

Titel	<b>Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren</b>
Serie/Reihe	<b>AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 318</b>
Buchautoren	<b>Christophe A. Herzig</b>
Jahr	<b>2012</b>
Seiten	<b>341-365</b>
Herausgeber	<b>Peter Gauch</b>
ISBN	<b>978-3-7255-6609-9</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

## § 22 Abstammungsklagen

- 813 Unter den Abstammungsklagen bzw. den Klagen auf Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses versteht man in erster Linie die Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB), die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsvermutung aufgrund der Ehe (Art. 256 ff. ZGB) sowie die Klage auf Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung (Art. 260a ff. ZGB). Nebst diesen allgemein bekannten Statusklagen, zu denen es breite Literatur<sup>1125</sup> und Rechtsprechung gibt, gibt es auch eine weniger gut bekannte Klage und zwar die **Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung**. Deshalb legt die vorliegende Arbeit den Fokus in erster Linie auf diese Klage (I.) und behandelt zudem gewisse Einzelfragen, die sich im Zusammenhang mit den Abstammungsklagen ergeben (II.).
- 814 In sämtlichen Abstammungsverfahren ist das **Kind Partei** (vgl. Art. 256, 260a, 261 ZGB; N 9 ff.). Für die Abstammungsklage gilt das vereinfachte Verfahren (vgl. N 731 ff.; Art. 295 ZPO), und das Verfahren wird durch die Offizial- und die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime beherrscht (vgl. N 173 ff.; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Für Abstammungsklagen ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig (vgl. N 296 ff.; Art. 25 ZPO).

### I. Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung

- 815 Die Frage nach einem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat in den letzten Jahren unter den Juristinnen und Juristen zahlreiche Debatten entfacht. Sozialwissenschaftliche und psychologische Erkenntnisse haben

<sup>1125</sup> Vgl. dazu z.B. die Aufsätze von Burgat/Guillod; Geiser, FamPra.ch 10 und Aebi-Müller, Abstammung.

aufgezeigt, dass die **Kenntnis der eigenen Abstammung** für die **Persönlichkeitsentwicklung** ein **wichtiges Element** darstellt.<sup>1126</sup> „Sie nimmt im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für seine Individualitätsfindung wie für sein Selbstverständnis und sein familiäres Verhältnis zu anderen ein. Die Möglichkeit, sich als Individuum nicht nur sozial, sondern auch genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen, wird deshalb vom Schutz des Persönlichkeitsrechts mit umfasst.“<sup>1127</sup>

- 816 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein in der Schweiz mittlerweile **anerkanntes Grundrecht**, welches jedem Menschen zusteht.<sup>1128</sup> Auch der Verfassungsgeber hat anerkannt, dass die Kenntnis der eigenen Abstammung für die Persönlichkeitsentwicklung von grosser Bedeutung ist (vgl. Art. 119 Abs. 2 lit. g BV<sup>1129</sup> [unter dem Randtitel „Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich“]). Weiter ist in der UN-KRK festgehalten, dass jedes Kind soweit möglich das Recht hat, seine Eltern zu kennen (Art. 7 Abs. 1 UN-KRK). Das Bundesgericht hat dazu erörtert, dass Art. 7 Abs. 1 UN-KRK unmittelbar anwendbar ist und der Passus „soweit möglich“ keine Interessenabwägung impliziert, sondern sich auf die Möglichkeit der Informationsbeschaffung bezieht. Ein Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung besteht immer dann, wenn die

---

343

leiblichen Eltern auch tatsächlich identifiziert werden können.<sup>1130</sup> Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) beinhaltet gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und dem Bundesgericht ebenfalls das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Des Weiteren nimmt das Interesse an der Kenntnis der eigenen Abstammung nicht im Verlaufe des Alters einer Person ab.<sup>1131</sup> Zudem hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung vom Recht, eine Vaterschaftsklage einzureichen, unabhängig ist.<sup>1132</sup>

- 817 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist sowohl für Kinder, die mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugt wurden, als auch für Adoptivkinder explizit durch den Bundesgesetzgeber verankert worden: Sobald sie volljährig sind, steht ihnen ein **absolutes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung** zu (vgl. Art. 27 Abs. 1 FMedG; Art. 268c Abs. 1 ZGB). Im Übrigen können sie jederzeit Auskunft verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse daran haben (vgl. Art. 27 Abs. 2 FMedG; Art. 268c Abs. 1 ZGB).<sup>1133</sup> Diese Bestimmungen sollten sinngemäss auch für alle übrigen

---

<sup>1126</sup> Meier/Stettler, N 371; Büchler, Abstammung, S. 5; Rusch, S. 57 f. Die fehlende Kenntnis der biologischen Herkunft kann einen Menschen in seiner Persönlichkeitsentwicklung beeinträchtigen, Dissonanz Erfahrungen sowie Identitätskrisen auslösen. Die genetische Herkunft gibt einer Person Auskunft über einen wesentlichen Teil seiner eigenen Lebensgeschichte. Die Kenntnis der eigenen Abstammung ist wichtig für die Entwicklung eines gesunden Selbstbewusstseins, eine positive Selbstwahrnehmung und ein Gefühl der Vollständigkeit, des „In-der-Weltverankert-zu-Sein“ (Büchler, Abstammung, S. 5).

<sup>1127</sup> Entscheid vom 13. Februar 2007 des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 421/05), in FamPra.ch 8 (2007), S. 404 ff., S. 405.

<sup>1128</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (243 ff.) E. 5; Botschaft zu Art. 309 E ZGB (Elterliche Sorge); Bord, S. 58; Meier/Stettler, N 373; Rumo-Jungo, Abstammung, S. 356 ff.; Büchler, Abstammung, S. 11; Leukart, S. 590; Rusch, S. 59 f.; Reusser/Schweizer, Abstammung, S. 619 f.; Büchler/Vetterli, S. 201. So ist das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ein elementares Bedürfnis der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 2 BV [Recht auf Leben und persönliche Freiheit]) (Büchler, Abstammung, S. 11). Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieses Grundrechts Besson, S. 46 ff.

<sup>1129</sup> Gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. g BV hat jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung.

<sup>1130</sup> BGE 128 I 63 (73) E. 4.1; Büchler, Abstammung, S. 6; Meier/Stettler, N 376.

<sup>1131</sup> Vgl. EGMR-Urteil vom 13. Juli 2006 (Jäggi c. Suisse, 58757/00); BGE 134 III 242 (243) E. 5.2.1; BGE 137 I 154 (158 f.) E. 3.4.1; Rumo-Jungo, Abstammung, S. 357; Büchler, S. 6 f.

<sup>1132</sup> BGE 134 III 241 (245) E. 5.3.2; Rumo-Jungo, Abstammung, S. 357; vgl. dazu auch BVerGE 79, 256; 117, 202; 1 BvR 811/09.

<sup>1133</sup> Meier/Stettler, N 376; Büchler, S. 8 ff.; Leukart, S. 587; Rusch, S. 60 f.

Kinder gelten.<sup>1134</sup> Ein wichtiger, tatsächlicher Unterschied ist jedoch, dass der Staat i.d.R. im Fall der Adoptivkinder und der mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kinder selbst über die nötigen Informationen verfügt, da sowohl das Adoptionsrecht als auch das Fortpflanzungsmedizingesetz die Dokumentation der einschlägigen Daten vorschreiben (vgl. Art. 268c Abs. 1 ZGB; Art. 24 FMedG).

- 818 Dem **Grundrecht** auf Kenntnis der eigenen Abstammung sollte aufgrund seiner Wichtigkeit eine **horizontale Wirkung**<sup>1135</sup> zuerkannt werden und die

---

344

Behörden sollten demnach dafür sorgen, dass das Grundrecht auch unter Privaten wirksam wird (vgl. Art. 35 Abs. 3 BV).<sup>1136</sup> Da es bedauerlicherweise (noch) an einer spezifischen Rechtsgrundlage fehlt, auf die sich ein Kind für seinen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung, welches weder adoptiert noch mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugt wurde, stützen könnte, bildet Art. 28 ZGB<sup>1137</sup> die rechtliche Grundlage, die es im Lichte des Völker- und Verfassungsrechts auszulegen gilt.<sup>1138</sup>

- 819 Ohne Zustimmung der betroffenen Person darf eine DNA-Analyse nur auf Anordnung eines Gerichts, welches sich seinerseits auf eine Rechtsgrundlage stützen muss, durchgeführt werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 32 Abs. 1 GUMG<sup>1139</sup>). Für die urteilsunfähige Person erteilt der gesetzliche Vertreter die Zustimmung (Art. 5 Abs. 2 GUMG; vgl. aber Art. 34 Abs. 1 GUMG). Deshalb stellt sich die Frage nach der privatrechtlichen Grundlage, auf die sich der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung stützen kann, wenn er unter Privaten geltend gemacht wird und sich die betroffene

---

345

Person weigert, ihre Zustimmung zu einer DNA-Analyse zu geben. Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Identität ist nach allgemeiner Auffassung unter den Schutz der Identität, welcher durch Art. 28 ZGB erfasst ist<sup>1140</sup>, zu subsumieren. Dazu kommt eine

---

<sup>1134</sup> Vgl. Rumo-Jungo, Abstammung, S. 356 und S. 360; Meier/Stettler, N 377.

<sup>1135</sup> Art. 35 Abs. 1 BV hält fest, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen (konstitutiv-institutionelle Funktion), und kündigt die in Abs. 3 erfolgende Präzisierung bezüglich der Drittwirkung der Grundrechte an (Botschaft BV, 192; vgl. auch Waldmann, S. 399). Die Grundrechte stellen Fundamente der Schweizer Rechtsordnung dar, die in der Gesamtheit des Systems zum Tragen kommen sollen (Egli, S. 138). Wer hoheitliche Funktionen wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und ist verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Abs. 2). Gemäss Abs. 3 müssen die Behörden dafür sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass mit der in der Verfassung verankerten Drittwirkung eine indirekte und nicht eine direkte Drittwirkung (vgl. zur direkten Drittwirkung Egli, S. 142 ff.; Schweizer, Kommentar zu Art. 35 BV, N 38 f.) verankert wurde und somit das Grundrecht nicht zugleich auch als subjektives Privatrecht verstanden werden darf, auf welches sich das Individuum im Privatrechtsverkehr unmittelbar und ohne explizite Regelung im Privatrecht berufen kann (vgl. dazu Göksu, Drittwirkung, S. 90 und 95; Schweizer, Kommentar zu Art. 35 BV, N 35; Egli, S. 153, die jedoch die Ansicht vertritt, dass in Art. 35 Abs. 3 BV eine Drittwirkung sui generis verankert wurde). Mit den Behörden (Abs. 3) sind sowohl die rechtssetzenden als auch die rechtssprechenden Organe angesprochen (Botschaft BV, 193). Mithin muss der Gesetzgeber positiv Massnahmen zur Wirksamkeit der Grundrechte unter Privaten ergreifen. Aus diesem Grund sollte der Gesetzgeber eine spezifische Rechtsgrundlage für eine Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung schaffen (vgl. Göksu, Drittwirkung, S. 91 f.).

<sup>1136</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 377; Leuba/Meier/Sandoz, S. 167.

<sup>1137</sup> Schutz der Persönlichkeit.

<sup>1138</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (244) E. 5.3.1; Meier/Stettler, N 377; vgl. ferner auch Leukart, S. 590; Rusch, S. 62.

<sup>1139</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) (SR 810.12).

<sup>1140</sup> Vgl. dazu Piotet, S. 203 ff.

Informationspflicht, die aus Art. 272 ZGB<sup>1141</sup> abgeleitet werden kann. Auch wenn die Pflichten aus Art. 272 ZGB grundsätzlich nicht klagbar sind, so ergibt sich gemäss Bundesgericht aus dieser Leitbildnorm und der grundrechtskonformen Auslegung des privatrechtlichen Schutzes der Identität, dass sich ein Kind für die Ausübung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf das Persönlichkeitsrecht berufen kann.<sup>1142</sup> Mithin kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung mittels einer **Klage sui generis** ausgeübt werden.<sup>1143</sup>

- 820 Die Möglichkeit der Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung ohne Statuswirkungen relativiert die Debatte um teils vermeintlich zu kurze Fristen sowie zu restriktive Voraussetzungen für die Klageberechtigten für gewisse Abstammungsklagen mit Statuswirkungen.<sup>1144</sup>

### 1. Gegenstand der Klage

- 821 Solange noch keine explizite Rechtsgrundlage besteht, muss das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zwischen Privaten mittels einer **Klage**

---

346

**sui generis** ausgeübt werden. Die Rechtsgrundlage für diese spezielle **Leistungsklage** bildet mangels spezifischer Regelung Art. 28 ZGB<sup>1145</sup> (vgl. N 819).

- 822 Der **Gesetzgeber** steht jedoch per Verfassungsauftrag in der **Pflicht**, eine **explizite Rechtsgrundlage** für die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung de lege ferenda **zu schaffen** (vgl. N 816 ff. und insbesondere FN 1135).<sup>1146</sup> Solange jedoch der Gesetzgeber seine Handlungspflicht diesbezüglich nicht erfüllt, drängt sich umso stärker die richterliche Berücksichtigung der Grundrechte unter Privaten auf. Mithin muss die rechtsanwendende Behörde gestützt auf Art. 35 Abs. 3 BV den involvierten Grundrechten die erforderliche und mögliche Geltung im konkreten Fall zusprechen.<sup>1147</sup> Genau dieser Pflicht ist das Bundesgericht in einem wegweisenden Entscheid völlig zu Recht nachgekommen.<sup>1148</sup>

---

<sup>1141</sup> Gemäss Art. 272 ZGB sind sich Eltern und Kindern einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert.

<sup>1142</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (244 f.) E. 5.3–5.3.1; Bord, S. 59; Aebi-Müller Regina E., EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Jusletter 2. Oktober 2006, Rz. 6; Meier/Stettler, N 380 und N 391; vgl. dazu auch das Urteil vom 18. August 2010 des BVerfG, 1 BvR 811/09.

<sup>1143</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (245) E. 5.3.2; Meier/Stettler, N 381.

<sup>1144</sup> So kann z.B. ein Kind die Vermutung der Vaterschafts des Ehemannes seiner Mutter nur anfechten, wenn während seiner Minderjährigkeit der gemeinsame Haushalt der Ehegatten aufgehört hat (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Vgl. im Zusammenhang mit einer möglichen unbefristeten Vaterschaftsklage de lege ferenda Leukart, S. 594 und 596; Rusch, S. 164. Vgl. für die Aktivlegitimation des mutmasslich biologischen Vaters bei der Vaterschaftsklage Rusch, S. 164 f. Für die Aktivlegitimation bei der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung vgl. Geiser, FamPra.ch 10, S. 50; Guillod, CR zu Art. 256 ZGB, N 2 und 9; Schwenger, BaK zu Art. 256 ZGB, N 6 f.; Aebi-Müller, Abstammung, S. 118 und S. 134.

<sup>1145</sup> Gerade durch Art. 27 ff. ZGB, insbesondere Art. 28 ZGB, wird die „Brücke zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geschlagen“. Art. 28 ZGB bildet ein sehr wichtiges Verbindungsstück zwischen den beiden „Rechtskreisen“. Die Formulierung von Art. 28 ZGB als Generalklausel befähigt und verpflichtet die rechtsanwendenden Behörden, bei der Anwendung von Art. 28 ZGB auf die Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten besonders Acht zu geben (Göksu, Drittwirkung, S. 95 f.).

<sup>1146</sup> Vgl. den Gesetzesvorschlag bei Bord, S. 62 f. Für die Rechtsgrundlage in Deutschland vgl. § 1598a Abs. 2 BGB, § 169 Ziff. 2 FamFG (vgl. dazu Klein, Kommentar zu § 169 FamFG, N 10 ff.).

<sup>1147</sup> Vgl. Göksu, Drittwirkung, S. 94. Zudem schützt Art. 8 EMRK und Art. 7 Abs. 1 UN-KRK das Recht auf Kenntnis der Abstammung und für die rechtsanwendenden Behörden ist Völkerrecht massgebend (Art. 190 BV).

<sup>1148</sup> Siehe BGE 134 III 241.



- 823 **Zweck** der Klage ist, einem Kind zu ermöglichen, **Kenntnis** von **seiner eigenen Abstammung** zu **erhalten** und demnach festzustellen, wer die leiblichen Eltern des Kindes sind. In erster Linie ist dabei an ein Kind zu denken, welches wissen möchte, wer sein biologischer Vater ist. Doch auch wenn in der Schweiz die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft verboten sind (Art. 4 FMedG)<sup>1149</sup> und der Grundsatz „mater semper

---

347

certa est“ gilt, kann es vorkommen, dass ein Kind auf diese Weise gezeugt wird, da im Ausland<sup>1150</sup> diese Praktiken teilweise zugelassen sind. Hat ein auf diese Weise gezeugtes Kind in der Schweiz seinen Wohnsitz, muss es diesem möglich sein, auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung zu klagen und herauszufinden, wer seine genetische oder biologische Mutter ist. Deshalb steht auch in derartigen Konstellationen die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung offen (vgl. auch N 299 und 308).<sup>1151</sup>

- 824 Beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung handelt es sich um ein Recht, welches eng mit der Persönlichkeit des Betroffenen verbunden ist und diesem um seiner Persönlichkeit willen zusteht. Mithin ist es als ein (relativ) **höchstpersönliches Recht** zu qualifizieren, welches weder vererbbar noch übertragbar ist.
- 825 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst in der Regel lediglich die **Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien** des biologischen Vaters (vgl. Art. 27 Abs. 1 FMedG und Art. 268c Abs. 1 ZGB). Es umfasst insbesondere nicht das Recht den biologischen Vater zu treffen, da dazu die Zustimmung des biologischen Vaters erforderlich ist. Versagt der biologische Vater diesbezüglich seine Zustimmung, so muss das Kind die Persönlichkeitsrechte seines leiblichen Vaters und diejenigen seiner Angehörigen achten (Art. 28 ZGB).<sup>1152</sup>
- 826 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung **enthält nicht das Recht**, die **biologische Verbindung in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln**.<sup>1153</sup> Vielmehr braucht es dafür eine Gestaltungsklage (z.B. Vaterschaftsklage), deren Voraussetzungen im Gesetz abschliessend aufgezählt sind.

---

348

## 2. Parteien

### A. Kläger/Klägerin

- 827 Grundsätzlich ist jedes **Kind** klageaktivlegitimiert. Wurde das Kind jedoch in der Schweiz adoptiert oder mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz gezeugt, stehen ihm primär andere Behelfe – die sich gegen den Staat richten – offen (vgl. Art. 268c ZGB und Art. 27 FMedG; N 817). Wurde das Kind im Ausland mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugt oder im Ausland adoptiert, so stehen die Rechtsbehelfe gegenüber dem Schweizerischen Staat naturgemäss i.d.R. nicht offen.<sup>1154</sup> Deshalb sind auch diese Kinder klageaktivlegitimiert.

---

<sup>1149</sup> Vgl. dazu Büchler, FamPra.ch 6, S. 451 f. Da sich die genetische Information des Kindes von derjenigen der Leihmutter unterscheidet und das Leihmutterchaftsverbot in der Schweiz nicht zu garantieren vermag, dass z.B. ein Schweizer Paar für eine Leihmutterchaft ins Ausland reist, wird sich der Gesetzgeber wohl längerfristig nicht mit einem simplen Verbot begnügen können, sondern wird vielmehr einen differenzierteren Lösungsansatz erarbeiten müssen (vgl. Fountoulakis, S. 258).

<sup>1150</sup> So z.B. in England, Spanien oder Schweden (vgl. dazu Rusch, S. 73).

<sup>1151</sup> Die Keimzellenspenderin ist die genetische Mutter, die austragende Frau die biologische Mutter.

<sup>1152</sup> Bord, S. 58.

<sup>1153</sup> BGE 137 I 154 (158 f.) E. 3.4.1.

<sup>1154</sup> Vgl. Piotet, S. 212.



- 828 Da es sich beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung um ein relativ höchstpersönliches Recht handelt, kann das **urteilsfähige Kind** (vgl. N 102 ff.) dieses **Recht selbständig ausüben** (Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 Abs. 1 nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO). Für eine urteilsunfähige Person handelt ihr gesetzlicher Vertreter (Art. 19 Abs. 2 nZGB, Art. 67 Abs. 2 ZPO). Da die Eltern des Kindes Beklagte sind und eine Interessenkollision vorliegt, können sie das Kind nicht vertreten. Vielmehr muss die Kindesschutzbehörde abwägen, ob die Klage im Interesse des Kindes ist, und dem Kind gegebenenfalls einen Beistand ernennen (Art. 308 ZGB).<sup>1155</sup>
- 829 Ob es neben dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch ein Recht des biologischen Vaters auf Kenntnis der eigenen Kinder gibt, die von einem abstammen, wird bisher relativ spärlich diskutiert, und die Frage wird wohl weiterhin Gegenstand von Debatten sein.<sup>1156</sup>

---

349

### B. Beklagte/Beklagter

- 830 Um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durchsetzen zu können, benötigt es folgende drei Leistungsklagen (vgl. Art. 84 ZPO):
- (1) Zuerst muss das Kind gegen seine **Mutter** klagen. Dabei geht es darum, dass die Mutter des Kindes die nötigen Informationen dem Kind gibt, damit es weiss, wer der biologische Vater ist oder sein könnte (vgl. N 844).  
Ist die Mutter gestorben, so kann die Klage gegen ihre Nachkommen erhoben werden.
  - (2) Die zweite Klage richtet sich gegen den **rechtlichen Vater** des Kindes. Mit der Klage wird vom rechtlichen Vater verlangt, sich einem DNA-Test zu unterziehen. Dabei geht es darum, herauszufinden, ob der rechtliche Vater auch wirklich nicht der biologische Vater des Kindes ist. Das Leistungsurteil ist von Amtes wegen mit der nötigen Vollstreckungsmassnahme zu verknüpfen (vgl. Art. 236 Abs. 3 ZPO).
  - (3) Die dritte Klage richtet sich gegen den **mutmasslich biologischen Vater**. Sie ist zur zweiten Klage insofern **subsidiär**, dass sie lediglich eingereicht werden kann, wenn feststeht, dass der rechtliche Vater nicht auch der biologische Vater des Kindes ist. Nur in diesem Fall verfügt das Kind über ein Rechtsschutzinteresse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Ist der rechtliche Vater hingegen gestorben, so kann die Klage direkt gegen den mutmasslich biologischen Vater angestrengt werden. Mit der Klage wird von diesem verlangt, sich einem DNA-Test zu unterziehen. Gleich wie bei der zweiten Klage ist das Leistungsurteil von Amtes wegen mit der nötigen Vollstreckungsmassnahme zu verknüpfen (vgl. Art. 236 Abs. 3 ZPO).  
Ist der mutmasslich biologische Vater gestorben, so richtet sich die Klage gegen seine Nachkommen.
- 831 Die Stellungnahme zur Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein relativ höchstpersönliches Recht (Art. 19c nZGB, Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO).

---

350

---

<sup>1155</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 386.

<sup>1156</sup> Vgl. Urteil vom 13. Februar 2007 des BVerfG, 1 BvR 421/05; Rusch, S. 65 mit weiteren Literaturangaben. Bejaht man ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, so müsste die Klage wohl konsequenterweise auch dem biologischen Vater offen stehen.



### 3. Interessenabwägung

#### A. Allgemeines

- 832 Die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung unterliegt den allgemeinen **Schranken des Rechtsmissbrauchsverbots** (Art. 2 Abs. 2 ZGB).<sup>1157</sup> Das bedeutet, dass das urteilsfähige Kind die Klage nicht einfach aus einer Laune heraus anstrengen kann, ohne eigentlich wirklich daran interessiert zu sein, von wem es abstammt. Das urteilsfähige Kind muss ernsthaft daran interessiert sein, herauszufinden, von wem es abstammt (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Diesbezüglich muss eine eindeutige Willenshaltung des Kindes vorliegen (vgl. N 105).
- 833 Bei der Frage, ob jeweils bei Klageeinreichung eine Interessenabwägung vorzunehmen ist und wie diese konkret konzipiert ist, muss berücksichtigt werden, dass sowohl Adoptivkinder (Art. 268c Abs. 1 ZGB) als auch Kinder, die mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugt wurden (Art. 27 Abs. 1 FMedG), ab ihrer Volljährigkeit über ein absolutes Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung verfügen. Ist ein Kind noch nicht volljährig, so muss es ein schützenswertes Interesse vorweisen (Art. 27 Abs. 2 FMedG, Art. 268c Abs. 1 ZGB) (vgl. N 817). Folglich wird bei einem minderjährigen Kind eine Interessenabwägung vorgenommen.<sup>1158</sup>
- 834 Kinder, die weder in der Schweiz adoptiert, noch mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugt wurden, sollten wenn möglich gleich behandelt werden. Mithin sollte auch diesen Kindern **ab ihrer Volljährigkeit** grundsätzlich eine Art<sup>1159</sup> „**absolutes Recht**“ auf Kenntnis ihrer Abstammung zugestanden

---

351

werden, welches nur aus schwerwiegenden Gründen eingeschränkt werden kann (vgl. N 838 in fine und N 841).<sup>1160</sup>

- 835 Bei **minderjährigen Kindern** hingegen muss das Gericht stets eine **Interessenabwägung** vornehmen. Die rechtsanwendenden Behörden haben bei der Interessenabwägung jedoch stets zu berücksichtigen, dass das Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung hoch einzustufen ist.<sup>1161</sup>

---

<sup>1157</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Regelung in Deutschland: § 1598a BGB. Die Ausübung des Rechts unterliegt ebenfalls dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot (Rauscher, BGB-Kommentar zu § 1598a BGB, N 24).

<sup>1158</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 395 f.

<sup>1159</sup> Es ist nur eine Art absolutes Recht, da dem Faktum gebührend Rechnung getragen werden muss, dass die Daten im Vergleich zu den Adoptivkindern und den mit Hilfe der Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kindern nicht beim Staat „zugänglich“ sind, sondern bei Privaten „eingeholt“ werden müssen. Die (schützenswerten) Interessen dieser betroffenen Personen dürfen nicht einfach übergangen werden, indem ein allgemeines, absolutes, keiner Interessenabwägung zugängliches Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung angenommen wird. Eine solche Lösung nimmt jede Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit vom Gericht weg (vgl. dazu auch Besson, S. 67 ff.).

<sup>1160</sup> Kann die biologische Elternschaft nur mittels DNA-Probe eruiert werden und stellt die Entnahme eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit der betroffenen Person dar (was nur sehr selten vorkommt) und muss deshalb auf den Eingriff verzichtet werden, so hat auch das volljährige Kind keinen absoluten Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Oder wird eine Entnahme einer DNA-Probe von den Verstorbenen aufgrund von (überzeugend dargelegten) religiösen Motiven kategorisch und vehement abgelehnt und wiegt das Interesse des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung im konkreten Einzelfall nicht dermassen schwer, da z.B. keine akute Gefährdung einer gesunden Persönlichkeitsentwicklung vorliegt, so wiegt wohl das Interesse der Angehörigen des Verstorbenen, gekoppelt mit dem Religionsfrieden, schwerer als das Interesse des (auch volljährigen) Kindes. Liegt jedoch z.B. eine schwerwiegende Identitätskrise des Kindes vor oder besteht eine akute Drohung derselben, so ist im Einzelfall auch denkbar, dass die Interessen des Kindes überwiegen und zwar insbesondere dann, wenn eine sachverständige Person zum Schluss kommt, dass durch die Kenntnis der eigenen Abstammung dem Kind in seiner Persönlichkeitsentwicklung geholfen werden kann.

<sup>1161</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (246) E. 5.4.2. Bächler, Abstammung, S. 19 hält fest, dass auf Seiten des

- 836 Das Gericht hat die Interessen der Betroffenen im konkreten Einzelfall zuerst zu prüfen und zu gewichten und anschliessend gegenüber dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung abzuwägen. Da es sich beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung um ein wichtiges Grundrecht handelt und das Interesse des Kindes an der Ausübung dieses Rechts entsprechend hoch zu qualifizieren ist, sollte die Klage nur dann nicht gutgeheissen

---

352

werden, wenn die **entgegengesetzten Interessen offensichtlich** das Interesse des Kindes **überwiegen**.<sup>1162</sup>

- 837 Bei der Interessenabwägung durch das Gericht stellt sich im Folgenden die Frage, welche Interessen dem Interesse an der Kenntnis der eigenen Abstammung entgegenstehen können.

### **B. Eingriff in die physische Integrität**

- 838 Bei der Entnahme einer DNA-Probe wird in die physische Integrität der betroffenen Person eingegriffen. Ohne Zustimmung der betroffenen Person (vgl. N 852) darf dieser **leichte Eingriff** in die physische Integrität einer Person<sup>1163</sup> nur vorgenommen werden, wenn er durch ein Gericht gestützt auf eine Rechtsgrundlage angeordnet wird (vgl. N 852 f.). Da mit Art. 28 ZGB eine gesetzliche Grundlage besteht, kann das Gericht diesen Eingriff anordnen. Solange die Entnahme der Probe nötig und für die betroffene Person ohne Gefahr für die Gesundheit ist, liegt kein widerrechtlicher Eingriff in die physische Integrität der betroffenen Person vor. Mithin darf das Gericht dem Kind die Ausübung seines Rechts nur dann untersagen, wenn bei der Entnahme der DNA-Probe bei der betroffenen Person eine ernsthafte Gefahr für ihre Gesundheit vorliegt und auch nicht auf andere (ungefährliche) Weise die biologische Elternschaft festgestellt werden kann.

### **C. Familienfrieden**

- 839 Ein weiteres zu berücksichtigendes Interesse ist der Familienfrieden (Schutz der sozialen Familie).<sup>1164</sup> Dabei geht es sowohl um den Familienfrieden der Familie des Kindes, welches das Recht auf Kenntnis der Abstammung ausüben möchte, als auch um denjenigen der Familie des (mutmasslich) biologischen Vaters (allenfalls der biologischen bzw. genetischen Mutter). In diesem Zusammenhang gilt es angemessen auf die gelebten **sozial-familiären Beziehungen** Rücksicht zu nehmen: Dem Familienfrieden der Familie des

---

353

(mutmasslich) biologischen Vaters kann i.d.R. durch eine adäquate, möglichst diskrete Vorgehensweise der Behörden gebührend Rechnung getragen werden (vgl. N 845). Anders gestaltet es sich beim Familienfrieden der Familie des Kindes. Die Behörden müssen zwischen dem Interesse des Kindes an der Kenntnis der eigenen Abstammung und dem Interesse der Wahrung des Familienfriedens eine Interessenabwägung

---

Beklagten kaum mehr derart gewichtige Interessen denkbar sind, die das völker- und verfassungsrechtlich verbrieftete Recht auf Kenntnis der Abstammung zu überwiegen vermögen. Auch gilt es zu berücksichtigen, dass bereits die Tatsache selbst, dass Schritte in Richtung Aufarbeitung der eigenen Vergangenheit unternommen werden, für ein zu respektierendes Bedürfnis spricht und, dass derjenige, der ein Auskunftsrecht geltend macht, dieses wohl kaum aus reiner Neugierde, sondern vielmehr aus einer Notwendigkeit, seine geistige Gesundheit zu schützen, beansprucht (vgl. BGE 125 I 257 [263 ff.] E. 4a; Leukart, S. 591).

<sup>1162</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 382.

<sup>1163</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (247) E. 5.4.3.

<sup>1164</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 384.



vornehmen. Dem Familienfrieden ist auch das Interesse des rechtlichen Vaters an der Anonymität des leiblichen Vaters, da er das Kind als sein eigenes erzogen hat, zuzuordnen. Wurde ein Kind im Ausland adoptiert, verfügt der Schweizer Staat i.d.R. über keine Daten von den leiblichen Eltern. Klagt das Kind in einem solchen Fall auf Kenntnis seiner Abstammung, so haben die Adoptiveltern ein Interesse an der Anonymität der leiblichen Eltern, da sie das Kind als ihr eigenes betrachten und mögliche Interventionen von Dritten in die soziale Familie vermeiden möchten.<sup>1165</sup> Schliesslich hat auch der Samenspender<sup>1166</sup> ein Interesse daran, dass er anonym bleibt, da er lediglich Paaren helfen wollte, die kein eigenes Kind bekommen können, ohne jedoch selbst eine Familie haben zu wollen.<sup>1167</sup>

- 840 Bei der konkreten Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Familienfrieden ist allerdings zweierlei zu beachten: Einerseits wird der Familienfrieden vielfach bereits gestört sein, wenn ein Kind unbedingt erfahren möchte, von wem es wirklich abstammt<sup>1168</sup>, und andererseits wird durch die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung die rechtliche Elternschaft (gekoppelt mit einer sozial-familiären Elternschaft) nicht aufgelöst, da die erfolgreiche Klage keine Statuswirkungen zeitigt (vgl. N 848). **In der Regel**

---

354

wird deshalb das **Interesse des Kindes** an der Kenntnis seiner Abstammung **überwiegen**.

#### D. Respekt vor den Verstorbenen

- 841 Ist der biologische Vater bereits verstorben und muss dementsprechend eine DNA-Probe dem Verstorbenen entnommen werden, so haben seine Angehörigen ein **Recht auf Unantastbarkeit** („intangibilité“) **des Verstorbenen**. Gerade religiöse Motive<sup>1169</sup> können gegen eine Entnahme der erforderlichen Probe sprechen und sind entsprechend zu gewichten. In diesem Zusammenhang gilt es auch die **Totenruhe** („respect des morts“) zu respektieren, die allerdings lediglich einen temporären Schutz genießt und grundsätzlich nie das Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner Abstammung überwiegt.<sup>1170</sup>

#### E. Geheimhaltungsinteressen der Mutter

- 842 Die Mutter des Kindes kann ein Interesse an der Geheimhaltung der Abstammung haben. Insbesondere ist dabei an eine frühere Prostitution, ein Inzest, eine **Vergewaltigung** oder an den Verkehr mit mehreren Männern zu denken. Das Recht der Mutter, sich auf ihre Intimsphäre zu berufen, ist Ausfluss ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Grundsätzlich gehen jedoch mit Blick auf das Kindeswohl die Interessen des Kindes denjenigen der Mutter vor (vgl. N 844).<sup>1171</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Kenntnis der Abstammung für die

---

<sup>1165</sup> Der Gesetzgeber hat im Fall der Adoption das Überwiegen des Interesses des Kindes an der Kenntnis der eigenen Abstammung bejaht (vgl. Art. 268c ZGB). Folglich darf die rechtsanwendende Behörde diesbezüglich keine eigene Interessenabwägung vornehmen.

<sup>1166</sup> Wurde das Kind mit Hilfe einer Samenspende im Ausland gezeugt, so verfügt der Schweizer Staat i.d.R. über keine Daten des Samenspenders. Ist die Anonymität des Samenspenders in einem konkreten Einzelfall in der ausländischen Rechtsordnung garantiert, so gilt es diesen Umstand wohl auch in der Schweiz zu respektieren.

<sup>1167</sup> Vgl. Besson, S. 42.

<sup>1168</sup> Vgl. Entscheid vom 13. Februar 2007 des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 421/05) in FamPra.ch 8 (2007), S. 404 ff., S. 411.

<sup>1169</sup> In diesem Zusammenhang ist auch an den *Religionsfrieden* zu denken.

<sup>1170</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 378.

<sup>1171</sup> Rusch, S. 63; vgl. zu den Interessen der Mutter auch Besson, S. 42.

Persönlichkeitsentwicklung des Kindes im konkreten Einzelfall von besonderer Wichtigkeit und somit für das Wohl des Kindes von grosser Bedeutung ist (Art. 3 UN-KRK).

## F. Rechtssicherheit

- 843 Die Rechtssicherheit als solche **vermag** das **Interesse des Kindes** an der Kenntnis seiner Abstammung für sich alleine **nicht zu überwiegen**, da die

---

355

erfolgreiche Klage bzw. das Urteil keinerlei statusrechtliche Wirkungen entfaltet.<sup>1172</sup>

## 4. Auskunftspflicht der Mutter

- 844 Die **Mutter** des Kindes trifft eine **Auskunftspflicht**, welche sich aus der Beistandspflicht herleitet (Art. 272 ZGB). Das Kind hat im Rahmen der Klage auf Kenntnis der Abstammung einen Auskunftsanspruch, der sich auf Art. 28 i.V.m. Art. 272 ZGB stützt. Allfällige Geheimhaltungsinteressen der Mutter müssen in diesem Kontext zurücktreten (vgl. N 842). Mithin muss sie dem Kind oder seinem Beistand sagen, wer der biologische Vater ist oder sein könnte. Eine Verweigerung kann sanktioniert werden (Art. 292 StGB<sup>1173</sup>). Und in einem solchen Fall ist wohl auch eine Genugtuungsklage (Art. 49 OR) des Kindes gegen seine Mutter denkbar, da es sich beim Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung um ein wichtiges Grundrecht handelt und für die Persönlichkeitsentwicklung von grosser Bedeutung ist.<sup>1174</sup>

## 5. Verfahren und Gerichtsstand

### A. Verfahren

#### a) Diskrete gerichtliche Kontaktaufnahme zum (mutmasslich) biologischen Vater

- 845 Der (mutmasslich) biologische Vater hat ein Recht darauf, dass das Verfahren diskret abläuft und seine Persönlichkeitsrechte möglichst gewahrt bleiben.

---

356

Das bedingt auch eine diskrete Kontaktaufnahme durch das Gericht, die vorzugsweise telefonisch an seiner Arbeitsstätte und nicht bei ihm zuhause zu erfolgen hat, da wenn möglich der Familienfrieden der Familie des (mutmasslich) biologischen Vaters gewahrt werden sollte (vgl. N 839 f.). Weiter gilt es auf schriftliche Korrespondenz soweit wie möglich zu verzichten, da die nicht von der Hand zu weisende Gefahr besteht, dass andere Familienmitglieder des (mutmasslich) biologischen Vaters die Korrespondenz zu Gesicht bekommen.

#### b) Vereinfachtes Verfahren

- 846 Bei der Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung handelt es sich um eine **selbständige Klage**, auf die das vereinfachte Verfahren anwendbar ist (vgl. N 731 ff.; Art. 295 ZPO).

---

<sup>1172</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 378; Büchler, Abstammung, S. 17. Dies hat auch der EGMR in seinem Entscheid Jäggi c. Suisse (58757/00), § 43 f. so festgehalten.

<sup>1173</sup> Gemäss Art. 292 StGB wird derjenige, der von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels der an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, mit Busse bestraft.

<sup>1174</sup> Vgl. Meier/Stettler, N 388 FN 805; Bord, S. 58 f. und 61; Meier, génétique, S. 364; Büchler, Abstammung, S. 19.

## B. Gerichtsstand

- 847 Die Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist unter die Abstammungsklagen zu subsumieren. Entsprechend sind die dafür einschlägigen Gerichtsstandsregelungen massgebend (vgl. N 296 ff.). Demzufolge ist im Binnenverhältnis das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig (Art. 25 ZPO) und im internationalen Verhältnis ist am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes oder am Wohnsitz der (rechtlichen) Mutter oder des (rechtlichen bzw. mutmasslich biologischen) Vaters zu klagen (Art. 66 IPRG).

## 6. Urteilswirkungen

- 848 Im Vergleich zu den anderen Abstammungsklagen zeitigt die gutgeheissene Klage **keine Statuswirkungen**.<sup>1175</sup> Mithin bleibt das rechtliche Kindesverhältnis zum Kind bestehen und es wird kein neues Kindesverhältnis begründet.

---

357

## II. Einzelfragen

- 849 Unter diesem Titel soll einerseits die Mitwirkungspflicht der Parteien und Dritter zur Aufklärung der Abstammung erörtert (1.) und aufgezeigt werden, ob heimlich eingeholte DNA-Gutachten durch das Gericht verwertet werden dürfen (2.). Andererseits sollen gewisse Probleme, die sich im Zusammenhang mit der ärztlich assistierten Fortpflanzung und den Abstammungsklagen ergeben können, beleuchtet und mögliche Lösungsansätze skizziert werden (3.).

### 1. Mitwirkung zur Aufklärung der Abstammung

#### A. Allgemeines

- 850 Eine der zentralen Bestimmungen im Zusammenhang mit den Abstammungsklagen, welche auf sämtliche (gesetzlich geregelte) Abstammungsverfahren anwendbar ist, wurde in der ZPO unter dem siebten Titel mit der Überschrift „Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten“ sowie dem ersten Kapitel mit dem Titel „Allgemeine Bestimmungen“ und der Artikelüberschrift „Untersuchungs- und Officialgrundsatz“ an prominenter Stelle verankert. Dabei geht es um die Norm, welche die Mitwirkung zur Aufklärung der Abstammung regelt: Parteien und Dritte haben zur Aufklärung der Abstammung an Untersuchungen mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind; die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind nicht anwendbar (Art. 296 Abs. 2 ZPO). Bei diesen Untersuchungen geht es primär um das Erstellen einer DNA-Analyse.

#### B. DNA-Analyse

##### a) Begriff

- 851 Eine **zuverlässige Feststellung der Vaterschaft oder Nichtvaterschaft** ist durch erbbiologische Gutachten, welche für die Betroffenen grundsätzlich leichte Eingriffe in ihre körperliche Integrität bedeuten (z.B. Blutentnahme

---

358

---

<sup>1175</sup> Vgl. BGE 134 III 241 (245) E. 5.3.2; Meier/Stettler, N 379 und insbesondere N 391.

oder Entnahme eines Abstrichs der Wangenschleimhaut<sup>1176</sup>), heutzutage problemlos möglich. Gemäss Bundesgericht handelt es sich dabei um Eingriffe in die persönliche Freiheit, die einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>1177</sup> Die DNA-Analyse, welche die Erbsubstanz untersucht, steht heute im Vordergrund. Mittels DNA-Analyse kann einerseits die Nichtvaterschaft eines Mannes mit praktisch 100% Wahrscheinlichkeit und andererseits die Vaterschaft eines nicht ausgeschlossenen Mannes mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99,8% nachgewiesen werden. Die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft eines nicht durch die DNA-Analyse ausgeschlossenen Mannes berechnet sich mittels biostatistischen (serostatistischen) Gutachten.<sup>1178</sup>

### b) Ausserhalb eines Abstammungsverfahrens

- 852 Grundsätzlich bestimmt das GUMG<sup>1179</sup>, unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen beim Menschen durchgeführt werden dürfen (vgl. Art. 1 GUMG und 31 ff. GUMG). Das Gesetz bezweckt hauptsächlich, die Menschenwürde und die Persönlichkeit zu schützen, missbräuchliche genetische Untersuchungen sowie die missbräuchliche Verwendung genetischer Daten zu verhindern (vgl. Art. 2 GUMG). Grundsätzlich bedürfen die genetischen Untersuchungen der **Zustimmung der Betroffenen** (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 34 Abs. 1 GUMG). Ausdrücklich vorbehalten wurden jedoch die in einem Bundesgesetz vorgesehenen Ausnahmen (Art. 5 Abs. 1 in fine GUMG; vgl. auch Art. 32 GUMG).

### c) Innerhalb eines Abstammungsverfahrens

- 853 Art. 296 Abs. 2 ZPO stellt für die Aufklärung der Abstammung eine gesetzliche Ausnahmeregelung dar (vgl. Art. 5 Abs. 1 in fine GUMG). Gemäss dieser Regelung haben zur Aufklärung der Abstammung die Parteien und

---

359

Dritte an Untersuchungen mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit<sup>1180</sup> sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind in diesem Zusammenhang nicht anwendbar. Die Parteien trifft in diesem Kontext eine **echte Mitwirkungspflicht**, und die DNA-Probe kann zwangsweise durchgeführt werden.<sup>1181</sup> Das Bundesgericht hat zwar bisher offen gelassen, ob eine zwangsweise Durchsetzung (körperlicher Zwang) erlaubt ist oder ob nur mittelbare Sanktionen wie die Ungehorsamsstrafen nach Prozessrecht (vgl. Art. 167 ZPO) oder i.S.v. Art. 292 StGB sowie Schadenersatzpflichten gemäss Art. 41 ff. OR erlaubt sind.<sup>1182</sup> Da eine echte Mitwirkungspflicht besteht, ist bei ungerechtfertigter Verweigerung meines Erachtens die Bestimmung über die

---

<sup>1176</sup> Vgl. Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 39 N 18.

<sup>1177</sup> Vgl. z.B. BGE 128 II 259 (271 f.) E. 3.4.1; 134 III 241 (247) E. 5.4.3.

<sup>1178</sup> Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 39 N 18 mit weiteren Literaturhinweisen; vgl. auch Büchler, Abstammung, S. 12; vgl. zur Entwicklung der wissenschaftlichen Gutachten Meier/Stettler, N 183 ff.

<sup>1179</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12).

<sup>1180</sup> Eine solche Beeinträchtigung der Gesundheit liegt nur ganz selten vor (Büchler, Abstammung, S. 13).

<sup>1181</sup> Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 296 ZPO, N 2 (es besteht also nicht bloss eine prozessuale Last [grundsätzlich keine Sanktionen und keine zwangsweise Durchsetzung] wie z.B. in Art. 164 ZPO verankert); Botschaft ZPO, 7317; vgl. ferner Vouilloz, ZPO, N 137 f.; BGE 112 Ia 248 (249 f.) E. 3 (in der Regel kann eine DNA-Analyse [in casu sogar mittels Blutentnahme] auch bei Kleinkindern problemlos durchgeführt werden, und auch konfessionelle Gründe vermögen die Rechtmässigkeit des Eingriffs nicht zu beeinträchtigen).

<sup>1182</sup> Vgl. BGer 5P.444/2004 E. 3.1; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 39 N 19.

ungerechtfertigte Verweigerung von Dritten (Art. 167 ZPO) auf den Beklagten als Partei analog anwendbar. Diese Bestimmung sieht u.a. vor, dass das Gericht Ordnungsbussen bis zu CHF 1000 anordnen (lit. a), Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB aussprechen (lit. b) und die **zwangsweise Durchsetzung** (des Wangenschleimhautabstrichs) anordnen kann (lit. c). Die Durchsetzung kann somit als *ultima ratio real* (*manu militari*) erzwungen werden. Dabei ist jedoch das Verhältnismässigkeitsprinzip im Auge zu behalten.<sup>1183</sup>

---

360

## 2. Verwendung heimlich eingeholter DNA-Gutachten als Beweismittel?

- 854 Ob das Gericht ein heimlich eingeholtes DNA-Gutachten als Beweismittel berücksichtigen darf, ist **umstritten**. In der Lehre wird teils die Meinung vertreten, dass das Beweismittel grundsätzlich als unerlaubtes Beweismittel zu taxieren und nicht zu berücksichtigen sei.<sup>1184</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass ein Gericht rechtswidrig beschaffte Beweismittel berücksichtigt, sofern das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Demnach muss das Gericht eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse des Rechtsgutes, das bei der Beweismittelbeschaffung verletzt wurde, und dem Interesse an der Wahrheitsfindung treffen.<sup>1185</sup> Dabei gilt es hervorzuheben, dass das **Interesse an der Wahrheitsfindung** im Bereich der uneingeschränkten (klassischen) Untersuchungsmaxime **sehr gross** ist (vgl. N 175 ff.). Mithin sind materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel regelmässig dann zu berücksichtigen, wenn Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten betroffen sind, da in diesem Bereich die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (Art. 296 ZPO).<sup>1186</sup>
- 855 Bei der **Interessenabwägung** stellt sich zudem die Frage, welche Interessen dem Interesse an der Wahrheitsfindung entgegenstehen. Dabei ist einerseits an den Eingriff in die physische Integrität und andererseits an die informationelle Selbstbestimmung (vgl. Art. 6 GUMG) des Betroffenen zu denken. Sowohl beim Eingriff in die physische Integrität als auch beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung handelt es sich um Eingriffe in die Persönlichkeit einer Person (Art. 28 ZGB). Bei Beeinträchtigungen der Persönlichkeit einer Person ist jedoch in einem **ersten Schritt** abzuwägen, ob überwiegende Interessen den Eingriff rechtfertigen (vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB). Nur wenn dies nicht der Fall ist, ist in einem **zweiten Schritt** eine weitere Interessenabwägung über die Zulassung des Beweismittels vorzunehmen.<sup>1187</sup>
- 856 Ein Eingriff in die Persönlichkeit kann rechtmässig sein, wenn er durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Das **Interesse an**

---

<sup>1183</sup> Vgl. Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 167 ZGB, N 1 ff.; Schmid, KUKO zu Art. 167 ZPO, N 5; gleicher Meinung wohl auch Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 296 ZPO, N 4 und Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 12. *Anderer Meinung* Schweighauser, FamKomm zu Art. 296 ZPO, N 29; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 296 ZPO, N 30; Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 25 mit Verweis auf BGer 5P.472/2000 E. 2a (Entscheid allerdings vor dem Erlass der ZPO gefällt) sowie BGer 5P.444/2004 E. 3 (Entscheid allerdings ebenfalls vor dem Erlass der ZPO gefällt, und das Bundesgericht hat die Frage des körperlichen Zwangs offen gelassen [E. 3.3]). Auch kann die Verweigerung der Mitwirkungspflicht als Indiz bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. Art. 164 ZPO).

<sup>1184</sup> Vouilloz, ZPO, N 154; vgl. auch Entscheid vom 13. Februar 2007 des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 421/05), in FamPra.ch 8 (2007), S. 404 ff., S. 416 f.

<sup>1185</sup> Botschaft ZPO, 7312 f.; vgl. auch BGE 131 I 272 (278 ff.) E. 4.1.2 ff.; 130 I 126 (132) E. 3. Damit vermittelt die Regelung zwischen den Zielkonflikten der Einheit der Rechtsordnung (kein Recht durch Unrecht) und der Rechtsverwirklichung (vgl. Rüedi, N 200 f.; Guyan, BaK zu Art. 152 ZPO, N 10).

<sup>1186</sup> Vgl. Rüedi, N 335 f.; Guyan, BaK zu Art. 152 ZPO, N 13; Schmid, KUKO zu Art. 152 ZPO, N 15; vgl. ferner auch Sutter-Somm, N 754; Hasenböhler, ZPO-Komm. zu Art. 152 ZPO, N 42.

<sup>1187</sup> Rüedi, N 352. Rechtfertigen überwiegende Interessen den Eingriff, so liegt kein widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeit vor.

**der Wahrheitsfindung** gilt als **öffentliches Interesse**, und es gilt somit, eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse der Persönlichkeit und dem Interesse an der Wahrheitsfindung vorzunehmen.<sup>1188</sup> Weiter ist eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse der Persönlichkeit und dem gewichtigen privaten Interesse auf Kenntnis der eigenen Abstammung und gegebenenfalls auf Begründung eines Kindesverhältnisses (privates und öffentliches Interesse) zu tätigen. Und schliesslich muss das Gericht bei der Interessenabwägung auch die Intensität der Beeinträchtigung berücksichtigen<sup>1189</sup> und sich deshalb vor Augen halten, dass der Eingriff in die physische Integrität i.d.R. lediglich ein leichter ist (vgl. N 838).

- 857 Zudem ist bei der Interessenabwägung zu bedenken, dass das **Schutzinteresse** des beeinträchtigten Rechtsguts stark **herabgesetzt** ist, wenn das Opfer der materiell rechtswidrigen Beschaffungshandlung zur Mitwirkung verpflichtet gewesen wäre.<sup>1190</sup> Genau dies trifft nämlich bei der DNA-Analyse in den Abstammungsverfahren zu, da eine echte Mitwirkungspflicht besteht.
- 858 Nach den obigen Ausführungen kann festgehalten werden, dass grundsätzlich das öffentliche und private Interesse an einem Eingriff das Schutzinteresse der Persönlichkeit des Verletzten überwiegt und mithin kein widerrechtlicher Eingriff vorliegt (Art. 28 Abs. 2 ZGB), es sei denn das Beweismittel wurde durch Gewalt oder Drohung beschafft. An der Verwertbarkeit ändert sich selbst dann nichts, wenn ein Gericht zum – meiner Ansicht nach

---

362

– eher unwahrscheinlichen Schluss käme, dass ein widerrechtlicher Eingriff in die Persönlichkeit vorliegt, weil das Schutzinteresse der Persönlichkeit bei der Abwägung gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB besonders gewichtig ist, da der Schutz der Persönlichkeit per se zur Disposition steht. In einem solchen Fall würde nämlich in der anschliessenden Interessenabwägung das gewichtige Interesse an der Wahrheitsfindung in familienrechtlichen Angelegenheiten mit Kinderbelangen das bei dieser Interessenabwägung geringfügigere Schutzinteresse der Persönlichkeit des Verletzten überwiegen (Art. 152 Abs. 2 ZPO), es sei denn das Beweismittel wurde mit Gewalt oder Drohung beschafft.<sup>1191</sup> Folglich kann das Gericht in der Regel ein **heimlich eingeholtes DNA-Gutachten** als Beweismittel **berücksichtigen**, sofern es auch einem adäquaten Qualitätsstandard entspricht.

### **3. Besondere Auswirkungen der Fortpflanzungsmedizin auf das Abstammungsrecht**

- 859 Unter diesem Titel sollen zwei besonders problematische Fälle aufgezeigt und mögliche Lösungsansätze skizziert werden, die sich im Zusammenhang mit der ärztlich assistierten Fortpflanzung ergeben können. Einerseits geht es dabei um ein Problem, das sich bei der Zeugung des Kindes mit Hilfe eines Dritten mit anschliessender Wiederverheiratung der Mutter ergeben kann (A.) und andererseits um die Konsequenzen der Vertauschung einer Samenspende (B.).

---

<sup>1188</sup> Vgl. Rüedi, N 352 ff.

<sup>1189</sup> Vgl. Rüedi, N 347 ff.

<sup>1190</sup> Rüedi, N 350.

<sup>1191</sup> Vgl. Rüedi, N 355 ff.; vgl. ferner auch Guyan, BaK zu Art. 152 ZPO, N 14 und Art. 140 StPO.



### A. Zeugung durch einen Dritten mit anschliessender Wiederverheiratung der Mutter

- 860 Der Ehemann der Mutter und rechtliche Vater des Kindes kann die Vaterschaftsvermutung (vgl. Art. 255 ZGB<sup>1192</sup>) anfechten (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Hat der Ehemann jedoch der Zeugung durch einen Dritten (natürliche oder künstliche [heterologe Insemination] Zeugung) zugestimmt, steht ihm keine Klage zu (Art. 256 Abs. 3 ZGB).<sup>1193</sup> Hat der Ehemann lediglich dem sexuellen Verkehr zugestimmt, so entfällt sein Klagerecht hingegen nicht.<sup>1194</sup>
- 861 Verheiratet sich die Mutter erneut, nachdem ihr erster Ehemann, der einer Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat, gestorben ist und greift die Vermutung von Art. 257 Abs. 1 ZGB, wonach der zweite Ehemann als Vater gilt, wenn ein Kind vor Ablauf von 300 Tagen seit der Auflösung der Ehe durch Tod geboren wurde, so steht dem neuen Ehemann und rechtlichen Vater die Anfechtungsklage zu, da er der Zeugung durch einen Dritten nicht zugestimmt hat. Wird die Vermutung in einem solchen Fall beseitigt, so gilt der erste Ehemann als Vater des Kindes (Art. 257 Abs. 2 ZGB). Wird die erste Ehe hingegen nicht durch Tod des ersten Ehemannes aufgelöst – sondern namentlich durch Scheidung –, greift die Vermutung von Art. 257 Abs. 1 ZGB nicht. Mithin kann der neue Ehemann die Anfechtungsklage erheben und sich somit seiner rechtlichen Vaterschaft entwehren. Da jedoch die Vermutung von Art. 257 Abs. 1 ZGB nicht greift, ist auch Art. 257 Abs. 2 ZGB, wonach bei Beseitigung der Vermutung der erste Ehemann als Vater des Kindes gilt, nicht anwendbar. Deshalb stellt sich die Frage, ob das Kind in einem solchen Fall ohne rechtlichen Vater bleibt, oder ob das Kind, welches mit Hilfe einer Samenspende gezeugt wurde, oder seine Mutter gegen den Spender die Vaterschaftsklage erheben kann. Das FMedG

---

364

schliesst die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender grundsätzlich aus (Art. 23 Abs. 2 FMedG). Folglich bleibt das Kind ohne rechtlichen Vater. Allenfalls könnte der Samenspender oder ein Dritter das Kind anerkennen. Allerdings kennt der Samenspender im Normalfall die Identität des Kindes nicht, das mit Hilfe seiner Samenspende gezeugt wurde.<sup>1195</sup> Der Gesetzgeber wollte aber aufgrund des Kindeswohls im Allgemeinen und im Bezug auf das FMedG im Speziellen verhindern, dass ein Kind ohne rechtlichen Vater aufwachsen muss.<sup>1196</sup> De lege ferenda ist zu fordern, dass in einem solchen Fall der erste Ehemann der rechtliche Vater des Kindes ist, da er der Zeugung des Kindes durch einen Dritten mit Hilfe einer Samenspende zugestimmt hat. Er ist in die Verantwortung zu nehmen, da die Interessen des Kindes, einen rechtlichen Vater zu haben, etwaige gegensätzliche Interessen des ersten Ehemannes überwiegen (vgl. Art. 3 UN-KRK).

---

<sup>1192</sup> Ist das Kind während der Ehe auf die Welt gekommen, so gilt der Ehemann als Vater (Abs. 1). Stirbt der Ehemann der Mutter des Kindes, so gilt er als Vater, wenn das Kind innert 300 Tagen (ca. 10 Monate) nach seinem Tod geboren wird oder bei späterer Geburt nachgewiesenermassen vor dem Ableben des Ehemannes gezeugt worden ist (Abs. 2). Wird der Ehemann der Mutter für verschollen erklärt, so gilt er als Vater, wenn das Kind vor Ablauf von 300 Tagen (ca. 10 Monate) seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht geboren worden ist (Abs. 3).

<sup>1193</sup> Vgl. Botschaft Kind, 30; Botschaft FMedG, 269; Meier/Stettler, N 70; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 40 N 7; Hegnauer, BeK zu Art. 258 ZGB, N 39. Das FMedG hält in Art. 23 Abs. 2 explizit fest, dass für die Anfechtungsklage des Ehemannes das ZGB anwendbar ist. Die Zustimmung ist absolut höchstpersönlicher Natur und setzt die Urteilsfähigkeit voraus (vgl. Hegnauer, BeK zu Art. 256 ZGB, N 41). Art. 256 Abs. 3 ZGB setzt keine spezielle Form voraus, die Zustimmung kann auch bloss mündlich gegeben worden sein (vgl. Guillod, CR zu Art. 256 ZGB, N 14).

<sup>1194</sup> Guillod, CR zu Art. 256 ZGB, N 14.

<sup>1195</sup> Fountoulakis, S. 264 f.

<sup>1196</sup> Fountoulakis, S. 266.

## B. Vertauschung der Samenspende

- 862 Was sind die Konsequenzen, wenn die Samenspende vertauscht<sup>1197</sup> wird und anstelle der Samen des Ehemannes Samen eines Dritten für die Zeugung des Kindes verwendet werden? Bleibt in einem solchen Fall das Kind ohne rechtlichen Vater? In diesem Fall hat der Ehemann nicht explizit der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt (vgl. Art. 256 Abs. 3 ZGB). Folglich steht ihm de lege lata die Anfechtungsklage offen, sofern er nicht über das Risiko einer möglichen Vertauschung der Samenspende aufgeklärt wurde. Reicht er die Klage ein, so wird das rechtliche Vaterschaftsverhältnis aufgelöst, und das Kind hat keinen rechtlichen Vater mehr. Auch die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender steht in einem solchen Fall nicht offen (Art. 23 Abs. 2 FMedG).<sup>1198</sup> Meines Erachtens gebietet das Kindeswohl (vgl. Art. 3 UN-KRK), dass ein Ehepaar im Zusammenhang mit einer Samenspende de lege ferenda stets über die Möglichkeit der Vertauschung aufgeklärt werden muss. Mithin würde dem Ehemann – der über dieses Risiko

---

365

aufgeklärt wurde – die Anfechtungsklage nicht mehr offen stehen, und das Kind hätte in einem solchen Fall stets einen rechtlichen Vater.

## III. Zusammenfassung

- 863 Auch wenn vom Gesetzgeber nicht explizit vorgesehen, steht dem Kind neben den einschlägigen Statusklagen eine **Klage auf Kenntnis der eigenen Abstammung ohne Statuswirkungen** offen. Diese Klage ist unter die Abstammungsklagen – mit entsprechenden Folgen für den Gerichtsstand und das anwendbare Verfahren – zu subsumieren.
- 864 Die Abstammungsklagen sind höchstpersönlicher Natur. Folgerichtig kann das urteilsfähige Kind das Klagerecht selbständig ausüben. Für das urteilsunfähige Kind handelt der gesetzliche Vertreter bzw. bei Interessenkollision sein Beistand.
- 865 Bei den Abstammungsklagen ist die **Mitwirkung zur Aufklärung der Abstammung zentral**: Parteien und Dritte haben an Untersuchungen mitzuwirken, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind in diesem Kontext nicht anwendbar. Die Parteien trifft in diesem Zusammenhang eine echte Mitwirkungspflicht, und die DNA-Probe kann zwangsweise durchgeführt werden. Zudem kann das Gericht in der Regel ein heimlich eingeholtes DNA-Gutachten als Beweismittel berücksichtigen.
- 866 Um gewisse – durch die Fortpflanzungsmedizin verursachte – problematische Fälle im Abstammungsrecht zu vermeiden, ist gesetzgeberischer Handlungsbedarf angezeigt.

---

<sup>1197</sup> Dies ist z.B. in den USA und Grossbritannien geschehen.

<sup>1198</sup> Fountoulakis, S. 265 ff.