

Mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce. Requête tendant à la nomination d'un curateur au sens de l'art. 308 al. 2 CC en vue de déposer une action en désaveu de paternité.

Action en désaveu de paternité (art. 256 CC). L'action en désaveu de paternité a une nature strictement personnelle relative et, chez les enfants qui ne peuvent pas être interrogés en raison de leur âge, doit être conduite par un curateur dont la nomination et le mandat ne sont appropriés qu'en cas d'intérêt objectif et clair de l'enfant à agir. Il n'est toutefois pas dans l'intérêt de l'enfant d'être sans père ; avoir un « faux-père » est plus avantageux à plusieurs égards (entretien, assurances sociales, héritage, éventuels aspects socio-psychologiques) que n'avoir aucun père. Le désaveu devrait être envisagé surtout quand la mère et le géniteur appuient le lien de filiation commun et que ce dernier est sûr. Si la possibilité d'établir une nouvelle relation avec l'enfant est incertaine, le désaveu de paternité sert moins l'intérêt de l'enfant que la continuation de la relation existante (consid. 2).

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,
Gerichtsschreiber Mökli.

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Fürsprecher Thomas M. Müller,
Beschwerdeführer,

gegen

B.,
vertreten durch
Rechtsanwältin Christine Nowack-Sommerhalder,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (Bestellung eines Beistandes für das Kind zur Erhebung einer Vaterschaftsklage),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 11. Dezember 2018 (LY180024-O/U).

Sachverhalt:

A.

A., Staatsangehöriger von Kamerun, und B. sind seit dem 20. Juli 2011 verheiratet. Im Familienausweis ist ihre im Juli 2016 geborene Tochter C. verzeichnet. Am 29. Januar 2018 reichte B. die Scheidungsklage ein.

B.

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens verlangte A. mit Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 18. April 2018, es sei dem Kind gestützt auf **Art. 308 Abs. 2 ZGB** ein Beistand zu geben und dieser damit zu beauftragen, im Sinn von **Art. 256 und Art. 256c Abs. 2 ZGB** eine Vaterschaftsklage einzureichen (sinngemäss gemeint: Anfechtungsklage nach **Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB**).

Auf dieses Gesuch trat das Bezirksgericht Zürich nicht ein; gleichzeitig wies es das hierfür gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab.

Die hiergegen erhobene Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 11. Dezember 2018 dahingehend gut, dass es das Gesuch um Ernennung eines Beistandes zwecks Klageerhebung abwies (statt Nichteintreten) und im Übrigen für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege erteilte, sie indes für das Rechtsmittelverfahren verweigerte.

C.

Gegen dieses Urteil hat A. am 14. Januar 2019 beim Bundesgericht eine Beschwerde erhoben mit den Begehren um dessen Aufhebung und Ernennung eines Beistandes für das Kind und dessen Beauftragung zur Erhebung einer Vaterschaftsklage, um Auferlegung sämtlicher kantonaler Kosten an die Beschwerdegegnerin und Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher, nicht vermögensrechtlicher Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme im Rahmen eines Scheidungsverfahrens. Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig (**Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG**). Gerügt werden kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (**Art. 98 BGG**). Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von **Art. 106 Abs. 2 BGG** und das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene Rügen, während es auf appellatorische Kritik nicht eintritt (**BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 140 III 264 E. 2.3 S. 266**).

2.

Das Obergericht hat erwogen, es gehe nicht darum, dass der Scheidungsrichter das Bestehen oder Nichtbestehen der Vaterschaft beurteilen müsste, sondern um die Prüfung der Bestellung eines Beistandes als Kindesschutzmassnahme; hierfür sei der Scheidungsrichter und somit auch der Massnahmerichter gemäss Art. 315a ZGB sehr wohl zuständig. In der Sache ergebe sich, dass die Anfechtungsklage relativ höchstpersönlicher Natur und bei Kindern, die angesichts ihres Alters (wie vorliegend) nicht befragt werden könnten, durch einen Beistand zu führen sei, wobei dessen Bestellung und Mandatierung nur bei eindeutigen und objektiven Kindesinteressen angebracht sei. Es liege jedoch nicht im Kindesinteresse, vaterlos zu sein; ein falscher Vater sei in mehrfacher Hinsicht (Unterhalt; Sozialversicherungen; Erbrecht; evtl. sozialpsychische Aspekte) immer noch vorteilhafter als gar keiner. Die Anfechtung sei deshalb höchstens dann in Betracht zu ziehen, wenn die Mutter und der tatsächliche Vater zum gemeinsamen Kindesverhältnis stünden und dieses nachgewiesen sei. Zwar verlange im Berufungsverfahren unter Verweis auf das zwischenzeitlich erstellte DNA-Gutachten auch die Mutter die Bestellung eines Beistandes und sie beantrage zusätzlich die Feststellung des Kindesverhältnisses zum biologischen Vater; von diesem liege aber weder eine Stellungnahme noch eine Erklärung vor, wonach er zur Anerkennung bereit wäre. Angesichts der Ungewissheit, ob ein neues Kindesverhältnis begründet werden könnte, liege die Anfechtung der bestehenden Vaterschaft momentan weniger im Interesse von C. als der Fortbestand. Demzufolge bestehe kein Anlass zur Errichtung einer Beistandschaft im beantragten Sinn.

3.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von **Art. 9, Art. 14 und Art. 29 Abs. 2 BV**.

3.1. Im Zusammenhang mit **Art. 14 BV** macht der Beschwerdeführer geltend, das verfassungsmässige Recht auf Familie schütze in negativer Hinsicht auch davor, vom Staat zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet zu werden; selbst nach der Scheidung bleibe er zur Leistung von Kindesunterhalt verpflichtet und gerade im Rahmen des Scheidungsurteils werde er voraussichtlich hierzu verurteilt.

Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer nicht gegenüber dem Staat, sondern gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig und insofern kein grundrechtlicher Abwehranspruch gegenüber dem Staat erkennbar ist, übersieht er, dass er sich im zivilrechtlichen Bereich nicht einfach abstrakt auf Grundrechte berufen kann, sondern konkret mit den einschlägigen zivilrechtlichen Normen auseinandersetzen muss, welche das Verhältnis zwischen den einzelnen Rechtssubjekten regeln (**BGE 107 Ia 277** E. 3a S. 280 f.; **143 I 217** E. 5.2 S. 219 m.w.H.).

Demzufolge wäre vorliegend aufzuzeigen, inwiefern das Obergericht im Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht Gesetzesnormen willkürlich angewandt hätte. Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer keine konkreten Ausführungen, was sich freilich dadurch erklärt, dass die Unterhaltsfestsetzung gar nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheides war. Angesichts des hängigen Scheidungsverfahrens ist naheliegend, dass es hierzu noch kommen wird, weil die Eltern gestützt auf **Art. 276 ZGB** gegenüber dem Kind unterhaltspflichtig sind und die Elternschaft nach der Regelung in **Art. 252 ZGB** entsteht, mithin der rechtliche Vater Unterhalt leisten muss. In Bezug auf die Unterhaltsfestsetzung wird aber ein eigener Rechtsmittelweg offenstehen.

Der Ansatzpunkt des Beschwerdeführers ist denn letztlich auch ein anderer: Wie er selbst festhält, hat er die Frist, binnen welcher er als Ehemann der Mutter spätestens seine rechtliche Vaterschaft angefochten haben muss (vgl. Art. 252 Abs. 1 und Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. **Art. 256c Abs. 1 ZGB**), verpasst. Deshalb versucht er nun, die Anfechtung über **Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB** auszutragen und dies dadurch zu bewerkstelligen, dass dem Kind ein Beistand zu geben sei mit dem Auftrag, das bestehende Kindesverhältnis zu beseitigen. In diesem Kontext rügt er eine willkürliche Bewertung der Interessen des Kindes durch das Obergericht. Darauf wird im Zusammenhang mit den Willkürprüfungen zurückzukommen sein (vgl. E. 3.3).

3.2. Eine Gehörsverletzung im Sinn von **Art. 29 Abs. 2 BV** erblickt der Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht aufgrund der Untersuchungsmaxime gemäss **Art. 296 Abs. 1 ZPO** verpflichtet gewesen wäre, nach dem wahren Vater zu forschen; insbesondere hätte es die Parteien zur Frage der Person des biologischen Vaters anhören müssen und dessen Identität wäre dann offengelegt worden.

Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass und an welcher Stelle er - vor Bundesgericht wird nunmehr der Name und die Adresse eines Mannes geliefert, welcher der biologische Vater sein soll - im kantonalen Verfahren auf den mutmasslichen biologischen Vater hingewiesen oder diesbezüglich in prozesskonformer Weise eine Anhörung der Parteien verlangt hätte, aber beantragte Beweismittel nicht abgenommen worden wären. Entsprechend fehlt es der Gehörsrüge an einer Begründung; der abstrakte Verweis auf die Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen geht insofern an der Sache vorbei, als es offensichtlich nicht die Aufgabe des Scheidungsrichters ist, von Amtes wegen nach dem biologischen Vater des Kindes von scheidungswilligen Eltern zu suchen.

