

Rechtsprechung / 3. Kindesrecht / 3.2 Abstammung

Nr. 7 * Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 12. Oktober 2017 i.S. Gemeindeamt des Kantons Zürich, Stadt Winterthur, Gemeinde Flums- Dorf gegen A., B.B. – [5A_590/2016](#)

Art. 260a Abs. 1, 260b Abs. 1 ZGB, Art. 296 ZPO: Aktivlegitimation zur Anfechtung einer Kindeserkennung, Beweisfragen im Abstammungsprozess.

Voraussetzungen unter denen die Heimat- und die Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden oder die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen auf Anfechtung einer Kindeserkennung klagen dürfen. 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.

Art. 260a al. 1, 260b al. 1 CC, art. 296 CPC : Légitimation active de la contestation d'une reconnaissance d'enfant, questions de preuve dans la procédure d'établissement de filiation.

Conditions auxquelles la commune d'origine et celle de domicile de l'auteur de la reconnaissance ou l'autorité canto-

nale de surveillance de l'état civil peuvent introduire une demande de contestation d'une reconnaissance d'enfant. Preuve, notamment au moyen d'une expertise ADN, que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant. Recevabilité et conditions pour l'exécution forcée d'une expertise ADN ordonnée par le juge.

Art. 260a cpv. 1, 260b cpv. 1 CC, art. 296 CPC: Legittimazione attiva per impugnare il riconoscimento di un figlio, questioni di prova nell'azione di disconoscimento di paternità.

Condizioni alle quali il Comune di origine o di domicilio dell'autore del riconoscimento, o l'autorità cantonale di vigilanza sullo stato civile, può impugnare giudizialmente il riconoscimento di un figlio. Prova, in particolare tramite perizia sul DNA, che l'autore del riconoscimento non è il padre del figlio. Ammissibilità e presupposti dell'esecuzione in via coercitiva della perizia del DNA decretata dal giudice.

Dieser Entscheid wurde in der FamPra.ch 2/2018 als Entscheid Nr.23 ([FamPra.ch 2018, 541 ff.](#)) abgedruckt.

Bemerkungen:

Im Urteil [5A_590/2016](#) vom 12. Oktober 2017 (publiziert als [BGE 143 III 624](#)) hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Ein Schweizer Staatsbürger und eine kosovarische Staatsangehörige

heirateten am 19. März 2004 im Kosovo. Infolgedessen reiste die Kosovarin in die Schweiz ein und die zuständige Behörde erteilte ihr eine Aufenthaltsbewilligung. Am 17. August 2009 erhielt die Ehefrau eine Niederlassungsbewilligung. Rund ein halbes Jahr später, am 2. Februar 2010, wurde die Ehe geschieden. Im August desselben Jahres widerrief das zuständige Migrationsamt die Niederlassungsbewilligung mit der Begründung, dass es sich bei der geschiedenen Ehe um eine Scheinehe gehandelt habe. Am 18. September 2010 gebar die Kosovarin einen Sohn. Dieser wurde von ihrem ehemaligen Ehemann anerkannt und erlangte dadurch das schweizerische Bürgerrecht. Mit Entscheid vom 13. März 2014, [2C_303/2013](#), bestätigte das Bundesgericht zwar die Scheinehe und den Widerruf der Niederlassungsbewilligung, belies der Ehefrau aber als Mutter eines Schweizer Kindes ein Aufenthaltsrecht. In der Folge fochten die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Kindes sowie die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen die Anerkennung des Kindes durch den ehemaligen Ehemann der Mutter an. Das Bezirksgericht Winterthur verneinte die Aktivlegitimation aller Klägerinnen. Das Zürcher Obergericht bejahte hingegen die Klagelegitimation der Heimat- und Wohnsitzgemeinde, hielt aber eine zwangsweise Durchsetzung einer DNA-Untersuchung zur Abklärung der Vaterschaft für unzulässig. Den Beweis, dass der Schweizer Ehemann nicht der Vater des Kindes ist, erachtete es als nicht erbracht. Im Urteil vom 12. Oktober 2017 schützte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid insoweit, als es die Aktivlegitimation der beiden Gemeinden ebenfalls bejahte und jene der kantonalen Aufsichtsbehörde verneinte. Entgegen der Vorinstanz hielt es aber auch die zwangsweise Durchsetzung eines Wangenschleimhautabstriches zwecks Untersuchung der Abstammung für zulässig.

