



Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess

ADRIAN DUMITRESCU*

Parteien und Dritte sind im Rahmen von Abstammungsprozessen zur Mitwirkung an Untersuchungen, insbesondere dem Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Analyse, verpflichtet (Art. 296 Abs. 2 ZPO). In diesem Beitrag wird aufgezeigt, dass bei Verweigerung dieser Mitwirkung zunächst die Anwendung von Art. 8 ZGB zu prüfen ist. Nur wenn dies ausser Betracht fällt, können Zwangsmassnahmen angezeigt sein. Es wird sodann für alle möglichen Vaterschaftsprozesse anhand unterschiedlicher Konstellationen der Beweislast aufgezeigt, wann Art. 8 ZGB zur Anwendung gelangt und wann Zwangsmassnahmen in Frage kommen. Des Weiteren wird die in der Lehre umstrittene, gemäss einem neueren Bundesgerichtsentscheid aber zulässige Vornahme von körperlichem Zwang genauer beleuchtet. Insbesondere wird die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips und der diesbezüglichen Verantwortung der Gerichte betont.

Les parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer, notamment au frottis de la muqueuse jugale en vue d'une analyse ADN (art. 296, al. 2 CPC). La présente contribution montre qu'en cas de refus de collaborer, il y a d'abord lieu de vérifier si l'article 8 CC doit être appliqué. Des mesures de contrainte peuvent se justifier uniquement si cette application est exclue. A l'aide de différentes constellations du fardeau de la preuve, cette contribution indique pour toutes les actions en paternité possibles quand l'article 8 CC est applicable et quand des mesures de contrainte entrent en ligne de compte. Par ailleurs, la présente contribution étudie de manière plus approfondie l'exercice de la contrainte physique, contesté dans la doctrine mais admis selon un arrêt récent du Tribunal fédéral. L'importance du principe de la proportionnalité et celle de la responsabilité des tribunaux à ce sujet sont notamment mises en évidence.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die einschlägigen Klagen
 - A. Die Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB)
 1. Allgemeines
 2. Die Beweislastverteilung
 - B. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZGB)
 1. Allgemeines
 2. Die Beweislastverteilung
 - C. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a ff. ZGB)
 1. Allgemeines
 2. Die Beweislastverteilung
 - D. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung nach Heirat der Eltern (Art. 259 Abs. 2 ZGB)
 1. Allgemeines
 2. Die Beweislastverteilung
- III. Die Prozessmaximen
 - A. Allgemein
 - B. Die Mitwirkungs- und Duldungspflicht gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO
- IV. Das Abstammungsgutachten
 - A. Prozessuale Bedeutung
 - B. Konkretes Vorgehen
 - C. Eingriff in die Persönlichkeitsrechte und die körperliche Integrität
- V. Verweigerung der Mitwirkung bzw. Duldung
 - A. Anwendung von Art. 8 ZGB bzw. Art. 164 ZPO
 1. Anwendung bei Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB)
 2. Anwendung bei Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZGB)
 3. Anwendung bei Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 259 und 260a ff. ZGB)

B. Zwangsmittel

1. Allgemein
2. Mittelbarer/indirekter Zwang
3. Unmittelbarer/direkter Zwang
4. Kaskade der Zwangsmassnahmen

VI. Fazit

I. Einleitung

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und damit deren Erforschung entspringt den Grundrechten auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK), der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) und findet seine konkrete Ausprägung in dem von Art. 28 ZGB gewährleisteten Schutz der eigenen Identität.¹ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung

* ADRIAN DUMITRESCU, MLaw, Rechtsanwalt, LL.M., chkp.Bremgarten, Bremgarten.

¹ PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNG, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 39 N 15; NORA BERTSCHI, Leihmutterchaft – Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, FamPra 19/2014, 53 ff., 63; BGE 134 III 241 E. 5.2.1 und E. 5.3.1; EGMR-U, *Jäggi gegen Schweiz*, Nr. 58757/00, 13.7.2006, Reports 2006-X, §§ 38, 40; vgl. zum genannten Entscheid des EGMR auch CÉCILE CREVOISIER, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status – Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren

führt sodann Art. 272 ZGB und eine grundrechtskonforme Auslegung des privatrechtlichen Identitätsschutzes zur Anerkennung des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Teil des Persönlichkeitsrechts des Kindes.² Auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK)³ gesteht in der direkt anwendbaren Norm von Art. 7 Abs. 1 Kindern das allgemeine Recht zu, seine Eltern zu kennen.⁴ In Bezug auf Adoptivkinder betont das Bundesgericht, es gehe beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung letztlich um das Kindesinteresse zur Erlangung der nötigen Kenntnisse zur Persönlichkeits- und Identitätsfindung, womit der Bezug zur eigenen Vergangenheit hergestellt werden könne.⁵ Dies hat gleichermaßen für Nicht-Adoptivkinder zu gelten.

In Statusklagen bildet die Feststellung der Vaterschaft eine Vorfrage, durch welche sodann das Kindesverhältnis und somit die persönlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB geregelt werden.⁶ Im Rahmen solcher Prozesse bildet die gutachterliche Klärung der Vaterschaft regelmässig den entscheidenden Beweis. Dieser ist von der Mitwirkung von Parteien und Dritten abhängig, was in den meisten Fällen auch ohne Weiteres freiwillig geschieht. Es kann jedoch vereinzelt zur Verweigerung der Mitwirkung kommen. In diesem Fall fragt sich, welche Handlungsmöglichkeiten dem zuständigen Gericht zustehen: Kann auf die Beweiserhebung verzichtet werden? Sind Zwangsmittel möglich? Wenn ja, welche?

Nachfolgend wird je nach Klage, Klägerschaft und Beweislastverteilung unterschieden, welche Interessenlage vorliegt und ob sich angesichts dessen eine blosser Berücksichtigung der Mitwirkungsverweigerung im Rahmen von Art. 8 ZGB bzw. Art. 164 ZPO rechtfertigt oder ob und welche Zwangsmassnahmen möglich bzw. angezeigt sind.

II. Die einschlägigen Klagen

A. Die Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB)

1. Allgemeines

Gemäss Art. 261 ZGB können sowohl die Mutter als auch das Kind innert der Fristen von Art. 263 ZGB auf Fest-

stellung des Kindesverhältnisses zwischen Kind und mutmasslichem Vater klagen. Ein Klagerecht des (mutmasslichen) Vaters ist nicht vorgesehen.⁷ Passivlegitimiert ist der behauptete Vater, wobei auch mehrere Männer beklagt werden können.⁸ Es gelangt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 295 ZPO).⁹ Ein Schlichtungsverfahren entfällt in jedem Fall, also auch im Falle einer zulässigen Klagenhäufung mit einer Unterhaltsklage (vgl. Art. 198 lit. b ZPO).¹⁰ Die Gutheissung der Klage (sog. Vaterschaftsurteil) führt zur Begründung des Kindesverhältnisses per Geburt, also ex tunc.¹¹

2. Die Beweislastverteilung

Hinsichtlich der Beweislastverteilung sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- Konstellation A1: Ausgehend von Art. 8 ZGB obliegt es der Klägerschaft, den Beweis der Vaterschaft anzutreten (sog. direkter Vaterschaftsbeweis). Hierzu wird ein entsprechendes Gutachten notwendig, wobei eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit gefordert ist.¹²
- Konstellation A2: Zu einer Beweislastumkehr können die Vermutungen der Vaterschaft gemäss Art. 262 Abs. 1 und 2 ZGB führen, welche auf den Zeitpunkt des Beischlafs mit der Mutter abstellen. Der Beklagte hat diese dann durch den Beweis seiner Nichtvaterschaft umzustossen. Dieser gelingt ihm wiederum, wenn seine Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. Blosser Zweifel reichen also nicht.¹³ Daneben kann der Beklagte auch beweisen, dass die Vaterschaft eines Dritten wahrscheinlicher ist (Art. 262 Abs. 3 ZGB), wobei eine sog. «Mehrverkehrseinrede» nicht ausreicht, sondern auch hier ein Gutachten notwendig

Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, FamPra 21/2014, 249 ff., 268 f.

² BGE 134 III 241 E. 5.3.1.

³ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107).

⁴ Vgl. zur direkten Anwendbarkeit: BGE 125 I 257 E. 3c/bb; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 39 N 13.

⁵ BGE 128 I 63 E. 4.3.

⁶ BGE 134 III 241 E. 5.3.2; 108 II 344 E. 1b.

⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 261 N 9, in: Heinrich Honnell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 261 N 10 und 15; ausführlich: SAMUEL ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra 2/2017, 418 ff.

⁹ Mit Eintritt der Mündigkeit des Kindes entfällt jedoch die Aktivlegitimation der Mutter (beachte aber ohnehin die Frist von Art. 263 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

¹⁰ VANESSA DUSS JACOBI/PIERRE-YVES MARRO, Klagen und Rechtsbehelfe im Zivilrecht, Basel 2016, N 685; eine Klagenhäufung mit einer Unterhaltsklage ist nur dann zulässig, wenn der Streitwert die Grenze von CHF 30'000.00 nicht übersteigt (Art. 243 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 90 lit. b ZPO).

¹¹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 261 N 18.

¹² BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 262 N 7.

¹³ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 262 N 5; BGE 112 II 14 E. 2.c; 104 II 299 E. 2; 101 II 13 E. 2.a.

wird.¹⁴ Sodann besteht die Möglichkeit, dass die Vermutungen von Art. 262 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB gleich auf mehrere Männer zutreffen und auch die Klägerschaft sich nicht im Klaren ist, wer der Vater ist.

B. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZGB)

1. Allgemeines

Art. 255 ZGB enthält die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes, soweit das Kind während der Ehe geboren ist. Diese Vermutung kann mittels Klage angefochten werden, wobei die Klagefristen von Art. 256c ZGB zu beachten sind. Aktivlegitimiert sind der Ehemann selber und das Kind, sofern der gemeinsame Haushalt der Ehegatten während seiner Unmündigkeit aufgehört hat (Art. 256 Abs. 1 ZGB), nicht jedoch die Mutter oder der biologische Vater.¹⁵ In ersterem Fall sind das Kind und die Mutter passivlegitimiert, während bei Klage des Kindes die beiden Ehegatten (also der vermutete Vater und die Mutter) als Beklagte fungieren (Art. 256 Abs. 2 ZGB).¹⁶ Wiederum kommt gemäss Art. 295 ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung und das Schlichtungsverfahren entfällt in jedem Fall (Art. 198 lit. b ZPO). Bei der Gutheissung der Klage wird das Kindsverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt aufgehoben.¹⁷

2. Die Beweislastverteilung

Je nach Konstellation ändert sich die Beweislastverteilung und weicht von der allgemeinen Regelung des Art. 8 ZGB ab:

- Konstellation B1: Wurde das Kind während der Ehe und bei gemeinsamem Haushalt gezeugt, hat der Kläger zu beweisen, dass er als Ehemann (entgegen der gesetzlichen Vermutung) nicht der Vater ist (Art. 256a ZGB; volle Beweislast). Dies kann etwa durch den Beweis der fehlenden Beiwohnung (insbesondere Nachweis der Abwesenheit zur Zeit der Empfängnis) oder einer dauernden Impotenz erfolgen. Ansonsten wird eine gutachterliche Klärung nötig.¹⁸

- Konstellation B2: Wurde das Kind vorehelich oder nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gezeugt, so ist die Klage zunächst nicht weiter zu begründen; es gilt die Vermutung der Nichtbeiwohnung (Art. 256b Abs. 1 ZGB). Jedoch wirkt sogleich wieder die Vaterschaftsvermutung, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Ehemann der Mutter in dieser Zeit beigewohnt hat (Art. 256b Abs. 2 ZGB).¹⁹ Diesfalls ist die Vermutung wiederum durch den Kläger mit dem Beweis der Nichtvaterschaft umzustossen, was praktisch eine gutachterliche Klärung nötig machen wird.²⁰
- Konstellation B3: Kann (ausgehend von der Konstellation B2) die Beiwohnung hingegen durch die Beklagten nicht glaubhaft gemacht werden, steht diesen ihrerseits noch immer die Möglichkeit offen, mittels gutachterlicher Klärung die Vaterschaft zu beweisen.²¹

C. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a ff. ZGB)

1. Allgemeines

Wird ein Kind im Sinne von Art. 260 ZGB bereits vor dem Zivilstandsbeamten oder durch letztwillige Verfügung anerkannt, so kann jedermann, der ein Interesse hat, diese Anerkennung unter Beachtung der Klagefristen von Art. 260c ZGB anfechten (Art. 260a ZGB).²² Dies betrifft hauptsächlich die Mutter und das Kind; daneben kommen aber auch etwa die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden, der wirkliche Vater, die Ehefrau oder Verwandte des Anerkennenden und allfällige Erben der Mutter oder des Kindes in Frage.²³ Der anerkennende Vater kann die Klage selber nur in der besonderen Konstellation des Art. 260a Abs. 2 ZGB führen. Die Klage des Kindes richtet sich gegen den anerkennenden Vater, jene der Mutter oder weiterer Aktivlegitimierter gegen den anerkennenden Vater und das Kind als notwendige Streitgenossenschaft (vgl. Art. 260 Abs. 3 ZGB). Im besonderen Fall der Klage durch den anerkennenden Va-

¹⁴ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 262 N 6; zum Ganzen auch: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 40 N 40.

¹⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 256 N 2 ff., mit Kritik an der fehlenden Aktivlegitimation der Mutter (N 6); DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.5 ff.; ausführlich zum restriktiven Kreis der Aktivlegitimierten: CREVOISIER (FN 1), 263 f.; ausführlich: ZOGG (FN 8), 414 ff.

¹⁶ Vgl. statt vieler auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 40 N 11; DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.10.

¹⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 261 N 16.

¹⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 256a/256b N 4 f.

¹⁹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 256a/256b N 6 ff., insbesondere N 10, wonach Glaubhaftmachung hier gegeben ist, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die erfolgte Beiwohnung spricht.

²⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 40 N 15.

²¹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 256a/256b N 11.

²² TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 40 N 30; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260a N 2 ff., insbesondere Kritik am weiten Personenkreis möglicher Anfechtungsberechtigter unter Verweis auf die Aufrechterhaltung einer sozialen Eltern-Kind-Beziehung – schützenswerte Interessen Dritter seien mit Vorsicht anzunehmen (N 7).

²³ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260a N 4–7.

ter ist das Kind auf der beklagten Seite.²⁴ Es kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 295 ZPO) und eine Schlichtung entfällt (Art. 198 lit. b ZPO). Durch Gutheissung der Klage fällt das Kindesverhältnis rückwirkend dahin.²⁵

2. Die Beweislastverteilung

Die Beweislast ist je nach Parteirolle unterschiedlich:

- Konstellation C1: Der Kläger hat grundsätzlich zu beweisen, dass der Anerkennende mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht der Vater des Kindes ist (Art. 260b Abs. 1 ZGB).²⁶ Dieser Beweis ist durch den Nachweis der fehlenden Beiwohnung möglich, praktisch aber wohl meist nur mit einem naturwissenschaftlichen Gutachten zu erbringen. Diese Beweislast trifft zunächst jedoch nicht die klagende Mutter oder das klagende Kind (Art. 260 b Abs. 2 ZGB; vgl. nachfolgend), sondern bezieht sich auf den klagenden Anerkennenden und allfällige weitere Berechtigte.
- Konstellation C2: Klagen der Mutter oder des Kindes ziehen die gesetzliche Vermutung der Behauptung der Nichtbeiwohnung bzw. Nichtvaterschaft nach sich.²⁷ Einen Beweis hierfür haben sie zunächst nicht zu führen. Erst wenn der beklagte Anerkennende seinen Beischlaf mit der Mutter zur Empfängniszeit glaubhaft machen kann, trifft die Klägerschaft die Beweislast betreffend Nichtvaterschaft (Art. 260b Abs. 2 ZGB).²⁸ Kann der Nachweis der Nichtvaterschaft nicht durch den Beweis fehlender Beiwohnung (und damit der Entkräftung der gegenteiligen Glaubhaftmachung) erbracht werden, wird eine gutachterliche Klärung der Vaterschaft nötig.²⁹

D. Die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung nach Heirat der Eltern (Art. 259 Abs. 2 ZGB)

1. Allgemeines

Heiraten die Eltern erst nach der Geburt des Kindes, so wird dieses durch die anschliessende Anerkennung durch

den Ehemann mit während der Ehe geborenen Kindern gleichgestellt (Art. 259 Abs. 1 ZGB). Gegen diese Anerkennung kann die Anfechtungsklage gemäss Art. 259 ZGB geführt werden. Aktivlegitimiert sind gemäss Art. 259 Abs. 2 ZGB zum einen die Mutter sowie die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des anerkennenden Ehemanns. Diesfalls richtet sich die Klage gegen das Kind und den Ehemann. Die Klage steht ausserdem dem Kind zu, wobei sie sich dann gegen den anerkennenden Ehemann richtet. Letzterer ist sodann auch selber zur Klage berechtigt, welche dann gegen das Kind als beklagte Partei geführt wird.³⁰ Zur Anwendung kommt auch hier das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO) und das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. b ZPO). Der gutheissende Gerichtsentscheid führt zu der auf den Geburtszeitpunkt rückwirkenden Aufhebung des Kindesverhältnisses des Anerkennenden.³¹

2. Die Beweislastverteilung

Die allgemeinen Regeln zur Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a Abs. 2 und 3, Art. 260b, Art. 260c ZGB) kommen auch hier zur Anwendung.³² Folglich gilt betreffend die Beweislastverteilung mit Verweis auf Art. 260b ZGB dasselbe wie bei der Klage gemäss Art. 260a ff. ZGB.³³

III. Die Prozessmaximen

A. Allgemein

In allen genannten Verfahren gelten die uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO), was dem besonders zu beachtenden Kindeswohl dienen soll.³⁴ Konkret besteht laut Bundesgericht ange-

²⁴ Vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260a N 8; DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.36 f.; ausführlich: ZOGG (FN 8), 416 ff.

²⁵ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260a N 10.

²⁶ DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.51.

²⁷ DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.52.

²⁸ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 40 N 33; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260c N 3.

²⁹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 260c N 4.

³⁰ DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.34–6.36.

³¹ DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.29.

³² BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 259 N 12.

³³ Vgl. II.C.

³⁴ DUSS JACOBI/MARRO (FN 10), N 6.3, 6.32, 6.60, 6.85; JONAS SCHWEIGHAUSER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016 (zit. ZPO-Kommentar-Verfasser), Art. 296 N 18; ANNETTE SPYCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 150–352 ZPO – Art. 400–406 ZPO, Bd. II, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser), Art. 296 ZPO N 5; vgl. BGer, 5C.207/2004, 26.11.2004, E. 2.1; BGer, 5C.269/2006, 6.3.2007, E. 2.2.3; BGer, 5A_388/2008, 22.8.2008, E. 3; BGer, 5A_394/2008, 2.3.2009, E. 2.2; vgl. auch EVA BACHOFNER/FRANCESCA PESENTI, Aktuelle Fragen zum Unterhaltprozess von Volljährigen, FamPra 03/2016, 619 ff., 633, wonach Art. 296 Abs. 2 ZPO auch im Falle des praktisch seltenen Falls einer Vaterschaftsklage eines volljährigen Kindes anwendbar sein soll.

sichts des Kindeswohls ein «verstärktes Bedürfnis nach Schutz» und «ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit».³⁵ Das Gericht hat folglich alle nötigen Beweise von sich aus zu erheben, um den Sachverhalt zu ermitteln (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO: «erforschen» und nicht bloss «feststellen»). Ferner gilt der sog. Freibeweis (Art. 168 Abs. 2 ZPO), wonach der Numerus clausus der zulässigen Beweismittel nicht gilt und auch auf unübliche Art Beweise erhoben werden können.³⁶ Das Gericht hat ein mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil anzustreben, womit es auch unbestrittene wie anerkannte Behauptungen zu überprüfen hat und relevante Tatsachen auch dann zu erforschen hat, wenngleich diese gar nicht behauptet worden sind.³⁷ Es hat nachzuprüfen, ob die Vorbringen und Beweisofferten der Parteien vollständig sind, soweit daran Zweifel bestehen (richterliche Fragepflicht, Art. 56 ZPO).³⁸ Das dabei dem Gericht zukommende Ermessen ist daran auszurichten, ob das Kindeswohl bestimmte Beweiserhebungen erforderlich macht.³⁹ Echte wie unechte Noven können im erstinstanzlichen Verfahren bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO), was aber für das Berufungsverfahren nicht analog gilt, obschon Kinderbelangen betroffen sind.⁴⁰

³⁵ BGE 118 II 93 E. 1a, so bereits zitiert in BSK ZPO-STECK, Art. 296 N 3, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infänger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013 (zit. BSK ZPO-Verfasser); vgl. auch CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2013, N 449.

³⁶ ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 14; BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 20; MORDASINI-ROHNER (FN 35), N 462, 465, 471 und 473; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht – eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, 387; CHRISTOPHE A. HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zürich 2012, N 176 f. und 188 f.; JOHANNES REICH, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK-Verfasser), Art. 254 ZGB N 4; BGE 122 I 53 E. 4a; BGer, 5A_42/2009, 27.2.2009, E. 3; BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 2.3; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 (zit. Botschaft ZPO), 7366.

³⁷ BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 2.3; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich/St.Gallen 2016 (zit. DIKE-Kommentar-Verfasser), Art. 296 ZPO N 2; BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 15.

³⁸ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 12.

³⁹ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 17 mit Verweis auf BGE 114 II 200 E. 3; 122 I 53 E. 4a und BGer, 5A_65/2009, 25.2.2009, E. 4.3.

⁴⁰ BGE 138 III 625 E. 2.1; kritisch etwa BSK ZPO-STECK (FN 35), N 42c.

B. Die Mitwirkungs- und Duldungspflicht gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO

Der Untersuchungsgrundsatz wird zudem um eine besondere Mitwirkungs- und Duldungspflicht ergänzt: Grundsätzlich sind Parteien und Dritte gemäss Art. 160 ZPO zur Mitwirkung bei Beweiserhebungen verpflichtet. Parteien trifft dabei jedoch eine blosser Mitwirkungslast. Die ungerechtfertigte Verweigerung der Mitwirkung hat für sie folglich bloss prozessuale Nachteile (Art. 164 ZPO). Parteien können also – anders als bei Dritten (Art. 167 ZPO) – keinen Zwangsmassnahmen unterzogen werden.⁴¹ In Abstammungsprozessen ist dies gerade anders. Auch Parteien trifft hier eine echte Mitwirkungspflicht.⁴² Dies ergibt sich aus Art. 296 Abs. 2 Satz 1 ZPO, welcher einerseits erklärt, dass Parteien und Dritte in Abstammungsprozessen an den Untersuchungen mitzuwirken haben, soweit diese nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Andererseits werden die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien (und von Dritten) ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt (Art. 296 Abs. 2 Satz 2 ZPO), womit jedenfalls die Anwendung der Art. 163, 165 und 166 ZPO ausgeschlossen wird.⁴³ Die sich daraus ergebende Mitwirkungs- und Duldungspflicht gilt jedoch nur soweit, als die mit der (gerichtlich) angeordneten Untersuchung einhergehenden Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte und körperliche Integrität angesichts der gesamten Umstände noch verhältnismässig sind.⁴⁴ Des Weiteren müssen die Untersuchungen unmittelbar der Klärung der Abstammung dienen.⁴⁵ Auf die möglichen Zwangsmassnahmen ist zurückzukommen (vgl. V.B.).

Die Mitwirkungspflicht gilt in Abstammungsprozessen denn auch ohne Einschränkung für Minderjährige.

⁴¹ HERZIG (FN 36), N 179 f.

⁴² HERZIG (FN 36), N 182; CHRISTOPH HÄFELI, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 3/2014, 189 ff., 194.

⁴³ Botschaft ZPO (FN 36), 7367; BK-SPYCHER (FN 34), Art. 296 ZPO N 19; FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, Zürich 2015, N 4.89; für einen Ausschluss auch von Art. 164 ZPO jedoch BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 4; wohl ebenso BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 23, obschon sodann die Anwendung dieser Norm gefordert wird (N 26).

⁴⁴ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 23; für aussergerichtliche Untersuchungen ist die Zustimmung der Beteiligten notwendig; vgl. auch ANDREA BÜCHLER, Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen. Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG), ZVW 2005, 32 ff.; HASENBÖHLER (FN 43), N 4.89.

⁴⁵ HASENBÖHLER (FN 43), N 4.89; ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 28.

Art. 296 Abs. 2 ZPO geht Art. 160 Abs. 2 ZPO vor, womit das Alter des Kindes die Verweigerung der Mitwirkung nicht zu rechtfertigen vermag.⁴⁶

Der Beweis der Vaterschaft bzw. der Nichtvaterschaft verlangt eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit.⁴⁷ Praktisch relevant ist die Mitwirkungs- und Duldungspflicht damit insbesondere bei der Erstellung von Abstammungsgutachten.

IV. Das Abstammungsgutachten

A. Prozessuale Bedeutung

Ist ein Gutachten das einzige taugliche Beweismittel, so muss dieses eingeholt werden.⁴⁸ Die herausragende Bedeutung von naturwissenschaftlichen Gutachten als dem regelmässig allein tauglichen und damit entscheidenden Beweis in Abstammungsprozessen wird anhand der gemachten Ausführungen zu den verschiedenen Klagen deutlich. So dürfte etwa der Beweis über erfolgte bzw. fehlende Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit mittels Partei- und Zeugenbefragungen in vielen Fällen nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geführt werden können, womit naturwissenschaftliche Gutachten nötig werden.⁴⁹ Gleiches gilt, wenn diese Beiwohnung zwar erwiesen ist, dies aber auf mehrere Männer zutrifft.

B. Konkretes Vorgehen

Als Abstammungsgutachten kommen grundsätzlich medizinische Gutachten (Tragezeit-/Reifegutachten, andrologische Gutachten, gynäkologische Gutachten) oder erbbiologische Gutachten (DNA-Analyse, Blutgruppen-gutachten, biostatistische Auswertung, anthropologische Gutachten) in Frage.⁵⁰ Von praktischer Relevanz ist weitgehend nur noch die sog. DNA-Analyse.⁵¹ Hierfür wird

Blut oder in aller Regel ein Wangenschleimhautabstrich (kurz: WSA) beim Kind, der Mutter und dem angeblichen Vater entnommen.⁵² Das Ergebnis bei einer solchen Analyse ist äusserst zuverlässig: Die Vaterschaft oder Nichtvaterschaft kann mit 99.8% Wahrscheinlichkeit festgestellt werden.⁵³

C. Eingriff in die Persönlichkeitsrechte und die körperliche Integrität

Die Vornahme eines WSA stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) dar. Durch die Erstellung eines DNA-Profiles und dessen Bearbeitung durch staatliche Behörden (mithin dem Gericht) ist zudem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) betroffen.⁵⁴ Die Vornahme genetischer Untersuchungen im Zivilverfahren ist ohne die Zustimmung der betroffenen Person gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die genetische Untersuchungen beim Menschen⁵⁵ nur gestützt auf eine besondere gesetzliche Grundlage und eine gerichtliche Anordnung zulässig.

Die gesetzliche Grundlage für die vorgenannten Grundrechtseingriffe ist in Art. 296 Abs. 2 ZPO zu sehen. Das öffentliche Interesse am jeweiligen Eingriff (Art. 36 Abs. 2 BV) ist in der Rechtsprechung nicht weiter zu begründen, sondern kann als gegeben vorausgesetzt werden, weil der Untersuchungsgrundsatz von Art. 296 Abs. 1 ZPO und seine Konkretisierung in Art. 296 Abs. 2 ZPO die Erforschung der materiellen Wahrheit im öffentlichen Interesse bereits gewährleisten. Das überwiegende öffentliche Interesse besteht folglich in der Aufdeckung der Wahrheit vor Gericht.⁵⁶ Selbstverständlich haben die

⁴⁶ HERZIG (FN 36), N 183 f.

⁴⁷ BGE 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2.b; BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 7), Art. 254 N 23; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 2.

⁴⁸ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 19 mit Verweis auf BGer, 5A_416/2008, 25.8.2008, E. 4.

⁴⁹ Vgl. etwa BGE 109 II 291 E. 2.a; 91 II 159 E. 5.

⁵⁰ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 296 N 7, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-Verfasser).

⁵¹ BK-SPYCHER (FN 34), Art. 296 ZPO N 18; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF (FN 50), Art. 296 N 7; BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 26; BK-RÜETSCHI (FN 34), Art. 164 ZPO N 18; ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 31; PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und

Erwachsenenschutzrecht (März bis Juni 2015), Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutzrecht 4/2015, 295 ff., 297 (betreffend BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015); CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 6.

⁵² ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 35; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 6.

⁵³ BK-SPYCHER (FN 34), Art. 296 ZPO N 18; ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 35 mit Verweis auf WALTER BÄR/ADELGUNDE KRATZER, Die Leistungsfähigkeit des DNA-Gutachtens in der Vaterschaftsbegutachtung, AJP 1992, 357 ff., 360; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 2.

⁵⁴ BGE 124 I 80 E. 2.c; 128 II 259 E. 3.2.

⁵⁵ Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG; SR 810.12).

⁵⁶ BGE 112 Ia 248 E. 3; BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 2.4; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, Urteilsbesprechung u.a. zu BGer 5A_745/2014, ZBJV 2016, 648 ff., 654; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit des personnes phy-

entsprechenden Vornahmen dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen (Art. 36 Abs. 3 BV). Einzig bei Erfüllung dieser Voraussetzungen sind die Verweigerungsrechte der Art. 163 ff. ZPO nicht anwendbar.⁵⁷

Betreffend den WSA hat das Bundesgericht schon früher klargestellt, dass die Mitwirkungs- und Duldungspflicht einschlägig ist (damals noch unter Bezugnahme auf den altrechtlichen Art. 254 Ziff. 2 ZGB als gesetzliche Grundlage): Es handle sich grundsätzlich um einen bloss leichten Eingriff in die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrechtliche Interesse des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung überwiege die übrigen Interessen (insbesondere jene des möglichen Vaters)⁵⁸ – besondere Konstellationen vorbehalten.⁵⁹ Auch der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung durch einen WSA wurde als nur geringer Eingriff bewertet.⁶⁰

V. Verweigerung der Mitwirkung bzw. Duldung

Von praktischer Bedeutung ist nun aber, wie das Gericht auf die unberechtigte Verweigerung der geforderten Mitwirkung beim WSA bzw. dessen Duldung reagieren kann. Bevor auf die möglichen Zwangsmittel eingegangen wird, ist zu klären, ob die Anwendung der Beweisregel von Art. 8 ZGB bzw. der Beweiswürdigungsregel von Art. 164 ZPO bereits angemessene und dem Kindeswohl entsprechende Lösungen bietet, womit folglich jeglicher Zwang zur Durchsetzung eines Gutachtens unterbleiben könnte.

A. Anwendung von Art. 8 ZGB bzw. Art. 164 ZPO

In der Literatur wird verlangt, es sei die prozessuale Regel von Art. 164 ZPO jedenfalls auszuschöpfen, nach welcher die unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung durch eine Partei bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen

ist.⁶¹ Dies steht nicht im Widerspruch zur uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Denn obschon das Gericht den relevanten Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln hat, obliegt das Sammeln des Prozessstoffs vorwiegend den Parteien, welche eben zur Mitwirkung verpflichtet sind. Auch die Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime schützt nicht vor Prozessverlust. Es gelten die Regeln der Beweislast.⁶² Jedoch bleibt unklar, was dies konkret bedeuten kann. Dies wird anhand der vorstehend entwickelten Konstellationen zu betrachten sein.

Diese Forderung ist denn auch unter Beachtung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes sowie des Anspruches auf Kenntnis der eigenen Abstammung in Bezug auf Vaterschaftsprozesse insoweit zu relativieren, als sich dies nur dann praktisch auswirken kann und darf, wenn die verweigernde Partei zugleich auch die beweisbelastete Partei ist. Damit beschränkt sich die entsprechende Würdigung auf den Grundsatz der Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB. Verweigert die *beweisbelastete* Partei die Mitwirkung, ist der jeweilige Beweis grundsätzlich nicht erbracht worden und es ist davon auszugehen, dass die behauptete Tatsache nicht existiert. Der Entscheid hat zu Ungunsten der diese Tatsache geltend machenden Partei auszufallen.⁶³

Verweigert die *nicht beweisbelastete* Partei die Mitwirkung, so findet Art. 8 ZGB keine Anwendung und es verbietet sich eine Würdigung gemäss Art. 164 ZPO, da hierdurch insbesondere dem grundrechtlichen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht Genüge getan werden kann. Vielmehr stellt sich die Frage der Durchsetzung einer von Amtes wegen anzuordnenden Beweisabnahme.

Dass weder Art. 8 ZGB noch Art. 164 ZPO Lösungen bei der Verweigerung der Mitwirkung von Dritten bieten, liegt im Übrigen auf der Hand.

siques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, N 521; MEIER/HÄBERLI (FN 51), 297 f.; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 9.

⁵⁷ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 22 f.

⁵⁸ BGE 134 III 241 E. 5.4.3; 128 II 259 E. 3.3; BGer, 5P.466/2001, 20.2.2002, E. 5c.

⁵⁹ Dies könnte grundsätzlich eine mit der Untersuchung einhergehende Gefahr für die Gesundheit sein, was bei einem WSA aber schwerlich vorstellbar ist. Zu nennen ist vielmehr das Interesse eines Minderjährigen an einem festen familiären Identifikationsgefüge, welches durch die Kenntnis der Identität des genetischen Vaters hinsichtlich des sozialen bzw. rechtlichen Vaters gefährdet werden könnte, vgl. dazu BGE 134 III 241 E. 5.4.1.

⁶⁰ BGE 128 II 259 E. 3.3.

⁶¹ DIKE-Kommentar-PFÄNDER BAUMANN (FN 37), Art. 296 ZPO N 4; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 7), Art. 296 N 25; ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 29; BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 25; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 9.

⁶² MORDASINI-ROHNER (FN 35), N 463, 466 und 468; ZPO-Kommentar-SUTTER-SOMM/SCHRANK (FN 34), Art. 55 N 76; BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 12 mit weiteren Verweisen; so statt vieler BGE 133 II 639 E. 2; 133 III 507 E. 5.4; 130 III 102 E. 2.2.

⁶³ Dazu allgemein: CHK-GÖKSU (FN 36), Art. 8 ZGB N 12; ebenso verweist HERZIG (FN 36), N 196, auch bei Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime bei Beweislosigkeit auf die objektive Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB und nicht etwa auf Art. 164 ZPO, ohne sich dabei aber explizit auf Vaterschaftsprozesse zu beziehen.

Diese Schlussfolgerungen werden nachfolgend konkretisiert. Es lässt sich sodann die allgemeine Prämisse vorwegnehmen, dass dem Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft nur mittels einer gesetzlichen Vermutung oder einer tatsächlichen Beweisabnahme genügt werden kann bzw. dass in den Fällen der Abstammungsverfahren eine gesetzliche Vermutung nur durch eine tatsächliche Beweisabnahme umgestossen werden kann, nicht jedoch durch alleinige Anwendung von Art. 8 ZGB oder Art. 164 ZPO.

1. Anwendung bei Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB)

Hat die Klägerschaft den direkten Vaterschaftsbeweis zu erbringen, weil die Vermutungen von Art. 262 Abs. 1 oder Abs. 2 ZGB nicht einschlägig sind (Konstellation A1), kann dieser nur mittels Abstammungsgutachten erfolgen. Verweigert das klagende Kind oder die klagende Mutter selber die Mitwirkung, so steht der Anwendung von Art. 8 ZGB nichts im Wege, und die Klage ist letztlich abzuweisen. Dass hierdurch eine *Res iudicata* (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) geschaffen wird und dem klagenden Kind oder der klagenden Mutter somit die Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses versperrt bleibt, mag insbesondere im Hinblick auf das Kindeswohl stossend wirken. Durch die Wahrnehmung der richterlichen Fürsorgepflicht mittels klaren und wohl auch mehrmaligen Hinweises auf die Folgen der verweigerten Mitwirkung sowie die Gewährung von wohl mindestens einer Nachfrist zur geforderten Mitwirkung (Art. 223 Abs. 1 ZPO analog) ist diesem Aspekt Genüge getan.

Verweigert hingegen der Beklagte die nötige Mitwirkung und verhindert er so die Erstellung des Gutachtens, kann der dem klagenden Kind obliegende Beweis vorerst nicht erbracht werden. Art. 8 ZGB greift dabei offenkundig nicht. Die Klage nun aber gestützt auf Art. 164 ZPO gutzuheissen, also die klägerische Behauptung der Vaterschaft des Beklagten ohne Beweiserhebung als erwiesen anzusehen, würde dem klägerischen Interesse nur teilweise entsprechen: Mit der Begründung des Kindesverhältnisses würde durch die Entstehung der Unterhaltspflicht des Beklagten (Art. 276 ff. ZGB) zwar ein finanzielles Interesse befriedigt, doch dem Anspruch auf (tatsächliche) Erforschung der eigenen Herkunft (Art. 28 ZGB) würde nicht Rechnung getragen. Die Anwendung von Art. 164 ZPO führt in solchen Fällen somit zu keinem angemessenen Ergebnis. Hier stellt sich demnach die Frage, welche Zwangsmittel zur Verfügung stehen (vgl. V.B.).

Greift hingegen eine Vermutung von Art. 262 Abs. 1 oder 2 ZGB, ist der Beklagte hinsichtlich seiner Nichtva-

terschaft beweisbelastet (Konstellation A2). Versäumt er es, diesen Beweis mittels Gutachten zu erbringen, weil er die Mitwirkung bzw. Duldung eines WSA verweigert, so steht der Anwendung von Art. 8 ZGB nichts im Wege und die Klage ist gutzuheissen. Hier könnte selbstverständlich ebenfalls vorgebracht werden, dass die Herkunft des Kindes wiederum nicht tatsächlich erforscht worden ist. Das Kindesverhältnis wird dabei jedoch basierend auf einer gesetzlichen Vermutung und nicht einzig aufgrund der beweisrechtlichen Regel von Art. 164 ZPO begründet.

2. Anwendung bei Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ff. ZGB)

Im Falle der Zeugung während der Ehe und gemeinsamem Haushalt (Konstellation B1) wie auch bei der vorehelichen oder nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erfolgten Zeugung und erfolgtem Nachweis der Beiwohnung durch die beklagte Partei (Konstellation B2), gestaltet sich die Situation wie folgt: Die klägerische Seite hat die Vaterschaftsvermutung durch den Beweis der Nichtvaterschaft zu widerlegen. Gelingt dabei der Nachweis der fehlenden Beiwohnung nicht, wird ein Abstammungsgutachten unausweichlich. Verhindert die *Klägerschaft* dieses durch fehlende Mitwirkung bei einem WSA, findet Art. 8 ZGB Anwendung, und die Klage wird im Ergebnis abzuweisen sein.⁶⁴

Erfolgt eine Verweigerung der Mitwirkung hingegen durch die *beklagte Seite*, so ist Art. 8 ZGB nicht einschlägig. Mit der Guttheissung der Klage und somit der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung allein durch die Anwendung von Art. 164 ZPO und damit ohne tatsächliche Beweisabnahme würde dem Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung wie auch der eigenen (Nicht-)Vaterschaft nicht Genüge getan. Es muss möglich sein, Zwang auf die die Mitwirkung verweigernde Partei auszuüben. Hierauf beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen zur Frage der zulässigen Zwangsmittel (V.B.).

Kann die beklagte Seite hingegen bei vorehelicher oder nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erfolgter Zeugung die Beiwohnung nicht glaubhaft machen, bleibt ihr wie gesehen noch die Möglichkeit zum direkten Vaterschaftsbeweis mittels eines Gutachtens (Konstellation B3). Verweigert die beklagte Seite selber die entsprechende Mitwirkung, steht der Anwendung von Art. 8 ZGB wiederum nichts im Wege und die Klage wird (gestützt auf die Vermutung der Nichtbeiwohnung) ohne Gutachten gutzuheissen sein. Verweigert die klägerische

⁶⁴ Auch hier unter vorherigem Hinweis auf die Folgen der fehlenden Mitwirkung und Gewährung von mindestens einer Nachfrist.

Seite die Mitwirkung, stellt sich wiederum die Frage der zulässigen Zwangsmittel (vgl. V.B.).

3. Anwendung bei Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 259 und 260a ff. ZGB)

Ist dem klagenden Anerkennenden im Rahmen eines Verfahrens betreffend Vaterschaftsanerkennung der Beweis der fehlenden Beiwohnung nicht möglich und ist folglich der Beweis der Nichtvaterschaft mittels Gutachten zu erbringen (Konstellation C1), so führt dessen eigene Verweigerung der Mitwirkung in Anwendung von Art. 8 ZGB zur Abweisung der Klage.⁶⁵ Klagen sonstige Aktivlegitimierte, kann die Verweigerung der Mitwirkung durch Beklagte (Anerkennender und Kind) oder die Mutter (Nicht-Partei) nicht zur Gutheissung der Klage unter Anwendung von Art. 164 ZPO führen. Die vorgenommene Anerkennung kann einzig mittels tatsächlicher Beweisabnahme entkräftet werden, weshalb sich wiederum die Frage der möglichen Zwangsmittel stellt (vgl. V.B.).

Klagt die Mutter oder das Kind, ist wie erwähnt die gesetzliche Vermutung der Nichtbeiwohnung bzw. Nichtvaterschaft zu beachten. Kann der beklagte Anerkennende jedoch die Beiwohnung glaubhaft machen und die Klägerschaft dies nicht mit dem gegenteiligen Beweis widerlegen, wird ein Gutachten nötig (Konstellation C2). Verweigert die Klägerschaft (Mutter oder Kind) die Mitwirkung, kann der der Klägerschaft obliegende Beweis nicht erbracht werden, was unter Anwendung von Art. 8 ZGB zur Abweisung der Klage führen muss. Verhindert eine verweigernde Mitwirkung des beklagten Anerkennenden das Gutachten, findet nicht Art. 164 ZPO Anwendung, sondern es stellt sich auch hier die Frage der zulässigen Zwangsmittel (vgl. V.B.).

B. Zwangsmittel

1. Allgemein

Die Zwangsmittel gegenüber Dritten sind in Art. 167 ZPO ausdrücklich geregelt. Es ist unstrittig, dass die Mittel des mittelbaren Zwangs auch auf Parteien, welche die Mitwirkung verweigern, anwendbar sind. Weniger eindeutig ist die Zulässigkeit von unmittelbaren Zwangsmitteln, so dem körperlichen Zwang. Dem Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung stehen die Rechte der von ei-

nem WSA betroffenen Person gegenüber. Hieraus ergeben sich gewisse Grenzen für den Zwang zur Mitwirkung an einem solchen WSA.⁶⁶

2. Mittelbarer/indirekter Zwang

Schon vor Einführung der eidgenössischen ZPO war es gemäss Bundesgericht zulässig, die Mitwirkungspflicht der Parteien im Rahmen von Abstammungsverfahren unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu stellen.⁶⁷ Daran hält das Bundesgericht auch unter dem neuen Recht fest. Die Strafandrohung sei schliesslich auch für die Vollstreckung von Entscheiden gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vorgesehen.⁶⁸ Somit kann sowohl gegen Parteien als auch gegen Dritte (für diese ausdrücklich Art. 167 Abs. 1 lit. b ZPO) eine Strafandrohung ausgesprochen werden.⁶⁹

Dass sich die Säumnisfolgen von Art. 296 Abs. 2 ZPO per Analogie aus dem Vollstreckungsrecht ergeben, ist jedoch betreffend die Ordnungsbusse zu relativieren: Gemäss Art. 167 Abs. 1 lit. a ZPO kann gegenüber Dritten eine Ordnungsbusse von bis zu CHF 1'000.00 erhoben werden. Würde für Parteien dem für die Strafandrohung gemachten Verweis auf Art. 343 ZPO gefolgt, so käme eine Ordnungsbusse von bis zu CHF 5'000.00 (Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO) oder ein sog. Zwangsgeld (Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO) in Betracht. Hier ist jedoch für eine Gleichbehandlung von verweigernden Parteien und Dritten zu plädieren. Die Botschaft ZPO hält ihrerseits fest, dass die Mitwirkung einer Partei bei der Aufklärung der Abstammung aufgrund von Art. 296 ZPO (Art. 291 VE ZPO) als einzige Ausnahme von Art. 164 ZPO (Art. 161 VE ZPO) zwangsweise durchgesetzt werden kann, was dementsprechend als Verweis auf Art. 167 ZPO (und nicht auf Art. 343 ZPO) zu verstehen ist.⁷⁰ Nach hier vertretener Ansicht kann folglich sowohl gegen Parteien wie auch gegen Dritte eine Ordnungsbusse von bis zu maximal CHF 1'000.00 erhoben werden.

⁶⁵ Beachte wiederum den vorherigen Hinweis auf die Folgen der fehlenden Mitwirkung und die Gewährung von mindestens einer Nachfrist.

⁶⁶ EGMR-U, *Jäggi gegen Schweiz*, Nr. 58757/00, 13.7.2006, Reports 2006-X, § 38; EGMR-U, *Mikulic gegen Kroatien*, Nr. 53176/99, 7.2.2002, Reports 2002-I, § 64.

⁶⁷ BGer, 5P.472/2000, 15.3.2001, E. 2a, BGer, 5P.444/2004, 2.5.2005, E. 3.3.

⁶⁸ BGer, 5A_745/2014, 16.3.2015, E. 4; vgl. auch die gleichlautende Rechtsprechung zum alten Prozessrecht: BGer, 5P.472/2000, 15.3.2001, E. 2a; BGer, 5P.444/2004, 2.5.2005, E. 3.3.

⁶⁹ Eine besondere gesetzliche Ermächtigung bedarf die Strafandrohung im Übrigen aus strafrechtlicher Sicht nicht, so MEIER/HÄBERLI (FN 51), 298.

⁷⁰ Botschaft ZPO (FN 36), 7317.

3. Unmittelbarer/direkter Zwang

Zu unmittelbarem Zwang zählen einerseits die polizeiliche Zuführung⁷¹ zum mit dem WSA beauftragten Arzt oder Institut und andererseits die Abnahme des WSA unter körperlichem Zwang, welcher durch beauftragte Polizeiorgane (im Zusammenwirken mit ärztlichem Fachpersonal) vorzunehmen ist. Die Zulässigkeit von körperlichem Zwang ist in der Lehre jedoch umstritten. Die Position in dieser Frage hängt davon ab, ob der Ausschluss der Verweigerungsrechte in Art. 296 Abs. 2 ZPO als genügende gesetzliche Grundlage für den hier fraglichen körperlichen Zwang angesehen werden kann.⁷²

Ein Teil der Lehre befürwortet ausschliesslich die Möglichkeiten des *mittelbaren* Zwangs und erklärt den körperlichen Zwang für unzulässig. Zur Begründung wird einerseits auf Art. 10 BV verwiesen, womit ein unzulässiger Verstoss gegen die körperliche Integrität als Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV geltend gemacht wird.⁷³ Andererseits wird auf die Botschaft über die Änderung des Zivilgesetzbuches betreffend das Kindesverhältnis von 1974 verwiesen, in welcher körperlicher Zwang ausdrücklich für unzulässig erklärt wurde.⁷⁴ Dagegen wendet SPYCHER aber berechtigterweise ein, dass die Möglichkeit eines DNA-Gutachtens im Zeitpunkt der Abfassung der Botschaft noch nicht existierte und dass sich die Botschaft einzig auf Blutgruppengutachten und serologische wie anthropologische Gutachten bezog. Diese Thematik sei aufgrund des neuen gesamtschweizerischen Vollstreckungsrechts sowie der Geringfügigkeit des Eingriffs (welcher mit einem DNA-Gutachten bzw. WSA einhergeht) neu zu prüfen.⁷⁵

Ein anderer Teil der Lehre betrachtet Art. 296 Abs. 2 ZPO als genügende gesetzliche Grundlage und erachtet

damit die Anwendung der zwangsweisen Durchsetzung in Form von körperlichem Zwang zumindest für den «äussersten Fall» als zulässig.⁷⁶ Dabei wird die Geringfügigkeit und Risikolosigkeit des körperlichen Eingriffs bei DNA-Gutachten bzw. WSA und damit das Überwiegen des Interesses an der Wahrheitsfindung ins Feld geführt.⁷⁷ Dieser Ansicht ist das Bundesgericht nun in einem neueren Entscheid gefolgt: Die Säumnisfolgen der verweigerten Mitwirkungen ergäben sich in Abstammungsprozessen unmittelbar und mit der von der Verfassung geforderten Bestimmtheit aus dem Vollstreckungsrecht, welches in Art. 343 Abs. 3 ZPO die Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe erlaubt.⁷⁸

Dem Einwand von SPYCHER und den Erwägungen des Bundesgerichts ist beizupflichten. Damit wurde jedoch nur eine genügende gesetzliche Grundlage für eine polizeiliche Durchsetzung festgestellt. Es sind aber selbstverständlich auch die weiteren Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs zu beachten. Wie bereits gesehen, liegt das öffentliche Interesse gemäss Art. 36 Abs. 2 BV in der Aufdeckung der Wahrheit vor Gericht.⁷⁹ Dieses ist somit nicht weiter zu erörtern.

Den körperlichen Zwangsmassnahmen sind jedoch im Rahmen der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) Grenzen gesetzt. Dabei ist zu betonen, dass einzig der WSA an sich als geringfügiger Eingriff in die körperliche Integrität betrachtet werden kann.⁸⁰ Bei Anwendung von körperlichem Zwang zur Vornahme eines WSA entstehen unter Umständen jedoch weitere Eingriffe in die körperliche Integrität des Betroffenen (so etwa Festhalten, zwangsweises Öffnen des Mundes oder dergleichen), welche in aller Regel die Schwelle eines leichten Eingriffs (deutlich) überschreiten dürften. Wird hingegen nur eine polizeiliche Zuführung (ohne Gewaltanwendung) durchgeführt, ändert sich an der Geringfügigkeit des Eingriffs in der Regel nichts.

⁷¹ Beachte auch allfällige Bestimmungen in den kantonalen Polizeigesetzen, so etwa § 28 PolG/ZH.

⁷² DIKE-Kommentar-PFÄNDER BAUMANN (FN 37), Art. 296 ZPO N 4.

⁷³ BSK ZPO-STECK (FN 35), Art. 296 N 25; ZPO-Kommentar-SCHWEIGHAUSER (FN 34), Art. 296 N 29; CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, N 15.14; CHK-REICH (FN 36), Art. 254 ZGB N 9; vgl. auch BGer, 5P.472/2000, 15.3.2001, E. 2.a; BGE 134 III 241 E. 5.5; BGer, 5P.444/2004, 2.5.2005, E. 3.

⁷⁴ Botschaft vom 5. Juni 1974 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis), BBl 1974 II 1 ff., 28; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (FN 1), § 39 N 51; BSK ZGB I-SCHWENZER (FN 7), Art. 254 N 20; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 5. A., Zürich 2014, N 218; ähnlich mit Verweis auf bisherige Praxis: THIERRY THORMANN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010 (zit. SHK ZPO-Verfasser), Art. 296 N 8.

⁷⁵ BK-SPYCHER (FN 34), Art. 296 ZPO N 20.

⁷⁶ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF (FN 50), Art. 296 N 9; KUKO ZPO-SCHMID (FN 50), Art. 167 N 5; IVO SCHWANDER, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., Zürich 2015, Art. 296 N 4; wohl ebenso DIKE-Kommentar-HRIGI (FN 37), Art. 164 ZPO N 7; offengelassen, ob die festgestellte Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung auch körperlichen Zwang miteinschliesst: SHK ZPO-BERNI (FN 74), Art. 164 N 2; NICOLAS JEANDIN, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 296 N 12.

⁷⁷ AEBI-MÜLLER (FN 56), 654.

⁷⁸ BGer, 5A_492/2016, 5.8.2016, E. 3.3.2; MARKUS FELBER, Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung, SJZ 2016, 470 ff.; vgl. auch Botschaft ZPO (FN 36), 7385.

⁷⁹ Vgl. IV.C. und FN 57.

⁸⁰ Vgl. dazu IV.C. und FN 58.

Verweigert jemand die Durchführung des WSA trotz mehrmaliger Aufforderung zur Kooperation und der Ankündigung der Folgen der weiteren Kooperationsverweigerung, hat die angewendete polizeiliche Gewalt in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Zweck zu stehen. Dabei fällt ins Gewicht, dass nicht etwa eine Gefährdungslage vorliegt, sondern es eben doch «nur» um die Erhebung eines Beweises im Zivilprozess geht. Es ist letztlich ein strenger Massstab anzusetzen. Während das kurzzeitige Festhalten ohne schädigende Folgen in aller Regel wohl noch als verhältnismässig erscheinen dürfte, ist ein langzeitiges Arretieren oder gar Festschnallen unter allen Umständen unangemessen und unzulässig.

Das Gericht kann diesen unmittelbaren Zwang nur unter Beizug der Polizei durchführen.⁸¹ Es ist daher gehalten, die Polizei mit einem möglichst klaren Auftrag zu bedienen und die Grenzen der zulässigen Gewalt zu definieren. Das jeweilige Ermessen (wie auch die Verantwortung) darf nicht einfach den Polizeibeamten überlassen werden.

4. Kaskade der Zwangsmassnahmen

Schon bei der Wahl der Zwangsmassnahme ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.⁸² Folglich ist den milderen Massnahmen und damit jenen des mittelbaren Zwangs der Vorzug zu gewähren. Dabei ist der Gesamtzusammenhang des bisherigen Verfahrens zu betrachten.⁸³ Erst wenn eine Partei oder eine Drittperson ungeachtet des mittelbaren Zwangs und der richterlichen Androhung des körperlichen Zwangs weiterhin standhaft die Mitwirkung verweigert, sollte der unmittelbare Zwang in Betracht gezogen werden. Die durch diese Prozessverschleppung entstandenen Kosten können der jeweiligen Person auferlegt werden (Art. 167 Abs. 1 lit. d und Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) und die entstehenden zeitlichen Verzögerungen führen zu keinen Rechtsnachteilen der Parteien. Die Gerichte müssen die Kaskade der zulässigen Massnahmen streng handhaben. Das Interesse an einem schnellen Prozess vermag das Übergehen von mittelbarem Zwang zu Gunsten von sofortigem unmittelbarem Zwang kaum je rechtfertigen.

VI. Fazit

Dieser Beitrag zeigt, dass der Missachtung der Mitwirkungs- und Duldungspflicht gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO nicht immer mit der zwangsweisen Durchsetzung zu begegnen ist. Vielmehr kann je nach konkreter Beweislastverteilung die Anwendung von Art. 8 ZGB angezeigt sein. Dies ist von den Gerichten zu prüfen, bevor irgendwelche Zwangsmassnahmen angeordnet werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass dem Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft nur mittels der tatsächlichen Beweisabnahme oder einer gesetzlichen Vermutung Genüge getan werden kann bzw. dass eine gesetzliche Vermutung nur durch eine tatsächliche Beweisabnahme umgestossen werden kann. Die möglichen Konstellationen wurden im Rahmen dieses Beitrags aufgezeigt.

Kommt jedoch die Anwendung von Zwangsmitteln in Betracht, ist dem mittelbaren Zwang unter Nachachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips grundsätzlich Vorrang einzuräumen. Körperlicher Zwang kann in den Grenzen der Verhältnismässigkeit zulässig sein. Im Rahmen einer Interessenabwägung ist jedoch nicht bloss auf die bundesgerichtliche Praxis zu verweisen, wonach die Vornahme eines WSA bloss einen leichten Grundrechtseingriff begründet. Denn mit der Anwendung von körperlichem Zwang gehen weitere Grundrechtseingriffe einher, welche die Schwelle eines leichten Eingriffs in aller Regel überschreiten dürften. Massive Gewaltanwendung dürfte kaum je in ein angemessenes Verhältnis zum verfolgten Ziel der Aufdeckung der Wahrheit vor Gericht gebracht werden können. Die Gerichte müssen hier klare Anweisungen zuhanden der vollstreckenden Polizei verfassen, und die Polizeibehörden sind ohne eine solche Anweisung zur Zurückhaltung angehalten.

Zu guter Letzt gilt es zu betonen, dass eine klare gesetzliche Norm betreffend die Zulässigkeit des körperlichen Zwangs wünschenswert wäre.⁸⁴

⁸¹ ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER (FN 34), Art. 167 N 17.

⁸² Statt vieler ZPO-Kommentar-HASENBÖHLER, (FN 34), Art. 167 N 23.

⁸³ BGer, 5A_492/2016, 5.8.2016, E. 4.2.

⁸⁴ So bereits DIKE-Kommentar-PFÄNDER BAUMANN (FN 37), Art. 296 ZPO N 4.