeben. Ein solches Verhalten verstosse gegen Treu und Glauben. Zudem verstosse es gegen die guten Sitten, ein Kind mehr als 15 Jahre grosszuziehen im falschen Glauben um die Mutterschaft, um es dann vor die Tür zu stellen mit dem Versuch, die langjährigen existenziellen Familienbande klageweise zu beseitigen.

4. Demgegenüber wendet die Klägerin ein, ein Rechtsmissbrauch ihrerseits sei u.a. schon deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagte 2 während der Jahre, als sie in der Schweiz lebten, den Beklagten 1 und die Klägerin nie anders als "Onkel" und "Tante" genannt habe (Urk. 21 S. 3).

Dieser Einwand dringt schon deshalb nicht durch, als dem vorinstanzlichen Protokoll entnommen werden kann, dass der Beklagte 2 an der Instruktionsverhandlung vom 26. September 2014 zu Protokoll gab, dass er immer davon ausgegangen sei, die Klägerin und der Beklagte 1 seien seine Eltern, und dass er (erst) seit ungefähr einem halben Jahr die Klägerin nicht mehr "Mami" nenne (Prot. VI S. 12).

Sodann vertritt die Klägerin den Standpunkt, dass der Beklagte 2 widersprüchlich handle, wenn er Beschwerde gegen die Anordnung des Wangenschleimhautabstriches führe, obschon er sein Einverständnis dazu an der Instruktionsverhandlung gegeben habe. Diesem Verhalten gebühre kein Rechtsschutz (Urk. 21 S. 4).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Da die Vorinstanz nicht auf die Einwilligung des damals 16-jährigen Beklagten 2 angewiesen war, um den Wangenschleimhautabstrich anordnen zu können (vgl. Art. 32 Abs. 1 GUMG), ist schon aus diesem Grund die an der Instruktionsverhandlung erteilte Einwilligung des Beklagten 2 rechtlich gesehen irrelevant; die Klägerin kann aus dem faktischen Widerruf seines damaligen Einverständnisses nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5. Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht ein Berichtigungsverfahren angelegt hat oder ob sie – wie der Beklagte 2 geltend macht – das Verfahren analog einer Vaterschaftsanfechtungsklage hätte anlegen sollen. Diese Frage wurde, soweit ersichtlich, bislang in der schweizerischen Rechtsprechung nicht entschieden.

In der älteren wie auch in der neuen Doktrin wird übereinstimmend vertreten, dass eine Anfechtung der Mutterschaft analog zur Vaterschaft ausgeschlossen

sei: Hegnauer führt im 1984 erschienenen Berner Kommentar Folgendes aus: Wer die Eintragung einer Frau als Mutter eines Kindes erwirke, das sie nicht geboren habe, begehe, wenn die subjektiven Tatbestandselemente erfüllt seien, Fälschung des Personenstandes und Erschleichung einer Falschbeurkundung. Die Aufsichtsbehörde habe beim Richter auf Berichtigung durch Löschung des unrichtigen Eintrages und gegebenenfalls durch Eintragung der richtigen Mutter zu klagen. Auch wenn kein Straftatbestand vorliege, sei die Eintragung der unrichtigen Mutter zu berichtigen (vgl. BK-Hegnauer, Art. 252 ZGB Rz. 71 f., 74).

Geiser hält fest, dass im schweizerischen Recht im Sinne einer *praesumptio iuris et de iure* der Grundsatz gelte, dass die Gebärende Mutter sei (Geiser, Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft? FamPra.ch 2009 S. 41, 43 ff. mit Hinweis auf Meier/Stettler, *Droit civil suisse, Droit de la filiation*, Bd. I. Rz. 29 und 247). Die biologische Mutterschaft habe nach dem geltenden Recht uneingeschränkten Vorrang. Das solle auch *de lege ferenda* nicht geändert werden. Der Schwangerschaft und dem Gebären komme eine zentralere Bedeutung zu als der blossen Herkunft der Gene. Sei ausnahmsweise zweifelhaft, wer das Kind geboren habe, könne auf dem Wege einer Feststellungsklage Klarheit geschaffen werden (mit Hinweis auf BK-Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 65 ff.; zur Möglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben, ebenso Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2014, Rz 16.10 zu § 16). Diese richte sich nach Art. 42 ZGB, wenn durch das Urteil ein schweizerisches Zivilstandsregister zu berichtigen sei. Im Gegensatz dazu stelle das Gesetz betreffend die Vaterschaftsvermutung in erster Linie auf die soziale Vaterschaft ab. Die genetische Abstammung spiele keine grundsätzliche Rolle. Sie könne nur in zweiter Linie unter gewissen Voraussetzungen zur Anfechtung der einmal begründeten sozialen Vaterschaft führen (Geiser, a.a.O. S. 45).

Nach Auffassung von Büchler kennt das Kindesrecht die Dualität der Vaterschaft und der Mutterschaft, da die Mutter für den Gesetzgeber im Gegensatz zum Vater immer gewiss sei. Die Möglichkeit einer Mutterschaftsanfechtung bestehe nicht (Büchler, *Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher El-*

ternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, S. 1175, 1178 f.).

Schwenzer führt aus, dass das schweizerische Recht dem Grundsatz "mater semper certa est" folge, da das Kindesverhältnis zur Mutter kraft Gesetzes durch die Geburt begründet werde. Eine Anfechtung der Mutterschaft sei de lege lata nicht möglich. De lege ferenda solle am Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Mutterschaft festgehalten werden (BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 252 N 6, 9, 11 m.w.H.).

Gemäss Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo ist eine Anfechtung und Anerkennung der Mutterschaft grundsätzlich weder notwendig noch überhaupt möglich. Sei ausnahmsweise die im Zivilstandsregister eingetragene Mutterschaft streitig, so stehe jedermann, der ein schutzwürdiges Interesse habe, jederzeit eine Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB zu (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2009, Rz. 9 zu § 39).

5.2. Zu der von der Literatur vorgeschlagenen Berichtigungsklage nach Art. 42 ZGB bei streitiger Mutterschaft ist Folgendes festzuhalten:

Die bisherige Klage auf Berichtigung des Zivilstandsregisters (Art. 45 Abs. 1 aZGB) wurde per 1. Januar 2000 neu in Art. 42 ZGB unter der Marginale "Bereinigung" geregelt: Derjenige, welcher ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, kann beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen (Art. 42 Abs. 1 ZGB in der seit 1. Januar 2000 in Kraft stehenden Fassung; AS 1999 S. 1118, 1144). Der Bundesrat erläuterte in der Botschaft den neuen Art. 42 ZGB dahingehend, damit werde die bisherige Berichtigungsklage "zu einer umfassenden Gestaltungs-klage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand ausgebaut". Sie solle immer dann zum Zuge kommen, wenn kein spezielleres, gesetzlich geregeltes Verfahren wie etwa die Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB) zur Verfügung stehe. Neben registerrechtlichen könnten auch eigentliche Statusfragen Gegenstand der Klage nach Art. 42 ZGB sein. Nur subsidiär, d.h. für Fälle, in denen die Gestaltungs-klage nicht

in Frage komme, weil keine Bereinigung schweizerischer Zivilstandsregister vorzunehmen sei, stehe die vom ungeschriebenen Bundesprivatrecht gewährleistete allgemeine Feststellungsklage zur Verfügung (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, BBI 1996 I 1 ff., S. 52, Ziffer 211.41; vgl. auch BGE 131 III 201 ff., E. 1.2). In der parlamentarischen Beratung verabschiedeten beide Räte den neuen Art. 42 ZGB diskussionslos (AB 1996 S. 748; AB 1997 N. 2666 f.). Nach dem Willen des Gesetzgebers fallen somit auch Statusklagen, für die kein eigenes Verfahren gegeben ist, in den Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 1 ZGB, sofern damit eine Eintragung oder eine Berichtigung von Personenstandsdaten im Personenstandsregister angestrebt wird (BSK ZGB I-Lardelli, Art. 42 N 5; BSK ZPO-Weber, Art. 22 N 12; Duarte-Schauvelberger, OFK-ZGB, Art. 42 N 1).

5.3. Angesichts der einstimmigen Lehre auf dem Hintergrund des Ausbaus des ehemaligen Berichtigungsverfahrens zu einer umfassenden Gestaltungs- und Berichtigungsklage auch für Statusfragen und den Wertungen der schweizerischen Rechtsordnung besteht entgegen der Ansicht des Beklagten 2 kein Anlass, von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Zivilgesetzbuches auszugehen und die vermeintliche Lücke *modo legislatoris* in Analogie zur Vaterschaftsanfechtung richterrechtlich zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Es ist davon auszugehen, dass die Normierung einer Mutterschaftsanfechtung i.S. eines qualifizierten Schweigens bewusst unterlassen worden ist. Der Gesetzgeber hat demnach die Frage, ob eine Mutterschaft analog zur Vaterschaft angefochten werden könne, eindeutig beantwortet. Sie ist nicht möglich, da die biologische Mutterschaft einen uneingeschränkten Vorrang genießt. Entsprechend sind die Verwirkungsfristen aus dem Kindesrecht nicht anwendbar. Die Vorinstanz hat somit zu Recht ein Berichtigungsverfahren eröffnet, um das strittige Mutterschaftsverhältnis zu klären.

6. Auf Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand kann den kantonalen Aufsichtsbehörden klagen, wer ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft machen kann (Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB). Damit umschreibt Art. 42 ZGB die Aktivlegitimation und somit, wer berechtigt ist, den Nachweis der Unrichtigkeit des Registereintrages gemäss der Beweisregel

von Art. 9 ZGB zu erbringen. Mit dem Nachweis wird der Registereintrag entkräftet (BGE 135 III 389 E. 3.3.1 m.w.H.).

6.1. Zwar macht die Klägerin für ihre behaupteten wissentlich falschen Angaben gegenüber den Schweizer Behörden eine erhebliche Drucksituation seitens ihres Ehemannes (Beklagter 1) geltend, von dem sie seit dem 22. November 2012 getrennt lebt (Urk. 8/2/19 S. 3, Urk. 21 S. 3). Ob die Klägerin aber dennoch nach 17 Jahren einer wenn nicht leiblichen, dann doch zumindest sozialpsychologischen Mutterschaft (noch) ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung glaubhaft machen kann, ist fraglich.

Die Vorinstanz scheint die Frage der Aktivlegitimation nach Art. 42 ZGB nicht vor der Anordnung der angefochtenen DNA-Analyse und somit vor Eröffnung des Beweisverfahrens geprüft zu haben. Zivilprozessual betrachtet war sie dazu nicht verpflichtet, ist doch die Aktivlegitimation keine Prozessvoraussetzung, sondern eine Frage der materiell-rechtlichen Begründetheit des eingeklagten Anspruchs. Die Aktivlegitimation muss spätestens im Zeitpunkt der Entscheidung gegeben sein.

6.2. Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der Beklagte 2 Folgendes geltend macht: Wäre ein DNA-Test negativ, so hätte er Gewissheit darüber, dass er nicht der leibliche Sohn der Klägerin sei. Dies würde für ihn grosse soziale und psychische Probleme mit sich bringen. Er wäre dadurch mutterlos und würde jegliche Legitimation (Name, Aufenthaltsrecht), seine persönliche Identität und Herkunft verlieren. Dadurch würde ihm als Teenager ein irreparabler emotionaler und sozialer Schaden erwachsen (Urk. 1 S. 2).

Damit macht der Beklagte 2 sinngemäss ein Recht auf Nichtwissen seines Erbgutes geltend.

Beim Wangenschleimhautabstrich handelt es sich um ein erbbiologisches Gutachten, weshalb das Bundesgesetz über die genetische Untersuchung beim Menschen (GUMG, SR. 812.12) zur Anwendung gelangt. Darin ist das Recht auf Nichtwissen verankert (Art. 6 GUMG). Aus dem informationellen Selbstbestim-

mungsrecht ergibt sich nämlich auch das Recht, aus Gründen, die nur die betroffene Person angehen, die Kenntnisnahme der Untersuchungsergebnisse zu verweigern. Der Wille, Informationen über das eigene Erbgut nicht zur Kenntnis zu nehmen, muss respektiert werden. Nachteilige Folgen für die betroffene Person dürfen damit nicht verbunden sein (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, BBl 2002 S. 7361 ff., S. 7398 f., Ziffer 2.2.3)

In einem Zivilverfahren kann das Recht auf Nichtwissen durch Anordnungen des Gerichts gestützt auf Art. 296 Abs. 2 ZPO eingeschränkt werden (vgl. Art. 32 Abs. 1 GUMG, Art. 119 Abs. 2 lit. f BV): Danach haben Parteien und Dritte an Untersuchungen zur Aufklärung der Abstammung mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind nicht anwendbar.

Immerhin ist das Recht des Beklagten 2 auf Nichtwissen des eigenen Erbgutes unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nur soweit zu beeinträchtigen, als es erforderlich ist. Mit dem Ergebnis des Wangenschleimhautabstriches würde es unwiederbringlich zerstört. Es rechtfertigt sich daher in diesem konkreten Einzelfall zunächst zu prüfen, ob die Klägerin ein schützenswertes persönliches Interesse im Sinne von Art. 42 Abs. 1 ZGB glaubhaft machen kann, bevor eine DNA-Beweisabnahme angeordnet wird. Das erkennende Gericht hat mithin die Aktivlegitimation zur Bereinigungsklage, die vorliegend eine Statusfrage betrifft, in der es nur in der Nebensache um deren Beurkundung geht, zu klären. Damit wird dem Recht auf Nichtwissen des 17-jährigen Beklagten 2 und mittelbar seinem Kindeswohl gebührend, aber auch genügend Rechnung getragen. Da die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin diesbezüglich nicht explizit geprüft wurde und daher auch nicht erstmalig im Rechtsmittelverfahren zu entscheiden ist, ist das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 lit. c ZPO). Diese wird entweder in einem End- oder in einem Zwischenentscheid nach Art. 237 ZPO über die Vorfrage zu entscheiden haben, ob die Klägerin ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft machen kann und damit aktivlegiti-

miert ist. Nachdem ein Beweisverfahren ansteht, sind die Voraussetzungen für einen Zwischenentscheid gegeben.

### III.

1. Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz in einem Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen, also vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig machen. Anders vorzugehen ist nur, wenn besondere – hier nicht ersichtliche – Gründe vorliegen, wie beispielsweise bei mut- oder böswilligem Prozessieren. Die Höhe ihrer Gerichtskosten muss die obere Instanz aber selber festlegen (Botschaft ZPO, S. 7296; Jenny, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 104 N 11). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren in Anwendung der § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Der Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung sowie die Verlegung der Prozesskosten ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

2. Der Beklagte 2 und die Klägerin haben ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gestellt (Urk. 1 S. 1 und Urk. 11 S. 1). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Mittellosigkeit des Beklagten 2 ist ausgewiesen; seine Lebenshaltungskosten in einer Jugendwohngruppe im Kinder- und Jugendheim E.\_\_\_\_\_ werden fast vollumfänglich durch die Sozialen Dienste Zürich finanziert (Urk. 5/5). Die Mittellosigkeit der Klägerin ist aufgrund der Akten belegt (Urk. 13/1 und Urk. 13/4). Wie die obigen Erwägungen zeigen, erwies sich das Beschwerdeverfahren nicht als aussichtslos. Auch konnte mit Bezug auf die Anträge der Parteien nicht von Anfang an gesagt werden, dass deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer gewesen sind als die Verlustgefahren. Entsprechend ist sowohl dem

Beklagten 2 als auch der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

3. Der Beklagte 2 ist anwaltlich vertreten. Auch der rechtsunkundigen Klägerin ist damit Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Rechtsvertreterin der Klägerin wird darauf hingewiesen, dass eine Rechnungstellung an das Obergericht des Kantons Zürich erst nach der Verteilung der Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Entscheids über die Parteientschädigung durch die Vorinstanz erfolgen kann.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Beklagten 2 und der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt.
2. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 24. Oktober 2014 (FP130163-L/Z7), wonach ein DNA-Gutachten zur Abklärung der Frage einzuholen sei, ob die Klägerin als biologische Mutter des Beklagten 2 ausgeschlossen werden kann bzw. mit welcher biostatistischer Wahrscheinlichkeit sie dessen Mutter ist, wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Höhe der Parteientschädigung sowie die Verlegung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten 1 durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich mit dem Hinweis, dass er den Entscheid

bei der unterzeichnenden Stelle beziehen kann, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

7. 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.

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

Zürich, 22. Juni 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. D. Oser

versandt am:  
kt