3.3. Eine Verletzung des in **Art. 9 BV** statuierten Willkürverbotes sieht der Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht trotz der klaren Kenntnis, dass er nicht der biologische Vater des Kindes sei, die Errichtung einer Beistandschaft zur Anfechtung der Registervaterschaft verweigert und dabei den unbestimmten Rechtsbegriff des Kindesinteresses willkürlich ausgelegt habe. Medizinisch sei nämlich die Kenntnis der eigenen biologischen Abstammung ausschlaggebend, weil nur so rechtzeitig Erbkrankheiten erkannt und die notwendigen Therapien eingeleitet werden könnten wie etwa bei verschiedenen Krebsarten. Sodann könne der wirkliche Vater das Kind erst anerkennen, wenn die Registervaterschaft beseitigt sei.

Das erste Argument ist verquer: Der Beschwerdeführer hat die Errichtung einer Beistandschaft einzig zur Beseitigung des bestehenden Kindesverhältnisses verlangt (vgl. die expliziten Rechtsbegehren). Die Beseitigung des rechtlichen Kindesverhältnisses zum Beschwerdeführer hat aber keinerlei medizinische Auswirkungen auf das Kind; weder bestehen Untersuchungs- oder Therapieabsichten noch würden solche durch die Beseitigung des Rechtsverhältnisses positiv beeinflusst.

Auch das zweite Argument beschlägt letztlich das (über die vorliegend verlangte Beseitigung des Kindesverhältnisses hinausgehende) Thema der Begründung eines neuen Kindesverhältnisses. Insbesondere überspringt der Beschwerdeführer aber die entscheidende Aussage des Obergerichtes, es liege keine Erklärung des biologischen Vaters von C. vor, wonach dieser gedächte, das Kind anzuerkennen, weshalb ungewiss bleibe, ob nach erfolgreicher Beseitigung des Kindesverhältnisses zum Beschwerdeführer ein Kindesverhältnis zum biologischen Vater begründet werden könnte.

Ausgehend von diesem entscheidenden gedanklichen Zwischenschritt äussert sich der Beschwerdeführer nicht substantiiert zu den Überlegungen des Obergerichtes, wonach es für das Kind besser sei, den Beschwerdeführer zum rechtlichen Vater als gar keinen Vater zu haben. Er stellt primär die Behauptung auf, das heute 2½-jährige Kind müsse mit dem Widerspruch zwischen Registervaterschaft und biologischer Vaterschaft aufwachsen, was sich entwicklungspsychologisch negativ auswirke; mit dieser Spekulation ist keine Willkür in Bezug auf die obergerichtliche Erwägung darzutun. Mit dem weiteren Vorbringen, nur bei möglichst rascher Beseitigung des Kindesverhältnisses zum Registervater könne die Entwicklung einer gesunden Eltern-Kind-Beziehung zum biologischen Vater eine Chance haben, wird wiederum der Umstand ausgeblendet, dass dieser - soweit der vermutete denn auch der tatsächliche biologische Vater wäre - offenbar nicht daran denkt, das Kind anzuerkennen, so dass dieses nach erfolgreicher Beseitigung des bestehenden Kindesverhältnisses jedenfalls vorerst vaterlos wäre. Eben dies war für das Obergericht bei seiner Interessenabwägung entscheidend.

Keine Willkür ergibt sich schliesslich aus dem Vorwurf, das Obergericht habe die Kindesinteressen zu seinen Lasten gewichtet. Das Obergericht hat die Prüfungszuständigkeit des Scheidungsrichters (als Massnahmerichter) gestützt auf Art. 308 Abs. 2 i.V.m. **Art. 315a Abs. 1 ZGB** bejaht. Bei Kindesschutzmassnahmen und ganz allgemein für alle Kinderbelange sind jedoch die Interessen des Kindes massgebend, hinter welchen allfällig konträre Elterninteressen zurückzustehen haben (**BGE 130 III 585** E. 2.1 S. 588; Urteile 5A_482/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 4.1; 5A_376/2011 vom 13. September 2011 E. 2.2; 5A_72/2016 vom 2. November 2016 E. 3.3.1; 5A_241/2018 vom 18. März 2019 E. 4.1).

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet und deshalb im vereinfachten Verfahren nach **Art. 109 Abs. 2 lit. a BGG** abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

5.

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, konnte der Beschwerde von Anfang an kein Erfolg beschieden sein, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (**Art. 64 Abs. 1 BGG**) und das entsprechende Gesuch abzuweisen ist.

6.

Die Gerichtskosten sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (**Art. 66 Abs. 1 BGG**). Der Gegenseite ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. Juli 2019

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli