

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



{T 0/2}

5A_492/2016

Urteil vom 5. August 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Schöbi,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Valentin Aebischer,
Beschwerdeführer,

gegen

B.B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Philipp Matthias Bregy,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Vaterschaftsklage
(Anordnung eines DNA-Gutachtens),

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Wallis, Zivilkammer, vom 2. Juni 2016.

Sachverhalt:

A.
B.B. _____, geboren 2011, ist der Sohn von C.B. _____, die zur Zeit seiner Geburt verheiratet war. Die Vaterschaft des Ehemannes wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Brig vom 10. Februar 2015 beseitigt. Im rechtskräftig abgeschlossenen Anfechtungsprozess hatte die Kindsmutter A. _____ als biologischen Vater bezeichnet, der als Zeuge unter Androhung von Ordnungsbusse und Straffolgen gemäss Art. 292 StGB mehrfach erfolglos zur Vaterschaftsbegutachtung aufgeboten wurde (Verfahren Z1 2013 103).

B.
Am 9. Februar 2016 reichte B.B. _____ gegen A. _____ eine Vaterschafts- und Unterhaltsklage ein. Das Verfahren wurde auf die Feststellung des Kindesverhältnisses beschränkt und die Einholung eines DNA-Gutachtens angekündigt (Verfügung vom 11. Februar 2016). A. _____ erklärte, sich einer Begutachtung zu widersetzen. Das Bezirksgericht Brig hiess den Antrag auf Einholung eines DNA-Gutachtens gut, ordnete bei A. _____ einen Wangenschleimhautabstrich zur Durchführung des DNA-Gutachtens an und wies die Kantonspolizei an, im Weigerungsfall den Wangenschleimhautabstrich bei A. _____ zu vollziehen (Verfügung vom 11. Mai 2016, Verfahren Z1 2016 22). A. _____ legte dagegen Beschwerde ein, die das Kantonsgericht Wallis abwies (Entscheid vom 2. Juni 2016).

C.
Mit Eingabe vom 1. Juli 2016 beantragt A. _____ (Beschwerdeführer) dem Bundesgericht, die Anordnung eines DNA-Gutachtens aufzuheben und seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Das Kantonsgericht hat auf eine Stellungnahme zum Gesuch verzichtet. B.B. _____ (Beschwerdegegner) schliesst auf Verweigerung der aufschiebenden Wirkung und ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Verfügung vom 14. Juli 2016). In der Sache sind die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt worden.

Erwägungen:

1.
Der angefochtene Entscheid betrifft die Anordnung eines DNA-Gutachtens im Verfahren der Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB) und damit in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG; BGE 79 II 253 E. 2b S. 256; **129 III 288** E. 2.2 S. 290). Er ist kantonal letztinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil des Beschwerdeführers (Art. 76 Abs. 1 BGG) und unterliegt als selbstständig eröffnete Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG der Beschwerde in Zivilsachen (Urteile 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 1.2, in: SZPP 2015 S. 331, und 5A_384/2015 vom 16. November 2015 E. 1.2). Auf die grundsätzlich zulässige und zudem fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) erhobene Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

Gegen die Anordnung des DNA-Gutachtens wendet der Beschwerdeführer ein, es handle sich dabei entgegen der Ansicht des Kantonsgerichts nicht um das einzige Mittel, die Vaterschaft festzustellen oder auszuschliessen. Die Anordnung des DNA-Gutachtens sei auch unverhältnismässig, weil die Mutter des Beschwerdegegners nachweislich als Prostituierte gearbeitet habe (S. 6 f. Ziff. 2 der Beschwerdeschrift).

2.1. Die klagende Partei hat die Tatsache der Vaterschaft, auf die sie ihr Begehren stützt, zu beweisen (Art. 8 ZGB). Die Vaterschaft wird jedoch vermutet, wenn der Beklagte in der sog. kritischen Zeit der Mutter beigeohnt hat (Art. 262 Abs. 1 ZGB). Die Vaterschaftsvermutung, zu deren Begründung die klagende Partei lediglich die Beiwohnung in der kritischen Zeit nachzuweisen hat, fällt weg, wenn der Beklagte nachweist, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen ist oder weniger wahrscheinlich ist als die eines Dritten (Art. 262 Abs. 3 ZGB). Misslingt der klagenden Partei der Nachweis der Beiwohnung oder gelingt es dem Beklagten, die Vaterschaftsvermutung durch den Nachweis des Mehrverkehrs zu entkräften, so hat die klagende Partei den direkten Beweis mit Hilfe naturwissenschaftlicher Methoden zu erbringen (**BGE 87 II 65** E. 1 S. 69 f.; **109 II 291** E. 2b S. 294).

2.2. Der Beschwerdeführer als Beklagter erhebt die Einrede des Mehrverkehrs und behauptet, die Kindsmutter habe als Prostituierte gearbeitet. Offenbar geht er selber davon aus, dass eine Vaterschaftsvermutung zu seinen Gunsten spricht, wie das der Beschwerdegegner unter Hinweis auf ein Schreiben des Beschwerdeführers an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirkes Brig vom 11. Mai 2013 stets geltend gemacht hat und bewiesen haben wollte (vgl. S. 2 Ziff. 4 der Gesuchsantwort mit Hinweis; S. 62 der Akten des Verfahrens Z1 2013 103). Wie es sich damit verhält, kann letztlich dahingestellt bleiben und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargelegt. Entgegen seiner Auffassung genügt es nicht, ernsthafte Zweifel an seiner Vaterschaft zu wecken. Auch der Freier einer Dirne kann die Vaterschaftsvermutung nur durch den in Art. 262 Abs. 3 ZGB vorgesehenen Nachweis zu Fall bringen (**BGE 109 II 199** E. 2 S. 201; **117 II 374** E. 4 S. 378). Dieser Ausschluss der Vaterschaft ist - wie deren positive Feststellung - mittels naturwissenschaftlicher Methoden nachzuweisen (**BGE 104 II 299** E. 2 S. 301; **112 II 14** E. 2c).

2.3. Das DNA-Gutachten ist zwar nicht das einzige Beweismittel zur Feststellung oder Ausschliessung der Vaterschaft, jedoch - unter Vorbehalt der sog. Bruderfälle - das Beweismittel der Wahl (Urteil 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 2.1, in: FamPra.ch 2015 S. 740). Dass hier ein Ausnahmetatbestand vorläge und das DNA-Gutachten nicht beweistauglich wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend (vgl. zum Ganzen: TUOR/SCHNYDER/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, § 40 Rz. 38-41 S. 431 ff.; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl. 2014, S. 95 f. Rz. 177-180).

3.

Der Beschwerdeführer rügt, eine zwangsweise Durchsetzung der DNA-Begutachtung verletze die ZPO und insbesondere Art. 10 BV (S. 7 f. Ziff. 3.1 und 3.2 der Beschwerdeschrift).

3.1. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten schreibt Art. 296 ZPO vor, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Abs. 1), dass Parteien und Dritte zur Abklärung der Abstammung an Untersuchungen mitzuwirken haben, die nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind (Abs. 2 Satz 1), und dass das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (Abs. 3). Im öffentlichen Interesse ist die Verfügungsbefugnis der Parteien eingeschränkt und das Gericht gehalten, nach der materiellen Wahrheit zu forschen und ein mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil anzustreben (Urteile 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 2.3, in: SZPP 2015 S. 331 f. und FamPra.ch 2015 S. 741, und 5A_384/2015 vom 16. November 2015 E. 2.1 und E. 3.2). Mit gutem Grund hat das Kantonsgericht zudem auf das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung hingewiesen, das ein DNA-Gutachten durch Wangenschleimhautabstrich ebenfalls zu rechtfertigen vermag (**BGE 134 III 241** E. 5 S. 242 ff.).

3.2. Der Beschwerdeführer kann nicht ernsthaft bestreiten, dass die Anordnung des DNA-Gutachtens nötig ist (E. 2 oben). Er behauptet auch keine aussergewöhnlichen gesundheitlichen Risiken, die eine Gefahr für seine Gesundheit bedeuten und deshalb dem angeordneten Wangenschleimhautabstrich entgegenstehen könnten (**BGE 134 III 241** E. 5.4.3 S. 247). Er macht vielmehr geltend, die zwangsweise Durchsetzung des Wangenschleimhautabstriches durch die Kantonspolizei verletze das Legalitätsprinzip. Der im kantonalen Verfahren angewendete Art. 167 ZPO betreffe Dritte und nicht ihn als Partei und sei bei der Abklärung der Abstammung ohnehin nicht anwendbar. Die Frage, ob im Falle einer unberechtigten Weigerung, bei der Abklärung der Abstammung mitzuwirken, körperlicher Zwang eingesetzt werden dürfe, werde von einem Teil der Lehre bejaht, von einem ebenso grossen Teil der Lehre aber verneint.

3.3. Fallbezogen ergibt sich Folgendes:

3.3.1. Es trifft zu, dass die Zulässigkeit körperlichen Zwangs in der Lehre unterschiedlich beantwortet wird (ablehnend z.B. TUOR/SCHNYDER/ JUNGO, a.a.O., § 39 Rz. 22 S. 416; befürwortend z.B. MEIER/STETTLER, a.a.O., S. 110 Rz. 219). Es fällt auf, dass die Standpunkte - soweit sie begründet werden - sich wesentlich auf das frühere Recht stützen (Art. 254 Ziff. 2 ZGB in der Fassung von 1976/78, AS 1977 237, S. 238). Unter dessen Herrschaft hat das Bundesgericht die Frage zunächst verneint (Urteil 5P.472/2000 vom 15. März 2001 E. 2a), zuletzt aber trotz scheinbar einhellig ablehnender Haltung in der Lehre ausdrücklich offen gelassen, zumal es im zu beurteilenden Fall ohnehin an einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht gefehlt hatte (Urteil 5P.444/2004 vom 2. Mai 2005 E. 3.3 Abs. 3, in: FamPra.ch 2005 S. 944 f.). Die rechtliche Ausgangslage hat sich mit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011 geändert, indem Art. 254 ZGB ersatzlos aufgehoben und durch Art. 296 ZPO ersetzt wurde (AS 2010 1739, S. 1836 und 1839). Laut Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 kann die Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung eines Kindes - sofern ohne Gefahr für die Gesundheit - zwangsweise durchgesetzt werden (BBI 2006 7221, S. 7317 zu Art. 160 und 161 des Entwurfs).

3.3.2. Gemäss Art. 161 Abs. 1 ZPO klärt das Gericht die Parteien und Dritte über ihre Mitwirkungspflicht, das Verweigerungsrecht und die Säumnisfolgen auf. Im Falle der Abklärung der Abstammung ergibt sich die Mitwirkungspflicht unmittelbar aus dem Gesetz (Art. 160 Abs. 1 lit. c und Art. 296 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Da die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten gemäss Art. 296 Abs. 2 ZPO (Satz 2) nicht anwendbar sind, kann lediglich darüber aufgeklärt werden, dass keine Verweigerungsrechte (Art. 163-167 ZPO) bestehen. Die Aufklärung über die

Säumnisfolgen bezieht sich deshalb nicht auf die bloss prozessualen Nachteile im Falle unberechtigter Verweigerung der Mitwirkung als Partei (Art. 164 ZPO) oder die Vollstreckungsmassnahmen im Falle unberechtigter Verweigerung der Mitwirkung als Drittperson (Art. 167 ZPO). Die Säumnisfolgen, d.h. die im konkreten Fall nachteiligen Folgen einer Verweigerung der Mitwirkung bei der Abklärung der Abstammung des Kindes, ergeben sich unmittelbar und mit der von Verfassungen wegen geforderten Bestimmtheit aus dem Vollstreckungsrecht, zumal der Entscheid auf Mitwirkung und damit auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden lautet. Die Säumnisfolgen können in einer Strafdrohung nach Art. 292 StGB, in einer Ordnungsbusse oder in einer Zwangsmassnahme bestehen (Art. 343 Abs. lit. a-d ZPO). Auf diese Gesetzesgrundlage hat das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit einer Strafdrohung ausdrücklich hingewiesen (Urteil 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 4, in: SZPZ 2015 S. 333 f. und FamPra.ch 2015 S. 743 f.).

3.3.3. Die Gesetzesgrundlage für die Mitwirkungspflicht zur Abklärung der Abstammung und für die Androhung der Realvollstreckung des Wangenschleimhautabstrichs (nötigenfalls mit Polizeigewalt) ist damit entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers vorhanden. Eine Sonderregelung für die zwangsweise Durchsetzung, wie sie in früheren kantonalen Prozessgesetzen teilweise vorhanden war (z.B. Art. 181 Abs. 2 ZPO/VS; Art. 264a Abs. 4 ZPO/BE; Art. 378d CPC/VD), diene zwar der Klarheit, ist jedoch nicht vorausgesetzt, zumal der Eingriff in die körperliche Integrität als äusserst geringfügig erscheint (E. 3.2 oben) und das Interesse an der Wahrheitsfindung im Abstammungsprozess allfällige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen überwiegt (E. 3.1 oben). Die zuständige Behörde, deren Hilfe die mit der Vollstreckung betraute Person in Anspruch nehmen kann (Art. 343 Abs. 3 ZPO), ist die Kantonspolizei (Art. 6 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 11. Februar 2009, EGZPO, GS/VS 270.1).

4. Schliesslich erblickt der Beschwerdeführer in der zwangsweisen Durchsetzung des DNA-Gutachtens eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, wonach von mehreren Sanktionsmitteln stets das am wenigsten einschneidende zu wählen sei. Ordnungsbusse gehe vor Strafdrohung, die wiederum vor zwangsweiser Durchsetzung angedroht werden müsse. Dass er sich mit Schreiben vom 11. März 2016 an das Bezirksgericht ausdrücklich der Einholung eines DNA-Gutachtens widersetzt habe, rechtfertige es nicht, sofort mit Polizeigewalt zu drohen (S. 8 Ziff. 3.3 der Beschwerdeschrift).

4.1. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Erforderlich ist eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation. Eine Massnahme ist unverhältnismässig, wenn das Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (vgl. **BGE 140 I 218** E. 6.7.1 S. 235 und 381 E. 4.5 S. 389).

4.2. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Beschwerdeführer sich gegenüber dem Gericht schriftlich der Einholung des DNA-Gutachtens widersetzt hat (S. 43 der Akten im Verfahren Z1 2016 22). Diese Mitteilung mag die direkte Androhung von Polizeigewalt für sich allein vielleicht nicht rechtfertigen, ist aber im Gesamtzusammenhang des bisherigen Verfahrens zu sehen. Es kann aufgrund der Akten ergänzt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass der Beschwerdeführer bereits im Anfechtungsprozess als Zeuge zur DNA-Begutachtung aufgeboten war, und zwar unter Androhung von Ordnungsbusse und unter Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB (Schreiben vom 6. Mai 2014 und Verfügung vom 18. Juni 2014, S. 100 und S. 106 f. der Akten im Verfahren Z1 2013 103). Auf den DNA-Vaterschaftstest wurde alsdann verzichtet, weil der Beschwerdeführer mehrfach Termine beim Institut für Rechtsmedizin nicht wahrnahm (Verfügung vom 18. September 2014, S. 113 der Akten im Verfahren Z1 2013 103). Die Haltung des Beschwerdeführers gegenüber einer DNA-Begutachtung war damit ausreichend bekannt und belegt (Bst. A oben). Die kantonalen Gerichte haben deshalb kein Bundesrecht verletzt, indem sie sogleich den polizeilichen Zwangsvollzug angedroht haben.

4.3. Die Rüge, die Androhung von Polizeigewalt verletze das Verhältnismässigkeitsgebot, erweist sich als unbegründet. Das vorliegende Urteil wird dem Bezirksgericht mitgeteilt, damit es dem Sachverständigen anzeigt, der Beschwerdeführer könne zum Wangenschleimhautabstrich aufgeboten werden. Auf erstes unbegründetes oder unentschuldigtes Ausbleiben des Beschwerdeführers vom Begutachtungstermin hat das Bezirksgericht androhungsgemäss die Kantonspolizei mit dem Vollzug zu betrauen.

5. Insgesamt muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird damit kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig, zumal in der Sache keine Vernehmlassungen eingeholt wurden und der Beschwerdegegner mit seinem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung unterlegen ist (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege kann entsprochen werden. Gemäss den verwiesenen Akten leben der Beschwerdegegner und seine Kindsmutter von der Sozialhilfe und mit monatlich rund Fr. 418.-- unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum (S. 65 der Akten im Verfahren Z1 2016 22), so dass die Bedürftigkeit ausgewiesen ist. Das Gesuchsbegehren kann nicht als aussichtslos bezeichnet werden, da die aufschiebende Wirkung lediglich zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes gewährt wurde, und die Verbeiständung zur Rechtswahrung ist notwendig, da der minderjährige Beschwerdegegner im Vaterschaftsprozess nicht durch seine Mutter vertreten werden kann (Art. 64 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Gesuch des Beschwerdegegners um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen. Rechtsanwalt Philipp Matthias Bregy wird dem Beschwerdegegner als unentgeltlicher Anwalt bestellt, und es wird ihm für das Zwischenverfahren betreffend aufschiebende Wirkung aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 500.-- ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Bezirksgericht Brig und dem Kantonsgericht Wallis, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. August 2016
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten