

BGE 144 III 1

Bundesgericht (BGE), 2017-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_144_III_1

FR: ATF 144 III 1

IT: DTF 144 III 1

Regeste

Regeste Art. 28, 252 und 256 ZGB; Art. 8 EMRK; Frage des Anspruches auf Kenntnis seiner Nachkommen. Der Ehemann der gebärenden Mutter ist ex lege rechtlicher Vater des Kindes (E. 4.1). Der Dritterzeuger des Kindes ist weder zur Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes noch zur eigenen Anerkennungserklärung befugt (E. 4.2). Aus der betreffenden Gesetzeslage resultiert keine Persönlichkeitsverletzung (E. 4.4.1), ebenso wenig aus der unterlassenen Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann (E. 4.4.2). Anspruch auf Kenntnis seiner Deszendenten (E. 4.4.3)?

Regeste Art. 28, 252 et 256 CC; art. 8 CEDH; droit de connaître sa descendance. L'époux de la mère parturiente est ex lege le père juridique de l'enfant (consid. 4.1). Le tiers géniteur de l'enfant n'est pas légitimé à contester la paternité du mari ni à reconnaître l'enfant (consid. 4.2). Aucune atteinte à la personnalité ne résulte de cette situation juridique (consid. 4.4.1), ni du fait que l'époux n'a pas contesté sa paternité (consid. 4.4.2). Droit de connaître sa descendance (consid. 4.4.3)?

Regesto Art. 28, 252 e 256 CC; art. 8 CEDU; questione del diritto di conoscere la propria discendenza. Il marito della madre che partorisce è ex lege il padre legale del figlio (consid. 4.1). Il terzo genitore del figlio non è legittimato né a contestare la paternità del marito né a dichiarare il proprio riconoscimento (consid. 4.2). Nessuna lesione della personalità risulta da tale situazione giuridica (consid. 4.4.1) e neanche dall'omessa contestazione della paternità da parte del marito (consid. 4.4.2). Diritto di conoscere la propria discendenza (consid. 4.4.3)?

Erwägungen

E. 3

Der Beschwerdeführer fühlt sich in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt und behauptet einen Anspruch auf Feststellung, dass D. sein Kind sei; wer diesen Anspruch verletze, greife in seine BGE 144 III 1 S. 3 persönlichen Verhältnisse ein und handle rechtswidrig, denn ihm werde dadurch ein wesentlicher Bestandteil seiner Persönlichkeit vorenthalten, nämlich die Feststellung der Nachkommenschaft eigener Kinder. Es gehe mithin nicht darum, ob ihm ein zivilrechtlicher Anfechtungsanspruch zustehe, sondern vielmehr darum, dass die Weigerung des Ehemannes der Mutter, die rechtliche Vaterschaft anzufechten, widerrechtlich seine Persönlichkeit als genetischer Vater verletze. Die Widerrechtlichkeit ergebe sich dadurch, dass derjenige, der versuche, seine Abstammung zu erfahren, ein schwerwiegendes und von der EMRK geschütztes Interesse habe, die hierfür verfügbaren Informationen zu erhalten. Der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft gehöre auch zum Schutzbereich von Art. 28 ZGB. Mithin habe das Kind D. ein grundrechtlich geschütztes Interesse an der Kenntnis seiner Herkunft und die

Beschwerdegegner handelten widerrechtlich, wenn sie ihre diesbezüglichen Mitwirkungspflichten verletzen. Die Widerrechtlichkeit bestehe auch in Bezug auf den genetischen Vater, weil er ein eminentes persönliches Interesse an der Feststellung habe, wer sein Kind sei; es handle sich hierbei um eine Reflexwirkung. Auch in Deutschland habe der leibliche Vater Anspruch auf Feststellung seiner Vaterschaft und Übereinstimmung zwischen dem Registereintrag und den tatsächlichen Verhältnissen. Es sei nicht einzusehen, wieso dieser Anspruch hierorts weniger Gewicht haben sollte als in Deutschland.

E. 4

Es gilt die zivilstandsrechtliche Situation (dazu E. 4.1), das Klagerecht zur Anfechtung der Vaterschaft (dazu E. 4.2), den Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (dazu E. 4.3) sowie die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Aspekte seines Persönlichkeitsrechtes (dazu E. 4.4) auseinanderzuhalten. Vorauszuschicken ist, dass es dem Beschwerdeführer nicht abstrakt um die Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung, sondern um die Herstellung eines rechtlichen Kindesverhältnisses geht, wie sich unmissverständlich aus seinen Rechtsbegehren und (jedenfalls sinngemäss) auch aus seinen Ausführungen ergibt.

E. 4.1

Für das Kindesverhältnis zur Mutter ist der Vorgang der Geburt massgebend (vgl. Art. 252 Abs. 1 ZGB); rechtliche Mutter ist mithin immer die gebärende Mutter, weshalb es auch bei der Leihmutterschaft nicht auf die genetische Komponente, sondern allein auf den biologischen Vorgang der Geburt ankommt (vgl. BGE 141 III 328 E. 4.4 S. 337). BGE 144 III 1 S. 4 Für das Kindesverhältnis zum Vater gilt es zu unterscheiden. Ist ein Kind wie vorliegend während der Ehe geboren, so gilt von Gesetzes wegen der Ehemann als Vater (vgl. Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 Abs. 1 ZGB; *pater est quem nuptiae demonstrant*; sog. Ehelichkeits- bzw. Vaterschaftsvermutung; zur historischen Dimension betreffend Ehe und Kindschaftsverhältnis siehe BÜCHLER, *Sag mir, wer die Eltern sind*, AJP 2004 S. 1176; zur Rechtsvergleichung siehe statt vieler: SCHWENZER, *Familie und Recht*, 2010, S. 422 ff.). Vermutungsbasis ist die Tatsache der Ehe und Vermutungsfolge ist das rechtliche Kindesverhältnis (PFAFFINGER, *Vaterschaft auf dem Prüfstand*, FamPra.ch 2014 S. 608). Massgeblich für den Eintritt der betreffenden Rechtsfolge ist das zivilstandsrechtliche Eheverhältnis zur gebärenden Mutter im Zeitpunkt der Geburt (Art. 8 lit. o Ziff. 1 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [ZStV; SR 211.112.2] vgl. BGE 108 II 344 E. 1a S. 347 f.). Das Kindesverhältnis wird im Personenstandsregister unter den Personendaten des rechtlichen Vaters erfasst (Art. 7 Abs. 2 lit. 1 ZStV).

E. 4.2

Die auf Art. 255 ZGB gestützte Vaterschaft kann indes vom Ehemann und unter einschränkenden Bedingungen auch vom Kind angefochten werden (vgl. Art. 256 Abs. 1 ZGB). Weiteren Personen, namentlich der Mutter und dem genetischen Vater, kommt aufgrund der abschliessenden Aufzählung der Klageberechtigten in Art. 256 Abs. 1 ZGB kein Anfechtungsrecht zu (vgl. Botschaft vom 5. Juni 1974 zur Änderung des Zivilgesetzbuches [Kindesverhältnis], BBl 1974 II 29 f. Ziff. 312.21; BGE 108 II 344 E. 1a S. 347; BGE 122 II 289 E. 1c S. 293). Die Vaterschaft darf auch nicht vorfrageweise in einem anderen Verfahren überprüft werden (HEGNAUER, *Berner Kommentar*, 4. Aufl. 1989, N. 8 zu Art. 256 ZGB; SCHWENZER/COTTIER, in: *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch*, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 256 ZGB). Begründet wird die enge

Begrenzung des Kreises der Anfechtungsberechtigten mit dem Schutz der Ehe und des Familienfriedens (HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, Rz. 16.35; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, 2. Aufl. 2011, S. 191 f.; BÜCHLER/RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, in: FamPra.ch 2009 S. 20; AEBI-MÜLLER, Abstammung und Kindesverhältnis [nachfolgend: Abstammung], in: ZGB gestern heute morgen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2007, S. 131). Solange die zufolge von Art. 255 ZGB entstandene Vaterschaft des Ehemannes nicht beseitigt ist, vermag der genetische Vater ein BGE 144 III 1 S. 5 Vaterschaftsverhältnis auch nicht durch Anerkennung zu erlangen, denn die Anerkennung setzt voraus, dass ein Kindesverhältnis nur zur Mutter besteht (Art. 260 Abs. 1 ZGB); damit soll verhindert werden, dass eine doppelte rechtliche Vaterschaft entstehen kann.

E. 4.3

Über die im Familienrecht umschriebenen statusrechtlichen Klageansprüche hinaus steht dem Kind gestützt auf das Personenrecht ein klagbarer Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung zu, denn die Erforschung der eigenen Herkunft gehört nach allgemeiner Auffassung zu dem von Art. 28 ZGB gewährleisteten Schutz der Identität (BGE 134 III 241 E. 5.3.1 S. 245). Der betreffende Anspruch kann insofern als übergeordnet bezeichnet werden, als die betroffenen Elternteile zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung (z.B. Wangenschleimhautabstrich oder Blutentnahme als Grundlage für ein DNA-Gutachten) verpflichtet sind und sich nicht zur Abwehr auf das eigene Persönlichkeitsrecht berufen können, soweit das Kind hinreichenden Anlass zur Geltendmachung seines Anspruches auf Kenntnis der eigenen Abstammung hatte (BGE 134 III 241 E. 4.2 S. 246 f.). Vorliegend geht es jedoch, was der Beschwerdeführer sinngemäss selbst einräumt, nicht um einen Anspruch des Kindes, sondern er macht einen eigenen analogen Anspruch gestützt auf Persönlichkeitsrecht geltend. Dass hierfür ein im Familienrecht verankerter Anspruch bestünde, wie dies etwa in Deutschland der Fall ist (vgl. § 1598a BGB, eingefügt am 1. April 2008 durch das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren; vgl. auch Entscheid des Bundesverfassungsgerichtes BvR 421/05 vom 13. Februar 2007), behauptet der Beschwerdeführer zu Recht nicht; vielmehr leitet er einen solchen aus Art. 28 ZGB ab (dazu E. 4.4.3).

E. 4.4

Den Ausführungen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsverletzung lässt sich nicht schlüssig entnehmen, ob diese letztlich auf dem Fehlen statusrechtlicher Behelfe zur Herstellung einer eigenen rechtlichen Vaterschaft (dazu E. 4.4.1) oder dem Nichterheben einer Anfechtungsklage durch den Ehemann der Mutter beruhen (dazu E. 4.4.2) oder im Zusammenhang mit der vom Statusrecht gelösten Kenntnis der Nachkommen stehen soll (dazu E. 4.4.3). Die Persönlichkeit umfasst alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint; sie ist die Gesamtheit des Individuellen, des nur auf eine BGE 144 III 1 S. 6 bestimmte Person in ihrer Einmaligkeit Beziehbaren, soweit es Gegenstand eines verletzenden Verhaltens sein kann (BGE 143 III 297 E. 6.4.1 S. 308 m.w.H.). Wer in Bezug auf einen Aspekt seiner Persönlichkeitsentfaltung und damit in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann das Gericht anrufen, soweit der Angriff widerrechtlich ist (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Davon ist

auszugehen, wenn die Verletzung nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Vom Gesetzeswortlaut her ist mithin jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich (Persönlichkeit als absolutes Rechtsgut), wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Der Verletzte hat demnach die Tatsache und die Umstände der Verletzung sowie deren Schwere nachzuweisen, während dem Verletzer der Nachweis rechtfertigender Sachumstände obliegt (BGE 136 III 410 E. 2.3 S. 414).

E. 4.4.1

Was die Anfechtung der Vaterschaft anbelangt, ist das Gesetz klar; dem genetischen Vater steht kein entsprechendes Klagerecht zu (vgl. E. 4.1). Diesbezüglich kann von vornherein keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung gegeben sein, weil die Normen eines Gesetzes kohärent auszulegen sind und im Übrigen der Gesetzgeber als Verletzer im Sinn von Art. 28 ZGB ausscheidet; eingeklagt sind denn auch die Mutter und deren Ehemann. Weil kein internationaler Sachverhalt vorliegt bzw. kein ausländisches Statut zur Anwendung gelangt, ist ferner die Gesetzeslage in anderen Ländern nicht relevant, mithin insbesondere nicht der Verweis auf den - im Übrigen nicht die Herstellung einer Vaterschaft, sondern das Umgangsrecht des genetischen Vaters betreffenden - Beschluss XII ZB 280/15 des Bundesgerichtshofes Deutschland vom 5. Oktober 2016. Es wäre am schweizerischen Gesetzgeber, den bislang eher eng gezogenen Kreis der Anfechtungsberechtigten gemäss Art. 256 ZGB allenfalls auszuweiten (zu den möglichen zukünftigen Optionen siehe SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr, Rz. 96 ff., www.bj.admin.ch/bj/de/home/publiservice/berichte.html, unter: Zukunft des Familienrechts). Zu Recht nicht mehr geltend gemacht wird im bundesgerichtlichen Verfahren, dass sich ein Klagerecht auf Beseitigung einer bestehenden und Herstellung einer eigenen rechtlichen Vaterschaft direkt aus Art. 8 EMRK ergeben könnte, soweit das nationale Recht keine BGE 144 III 1 S. 7 betreffenden Ansprüche vorsieht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in zwei neueren Entscheiden auf die divergierende Rechtslage in den verschiedenen Mitgliedstaaten hingewiesen (Nr. 23338/09 Kautzor gegen Deutschland vom 22. März 2012 §§ 37 ff.; Nr. 45071/09 Ahrens gegen Deutschland vom 22. März 2012 §§ 27 ff.) und daraus auf einen fehlenden Konsens geschlossen, welcher ein in das betreffende Ermessen der Mitgliedstaaten eingreifendes Konventionsrecht ausschliesse (Kautzor , §§ 61 ff., 78; Ahrens , §§ 58 ff., 75); ferner hat der Gerichtshof auch einen Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft ohne formelle Beseitigung der bestehenden rechtlichen Vaterschaft verneint (Kautzor , § 79). Diese Rechtsprechung, welche in Bezug auf nicht mit der Mutter verheiratete rechtliche Väter ergangen ist, muss a fortiori für den vorliegenden Fall gelten, in welchem die rechtliche Vaterschaft aufgrund des ehelichen Verhältnisses zur Mutter entstanden ist, zumal der Kreis der Klageberechtigten in Art. 256 Abs. 1 ZGB bewusst enger gezogen ist als für die Anfechtung der Anerkennung gemäss Art. 260a Abs. 1 ZGB .

E. 4.4.2

Dass der Ehemann der Mutter seine ex lege entstandene Vaterschaft nicht angefochten hat, bedeutet ebenfalls keine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit des Beschwerdeführers. Indem der genetische Vater nach dem in E. 4.2 Gesagten keinen Anspruch auf klageweise Einmischung bzw. auf klageweise Herstellung einer eigenen rechtlichen Vaterschaft hat, kann ein solches Klagerecht auch nicht zum Kreis der von Art.

28 ZGB erfassten Aspekte der Persönlichkeit gehören. Zudem könnte im Absehen von einer Anfechtungsklage seitens des Ehemannes insofern kein verletzendes und überdies widerrechtliches Verhalten erblickt werden, als er nach dem in E. 4.2 Gesagten bei seiner Entscheidung über die allfällige Erhebung einer Klage auf Anfechtung seiner Vaterschaft frei ist. Vielmehr würde vor dem Hintergrund der aktuellen Gesetzeslage ein Eingriff in diese Freiheit angesichts der damit verbundenen Ingerenz in das Familienleben die Persönlichkeit des Ehemannes treffen.

E. 4.4.3

Was schliesslich das Recht auf Kenntnis der Nachkommenschaft als Teil des Persönlichkeitsrechts anbelangt, ist vorzuschicken, dass ein solcher Anspruch wenn schon einem präsumptiven leiblichen Vater zukommen würde; soweit nämlich der Erzeuger feststeht, bedarf es der betreffenden Klage nicht. Als zweites ist vorzuschicken, dass ein allfälliger Anspruch allenfalls nicht die gleiche BGE 144 III 1 S. 8 Persönlichkeitsintensität aufweisen würde (starke Betroffenheit der Persönlichkeit bejahend allerdings MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 5. Aufl. 2014, S. 274 ff., welche für eine Klage *sui generis* plädieren; AEBI-MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz und Genetik*, ZBJV 2008 S. 100 ff.: "Fortpflanzung als wesentlicher Bestandteil der individuellen Lebensentfaltung", "Entstehen eines Kindes als Teil der Lebensgeschichte des Mannes"; MEIER, *L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, FamPra.ch 2012 S. 282 f.; WIESNER-BERG, *Babyklappe und anonyme Geburt*, FamPra.ch 2013 S. 541) wie derjenige des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Bei Letzterem geht es um die Kenntnis über die Umstände der Zeugung und die Herkunft; betroffen ist die Entstehung der eigenen Person und damit der Kern der Identität. Demgegenüber geht es bei der Kenntnis über allfällige Deszendenten nicht um das Werden oder Vergehen der eigenen Person, sondern um das Wissen über die "Weitergabe seines Blutes". Zumal an die blosser Kenntnis über diese Tatsache keine personen-, familien- oder erbrechtlichen Rechtswirkungen knüpfen (vgl. immerhin die Prüfung eines allfälligen Umgangsrechtes, dazu unten), scheint der persönlichkeitsbezogene Konnex etwas loser. Zwar hat auch die Kenntnis des Kindes über seine eigene Abstammung keine direkten Rechtswirkungen; hier geht es aber wie gesagt um die Entstehung und Herkunft der eigenen Person und somit um die Identitätsfindung, was zum Kern der Persönlichkeit gehört. Als drittes wäre zu bedenken, dass die Durchsetzung eines allfälligen Anspruches auf Kenntnis potentieller Nachkommen mit übergeordneten persönlichkeitsbezogenen Aspekten insbesondere des Kindes, ferner aber auch der Mutter und des rechtlichen Vaters kollidieren kann. So hat das Bundesgericht in BGE 108 II 344 befunden, wer unter dem Vorwand, der leibliche Vater zu sein, wiederholt und absichtlich das Familienleben eines Ehepaares störe, verletze die Eheleute in ihrer Persönlichkeit. Zu erinnern ist auf der anderen Seite an die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, wonach die Weigerung eines Mitgliedstaates, ein Umgangsrecht zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind überhaupt auch nur zu prüfen, unbekümmert um die nationale Gesetzeslage gegen Art. 8 EMRK verstösst (Nr. 20578/07 *Anayo gegen Deutschland* vom 21. Dezember 2010; Nr. 17080/07 *Schneider gegen Deutschland* vom 15. September 2011). Bei der Umsetzung eines solchen Prüfungsanspruches würde sich aber zwangsläufig die Vorfrage nach der Abklärung der BGE 144 III 1 S. 9 genetischen Vaterschaft stellen, soweit diese noch nicht feststeht. Wenn vor diesem Hintergrund gestützt auf Art. 28 ZGB allfällige Abklärungsansprüche eingeräumt werden sollten (Frage in Bezug auf den Ehemann, welcher die Anfechtungsfrist verpasst hat, ausdrücklich

offengelassen im Urteil 5A_298/2009 vom 31. August 2009 E. 5; Abklärungsanspruch ohne Statuswirkung für die gleiche Konstellation bejaht durch das Obergericht des Kantons Luzern, vgl. FamPra.ch 2013 S. 220 ff.; vgl. ferner Urteil 5A_315/2008 vom 29. September 2008 E. 2), gälte es jedenfalls sorgfältig zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen zwischen den Beteiligten abzuwägen (vgl. MEIER/STETTLER, a.a.O., S. 275 f.; MEIER, a.a.O., S. 283; AEBI-MÜLLER, Abstammung, a.a.O., S. 131). All diese Fragen, Abgrenzungen und Abwägungen - in welcher Hinsicht angesichts der gesellschaftspolitischen Dimension primär der Gesetzgeber und weniger das Gericht in der Pflicht stünde - können vorliegend offenbleiben: Es ist nach den Feststellungen des angefochtenen Entscheides unbestritten, dass der Beschwerdeführer der Erzeuger des Kindes ist. Insofern gibt es nichts abzuklären (zur Mitwirkungspflicht bei Abklärungen im Zusammenhang mit der Abstammung des Kindes vgl. Urteil 5A_492/2016 vom 5. August 2016). Entgegen seinen vordergründigen Ausführungen geht es dem Beschwerdeführer denn auch nicht um eine "Abklärung" der bekannten Tatsache oder um eine allgemeine Feststellung ohne weitere Rechtsfolgen, sondern wie gesagt um die Herstellung einer rechtlichen Vaterschaft durch Zwang des Ehemannes der Mutter zur Anhebung einer Anfechtungsklage im Verbund mit einer Feststellung der eigenen Vaterschaft bzw. um eine entsprechende richterliche Ersatzvornahme für den Fall, dass die Beschwerdegegner untätig bleiben sollten. Derlei Klagerechte stehen dem Beschwerdeführer aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht zu und seine Persönlichkeit ist nicht verletzt, wenn der Ehemann der Mutter seine gesetzliche Vaterschaft nicht angefochten hat.

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