

3. Kindesrecht - Droit de la filiation

3.2 Abstammung - Filiation

Nr. 10 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 5. August 2016 i.S. A. gegen B.B. – 5A_492/2016

Art. 261 ff. ZGB, Art. 296 ZPO: Zulässigkeit der zwangsweisen Durchsetzung einer DNA-Begutachtung im Rahmen einer Vaterschaftsklage. Sofern keine Gefahr für die Gesundheit besteht, kann die Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung des Kindes auch zwangsweise durchgesetzt werden.

Art. 261 ss CC, art. 296 CPC: Admissibilité de l'exécution forcée d'une expertise génétique dans le cadre d'une action en paternité. En l'absence de risque pour la santé, la participation à la constatation de filiation paternelle de l'enfant peut aussi faire l'objet d'une exécution forcée.

Art. 261 segg. CC, art. 296 CPC: Ammissibilità dell'esecuzione forzata di un esame del DNA nel quadro di un'azione di paternità. Nella misura in cui non sussiste un pericolo per la salute, la partecipazione al chiarimento della discendenza del figlio può essere imposta coercitivamente.

Dieser Entscheid wurde in FamPra.ch 4/2016 als Entscheid Nr. 61 (FamPra.ch 2016,1013 ff.) abgedruckt

Bemerkungen:

Das Bundesgericht hatte folgenden Fall zu beurteilen: Ein mutmasslicher Kindsvater weigerte sich, im Rahmen einer Vaterschafts- bzw. Unterhaltsklage einen Wangenschleimhautabstrich zur Abklärung der Verwandtschaftsverhältnisse durchzuführen. Es schützte den Entscheid der Vorinstanz, wonach die Durchführung einer solchen DNA-Untersuchung gegen den Willen des Beklagten angeordnet werden kann. Das Bundesgericht hält zunächst fest, der Beklagte gelte gestützt auf Art. 262 Abs. 1 ZGB vermutungsweise als Vater. Eine vom potenziellen Kindsvater erhobene Einrede des Mehrverkehrs (Art. 262 Abs. 3 ZGB) sei nur erfolgreich, wenn die Nichtvaterschaft mittels eines naturwissenschaftlichen Gutachtens nachgewiesen würde. Zur Feststellung oder Ausschliessung der Vaterschaft sei ein DNA-Gutachten zwar nicht das einzige, jedoch das bevorzugte Beweismittel. Die Vorinstanz habe daher zu Recht einen Wangenschleimhautabstrich angeordnet (E. 2). Gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO sei jede Verfahrenspartei verpflichtet, bei DNA-Untersuchungen im Rahmen eines Abstammungsprozesses mitzuwirken. Würde die Kooperation verweigert, könne die Mitwirkungspflicht zwangsweise durchgesetzt werden. Dies gelte entgegen Art. 164 ZPO auch für Verfahrensparteien, weil die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte nach Art. 296 Abs. 2 ZPO nicht anwendbar seien. Als Gesetzesgrundlage für die Durchsetzung der Mitwirkungspflicht könne Art. 343 ZPO zur Anwendung gelangen. Nach Abs. 1 lit. d dieser Norm dürfe die DNA-Untersuchung gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen werden (E. 3). Da sich der

Beklagte in Vergangenheit mehrfach einem Wangenschleimhautabstrich widersetzt habe, sei die Anordnung eines grundsätzlich subsidiären, direkten Zwangsmittels verhältnismässig (E. 4).

Konkret bedeutet dies, dass körperlicher Zwang gegen den mutmasslichen Kindsvater ausgeübt werden kann. Die Ausübung körperlichen Zwangs ist jedoch dem Zivilrecht bis auf wenige Ausnahmen fremd. Beispiele für solche Ausnahmen finden sich primär im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. So etwa die Zwangsernährung und –behandlung während der fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 434 ff. ZGB oder die Sterilisation dauernd Urteilsunfähiger (Art. 7 Sterilisationsgesetz). Gemeinsam dürfte sämtlichen Ausnahmen sein, dass der Zwang objektiv betrachtet zum Wohle der betroffenen Person ausgeübt wird. Jedenfalls muss sich die Massnahme als Eingriff in die körperliche Integrität (Art. 10 BV bzw. Art. 28 ZGB) auf eine hinreichend bestimmte Gesetzesnorm stützen können.

Mit diesem Urteil lässt das Bundesgericht zum ersten Mal körperlichen Zwang als Mittel zur Beweisbeschaffung in einem Zivilprozess zu (ablehnend noch BGer 5P.472/2000, 15.3.2001, E. 2a). Der Eingriff in die körperliche Integrität des beklagten, mutmasslichen Vaters liegt offensichtlich nicht in dessen Interesse.

Das Bundesgericht argumentiert, der Gesetzgeber habe mit Art. 296 Abs. 2 ZPO eine Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung der Mitwirkungspflicht in

FamPra.ch 2017 - S. 344

Abstammungsverfahren geschaffen (E. 3.3.1). Es beruft sich dabei auf die Botschaft zur Eidgenössischen ZPO (E. 3.3.1). Danach stellt Art. 296 ZPO eine Abweichung vom Grundsatz dar, wonach die Missachtung prozessualer Mitwirkungspflichten durch eine Partei nur im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist (Art. 164 ZPO; zum Ganzen Botschaft ZPO, BBl 2006 7317). Das Bundesgericht scheint dann aber selbst implizit davon auszugehen, dass sich ein Eingriff in die körperliche Integrität trotzdem nicht durch Art. 296 Abs. 2 ZPO rechtfertigen lässt. Auch die überwiegende Lehre verneint eine Befugnis zur Ausübung körperlichen Zwanges gestützt auf Art. 296 Abs. 2 ZPO (STECK DANIEL, Kommentierung zu Art. 296 N 25, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), BSK, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 [zit. BSK ZPO]; TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 39 N 22; HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 15.14; a.M. wohl MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 219). Der Bundesrat spricht sich ebenfalls gegen die Vollstreckung der Mitwirkungspflicht durch körperlichen Zwang aus (Botschaft Kindesverhältnis, BBl 1974 II 1 28). Dem ist mit Blick auf den Gesetzeswortlaut zuzustimmen. Die Pflicht zur Mitwirkung bei Untersuchungen zur Abklärung der Abstammung ermächtigt den Staat nicht zur Ausübung von physischem Zwang. Um einen derartigen Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können, fehlt es der Norm an hinreichender Bestimmtheit.

Das Bundesgericht führt aus, als Gesetzesgrundlage für den Eingriff in die persönliche Freiheit könne jedoch Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO herangezogen werden (E. 3.3.2). Bereits in einem anderen Urteil stützte das Bundesgericht die Durchsetzung der Mitwirkungspflicht nach Art. 296 Abs. 2 ZPO

auf Art. 343 ZPO (BGer 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 4, zur Androhung einer Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB). Dieser Ansicht kann aus vollstreckungsrechtlicher Sicht nicht gefolgt werden. Die Anordnung einer Untersuchung der Verwandtschaftsverhältnisse nach Art. 296 ZPO stellt eine prozessleitende Verfügung dar (siehe etwa GUYAN, BSK ZPO, Art. 154 N 1). Vollstreckbar sind aber nur Leistungsurteile, die im Rahmen der Beurteilung eines Privatrechtsverhältnisses ergangen sind (DROESE, BSK ZPO, Art. 343 N 11 ff.). Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO stellt daher im vorliegenden Kontext keine taugliche Gesetzesgrundlage i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV dar. Art. 167 ZPO kommt ebenfalls nicht in Betracht, da diese Norm auf Verfahrensparteien keine Anwendung findet (E. 3.3.2; vgl. zum Ganzen auch STECK, BSK ZPO, Art. 296 N 25). Die Instrumente zur zwangsweisen Durchsetzung der Mitwirkungspflicht nach Art. 296 Abs. 2 ZPO sind demnach gesetzlich nicht geregelt. In Betracht kommen nur mittelbare Zwangsmittel (STECK, BSK ZPO, Art. 296 N 25), die keiner besonderen Gesetzgrundlage bedürfen, oder für die eine solche in allgemeiner Weise vorhanden ist. Zu denken ist etwa an eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB (BGer 5A_745/2014, 16.3.2015,

FamPra.ch 2017 - S. 345

E. 4). Möglich und grundsätzlich zu bevorzugen ist jedoch die Berücksichtigung der unberechtigten Verweigerung der DNA-Untersuchung im Rahmen der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO). Wie das Bundesgericht ausführt, schliesst Art. 296 Abs. 2 ZPO zwar die Berufung auf die Verweigerungsrechte nach Art. 163 und 165 f. ZPO aus. Dies steht einer Anwendung der Vorschriften über die Folgen einer unberechtigten Verweigerung der prozessrechtlichen Mitwirkungspflichten aber nicht entgegen (so wohl auch STECK, BSK ZPO, Art. 296 N 25; VAN DE GRAAF BEATRICE, Kommentierung zu Art. 296 N 9, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS (Hrsg.) KuKo, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 [zit. KuKo ZPO]).

Ferner ist zu beachten, dass nach zutreffender Meinung auch im Vollstreckungsrecht von körperlichem Zwang abzusehen ist (STAEHELIN DANIEL, Kommentierung zu Art. 343 N 9, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016; KOFMEL EHRENZELLER, KuKo ZPO, Art. 343 N 5). Selbst wenn man die Bestimmung zur Anwendung brächte, könnte gestützt darauf kein physischer Zwang ausgeübt werden.

Im Übrigen geht auch die Ansicht des Bundesgerichts fehl, wonach es sich bei der zwangsweisen Anordnung eines Wangenschleimhautabstrichs um einen geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität handelt. Die Ausübung von Zwang und die damit verbundene Verletzung des Selbstbestimmungsrechts sind stets schwerwiegend, auch wenn es der zwangsweise vorzunehmende Eingriff an sich in medizinischer Hinsicht nicht ist.

Zusammenfassend vermag der Entscheid des Bundesgerichts sowohl in Hinblick auf seine Begründung als auch im Ergebnis nicht zu überzeugen. Er vollzieht einen Tabubruch und öffnet Tür und Tor für die Ausübung von körperlichem Zwang in Fällen von Art. 296 Abs. 2 ZPO wie auch im Vollstreckungsrecht allgemein. Eine derart grosszügige Rechtfertigung von Eingriffen in die physische Unversehrtheit durch staatliche Behörden ist weder mit dem sensiblen Charakter noch mit dem hohen Rang dieses Rechtsguts in der Schweizer Rechtsordnung vereinbar.

(Prof. Dr. Andrea Büchler

Zeno Raveane, BLaw, Universität Zürich)