

# **BGE 143 III 624**

Bundesgericht (BGE), 2010-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_143 III 624](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_143_III_624)

FR: ATF 143 III 624

IT: DTF 143 III 624

## **Regeste**

Regeste Art. 260a Abs. 1 ZGB; Art. 260b Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 296 ZPO; Aktivlegitimation zur Anfechtung einer Kindesanerkennung; Beweisfragen im Abstammungsprozess. Voraussetzungen, unter denen die Heimat- und die Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden oder die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen auf Anfechtung einer Kindesanerkennung klagen dürfen (E. 3 und 4). Beweis, insbesondere durch DNA-Gutachten, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist. Zulässigkeit und Voraussetzungen einer zwangsweisen Durchsetzung der gerichtlich angeordneten DNA-Begutachtung (E. 5 und 6).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Die Anerkennung kann gemäss Art. 260a Abs. 1 ZGB von jedermann, der ein Interesse hat ("par tout intéressé"; "da ogni interessato"), beim Gericht angefochten werden, namentlich von der Mutter, vom Kind und nach seinem Tode von den Nachkommen sowie von der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden ("en particulier par ... la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance"; "segnatamente ... dal Comune di origine o di domicilio dell'autore del riconoscimento").

#### **E. 3.1**

Ein gleich formuliertes "Klagerecht" (Marginalie zu Art. 260a ZGB ) findet sich in Art. 269a Abs. 1 ZGB für schwerwiegende Mängel der Adoption und in Art. 259 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB zugunsten der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Ehemannes, der nach der Heirat mit der Mutter deren vorher geborenes Kind anerkennt. Die Anfechtung durch Dritte sah bereits Art. 306 ZGB in der Fassung von 1907/12 vor, wonach die Anerkennung von der zuständigen Behörde des Heimatkantons des Vaters sowie von jedermann, der ein Interesse hat, angefochten werden kann (BS 2 S. 56). Vom Gesetzeswortlaut her besteht ein bedingungsloses Klagerecht der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden. Im Gegensatz zum "jedermann, der ein Interesse hat," macht das Gesetz das Klagerecht ("namentlich") der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde von keinem unmittelbaren Interesse an der Beseitigung der unwahren Anerkennung abhängig.

#### **E. 3.2**

Das Klagerecht gemäss Art. 260a Abs. 1 ZGB geht auf die ZGB- Revision von 1976/78 zurück (AS 1977 237 S. 240). Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich Folgendes:

##### **E. 3.2.1**

Ob das bisherige Klagerecht des Gemeinwesens im neuen Recht noch Platz haben sollte, war in der Expertenkommission umstritten. Es wurde für die Anfechtung der

Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes ersatzlos gestrichen, in Bezug auf das freiwillig begründete Kindesverhältnis aber beibehalten, weil die Anerkennung vom Gesetz an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft wird und damit die Gefahr missbräuchlicher Anerkennungen besteht (z.B. zur Umgehung der Vorschriften der Adoption oder der erbrechtlichen Pflichtteilsschranken oder zur Verschaffung des Bürgerrechts). In der Expertenkommission scheiterte der Vorschlag, die Aktivlegitimation des Gemeinwesens davon abhängig zu machen, dass kein BGE 143 III 624 S. 628 überwiegendes Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung seiner Rechtsbeziehung zum Vater besteht. Die neue gesetzliche Regelung nahm deshalb keine Rücksicht darauf, ob eine Anfechtung im konkreten Fall den Kindesinteressen widerspricht, und stellte es damit auch nicht dem Ermessen des Gerichts anheim, im konkreten Fall die einzelnen Interessen gegeneinander abzuwägen (für eine Zusammenfassung der Ergebnisse: BERNHARD SAGER, Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung, 1979, S. 148 f.).

### **E. 3.2.2**

Der Entwurf für eine Revision der Bestimmungen über das eheliche und aussereheliche Kindesverhältnis übernahm alsdann eine mit dem heutigen Art. 260a Abs. 1 ZGB wörtlich übereinstimmende Regelung des Klagerechts (BBl 1974 II 117). Gemäss Botschaft kann die Anfechtungsklage wie bisher von jedermann, der ein Interesse hat (aArt. 306 ZGB), und überdies - nach dem Vorbild der Nichtigerklärung der Ehe (aArt. 121 Abs. 2 ZGB) und der Anfechtung der Adoption ( Art. 269a Abs. 1 ZGB ) - auch von der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden erhoben werden (Botschaft vom 5. Juni 1974 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesverhältnis], BBl 1974 II 1 S. 40). Der verwiesene Art. 269a Abs. 1 ZGB lehnt sich seinerseits an aArt. 306 ZGB und aArt. 121 ZGB an (Botschaft vom 12. Mai 1971 über die Änderung des Zivilgesetzbuches [Adoption und Art. 321 ZGB ], BBl 1971 I 1200 S. 1241). Das Klagerecht gemäss aArt. 121 Abs. 2 ZGB (AS 1952 1087 S. 1100: "von jedermann, der ein Interesse hat, namentlich auch von der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde") wurde zur Bekämpfung von sog. Bürgerrechtsehen geschaffen, d.h. von Eheschliessungen, die nicht eine Lebensgemeinschaft begründen, sondern bloss der Ausländerin das Schweizerbürgerrecht vermitteln sollen und offenkundig die Umgehung der Einbürgerungsvorschriften bezwecken (Botschaft vom 9. August 1951 zum Entwurf zu einem Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts, BBl 1951 II 669 S. 706), und die Drittanfechtung der Anerkennung gemäss aArt. 306 ZGB wollte den Gefahren begegnen, die die Erleichterung der Form der Anerkennung (Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder mit einer öffentlichen Urkunde oder Verfügung von Todes wegen) in sich schliesst (Botschaft vom 28. Mai 1904 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch, BBl 1904 IV 1 S. 39; vgl. EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 263 f.). BGE 143 III 624 S. 629

### **E. 3.2.3**

Dem Entwurf zu Art. 260a Abs. 1 ZGB stimmten Stände- und Nationalrat diskussionslos zu (AB 1975 S 118 und AB 1975 N 1758).

### **E. 3.3**

Während sich die Rechtsprechung zum Klagerecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde nur punktuell geäußert hat, nimmt die Lehre dazu wie folgt Stellung:

### **E. 3.3.1**

Ungeachtet des Gesetzeswortlautes und -zweckes wird in der Lehre gefordert, dass die Gemeinde beim Entscheid über die Anfechtung auch die Interessen des Kindes bedenken soll (CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, 1984, N. 84 f. zu Art. 260a ZGB ) und von sich aus auf das Klagerecht verzichten soll, wenn das öffentliche Interesse an der Beseitigung des Kindesverhältnisses geringer wiegt als das Interesse des Kindes an der Vaterschaft, die mit der Anerkennung begründet wurde (MARTIN STETTLER, Das Kindesrecht, SPR Bd. III/2, 1992, § 13/II/D S. 204; vgl. auch OLIVIER GUILLOD, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. I, 2010, N. 7 zu Art. 260a ZGB ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl. 2014, S. 74 Rz. 123; grundsätzlich ablehnend gegenüber dem Klagerecht der Gemeinde: SCHWENZER/COTTIER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 17 zu Art. 259 und N. 5 zu Art. 260a ZGB ).

### **E. 3.3.2**

Im Lichte des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107), in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997, vertritt die Lehre, dass eine Anfechtung durch Dritte ausgeschlossen werden müsse, wenn damit in eine gelebte Vater-Kind-Beziehung eingegriffen wird. Nur so könne Art. 3 Abs. 1 KRK verwirklicht werden, wonach bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist (INGEBORG SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994 S. 817 ff., 820; KURT SIEHR, Grosseltern im Privatrecht, in: Festschrift für Heinz Hausheer [...], 2002, S. 159 ff., 161).

### **E. 3.3.3**

Auch unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK wird das gesetzliche Klagerecht Dritter, das Kindesinteressen weder einbezieht noch berücksichtigt, kritisch beurteilt (WYTTENBACH/GROHSMANN, Welche Väter für das Kind?, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, AJP 2014 S. 149 ff., 165).

### **E. 3.4**

Für die Auslegung sind folgende Elemente entscheidend:

#### **E. 3.4.1**

Nach dem Wortlaut von Art. 260a Abs. 1 ZGB und dem gesetzgeberischen Konzept haben die Heimatgemeinde und die BGE 143 III 624 S. 630 Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden nebeneinander ein selbstständiges Klagerecht, das es ihnen ermöglichen soll, gegen missbräuchliche Kindes Anerkennungen einzuschreiten. Der Missbrauch kann in der Erschleichung des Anwesenheits- oder Bürgerrechts und der damit verbundenen Vorteile (z.B. Unterstützungsleistungen, Burgernutzen, Wahl- und Stimmrecht usw.) bestehen. Am Gesetzeszweck misst sich das schutzwürdige Interesse der Gemeinden an der Anfechtung einer Kindes Anerkennung. Dass die Ausübung des von weitergehenden Bedingungen unabhängigen Klagerechts der Gemeinden unter Umständen dem Interesse des Kindes an der Vaterschaft des Anerkennenden widersprechen kann, war dem

Gesetzgeber mit Blick auf die Entstehungsgeschichte bewusst oder musste ihm aufgrund der Formulierung der Bestimmung zumindest bewusst sein. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass der damalige Gesetzgeber die Interessenabwägung im Gesetz selber vornehmen wollte und dem öffentlichen Interesse an der Missbrauchsbekämpfung gegenüber dem Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses den Vorrang eingeräumt hat.

#### **E. 3.4.2**

Es fällt auf, dass der Gesetzgeber das Klagerecht der Gemeinde mit der Genehmigung der UNO-Kinderrechtskonvention nicht eingeschränkt oder aufgehoben hat, wie es die Lehre fordert. Dieser Umstand darf freilich nicht überbewertet werden. Entscheidend ist vielmehr, dass der Gesetzgeber in jüngeren Gesetzgebungsprojekten der Verhinderung des Missbrauchs im Ausländerrecht grosses Gewicht beigemessen hat. Dieser Wille des Gesetzgebers zeigt sich namentlich in Art. 97a ZGB, in Kraft seit 1. Januar 2008 (AS 2007 5437), demzufolge die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte auf das Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens nicht eintritt, wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will. Die Umgehungsabsicht gilt ausserdem als unbefristeter Eheungültigkeitsgrund ( Art. 105 Ziff. 4 ZGB ), ebenfalls in Kraft seit 1. Januar 2008, der, wenn er zur gerichtlichen Ungültigerklärung der Ehe führt, auch die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes entfallen lässt ( Art. 109 Abs. 3 ZGB ; AS 2007 5437). Insofern hat der Gesetzgeber seinen Willen, wie er ihn schon 1974 im Wortlaut von Art. 260a Abs. 1 ZGB deutlich zum Ausdruck brachte, wiederholt und bestätigt, so dass weder veränderte Umstände noch ein gewandeltes Rechtsverständnis die Gerichte davon abzuweichen berechtigen. BGE 143 III 624 S. 631

#### **E. 3.4.3**

Triftige Gründe für ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut sind nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber setzt das "Kindeswohl" gezielt ein (z.B. in der Gestaltung der Elternrechte und -pflichten, der elterlichen Sorge, prozessualer Mitwirkungspflichten usw.), aber nicht in der Beurteilung der Aktivlegitimation, die an Eigenschaften der klagenden Partei anknüpft und nicht an ebensolche Dritter. Ob - anders gesagt - ein subjektives Recht oder ein Rechtsverhältnis klageweise geltend gemacht werden soll, ist im Allgemeinen der freien Entschliessung seiner Träger anheimgestellt (vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 139). Was aber für die Aktivlegitimation allgemein gilt, trifft auch auf deren Sonderfall zu, wo der Gesetzgeber zur Wahrung öffentlicher Interessen eine Behörde für berechtigt erklärt, eine Klage zu erheben, die in ein fremdes Rechtsverhältnis eingreift. Ihre Befugnis, frei und unabhängig von entgegenstehenden Interessen Dritter das gesetzlich eingeräumte Klagerecht auszuüben, wird einzig durch das Rechtsschutzinteresse begrenzt ( Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ), das sich am Gesetzeszweck misst und bereits im Falle der blossen Möglichkeit einer missbräuchlichen Kindesanerkennung zu bejahen ist (vgl. BGE 41 II 425 S. 427; 77 II 193 E. 2b S. 199). Nicht durch eine Einschränkung des Klagerechtes, sondern auf der Ebene des schutzwürdigen Interesses begegnet der Gesetzgeber somit der behaupteten Gefahr, Behörden könnten beliebige Kindesanerkennungen anfechten.

#### **E. 3.4.4**

Die Berücksichtigung grundrechtlicher Garantien (BV, EMRK oder KRK) führt die Auslegung hier nicht weiter, wobei dahingestellt bleiben mag, welche Ansprüche auf eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung bestehen, wenn das genetische Abstammungsverhältnis fraglich ist (vgl. die weiterführenden Nachweise in BGE 141 III 312 E. 6 S. 323 ff. und 328 E. 7 S. 347 ff.). Denn das Sachgericht hat in seinem Urteil von Gesetzes wegen das öffentliche Interesse der klagenden Gemeinden an der Aufhebung des Kindesverhältnisses und das private Interesse des beklagten Kindes an der Beibehaltung des Kindesverhältnisses gegeneinander abzuwägen. Das Zivilgesetzbuch verlangt nicht, dass die genetische zwingend der sozialen Elternschaft vorgeht (vgl. THOMAS GEISER, Kind und Recht - von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?, FamPra.ch 2009 S. 41 ff., mit Beispielen). Die Interessenabwägung hat deshalb zu erfolgen, sobald erwiesen ist, dass der Anerkennende als genetischer Vater des Kindes tatsächlich ausscheidet. Erst in diesem BGE 143 III 624 S. 632 Zeitpunkt wird die Frage nach den auf dem Spiele stehenden Interessen aktuell. Gleichzeitig ist damit der Anspruch des Kindes auf Kenntnis der genetischen Herkunft in einem gerichtlichen Verfahren erfüllt. Auch verfahrensrechtlich ist die gerichtliche Interessenabwägung gewährleistet. Die Parteien im Anfechtungsprozess, der nach den Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens durchgeführt wird ( Art. 295 ZPO ), können nach Abschluss der Beweisabnahme zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung nehmen (Art. 232 i.V.m. Art. 219 ZPO ). Da das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ), berücksichtigt es zudem neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 219 ZPO ). Dass das Kindeswohl in der Beurteilung der Aktivlegitimation keine Rolle spielt, bedeutet für die Parteien somit keinen Nachteil. Es wird unter vorgängiger Wahrung der Parteirechte im Sachurteil verwirklicht.

#### **E. 3.4.5**

Schliesslich gilt es als entscheidend zu beachten, dass schon EUGEN HUBER den Gefahren missbräuchlicher Kindesanerkennungen mit der Möglichkeit ihrer Anfechtung durch Dritte begegnen wollte. Denn die Gesellschaft als Ganzes hat ein starkes Interesse daran, die missbräuchliche Inanspruchnahme staatlicher Leistungen zu bekämpfen. Schliesslich beruht jede funktionierende Rechtsordnung auf einem Grundkonsens der Rechtsunterworfenen, die von der - berechtigten - Annahme ausgehen, dass sich alle nach Treu und Glauben verhalten. Staatliche Leistungen stehen denjenigen zu, die die explizit oder implizit vorausgesetzten Bedingungen erfüllen. Wer durch unlautere Methoden den Eintritt einer Bedingung herbeiführt, hat keinen Anspruch auf die staatliche Leistung. Wenn einer solchen Situation nicht der Riegel geschoben würde, würde gleichsam die Anspruchsbasis erweitert, die aber vom Grundkonsens der Rechtsunterworfenen nicht mehr gedeckt wäre. Letztlich würde auch die rechtsgleiche Anwendung des Gesetzes darunter leiden; die Rechtssicherheit und damit der Rechtsfrieden wären in Gefahr. Die Bekämpfung der missbräuchlichen Inanspruchnahme staatlicher Leistungen ist ein gewichtiges staatliches Gesamtinteresse; dass in diesem Kontext Interessen des Einzelnen an der Durchsetzung unlauter herbeigeführter Anspruchsgrundlagen gleichwertig sein oder überwiegen könnten, ist kaum, allenfalls nur in absoluten Ausnahmefällen vorstellbar.

#### **E. 3.5**

Als Auslegungsergebnis ist aus den dargelegten Gründen festzuhalten, dass das Interesse des Kindes, das Kindesverhältnis zum BGE 143 III 624 S. 633 Anerkennenden aufrechtzuerhalten, das Klagerecht der Heimat- und der Wohnsitzgemeinde des

Anerkennenden, missbräuchliche Kindesanerkennungen gerichtlich anzufechten, nicht einschränkt.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführer begründen ihr Anfechtungsinteresse - wie schon vor Obergericht - damit, dass der Beschwerdeführer 1 als Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen der Registerwahrheit verpflichtet sei und fehlerhafte Personenstandsdaten bereinigen lassen müsse, dass die Beschwerdeführerin 2 als Wohnsitzgemeinde beider Beschwerdegegner zu Fürsorgeleistungen an den Beschwerdegegner 1 verpflichtet werden könne und dass die Beschwerdeführerin 3 als Heimatgemeinde des Beschwerdegegners 1 verhindern müsse, mit dem Beschwerdegegner 2 einen falschen Bürger in das Bürgerrecht aufzunehmen.

#### **E. 4.1**

Die Heimatgemeinde (Beschwerdeführerin 3) hat ein Anfechtungsinteresse, weil der Beschwerdegegner 2 als minderjähriges Kind einer ausländischen Mutter zufolge der Anerkennung durch den Beschwerdegegner 1 als schweizerischen Vater dessen Bürgerrecht erworben hat ( Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 29. September 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts [Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0] ). Das Klagerecht soll ermöglichen, gegen missbräuchliche Anerkennungen, insbesondere zwecks Erlangung des Anwesenheits- oder Bürgerrechts vorzugehen. Da der Beschwerdegegner 1 mit der Mutter des Beschwerdegegners 2 nachweislich eine Scheinehe eingegangen ist (Urteil 2C\_303/2013 vom 13. März 2014 E. 3.4) und eine zweite Scheinehe eingehen wollte (Urteil 5A\_30/2014 vom 15. April 2014 E. 3.4, in: FamPra.ch 2014 S. 696 ff.), besteht die ernsthafte Möglichkeit einer missbräuchlichen Anerkennung, um unmittelbar dem Beschwerdegegner 2 und mittelbar der Mutter des Schweizer Kindes das Bleiberecht zu sichern. Damit hat die Heimatgemeinde (Beschwerdeführerin 3) ein schützenswertes Interesse an der Anfechtungsklage.

#### **E. 4.2**

Die Wohnsitzgemeinde (Beschwerdeführerin 2) hat ein Anfechtungsinteresse, weil der Anerkennende dem Kind und der Mutter zufolge des vermittelten Bürgerrechts einen Aufenthaltstitel verschafft und aufgrund seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind unterstützungsbedürftig werden kann. Die Unterstützung obliegt dem Wohnkanton, der das unterstützungspflichtige Gemeinwesen - in der Regel die Wohnsitzgemeinde - und die zuständige Fürsorgebehörde bezeichnet ( Art. 12 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1977 BGE 143 III 624 S. 634 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger [Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1] ). Dass im Kanton Zürich eine vom Normalfall abweichende Regelung bestehe, wird nicht behauptet und trifft auch nicht zu. Gemäss § 32 des kantonalen Sozialhilfegesetzes vom 14. Juni 1981 (SHG; LS/ZH 851.1) obliegt die Pflicht zur Leistung persönlicher und wirtschaftlicher Hilfe der Wohngemeinde des Hilfesuchenden. Es besteht hier zudem nicht bloss eine theoretische Möglichkeit, dass künftig eine Unterstützungsbedürftigkeit eintreten könnte, zumal der Beschwerdegegner 1 gemäss eigenen Angaben und Belegen von der Wohnsitzgemeinde heute Ergänzungsleistungen bezieht. Nachweislich werden auch die Kindesmutter und der Beschwerdegegner 2 von der Wohnsitzgemeinde unterstützt. Damit hat die Wohnsitzgemeinde (Beschwerdeführerin 2) ebenfalls ein schützenswertes Interesse an der Anfechtungsklage.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer 1 als kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen wird in Art. 260a Abs. 1 ZGB nicht namentlich als klageberechtigt aufgeführt. Eine zusätzliche Klage einer zuständigen Behörde - wie heute in Art. 106 Abs. 1 ZGB und früher in aArt. 121 Abs. 1 und aArt. 306 ZGB vorgesehen - besteht nicht (BERNHARD SCHNYDER, "...jedermann, der ein Interesse hat", in: Festschrift für Cyril Hegnauer [...], 1986, S. 453 ff., 457 bei Anm. 23). Unter den Begriff des klageberechtigten "jedermann, der ein Interesse hat", kann indessen auch das Gemeinwesen fallen, wenn es ein besonderes eigenes Interesse nachzuweisen vermag und nicht bloss das allgemeine Interesse anruft ( BGE 77 II 193 E. 1b S. 196). Nach der Lehre kann das Interesse materieller oder ideeller, aktueller oder virtueller Art sein. Der Kläger muss durch das unrichtige Kindesverhältnis unmittelbar und ernstlich betroffen sein (HEGNAUER, a.a.O., N. 102 zu Art. 260a ZGB ; STETTLER, a.a.O., § 13/II/F S. 207 f.). Dass der Beschwerdeführer 1, wie er es selber vorträgt, der Registerwahrheit verpflichtet sei, trifft zu und berechtigt ihn zur Klage auf Berichtigung von Angaben im Personenstandsregister ( Art. 42 Abs. 2 ZGB ). Eine solche Klage betrifft aber die Gültigkeit der Anerkennung und nicht deren Wahrhaftigkeit; diese und nur diese ist Gegenstand des Anfechtungsverfahrens (HEGNAUER, a.a.O., N. 60 zu Art. 260a ZGB ). Mithin begründet der Beschwerdeführer 1 an der Anfechtung der Kindesanerkennung kein eigenes, über ein allgemeines rechtsstaatliches hinausgehendes Interesse. Er ist folglich nicht klageberechtigt, und ihm gegenüber hat das Obergericht die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. BGE 143 III 624 S. 635

## **E. 5**

Ihren Hauptantrag, die Kindesanerkennung aufzuheben, begründen die Beschwerdeführerinnen mit den Ergebnissen des durchgeführten Beweisverfahrens und der Weigerung der Beschwerdegegner, an der DNA-Begutachtung teilzunehmen.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen als Klägerinnen haben zu beweisen, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist ( Art. 260b Abs. 1 ZGB ). Zur Aufklärung der Abstammung haben Parteien und Dritte an Untersuchungen mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind ( Art. 296 Abs. 2 ZPO ). Sicheres Beweismittel ist - sog. Bruderfälle vorbehalten (Urteil 5A\_506/2007 vom 28. Februar 2008 E. 4.2.2, nicht veröffentlicht in: BGE 134 III 241 ) - das DNA-Gutachten (Urteil 5A\_745/2014 vom 16. März 2015 E. 2.1, in: FamPra.ch 2015 S. 740). Andere Beweismittel werden dadurch nicht ausgeschlossen. Jedes Beweismittel, das zum Beweis der Vaterschaft oder Nichtvaterschaft objektiv geeignet ist und in der gegebenen Aktenlage eine relevante Aussage erwarten lässt, ist zuzulassen und zu erheben (HEGNAUER, a.a.O., N. 59 zu aArt. 254 ZGB). Zulässig und notwendig ist auch blosser Indizienbeweiswürdigung (GUILLIOD, a.a.O., N. 7 zu aArt. 254 ZGB).

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ihre Behauptung, der Beschwerdegegner 1 sei nicht der Vater des Beschwerdegegners 2, müsse bereits deshalb für bewiesen gehalten werden, weil der Beschwerdegegner 1 seine Mitwirkung an der DNA-Begutachtung unberechtigt verweigert habe.

#### **E. 5.2.1**

Eine Partei ist zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet ( Art. 160 Abs. 1 ZPO ), ausser sie könne sich auf ein gesetzliches Verweigerungsrecht berufen ( Art. 163 ZPO ).

Gemäss Art. 164 ZPO berücksichtigt das Gericht bei der Beweiswürdigung, wenn eine Partei die Mitwirkung unberechtigterweise verweigert. Eine beachtliche Lehrmeinung will die Regelung im Abstammungsprozess anwenden und aus der unberechtigten Weigerung einer Partei, bei der Abstammungsbegutachtung mitzuwirken, beweiswürdigend auf das Bestehen der Vaterschaft dieser Partei schliessen (MEIER/STETTLER, a.a.O., S. 110 Rz. 219 a.E.; ausführlich und mit Hinweisen: PHILIPPE MEIER, L'enfant en droit suisse, FamPra.ch 2012 S. 255 ff., 280/281).

### **E. 5.2.2**

Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten schreibt Art. 296 ZPO vor, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Abs. 1) und ohne Bindung an die BGE 143 III 624 S. 636 Parteianträge entscheidet (Abs. 3). Es gelten damit die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Offizialmaxime. Im Einklang mit der Untersuchungsmaxime wird für Statusprozesse - entsprechend dem bisherigen Recht (aArt. 254 Ziff. 2 ZGB) - präzisiert, dass die Parteien und Dritte an allen Untersuchungen mitzuwirken haben, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind ( Art. 296 Abs. 2 ZPO ). Im öffentlichen Interesse ist somit die Verfügungsbefugnis der Parteien eingeschränkt und das Gericht gehalten, nach der materiellen Wahrheit zu forschen (Urteile 5A\_745/2014 vom 16. März 2015 E. 2.3, in: FamPra.ch 2015 S. 741; 5A\_492/2016 vom 5. August 2016 E. 3.1, in: FamPra.ch 2016 S. 1015).

### **E. 5.2.3**

Gewährleisten der Untersuchungsgrundsatz ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ) und als dessen Konkretisierung die Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten im Abstammungsprozess ( Art. 296 Abs. 2 ZPO ) die Erforschung der materiellen Wahrheit im öffentlichen Interesse, wird letztlich auch klar, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten für nicht anwendbar erklärt hat ( Art. 296 Abs. 2 Satz 2 ZPO ). Damit sollte ausgeschlossen sein, dass aufgrund der unberechtigten Weigerung einer Partei oder einer Drittperson, an der DNA-Begutachtung mitzuwirken, beweiswürdigend auf jener Vaterschaft geschlossen wird (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7221, 7317 zu Art. 160 und 161 des Entwurfs). Die gegenteilige Ansicht der Beschwerdeführerinnen kann nicht geteilt werden. Wie bis anhin ( BGE 95 II 77 E. 3 S. 83) zulässig bleibt hingegen, die Verweigerungshaltung als Indiz neben anderen Indizien in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen (HEGNAUER, a.a.O., N. 94 ff., und GUILLOD, a.a.O., N. 19, je zu aArt. 254 ZGB).

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerinnen haben im kantonalen Verfahren auf verschiedene Indizien hingewiesen und wenden sich gegen deren Würdigung durch das Obergericht.

#### **E. 5.3.1**

Aus einem Bericht des Vertrauensanwaltes der Schweizer Vertretung in Pristina vom 14. Februar 2013 soll sich ergeben, dass E. schon zur Zeit der Geburt des Beschwerdegegners 2 im Kosovo als Ehemann der Kindesmutter gegolten habe und deshalb der Beschwerdegegner 2 als sein Kind zu gelten habe. Das Obergericht hat den Bericht als nicht verwertbares Beweismittel bezeichnet, aber auch festgehalten, selbst wenn auf den Bericht abgestellt werden BGE 143 III 624 S. 637 wollte, ergebe sich daraus kein genügender

Beweis der Nichtvaterschaft des Beschwerdegegners 1, habe doch insbesondere der angebliche Vater E. ausdrücklich von sich gewiesen, Vater des Beschwerdegegners 2 zu sein. Ob das Obergericht das Beweismittel willkürfrei für nicht verwertbar halten durfte, kann dahingestellt bleiben, hält doch seine Beweiswürdigung der Willkürprüfung stand. Aussagen vom blossen Hörensagen schaffen keinen Beweis der Vaterschaft, selbst wenn sie in einem schriftlichen Bericht wiederholt werden. Auch zur beantragten Auswertung der Reisepässe der Kindesmutter und des Beschwerdegegners 2 hat das Obergericht festgehalten, daraus lasse sich kaum etwas bezüglich der Vaterschaft des Beschwerdegegners 1 ableiten, selbst wenn die Kindesmutter mit dem Beschwerdegegner 2 regelmässig in den Kosovo gereist sein sollte. Im Reiseverhalten der Kindesmutter und des Beschwerdegegners 2 erblicken die Beschwerdeführerinnen ein Indiz für die Bestätigung des weiteren Indizes, dass E. der Ehemann der Kindesmutter und der Vater des Beschwerdegegners 2 sei. Aus den Vermerken in Reisepässen kann sich ergeben, dass und wohin die Passinhaberin gereist ist. Wen sie am Zielort der Reise getroffen haben könnte, ergibt sich daraus nicht. Dazu bedürfte es in der Indizienkette hin zur Vaterschaft einer Person weiterer Glieder, deren Bestehen die Beschwerdeführerinnen weder behaupten noch belegen.

### **E. 5.3.2**

Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, sie hätten vor Obergericht vorgeschlagen, die Zeugungsfähigkeit des Beschwerdegegners 1 von November 2009 bis März 2010 zu untersuchen, zumal sich der Beschwerdegegner 1 während der fraglichen Zeit einer Chemotherapie unterzogen habe und deshalb zeugungsunfähig gewesen sein dürfte. Dass sich das Obergericht damit nicht eigens befasst hat, kann nicht beanstandet werden. Da der Beschwerdegegner 1 einen körperlich harmlosen Eingriff wie den Wangenschleimhautabstrich ausdrücklich verweigert hat, durfte davon ausgegangen werden, er würde sich einer ärztlichen Begutachtung seiner Zeugungsfähigkeit (z.B. durch ein Spermogramm) ebenso wenig stellen.

### **E. 5.3.3**

Die obergerichtliche Indizienbeweiswürdigung erweist sich nach dem Gesagten nicht als willkürlich ( Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266). Dass der Beschwerdegegner 1 seine Mitwirkung an der DNA-Begutachtung verweigert hat, musste neben den weiteren Indizien unter Willkür Gesichtspunkten nicht zwingend schliessen lassen, er sei nicht der Vater des Beschwerdegegners 2. BGE 143 III 624 S. 638

## **E. 6**

Schliesslich stellt sich die Frage nach der zwangsweisen Durchsetzung der gerichtlich verfügten DNA-Begutachtung. Die kantonalen Gerichte haben die Anwendung von Polizeigewalt abgelehnt. Die Beschwerdeführerinnen rügen den Untersuchungsgrundsatz im Abstammungsprozess ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ) wie auch ihren Beweisführungsanspruch ( Art. 8 ZGB ) als verletzt. Sie beantragen deshalb die Rückweisung der Sache an eine kantonale Instanz.

### **E. 6.1**

In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschwerdegegner 1 sich gegenüber dem Gericht schriftlich der DNA-Begutachtung widersetzt hat und androhungsgemäss wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung verurteilt wurde. Der Beschwerdegegner 2 ist

dem Termin zur Begutachtung unentschuldig ferngeblieben. Dass die DNA-Begutachtung zur Aufklärung nötig ist, belegen die Umstände des zu beurteilenden Falls (E. 5 oben). Die Beschwerdegegner behaupten auch keine aussergewöhnlichen gesundheitlichen Risiken, die eine Gefahr für ihre Gesundheit bedeuten und deshalb dem angeordneten Wangenschleimhautabstrich entgegenstehen könnten ( BGE 134 III 241 E. 5.4.3 S. 247). Streitig ist einzig die Zulässigkeit der zwangsweisen Durchsetzung des Wangenschleimhautabstrichs. Das Bundesgericht hat die Streitfrage bejaht (Urteil 5A\_492/2016 vom 5. August 2016 E. 3, in: FamPra.ch 2016 S. 1015 ff.; vgl. die Besprechungen des Urteils von BÜCHLER/RAVEANE, in: FamPra.ch 2017 S. 343 ff., und von REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016, Familienrecht, Kindesrecht, ZBJV 153/2017 S. 501 f.).

## **E. 6.2**

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

### **E. 6.2.1**

Die Zulässigkeit körperlichen Zwangs wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet (ablehnend z.B. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 39 Rz. 22 S. 416; befürwortend z.B. MEIER/STETTLER, a.a.O., S. 110 Rz. 219). Es fällt auf, dass die Standpunkte - soweit sie begründet werden - sich wesentlich auf das frühere Recht stützen ( Art. 254 Ziff. 2 ZGB in der Fassung von 1976/78, AS 1977 237 S. 238). Unter dessen Herrschaft hat das Bundesgericht die Streitfrage zunächst verneint (Urteil 5P.472/2000 vom 15. März 2001 E. 2a), zuletzt aber trotz scheinbar einhellig ablehnender Haltung in der Lehre ausdrücklich offengelassen, zumal es im zu beurteilenden Fall ohnehin an einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht gefehlt hatte (Urteil 5P.444/2004 vom 2. Mai 2005 E. 3.3 Abs. 3, in: FamPra.ch 2005 S. 944 f.). Die BGE 143 III 624 S. 639 rechtliche Ausgangslage hat sich mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011 geändert, indem Art. 254 ZGB ersatzlos aufgehoben und durch Art. 296 ZPO ersetzt wurde (AS 2010 1739, S. 1836 und 1839). Laut Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung kann die Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung eines Kindes - sofern ohne Gefahr für die Gesundheit - zwangsweise durchgesetzt werden (BB1 2006 7221, 7317 zu Art. 160 und 161 des Entwurfs).

### **E. 6.2.2**

Gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO klärt das Gericht die Parteien und Dritte über ihre Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht und die Säumnisfolgen auf. Im Falle der Abklärung der Abstammung ergibt sich die Mitwirkungspflicht unmittelbar aus dem Gesetz ( Art. 160 Abs. 1 lit. c und Art. 296 Abs. 2 Satz 1 ZPO ). Da die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO (Satz 2) nicht anwendbar sind, kann lediglich darüber aufgeklärt werden, dass keine Verweigerungsrechte ( Art. 163-167 ZPO ) bestehen. Die Aufklärung über die Säumnisfolgen bezieht sich deshalb nicht auf die bloss prozessualen Nachteile im Falle unberechtigter Verweigerung der Mitwirkung als Partei ( Art. 164 ZPO ) oder die Vollstreckungsmassnahmen im Falle unberechtigter Verweigerung der Mitwirkung als Drittperson ( Art. 167 ZPO ). Die Säumnisfolgen, d.h. die im konkreten Fall nachteiligen Folgen einer Verweigerung der Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung des Kindes, ergeben sich unmittelbar und mit der von Verfassungs wegen geforderten

Bestimmtheit aus dem Vollstreckungsrecht, zumal der Entscheid auf Mitwirkung und damit auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden lautet. Die Säumnisfolgen können in einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB, in einer Ordnungsbusse oder in einer Zwangsmassnahme bestehen ( Art. 343 Abs. 1 lit. a-d ZPO ).

### **E. 6.2.3**

Die Gesetzesgrundlage für die Mitwirkungspflicht zur Abklärung der Abstammung und für die Androhung der Realvollstreckung des Wangenschleimhautabstrichs (nötigenfalls mit Polizeigewalt) ist damit vorhanden. Eine Sonderregelung für die zwangsweise Durchsetzung, wie sie in früheren kantonalen Prozessgesetzen teilweise bestanden hat (z.B. Art. 181 Abs. 2 ZPO /VS; Art. 264a Abs. 4 ZPO /BE; Art. 378d CPC/VD), diente zwar der Klarheit, ist jedoch nicht vorausgesetzt, wenn der Eingriff in die körperliche Integrität als geringfügig erscheint, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung im Abstammungsprozess allfällige Geheimhaltungsinteressen des BGE 143 III 624 S. 640 Betroffenen nicht nur im Allgemeinen, sondern auch im konkreten Fall überwiegt, und wenn die Androhung der Polizeigewalt verhältnismässig ist, d.h dem Betroffenen vorgängig bereits weniger weit gehende Vollstreckungsmittel angedroht wurden.

### **E. 6.3**

Die Voraussetzungen für eine zwangsweise Durchsetzung der DNA-Begutachtung sind im zu beurteilenden Fall erfüllt. Angedroht wird ein Wangenschleimhautabstrich, der keinen unerträglichen körperlichen Eingriff bewirkt. Da bereits die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB erfolglos verfügt wurde und der Hinweis auf eine Ordnungsbusse den mittellosen Beschwerdegegner 1 nicht beeindrucken dürfte, erscheint die Androhung der Polizeigewalt zudem als verhältnismässig. Zu diesem Zweck ist die Sache an das Bezirksgericht zurückzuweisen. Dasselbe gilt für den Beschwerdegegner 2, sollte ihn seine Mutter nicht zum Begutachtungstermin bringen und diesem vielmehr erneut unentschuldig fernbleiben. Für diesen Fall bezeichnet das Bezirksgericht eine geeignete Behörde, die den Wangenschleimhautabstrich abnimmt, z.B. die Lehrerin oder die Beiständin in Anwesenheit des Gemeindeammanns.

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