

Biologische Wahrheit, rechtliche Vaterschaft und anwaltliche Verstrickungstaktik

Aus der Beratungspraxis des VSAV

von Kurt Affolter, lic. iur., Fürsprecher und Notar, Institut für angewandtes Sozialrecht, Ligerz

Die Aufgaben des Vertretungsbeistandes gemäss Art. 392 Ziff. 2 ZGB sind von der Vormundschaftsbehörde im Sinne von Art. 418 ZGB klar zu umschreiben. Sie richten sich nach den Interessen des Kindes und sind anlässlich der Errichtung der Massnahme von der Vormundschaftsbehörde festzulegen. Das Kind hat in der Regel kein Interesse nach gerichtlicher Auflösung eines bestehenden Kindesverhältnisses, wenn nicht nahtlos ein neues geschaffen werden kann. Dem Präsumtivvater und dessen Anwalt steht es allerdings nicht zu, das Interesse des Kindes an der Anfechtung einer bestehenden Vaterschaft zu bestreiten. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der biologischen Abstammung (Art. 7 Abs. 1 UN-KRK) beschränkt sich nach geltendem schweizerischem Recht auf adoptierte sowie auf Kinder, welche mittels fortpflanzungsmedizinischer Techniken gezeugt wurden.

Réalité biologique, paternité légale et tactique de l'avocat

Avis de droit de l'ASTO

Conformément aux dispositions de l'art. 418 CC, les devoirs découlant de la curatelle de représentation selon l'art. 392 ch. 2 CCS doivent être clairement définis par l'autorité tutélaire. L'action attendue du curateur doit servir l'intérêt de l'enfant et être définie lors de la prise de la mesure par l'autorité tutélaire. En règle générale, l'enfant n'a aucun intérêt à la dissolution par voie de justice d'un lien de filiation existant, si un nouveau lien de filiation ne peut être établi sans délai. Il n'incombe pas au père présumé ni à son avocat de contester l'intérêt de l'enfant à une action en désaveu de paternité. En droit suisse le droit de l'enfant à connaître son origine biologique (art. 7 al.1 CDE-NU) se limite aux enfants adoptés et aux enfants conçus par le recours aux techniques de procréation médicalement assistée.

Verità biologica, paternità legale e tattica legale d'irretimento

Dalla prassi dell'ASTU

I compiti del curatore di rappresentanza dell'art. 392 cfr. 2 CC sono stabiliti con chiarezza dall'autorità tutoria sulla base dell'art. 418 CC. Essi si orientano sull'interesse del figlio e sono definiti dall'autorità tutoria in occasione dell'istituzione del provvedimento. Il figlio di regola non ha interesse ad uno scioglimento dell'esistente rapporto di filiazione se non si può immediatamente stabilirne uno nuovo. Al presunto padre e al suo legale non compete il compito di mettere in discussione l'interesse del figlio alla contestazione dell'esistente paternità. Il diritto del figlio alla conoscenza della sua origine biologica (art. 7 cpv. 1 CDF dell'ONU) è limitato, secondo il diritto svizzero vigente, ai figli adottivi e a quelli concepiti con tecniche d'inseminazione medica.

Sachverhalt

Ich bin von der Vormundschaftsbehörde zum Beistand eines fünfjährigen Kindes ernannt worden, nachdem der Vater die Vaterschaft angefochten hat. Die Beistandschaft wurde vom Gericht beantragt. Die Kindsmutter liess sich in der ganzen Angelegenheit anwaltlich vertreten. Meinem Mandat liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach Scheitern der Ehe reichte der Kindsvater Klage ein und focht die Vaterschaft gegen das erstgeborene eheliche Kind an. Gemäss Aussagen der Kindsmutter hat dieser jedoch bereits vor der Hochzeit gewusst, dass er nicht der Vater des Kindes ist. In der Folge wurde festgestellt, dass der Vater die Klage nicht innert der gesetzlichen Frist gem. Art. 256c ZGB eingereicht hat, seine Klage wurde abgewiesen. Zur Klärung der Angelegenheit habe ich als Beistand des Kindes Widerklage erhoben und auf Klärung der Vaterschaft mittels DNA-Analyse geklagt. Diese hat ergeben, dass der Kindsvater nicht der leibliche Vater des Kindes sein kann. Folglich wurde die Vaterschaft zum bisherigen Vater aufgehoben.

Anlässlich einer persönlichen Besprechung hat mir die Mutter den Namen des für die Vaterschaft in Frage kommenden Mannes genannt. Diesen habe ich zu einer Besprechung eingeladen und ihm das weitere Prozedere aufgezeigt. Mein Ziel war eine aussergerichtliche Regelung, also die Anerkennung des Kindes durch den mutmasslichen Vater und die Ausarbeitung einer Unterhaltsregelung.

Nun hat sich der Anwalt des mutmasslichen Vaters bei mir gemeldet und mir unterstellt, ich hätte die Interessen des Kindes nicht gewahrt. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass das Kind bis ein Jahr nach Mündigkeit selber hätte klagen können (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Ich als dessen Beistand hätte ihm nun die Entscheidungsmöglichkeit genommen, ob es dereinst Gewissheit über seine Abstammung erlangen wolle oder nicht. Zudem liege auch die Zustimmung der Mutter nicht vor. Die Mutter hat sich jedoch im ganzen Verfahren anwaltlich vertreten lassen und das Verfahren, wie es von mir eingeleitet wurde, akzeptiert. Für mich scheint vordergründig, der mutmassliche Vater will nicht zahlen.

Ich frage Sie an wie die Rechtslage und die Rechtsprechung in diesem Fall aussehen. Hätte ich tatsächlich auf die Klage verzichten und dem Kind die Möglichkeit erhalten müssen, dereinst selber klagen zu können oder war es, wie von mir interpretiert, die Pflicht, durch Kenntnis der Sachlage die genauen Abstammungsverhältnisse, und damit verbunden auch die Unterhaltspflichten, neu zu regeln?

Erwägungen

1. Als von der Vormundschaftsbehörde eingesetzter Vertretungsbeistand vertreten Sie die Interessen des Kindes. Ihr Auftrag richtet sich nach dem konkreten Beschluss der Vormundschaftsbehörde. Gemäss Art. 418 ZGB hat der Beistand, wenn ihm die Besorgung einer einzelnen Angelegenheit übertragen wird, die Anweisungen der Vormundschaftsbehörde genau zu beachten.

2. Wenn die Vormundschaftsbehörde Sie als Vertretungsbeistand einsetzt, hat sie vorher die Frage zu klären, ob die Beistandschaft im Interesse des Kindes sei und wenn ja, was im Rahmen dieser Beistandschaft zu vertreten sei. Im vorliegenden Fall musste die Vormundschaftsbehörde die Beistandschaft deshalb errichten, weil das Kind zusammen mit seiner Mutter im Vaterschaftsanfechtungsprozess des Ehemannes beklagte Partei war (Art. 256 Abs. 2 ZGB) und weil es wegen Interessenkollision weder durch seinen Vater noch durch seine Mutter vertreten werden konnte (Art. 392 Ziff. 2 ZGB; *C. Hegnauer*, Berner Kommentar, N 91 zu Art. 256; BGE 78 I 3). Ob Ihnen die Vormundschaftsbehörde allerdings die Ermächtigung erteilt hat, widerklageweise die Vaterschaft anzufechten, geht aus der Fallschilderung nicht hervor und wäre ohne entsprechende Interessenabwägung auch ein zweifelhafter Auftrag. Denn die Frage des Kindesinteresses an der Anfechtungsklage ist keine Prozessvoraussetzung, welche das Gericht zu prüfen hat, sondern eine von der Vormundschaftsbehörde zu prüfende Voraussetzung zur Errichtung der Beistandschaft und ist massgeblich für den an den Beistand zu formulierenden Auftrag (*C. Hegnauer*, Berner Kommentar, N 57 zu Art. 256 ZGB).
3. Als Vertreter des beklagten Kindes richtet sich Ihr Interesse und Ihr Auftrag nach der Frage, welcher Prozessausgang dem Kind am meisten dient und wie Sie dieses Ziel am besten erreichen. Dementsprechend sind auch die Musterbeschlüsse der VBK (*Amrein/Guler/Häfeli*, Mustersammlung zum Adoptions- und Kindesrecht, VBK, 4. Auflage 2005 Muster 111.52) formuliert: «... im Prozess des Registervaters betreffend Anfechtung der Vaterschaft die Interessen des Kindes zu vertreten». Wie dargelegt obliegt es der Vormundschaftsbehörde, die gemäss Art. 421 Ziff. 8 ZGB an Sie zu erteilende Prozessermächtigung von diesem Interesse leiten zu lassen.
4. Nach herrschender Lehrmeinung und Gerichtspraxis liegt es nicht im Interesse des Kindes, wenn es vaterlos wird. Ein falscher Vater ist für das Kind in mehrfacher Hinsicht (insbesondere Unterhaltsverpflichtung, sozialversicherungsrechtliche Ansprüche, erbrechtliche Konsequenzen, unter Umständen aber auch sozialpsychische Aspekte) grundsätzlich immer noch vorteilhafter, als gar keinen Vater zu haben. An dieser Praxis hält das Bundesgericht dank eines von der VB Zürich erstrittenen Urteils bis in die Gegenwart fest (BGE 5C.292/2005 vom 16. März 2006, Zusammenfassung von *Meier/Hüberli* in ZVW 2006 S. 197 f. ÜR 42-06). Dieser dogmatische Standpunkt darf durchaus in Frage gestellt werden, wenn ein Kind offenkundige Interessen daran hat, einen Registervater los zu werden (z.B. weil das Verhältnis mit dem Registervater aussichtslos zerrüttet, die Beziehung stark belastend oder gar traumatisierend ist und keine andern Interessen – z.B. enge Beziehungen zu Grosseltern oder Geschwistern – diese negativen Aspekte aufzuwiegen vermögen). Zudem ist dieses Interesse immer auch dann zu bejahen, wenn dem Kind mit der Anfechtung der bestehenden Vaterschaft die Möglichkeit eröffnet wird, mit dem tatsächlichen biologischen Vater ein Kindesverhältnis herstellen zu

können, immer vorausgesetzt, der gemeinsame Haushalt der verheirateten Eltern sei während der Unmündigkeit des Kindes aufgehoben worden (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; C. Hegnauer, Berner Kommentar, N 73 zu Art. 256 ZGB), die Vaterschaftsklage könne fristgerecht eingereicht werden (Art. 256c ZGB) oder der Erzeuger sei anerkennungswillig (Art. 260 ZGB).

5. Ihr Entscheid, im Anfechtungsprozess des ehemals mit der Mutter verheirateten Registervaters – dessen Klage zufolge Verwirkung der Anfechtungsfrist aussichtslos war – mit einer Widerklage die Gegenoffensive anzutreten, erscheint unter dem Aspekt des Kindeswohls ein etwas kühnes Unterfangen, weil er wahrscheinlich ohne entsprechende Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde (Art. 418, 421 Ziff. 8 ZGB) und ohne Gewissheit erfolgte, ob das Kind nach dem Verlust der Registervaterschaft zu seinem biologischen Vater finde. Damit lief das Kind Gefahr, vaterlos zu werden, was nicht in seinem Interesse sein kann (vgl. BGE 5C.292/ 2005). Es ist nicht auszuschliessen, dass ein Beistand mit solchen Prozessserfolgen für entstehenden Schaden haftbar gemacht werden könnte (Art. 426 ZGB), es sei denn, der Auftrag der VB habe explizit so gelautet und dem Beistand wäre gemäss Art. 418 ZGB deshalb keine andere Wahl geblieben. Es ist allerdings allein Sache des Kindes beziehungsweise dessen gesetzlichen Vertreters, namentlich der Mutter, unter Umständen aber auch der Vormundschaftsbehörde, sich haftungsrechtlich mit dem Beistand auseinanderzusetzen (Art. 454 ZGB).
6. In Ihrem Fall reicht der Anwalt des Präsumtivvaters Rügen gegen Sie nach, die nicht seine Sache sind und auf die Sie nicht einzutreten haben. Ob dem Kind ein Vertretungsbeistand bestellt wird zur Anfechtung der Vaterschaft und welche Positionen dieser Beistand bezieht, entzieht sich dem Einfluss des biologischen Vaters, weil dieser – solange er mit Mutter und Kind keine Lebensgemeinschaft bildet – offensichtlich kein Interesse daran haben kann, selbst ins Recht gefasst zu werden und unterhaltspflichtig zu werden. Er nimmt demnach nicht Interessen des Kindes, sondern eigene Interessen wahr. Aus diesem Grund anerkennt das Bundesgericht weder eine Beschwerdelegitimation des Präsumtivvaters (BGE 121 III 1) noch jene des Registervaters (BGE 5P.326/2005 vom 17.1.2006, zusammengefasst von Meier/Hüberli in ZVW 2006 S. 108 ÜR 27-06), wenn es um einen Rekurs gegen die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft für das Kind im Anfechtungsprozess geht. Es ist offensichtlich, dass sich der Gegenanwalt anschickt, Sie auf ein Nebengeleise zu locken und mit einer Diskussion um Fragen, die längst entschieden sind und zu vollendeten Tatsachen geführt haben, Verzögerungen herbeiführen will. Das kann dem Präsumtivvater den Vorteil bringen, dass seine Unterhaltspflicht noch länger verzögert wird, worauf Sie auf keinen Fall einsteigen sollten. Denn der Unterhalt kann sich nur auf die Zukunft und ein Jahr vor Klageerhebung beziehen, womit der Unterhaltspflichtige eines überjährigen Kindes alles Interesse hat, den Unterhaltsprozess hinaus zu zögern. Das kann seitens des Beistandes wiederum eine persönliche Haftung auslösen,

wenn er sich darauf einlässt. Jeder verstrichene Tag bedeutet für das Kind Unterhaltsverlust. Ob Ihr bisheriges Vorgehen im Interesse des Kindes gewesen sei oder nicht, müssen Sie deshalb von der Traktandenliste der Verhandlungen mit dem Anwalt des Präsuntivvaters streichen lassen. Das Thema mit diesem Verhandlungspartner ist die Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhalts.

7. Zur Frage nach den Möglichkeiten des Kindes, seine biologische Herkunftsabklärung durchsetzen zu können, welche bei Ihren Motiven zur Widerklage offenbar eine Rolle gespielt haben, sei der Vollständigkeit halber auf Folgendes hingewiesen:

Die Möglichkeiten des Kindes, einen Anspruch auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung durchsetzen zu können, sind nach geltendem Recht beschränkt. Namentlich bieten weder Art. 119 Abs. 2 lit. g BV (Recht auf Zugang zu den Daten über die Abstammung) noch Art. 7 UN-KRK eine hinreichende Grundlage, um einen Anspruch auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung ausserhalb eines Statusprozesses durchsetzen zu können, wenn es nicht um ein Adoptionsverhältnis (Art. 268c ZGB) oder eine Zeugung unter Beihilfe fortpflanzungsmedizinischer Techniken geht (Art. 27 FMedG; vergl. Hegnauer, ZVW 1998 S. 154 f.; *Reusser/Schweizer*, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, ZBJV 2000, 605, 609 ff., 635). Weder die Bundesverfassung, noch das Fortpflanzungsmedizingesetz, noch das am 1. April 2007 in Kraft getretene Gesetz über die genetischen Untersuchungen am Menschen (GUMG) verschaffen einen Anspruch auf Durchführung einer genetischen Untersuchung zur Klärung der Frage, ob die sozialen/rechtlichen Eltern eines Kindes auch seine genetischen Eltern sind (Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, *Reusser/Schweizer* N 38 zu Art. 119; *Nicole Giner*, Ist unser Abstammungsrecht noch zeitgemäss? jusletter 16.7.2007). Es gibt zwar andere Lehrmeinungen (*Andrea Büchler*, Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen, ZVW 2005, S. 32, 43 f.), welche allerdings nach unserer Auffassung auf eine Revision des Schweizerischen Abstammungsrechts angewiesen sind (vgl. den neuen deutschen Regelungsvorschlag zu einem Gesetz zur Vaterschaftsfeststellung, jusletter 24.7.2007).

8. Damit lassen sich Ihre Fragen wie folgt beantworten:

a. Ich frage Sie an, wie die Rechtslage und die Rechtsprechung in diesem Fall aussehen.

Ihr Mandat als Vertretungsbeistand richtet sich nach den Interessen des Kindes. In der Regel müsste die Vormundschaftsbehörde dies im Auftrag ausformulieren (Art. 418 und 421 Ziff. 8 ZGB). So wie in Ihrem Fall die Sachlage war, wäre es angezeigt gewesen, auf eine Widerklage zu verzichten, solange der biologische Vater nicht mit Sicherheit feststeht. Ihr Vorgehen hat dazu geführt, dass das Kind vaterlos wird, was grundsätzlich nicht im Interesse des Kindes liegt (BGE 5C.292/2005 vom 16. März 2006). In Ausnahmefällen mag das anders sein, wenn schwerwiegende Gründe

dafür sprechen, dass das Kind seinen falschen Vater unter Abwägung aller Interessen (vgl. oben Ziff. 4) los wird.

b. Hätte ich tatsächlich auf die Klage verzichten und dem Kind die Möglichkeit erhalten müssen, dereinst selber klagen zu können oder war es, wie von mir interpretiert, die Pflicht, durch Kenntnis der Sachlage die genauen Abstammungsverhältnisse, und damit verbunden auch die Unterhaltspflichten, neu zu regeln.

Die Vormundschaftsbehörde hat Ihnen nicht den Auftrag erteilt, gegen den Vater die Widerklage zu erheben, sondern das Kind im Anfechtungsprozess des Registervaters zu vertreten. Insofern dürften Sie Ihr Mandat überzogen haben. Es ist aber keinesfalls so, wie Ihr Gegenanwalt ausführt, dass dem Kind überlassen werden muss, die Wahl selbst zu treffen, wenn es dereinst urteilsfähig sein wird. Im Gegenteil stehen Art. 392 Ziff. 2 und Art. 306 Abs. 2 ZGB genau für jene Fälle zur Verfügung, da im Interesse des urteilsunfähigen Kindes dessen Interessen zu wahren sind und damit seine Vertretung ausschliesslich drittbestimmt wird. Der Vorwurf Ihres Gegenanwaltes stösst deshalb ins Leere und ist ein durchsichtiges Spiel, Sie in Diskussionen zu verwickeln, die nicht seine Angelegenheit sein können. Seine vermeintlichen Sorgen um die Interessen des Kindes sind ja bei näherem Hinschauen nichts anderes als handfeste finanzielle Interessen seines Klienten. Von der Sache her ist einzig zutreffend, dass die biologische Wahrheit kein prioritärer Grund ist, eine Vaterschaft anzufechten. Zwar gewährt Art. 7 Abs. 1 UN-KRK dem Kind ein Recht, seine Eltern zu kennen und von diesen betreut zu werden. Das impliziert aber keine Pflicht der Behörden, mit der biologischen Wahrheit nicht übereinstimmende rechtliche Kindesverhältnisse namens des Kindes anzufechten, ohne unmittelbar anschliessend das wahre Kindesverhältnis herstellen zu können. Zudem beschränkt sich aufgrund des geltenden Rechts und herrschender Rechtsprechung das Recht des Kindes auf Kenntnis der biologischen Abstammung auf Adoptivkinder und Kinder, welche auf dem Weg der künstlichen Fortpflanzung gezeugt worden sind (BGE 128 I 63; vgl. Ziff. 7 hievor). Aber wie gesagt: Es ist Sache der Vormundschaftsbehörde, wie sie den Auftrag an Sie formuliert hat und ob sie Ihre Mandatsführung nachträglich sanktioniert hat.

c. Schlussfolgerung

Mit jedem Tag, der verstreicht, kann sich der Präsumtivvater Unterhaltszahlungen sparen, weil die Klage auf Unterhaltszahlungen nur auf die Zukunft und auf ein Jahr vor Klageeinreichung gerichtet werden kann. Bei Neugeborenen besteht also während des ersten Lebensjahres keine Verlustgefahr. In Ihrem Fall mit einem fünfjährigen Kind ist das anders. Deshalb sollten Sie nicht zögern, der Gegenpartei kurze Fristen setzen und danach sofort Vaterschafts- und Unterhaltsklage einreichen. Ihr Risiko bei diesem Vorgehen besteht natürlich darin, dass sich die Mutter in der tatsächlichen Vaterschaft täuscht. Dieses Risiko ist aber nicht mehr zu umgehen, nachdem die Vaterschaft des Registervaters mit Erfolg angefochten und beseitigt worden ist, was wie dargelegt nicht nötig gewesen wäre.