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht allgemein festgelegt, wie vorzugehen ist, wenn Behörden Kinderanerkennungen gemäss [Art. 260a ZGB](#) anfechten. In einem ersten Schritt sei die Aktivlegitimation der klagenden Gemeinde zu prüfen. Gemäss der bundesgerichtlichen Auffassung sind die namentlich von [Art. 260a ZGB](#) genannten Behörden in jedem Fall und ungeachtet der Interessen des betroffenen Kindes aktivlegitimiert. Ihr Klagerecht werde einzig durch das nachzuweisende Rechtsschutzinteresse ([Art. 59 lit. a ZPO](#)) eingeschränkt (zum Ganzen: E. 3). Von [Art. 260a Abs. 1 ZGB](#) nicht ausdrücklich genannte Behörden seien demgegenüber nur dann aktivlegitimiert, wenn sie ein eigenes, materielles Interesse an der Anfechtung dartun könnten (E. 3 und 4).

In einem zweiten Schritt müsse die Vaterschaft abgeklärt werden. Obwohl das DNA-Gutachten das sicherste Beweismittel sei, könne die Vaterschaft von den beweisbelasteten Klägerinnen ([Art. 260b ZGB](#)) auch auf anderem Weg bewiesen werden. [Art. 296 Abs. 2 ZPO](#) verpflichte die Parteien und Dritte in Abstammungsprozessen unter Ausschluss allfälliger Verweigerungsrechte mitzuwirken. Eine ungerechtfertigte Mitwirkungsverweigerung könne bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden ([Art. 164 ZPO](#)). Allerdings sei es unzulässig, die Nichtvaterschaft eines rechtlichen Vaters ohne weiteres als bewiesen zu erachten, wenn sich dieser beharrlich einer DNA-Untersuchung entziehe. Ein solches Verhalten sei lediglich ein Indiz für die Nichtvaterschaft. Fehle es an genügend anderen Indizien, müsse eine DNA-Begutachtung angeordnet werden (zum Ganzen: E. 5).

Das Bundesgericht hält es gestützt auf [Art. 296 Abs. 2 ZPO](#) für zulässig, eine DNA-Untersuchung zwangsweise durchführen zu lassen. Nehme ein Dritter oder eine Partei eine ihr von [Art. 296 Abs. 2 ZPO](#) auferlegte Mitwirkungspflicht nicht wahr, ergäben sich die Säumnisfolgen aus dem Vollstreckungsrecht ([Art. 343 ZPO](#)). Dieses sehe auch die Anordnung von Zwangsmassnahmen vor. Eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage für den mit der Ausübung von körperlichem Zwang verbundenen Eingriff in die persönliche Freiheit beziehungsweise körperliche Integrität ([Art. 10 Abs. 2 BV](#) und [Art. 28 Abs. 1 ZGB](#)) sei folglich vorhanden (Zum Ganzen: E. 6).

Erst in einem letzten Schritt sei dann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse der Gemeinden an der Missbrauchsbekämpfung gegen jenes des Kindes am Fortbestand des Kindesverhältnisses abzuwägen (E. 3).

Im vorliegenden Fall bejahte das Bundesgericht die Aktivlegitimation der Heimat- und Wohnsitzgemeinde, weil diese in [Art. 260a Abs. 1 ZGB](#) ausdrücklich genannt würden. Die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen werde vom Gesetz hingegen nicht erwähnt, weshalb sie ein materielles Anfechtungsinteresse darlegen müsse (zum Ganzen: E. 3 und 4).

Das formelle Rechtsschutzinteresse der Heimatgemeinde sei ebenfalls gegeben, da der Schweizer Vater mit der Kindesmutter eine Scheinehe eingegangen war, und daher der begründete Verdacht bestehe, dass die Anerkennung missbräuchlich sei

und dem Kind das schweizerische Bürgerrecht zu Unrecht erteilt wurde. Die Wohnsitzgemeinde habe hingegen ein finanzielles Interesse an der Anfechtung, weil sie gegenüber dem Kind und der Mutter bereits unterstützungspflichtig sei (zum Ganzen: E. 4). Die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen vermöge demgegenüber kein eigenes, materielles Anfechtungsinteresse darzutun. Diese habe nur ein allgemein rechtsstaatliches Interesse an der Registerwahrheit (E. 4).

Da die Klägerinnen ausser der beharrlichen Verweigerung des Vaters, sich einer DNA-Begutachtung zu unterziehen, keine weiteren Indizien vorbringen könnten, scheitere der Beweis der Nichtvaterschaft (E. 5). Das Bundesgericht wies die Sache an das Bezirksgericht Winterthur zurück, mit der Anordnung, eine DNA-Untersuchung zwangsweise durchführen zu lassen, sollte sich der Ehemann dieser weiterhin entziehen.

Für den Fall, dass die DNA-Untersuchung ergebe, dass der rechtliche Vater nicht der biologische sei, überprüfte das Bundesgericht in der nicht amtlich publizierten Erwägung 7 die von den kantonalen Instanzen vorgenommene Abwägung zwischen den Kindes- und den öffentlichen Interessen. Es stellte fest, dass es ein abstraktes, vom Einzelfall unabhängiges Interesse, einen rechtlichen Vater zu haben, nicht gebe. Eine behördliche Anfechtung des Kindesverhältnisses tangiere nur dann die Grundrechte, wenn eine gelebte Vater-Sohn-Beziehung bestehe. Im zu beurteilenden Fall liege keine solche vor. Der rechtliche Vater lebe mit dem Kind nicht zusammen und es bestünden auch keine festgelegten Besuchszeiten. Vielmehr betreue der Vater das Kind lediglich ab und zu. Angaben zu Lieblingsessen oder -buch könne er keine machen. Allerdings sei er über gewisse Entwicklungsschritte wie Schwimmen oder Fahrradfahren im Bild. Er wusste jedoch nicht, dass das Kind wegen Bein- und Bauchschmerzen den Notfall aufsuchen musste. Schliesslich übernachtete das Kind nie bei ihm und er koche auch nicht für dieses. Alles in allem sei die Beziehung eher lose, sodass die öffentlichen Interessen an der Anfechtung des Kindesverhältnisses überwiegen würden.

*Fraglich ist zunächst, inwiefern es richtig erscheint, das Anfechtungsinteresse je nach Kläger einmal als materielle Anspruchsvoraussetzung und einmal als formelle Prozessvoraussetzung zu prüfen (E. 4). Es ist wenig verständlich, weshalb allenfalls sowohl persönlich-emotional als auch wirtschaftlich (vgl. [Art. 328 f. ZGB](#)) betroffene Grosseltern im Falle eines negativ beurteilten Klageinteresses mit der Abweisung der Klage rechnen müssen, während den von [Art. 260a Abs. 1 ZGB](#) genannten Heimat- und Wohnsitzgemeinden, die jeweils nur ein wirtschaftliches oder aufenthaltsrechtliches Interesse vorweisen können, schlimmstenfalls ein prozessualer Nichteintretensentscheid droht. Im zeitlich bereits weit zurückliegenden Urteil [BGE 110 II 352](#) hatte das Bundesgericht das Anfechtungsinteresse als Institut des materiellen Privatrechts bezeichnet (bestätigt in: [BGE 129 III 295 E. 2.2](#); siehe auch: Stacher Marco, *Das Rechtsschutzinteresse im internationalen Verhältnis*, AJP 2007, 1124 ff., 1125; Gehri Myriam A.,*

Infanger (Hrsg.), BSK, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017). Grund dafür war wohl, dass das Bundesgericht das Privatrecht in der ganzen Schweiz einheitlich verwirklichen wollte und dem Bundesgesetzgeber nur im Privat-, nicht aber im Zivilprozessrecht eine Gesetzgebungskompetenz zukam. Die Zuordnung des Klageinteresses zum Privatrecht war mit anderen Worten nicht das Ergebnis einer dogmatischen Unterscheidung von materiellem und formellem Recht, sondern praktisch motiviert (zum Ganzen: Stacher, AJP 2007, 1125 f.). Mit der Revision von Art. 122 BV wurde dem Bundesgesetzgeber im Bereich des Zivilprozessrechts eine umfassende Gesetzgebungskompetenz eingeräumt. Sodann hat der Bundesgesetzgeber das Klageinteresse in der eidgenössischen ZPO ausdrücklich zur formellen Prozessvoraussetzung erklärt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Es besteht daher kein Grund mehr, bei fehlendem Anfechtungsinteresse, die Klage – wie es das Bundesgericht vorliegend in Bezug auf die Aufsichtsbehörde tat – abzuweisen (Stacher, AJP 2007, 1124 ff.; wohl auch: BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 5). Dies muss umso mehr gelten, als das Bundesgericht trotz der Zuordnung des Anfechtungsinteresses zum Privatrecht als Folge des fehlenden Klageinteresses schon unter altem Recht einen Nichteintretens- und damit einen Prozessentscheid vorsah (BGE 110 II 352 E. 2c; bestätigt in: BGE 131 III 319 E. 3.7 und 135 III 378 E. 2.5; BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 5).

Das Rechtsschutzinteresse muss bereits bei Einleitung des Prozesses bestehen und kann wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein (BSK ZPO-Gehri, Art. 59 N 6; E. 4.3). Zentral ist, dass der Kläger durch das Kindesverhältnis ernsthaft und unmittelbar betroffen ist (E. 4.3). Dem Bundesgericht ist beizupflichten, wenn es das Rechtsschutzinteresse der Heimat- und Wohnsitzgemeinde bejaht und jenes der Aufsichtsbehörde verneint (in Bezug auf die Aufsichtsbehörde zustimmend: Schwenzer Ingeborg/Cottier Michelle, Kommentierung zu Art. 260a N 5, in: Geiser/Fountoulakis, BSK, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018). Allerdings hätte die Folge davon ein Nichteintretensentscheid und keine Klageabweisung sein sollen.

Bezüglich der Frage der Aktivlegitimation hält das Bundesgericht zu Recht fest, dass diese grundsätzlich nach den Eigenschaften der klagenden Partei zu beurteilen ist (E. 3.4.3). Nach hier vertretener Auffassung kann das allerdings nur eingeschränkt gelten, wenn eine Behörde als Klägerin auftritt. Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV müssen letztere in allen Bereichen staatlichen Handelns zur Verwirklichung der Grundrechte beitragen (Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 35 N 43, in: Ehrenzeller/Schweizer/Schindler/Vallender [Hrsg.], SG Komm, Die Schweizerische Bundesverfassung, Bd. I, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014). Dies gilt auch dann, wenn sie sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privatrechtlicher Handlungsformen wie etwa Klagen bedienen (BGE 139 I 306 E. 3.2.2; 136 I 158 E. 3.2; SG Komm-Schweizer, Art. 35 BV N 44). Die ausländerrechtliche Missbrauchsbekämpfung stellt ohne weiteres eine öffentliche Aufgabe dar. Selbst wenn der Gesetzgeber die Frage, ob die Heimat- und Wohnsitzgemeinde über ein Interesse an der Anfechtung

der Anerkennung verfügen, in generell abstrakter Weise bejahen wollte, müssen die Behörden bei der Ausübung ihres Klagerechts die Grundrechte des betroffenen Kindes wahren.

Die bundesgerichtliche Auffassung, wonach die Interessen des Kindes erst nach Abklärung der Vaterschaft «von Gesetzes wegen» gegen die öffentlichen Interessen abzuwägen sind, verdient ohnehin keine Zustimmung. Eine dahingehende Bestimmung sucht man im Anerkennungsrecht (Art. 260 ff. ZGB)

vergeblich. Das Gesetz sieht nach seinem Wortlaut keine solche Abwägung vor und äussert sich schon gar nicht zum Zeitpunkt, zu dem die Interessenabwägung zu erfolgen hätte. Es ist sodann auch nicht nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht ausführt, die Interessenabwägung könne nicht bei Beurteilung der Aktivlegitimation stattfinden, weil der Gesetzgeber den Begriff des Kindeswohls «gezielt» einsetze und die Klagelegitimation der Gemeinden nicht davon abhängig mache (E. 3.4.3). Wollte man dieses Argument gelten lassen, dürfte das Gericht zu keinem Zeitpunkt eine Interessenabwägung vornehmen, da der Gesetzeswortlaut das Anfechtungsrecht zu keinem Zeitpunkt zugunsten des Kindeswohls einschränkt.

Dass die verschiedenen Interessen einander überhaupt gegenüberzustellen sind, ergibt sich demnach nicht aus dem Anerkennungs-, sondern vielmehr aus dem Verfassungs- und Völkerrecht (SG Komm-Reusser/Lüscher, Art. 11 N 8 und 27; Schwenzer Ingeborg, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817 ff., 820). Obwohl Art. 190 BV Bundesgesetz und Völkerrecht gleichermaßen für massgebend erklärt, geht letzteres im Kollisionsfall zumindest dann vor, wenn es den Schutz von Grundrechten zum Gegenstand hat (sog. PKK-Praxis; BGE 125 II 417 E. 4d). Dazu gehören neben Art. 11 BV auch die Schutzvorschriften der UN-Kinderrechtskonvention (SG Komm-Schweizer, Vorbem. zu Art. 7–36 N 26). Nach deren Art. 3 Abs. 1 müssen Verwaltungsbehörden bei allen von ihnen ergriffenen Massnahmen (d.h. auch bei der Ausübung eines ihnen grundsätzlich zustehenden Klagerechts) das Kindeswohl vorrangig behandeln. Im Urteil BGE 111 II 313 E. 4 hat das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Kindesinteressen auch ohne explizite Gesetzesgrundlage im Landesrecht in allen kindesrechtlichen Streitigkeiten oberste Richtschnur sind, deshalb zu Recht geschützt.

Es erscheint ferner auch aus kinderpsychologischer Sicht nicht zutreffend, dass ein Kind keinen Nachteil erleiden kann, wenn die Interessenabwägung nicht auf Ebene der Klagelegitimation erfolgt, sondern erst nachdem die Verwandtschaftsverhältnisse genetisch abgeklärt worden sind (E. 3.4.4). Denn das Kind hat nicht nur einen (relativen) Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung, sondern auch auf soziale Geborgenheit (Büchler Andrea/Ryser Nadine, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, 1 ff., 5; Hegnauer Cyrill, Interesse des Kindes an der Anfechtung eines unwahren Kindesverhältnisses, ZVW 2009, 377 ff., 377 und 379). Einen Grundsatz, wonach die Übereinstimmung von rechtli-

cher und biologischer Vaterschaft regelmässig in den Kindesinteressen liegt, gibt es nicht. Vielmehr bedarf es einer sorgfältigen Interessenabwägung im Einzelfall (zum Ganzen: BGer 5C.130/2003, 14. Oktober 2003, E. 2; Geiser Thomas, Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?, FamPra.ch 2009, 41 ff., 52). Zumindest in den Fällen, in denen die Interessen des Kindes am Fortbestand des Kindesverhältnisses voraussichtlich auch dann überwiegen würden, wenn die DNA-Untersuchung ergäbe, dass der rechtliche Vater nicht der biologische ist, muss die Aktivlegitimation entgegen dem Gesetzeswortlaut verneint werden. Will das Kind zudem selbst gar nicht wissen, ob der rechtliche Vater auch der biologische ist, ist es dem Kindeswohl sogar abträglich, die genetischen Verhältnisse dennoch gegen seinen ausdrücklichen Willen zu ermitteln. Es besteht die Gefahr, dass die Beziehung zum rechtlichen Vater unnötig erschüttert und das Kind in psychisch-sozialer Hinsicht beeinträchtigt wird.

Nach dem Gesagten kann die Formulierung der Aktivlegitimation in Art. 260a Abs. 1 ZGB («jedermann, der ein Interesse hat») durchaus so verstanden werden, dass ein materielles Interesse an der Anfechtung nur dann besteht, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Interessen der klagenden Partei nicht durch Kindesinteressen überwogen werden. Ob die Interessenabwägung nun tatsächlich unter dem Titel der Aktivlegitimation vorgenommen wird, oder die Klageberechtigung für die in Art. 260a Abs. 1 ZGB genannten Kläger allgemein zwar bejaht, jedoch gleich anschliessend geprüft wird, ob die Interessen des

Kindes am Kindesverhältnis ungeachtet der biologischen Verhältnisse überwiegen, ist unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, dass in völkerrechtskonformer Auslegung von [Art. 260a ZGB](#) eine Interessenabwägung zu jedem Zeitpunkt, d.h. auch vor Abklärung der Vaterschaft, stattfinden darf und eine solche Vorgehensweise mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist.

Weiter ist zu klären, in welchen Fällen das Interesse des Kindes am Fortbestehen des Kindesverhältnisses das Anfechtungsinteresse der klagenden Parteien überwiegt. Mit Blick auf Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention darf in eine gelebte Vater-Sohn-Beziehung nicht eingegriffen werden (Schwenzer, AJP 1994, 820). Die Anforderungen an dieses Verhältnis sind nach hier befürworteter Ansicht tief zu bemessen (BG Winterthur FP1300070, 30. November 2015, Materielles, E. 2.4; vgl. auch: Schwenzer, AJP 1994, 820, wonach das Kindeswohl bei der Anwendung von [Art. 260a ZGB](#) stärker zu berücksichtigen ist). Nach zutreffender Ansicht von Hegnauer überwiegt deshalb das Kindesinteresse bereits dann, wenn es unklar erscheint, ob zwischen dem biologischen Vater und dem Kind ein Kindesverhältnis begründet werden kann. Ein nicht biologischer Vater ist für das Kind aus unterhalts-, sozialversicherungs-, erbrechtlicher und je nachdem sozialpsychischer Sicht besser als gar keinen Vater zu haben (zum Ganzen: Hegnauer, ZVW 2009, 377 ff.). Im Urteil [5A 939/2013](#) vom 5. März 2014 hat das Bundesgericht selbst ausgeführt, dass eine Anfechtung mit den Kindesinteressen nicht vereinbar sei, wenn es ungewiss ist, ob ein rechtliches Kindes-

verhältnis zum tatsächlichen Kindesvater begründet werden könne, sich sein Unterhaltsanspruch durch die Anfechtung stark vermindern würde oder anzunehmen sei, das Kind werde mit dem genetischen Vater aus psycho-sozialer Sicht keine gute Beziehung führen können (E. 2.1). Sodann sei das Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung des Kindesverhältnisses umso gewichtiger, je mehr Zeit seit der Geburt vergangen ist (BGer [5A 298/2009](#), 31. August 2009, E. 4.2). Schliesslich ging das Bundesgericht davon aus, dass die Interessen des Kindes, einen rechtlichen Vater zu haben, vorgehen, wenn die beteiligten Interessen etwa gleich zu gewichten seien (BGer [5A 298/2009](#), 31. August 2009, E. 4.2).

Das Bundesgericht erachtete im vorliegenden Fall die Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind als zu wenig eng, um den Fortbestand des Kindesverhältnisses zu rechtfertigen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist zu betonen, dass das Interesse der Heimatgemeinde, welches der Gesetzgeber mit [Art. 260a Abs. 1 ZGB](#) schützen wollte, mit der Revision des ZUG und dem damit verbundenen Übergang von heimatlichen zu wohnörtlichen Unterstützungsleistungen entfallen ist (Mindermeinung des Bundesgerichts, zit. bei Steck Daniel, Bemerkungen zu BGer [5A 590/2016](#), [FamPra.ch 2018, 541 ff.](#), 558 f.). Auch das Interesse der Wohnsitzgemeinde ist als gering zu betrachten, kann doch die Gemeinde unter Umständen in begrenztem Umfang sogar Sozialleistungen sparen, wenn das Kindesverhältnis bestehen bleibt (Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 558 f.](#)). Eine ausländerrechtlich motivierte Anfechtung des Kindesverhältnisses ist ohnehin mit Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention (Diskriminierung auf Grund nationaler Herkunft) nicht vereinbar (Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 558](#)). Das Familienrecht soll nicht zugunsten einer restriktiven Ausländerpolitik instrumentalisiert werden und das Kindeswohl auch in diesem Kontext als oberste Maxime des Kindesrechts gelten. Ferner hat das Bundesgericht auch die Interessen des Kindes zu wenig beachtet (so auch: BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260a N 5; wohl auch: Steck Daniel, Bemerkungen zu BGer [5A 590/2016](#), [FamPra.ch 2018, 540](#)). Es muss entgegen dem Bundesgericht genügen, wenn der Vater das Kind ab und zu betreut und über gewisse Entwicklungsschritte im Bild ist. Solche Verhältnisse sind beispielsweise auch nach einer Scheidung typisch und es besteht die Möglichkeit, dass die Kontakte in Zukunft zunehmen (zum Ganzen: Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 559](#); BG Winterthur FP1300070, 30. November 2015, Materielles, E. 2.4). Dies muss umso mehr gelten, wenn das Kind in der Schweiz geboren wurde, im Urteilszeitpunkt schon 7-jährig und damit bereits eingeschult ist

(Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 559](#); BG Winterthur FP1300070, 30. November 2015, Materielles, E. 2.4). Gemäss der in der bundesgerichtlichen Beratung unterlegenen Meinung überwog das Kindesinteresse die öffentlichen Interessen im vorliegenden Fall daher «bei weitem» (Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 559](#)). Dessen ungeachtet kann eine Kindesanerkennung ohnehin nie missbräuchlich sein, wenn sie den Interessen des Kindes

dient (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260a N 5; Mindermeinung des Bundesgerichts, [FamPra.ch 2018, 558](#)).

Abschliessend ist mit Nachdruck zu betonen, dass es keinerlei sachlichen Gründe gibt und es weder mit einem modernen Familienrecht noch dem Völkerrecht (Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention) vereinbar ist, Gemeinden zur Anfechtung eines Kindesverhältnisses zu ausserehelichen Kindern, nicht aber zu aus einer Ehe hervorgegangenen Kindern zu berechtigen (Art. 256 ZGB; Schwenzer, AJP 1994, 820; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260a N 5).

Was die zwangsweise Durchsetzung der DNA-Untersuchung betrifft, haben sich die Verfasserin und der Verfasser bereits in einer weiteren Urteilsbesprechung geäussert (Büchler Andrea/Raveane Zeno, Bemerkungen zu BGer [5A 492/2016](#), [FamPra.ch 2017, 342](#) ff.). Unbestritten ist, dass jedes Kind ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung hat. Für die Ausübung von Zwang fehlt es jedoch entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an der notwendigen Gesetzesgrundlage (Art. 28 Abs. 2 und [Art. 36 Abs. 1 BV](#); Büchler/Raveane, [FamPra.ch 2017, 344](#)). Zu ergänzen ist diesbezüglich, dass auch die von Herzig vorgeschlagene, analoge Anwendung von [Art. 167 ZPO](#) nicht in Betracht kommt (Herzig Christophe A., *Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren*, Diss. Freiburg i.Üe., Zürich/Basel/Genf 2012, 359). Eine Analogie vermag den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage in Zusammenhang mit der Zulässigkeit von körperlichem Zwang nach hier vertretener Ansicht nicht zu genügen. In der Urteilsbesprechung zum Entscheid [5A 492/2016](#) (Büchler/Raveane, [FamPra.ch 2017, 342](#) ff.) wurde die Befürchtung geäussert, dass dieser Tür und Tor für die Ausübung von körperlichem Zwang in allen möglichen Konstellationen von abstammungs- beziehungsweise vollstreckungsrechtlichen Fällen öffnet. Diese Befürchtung hat sich nun bedauerlicherweise bewahrheitet. Denn in diesem Entscheid wurde der Zwang nicht auf Klage des Kindes hin, sondern im Interesse von Gemeinden angeordnet, welche den Kindesinteressen eindeutig zuwiderlaufen. Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte künftig – wenn überhaupt – nur dann DNA-Untersuchungen zwangsweise anordnen, wenn das Kind als klagende und nicht als beklagte Partei auftritt.



(MLaw Zeno Raveane)



Prof. Dr. Andrea Büchler, beide Universität Zürich)

* Zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen