

Brennpunkt Familienrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Fankhauser Ruth E. Reusser Ivo Schwander



© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-973-8

Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Dank

Ohne die Mitwirkung zahlreicher Personen könnte ein solches Werk nicht realisiert werden. In erster Linie ist den Autorinnen und Autoren für die hochkarätigen Beiträge zu danken. Besonderer Dank geht an das Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG), welches einen namhaften finanziellen Beitrag leistete. Dem Dike Verlag verdankt dieses Werk seine schöne Ausstattung. Das umsichtige Lektorat besorgten in Co-Leitung die beiden Herren Pascal Burgunder, MLaw, und Thierry Burckhardt, BLaw, sowie Frau lic. phil. Nadja Fischer, Frau Nathalie Glaser, Herr Kevin Gretschi, Herr Luca Montisano, BLaw, und Frau Sarah Rivoli, BLaw, alle wissenschaftliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03751-973-8

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-973-8

Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

REGINA AEBI-MÜLLER

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Luzern

Handlungsfähigkeit und Erwachsenenschutz – Versuch einer Klärung 1

KURT AFFOLTER-FRINGELI

lic. iur., Fürsprecher und Notar

Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher
Fremdunterbringung eines Kindes – Zur Aufgabenabgrenzung
zwischen KESB, Pflegeplatzverantwortlichen, Erziehungsbeistand
und kostenpflichtigem Gemeinwesen 23

CHRISTINE ARNDT

lic. iur., Rechtsanwältin

Die Sparquote – Basis für die nacheheliche Unterhaltsberechnung 43

YVO BIDERBOST

*Dr. iur., Leiter Rechtsdienst KESB Stadt Zürich, Lehrbeauftragter an den Universitäten
Luzern, Freiburg und Zürich*

Schauplatz Handlungsfähigkeit ... In KESB we trust! 67

MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/STEPHAN WOLF

*MLaw, Rechtsanwältin/Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Professorin an der Universität Bern/
Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Professor an der Universität Bern*

Der Beweis der Zuordnung von Vermögensgegenständen und das
Inventar im Partnerschaftsgesetz (Art. 19 f. PartG) 97

PETER BREITSCHMID/REMO MÜLLER

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich/lic. iur., Rechtsanwalt und Notar

Recht kostet – Was darf die Scheidungsfreiheit in der Schweiz
kosten? – Gleichsam ein Beitrag zur gerichtlichen Scheidungsform
und zu Gerichtskosten 111

MICHELLE COTTIER <i>Prof. Dr. iur., MA, ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Genf</i>	
Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck – Zur Revision der Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis	151
ANNE-SYLVIE DUPONT <i>Prof. Dr. iur., Avocate, Professeure ordinaire aux Facultés de droit des Universités de Neuchâtel et Genève</i>	
Enfant en situation de handicap : droit aux prestations sociales et conséquences sur l'organisation familiale	169
ROLAND FANKHAUSER/NADJA FISCHER <i>Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, ordentlicher Professor an der Universität Basel/ lic. phil., stud. iur.</i>	
Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen	193
PATRICK FASSBIND <i>Dr. iur., Advokat, MPA, Amtsleiter und Spruchkammervorsitzender der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Basel-Stadt</i>	
Vorsorgeauftrag in der Praxis – Risiken und Nebenwirkungen	217
CHRISTIANA FOUNTOULAKIS/GERALD MÄSCH <i>Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg i.Ue./ Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Münster</i>	
Ausländische Kinderehen und Schweizer IPR – Ein besorgter Zwischenruf	241
JÜRG GASSMANN <i>lic. iur., Rechtsanwalt</i>	
Die Psychiatrische Patientenverfügung – Chancen für die Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit	257

MYRIAM GRÜTTER <i>Fürsprecherin, Oberrichterin</i>	
Teilinvalidität und Frühpensionierung – Ein erster Praxisfall für den neuen Vorsorgeausgleich	271
CHRISTOPH HÄFELI <i>Prof. (FH) em. lic. iur., dipl. Sozialarbeiter</i>	
Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisations- form der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Der Kanton Aargau als Schrittmacher für eine Innovation im Gerichtswesen?	289
MARIANNE HAMMER-FELDGES/ANNA MURPHY <i>lic. iur., Rechtsanwältin und Notarin/MLaw, Rechtsanwältin</i>	
Das Haustier bei Auflösung des gemeinsamen Haushaltes	311
ALEXANDRA JUNGO <i>Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg</i>	
Die geschiedene Witwe und ihre Vorsorge – Vorsorgeunterhalt, Vorsorgeausgleich und Hinterlassenenleistungen	327
MARTIN KAUFMANN/LUZIUS KAUFMANN <i>Prof. Dr. iur., Kreisrichter/B.A. HSG in Law</i>	
Haben Kinder Rechte? – Die Stellung des Kindes bei der gerichtlichen Beurteilung der «persönlichkeitsbezogenen» Wirkungen des Kindesverhältnisses	343
PHILIPPE MEIER <i>Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, Université de Lausanne</i>	
De la Côte d'Azur au Lac Majeur – ... ou comment un mandat d'inaptitude survit-il à un déménagement ?	363
URS PETER MÖCKLI <i>Dr. iur., Fürsprecher</i>	
Wegzug des Kindes ins Ausland – Materielle Beurteilung der Auswanderung, internationale Zuständigkeit und richterliche Kommunikation	385

MICHEL MONTINI <i>lic. iur., Avocat à Neuchâtel et adjoint scientifique à l'Office fédéral de la justice, lecteur à l'Université de Fribourg</i>	
Garçon ou fille ? Tertium non datur ? – Ce que la loi dit lorsque le sexe d'une personne est ambivalent. Développements récents en Suisse et à l'étranger	403
RUTH E. REUSSER <i>Dr. iur., ehem. Stellv. Direktorin des Bundesamtes für Justiz</i>	
Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick	431
VITO ROBERTO/MELANIA KLAIBER <i>Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität St. Gallen/ Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG)</i>	
Haftung bei Täuschung über die Empfängnisverhütung	449
DANIEL ROSCH <i>Prof. (FH) Dr. iur., dipl. Sozialarbeiter FH</i>	
Art. 437 ZGB – kantonales Einfallstor für medizinische Zwangsmassnahmen?	461
ARNOLD F. RUSCH <i>Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt</i>	
Scheinvaterregress – Prozessuale Wege und Anspruchsgrundlagen	477
FELIX SCHÖBI <i>PD Dr. iur., Bundesrichter</i>	
Living apart together – Bemerkungen zur Auslegung von Art. 114 ZGB	493
IVO SCHWANDER <i>Prof. em. Dr. iur., Dr. h.c., Rechtskonsulent</i>	
Zur Reformbedürftigkeit des schweizerischen IPR und IZPR des Familienrechts	505

ANNETTE SPYCHER

Prof. Dr. iur., LL.M., Fürsprecherin

«Solange das Kind minderjährig ist» – Oder: Wie gelangt der Betreuungsunterhalt zum wirtschaftlich Berechtigten?

521

DANIEL STECK

Dr. iur., Dr. h.c., alt Oberrichter

Die fehlende Rechtseinheit im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Schweiz – Gedanken zum Verfahren und zu einzelnen besonderen Aspekten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

541

THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Basel/MLaw

Rechtsbegehren und Sachverhaltsermittlung in familienrechtlichen Verfahren – oder die Gefahr von Abbau des Rechtsschutzes

557

URS VOGEL

lic. iur., MPA, Sozialarbeiter FH

Der Wohnsitz des minderjährigen Kindes im Zivil- und Sozialhilferecht – Konsequenzen der unterschiedlichen Anknüpfung bei der Anordnung und Umsetzung von Kindesschutzmassnahmen

577

NICOLAS VON WERDT

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bundesrichter

Der Rechtsschutz im Eheschutz

593

Scheinvaterregress

Prozessuale Wege und Anspruchsgrundlagen

ARNOLD F. RUSCH

Inhaltsübersicht

I.	Worum geht es?	477
II.	Prozessuale Wege des Scheinvaters	477
	A. Inzidentverfahren	479
	B. Auskunftsanspruch	483
III.	Ansprüche des Scheinvaters	487
	A. Keine Subrogation	487
	B. Kondiktion	487
	C. Einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis	490
	D. Delikt	490
	E. Geschäftsführung ohne Auftrag	4922

I. Worum geht es?

Wer Unterhalt für ein Kind bezahlt und schliesslich erfährt, dass er nicht dessen Vater ist, wird versuchen, das für den Unterhalt bezahlte Geld irgendwie zurückzuerhalten. Die nachfolgenden Überlegungen wollen aufzeigen, welche Verfahren sich dafür anbieten und welche Anspruchsgrundlagen in Frage kommen. Dabei lohnt sich stets auch ein Blick nach Deutschland, denn der deutsche Gesetzgeber berät diese Fragen derzeit im Rahmen einer Gesetzesrevision.¹

II. Prozessuale Wege des Scheinvaters

Der Grund- und Idealfall lässt sich schnell erklären: Nach erfolgreicher Anfechtungsklage durch den Scheinvater und Anerkennung der Vaterschaft durch den Erzeu-

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes, BT Drucksache 18/10343 (16.11.2016; zit. Entwurf).

ger entfällt das Vaterschaftsverhältnis zum Scheinvater *ex tunc*.² Genauso rückwirkend begründet sich die Vaterschaft des Erzeugers aufgrund der Anerkennung.³ Es besteht sodann ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des Scheinvaters gegen den Erzeuger. Diese Konstellation behandeln die Urteile BGE 129 III 646 und RJN 2008, 148 ausführlich.⁴ Viel interessanter sind allerdings diejenigen Konstellationen, in denen die relevanten Personen keine Anstalten machen, ein neues Vaterschaftsverhältnis zum Erzeuger zu begründen.

Es gibt für Mutter und Kind durchaus Gründe, kein neues Vaterschaftsverhältnis zum Erzeuger zu begründen und dessen Identität gegenüber dem Scheinvater geheim zu halten. Lebt *erstens* der Erzeuger bereits mit Mutter und Kind zusammen, würde aufgrund der Rückerstattungsforderung sein Vermögen und damit auch das der neuen Familie geschmälert. Erkennt *zweitens* der Scheinvater erst bei Mündigkeit des Kindes, dass er nicht der Vater ist, haben Kind und Mutter angesichts des nicht weiterbestehenden Unterhaltsanspruchs kein finanzielles Interesse mehr, ein neues Vaterschaftsverhältnis nachzuweisen.⁵ *Drittens* dürfte auch manchmal reine Schadenfreude als Begründung dienen.

Wie muss man als Scheinvater mit dieser Situation umgehen? Nachfolgend richtet sich der Fokus auf die in Deutschland existierende Möglichkeit einer Rückforderung des geleisteten Unterhalts gegenüber dem Erzeuger, ohne zuerst dessen Vaterschaft rechtlich zu begründen.

² MARTINA RUSCH, Rechtliche Elternschaft, Diss. Zürich 2008 = Schriftenreihe zum Familienrecht, Band 13, Bern 2009, 90; BGE 129 III 646, E. 4.1.

³ BGE 129 III 646, E. 4.3.

⁴ BGE 129 III 646 und Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJN 2008, 148; vgl. auch die weiteren Hinweise in BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 256 N 17: «*Mit Anfechtung der Vaterschaft entfällt rückwirkend auch die Unterhaltpflicht des Ehemannes gegenüber dem Kind. Bereits geleistete Unterhaltsbeiträge können sowohl von der Mutter als auch vom wirklichen Vater aus ungerechtfertiger Bereicherung (Art. 62 OR) zurück gefordert werden (grundlegend nunmehr BGE 129 III 646 ff.; vgl. BK-Hegnauer, N 125 ff.; Stettler, SPR III/2, 1992, 192; KGer TI vom 13.7.1987, SJZ 1990, 268 Nr. 57; BezGer Rorschach vom 17.5.1999, FamPra.ch 2000, 108 ff.). Ein entsprechender Anspruch gegenüber dem Kind scheitert hingegen regelmässig an Art. 64 OR. Beim Kind liegt durch den Verbrauch auch keine Ersparnisbereicherung vor, da es grundsätzlich nicht verpflichtet ist, für seinen Unterhalt selbst aufzukommen (Art. 276 Abs. 1; vgl. Hegnauer, ZVW 1987, 142, 144). Gegen Mutter und wirklichen Vater kommt darüber hinaus auch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR) in Betracht.»*

⁵ Dieser Gedanke bei GÜNTHER RAISER, Die Rechte des Scheinvaters in bezug auf geleistete Unterhaltszahlungen, FamRZ 1986, 942 ff., 945.

A. Inzidentverfahren

HEGNAUER hält fest, dass als wesentliche Voraussetzung für die Rückforderung des geleisteten Unterhalts die Feststellung des Kindsverhältnisses zum Erzeuger erfolgen muss.⁶ Der Scheinvater kann ein solches Verfahren indes nicht einleiten (Art. 261 Abs. 1 ZGB *e contrario*). In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Scheinvater, der eine begründete Vermutung bezüglich des Erzeugers hat, diesen mit einer Rück erstattungsforderung ins Recht fassen kann. Der Richter würde im Bestreitungsfall das Kindsverhältnis zum Erzeuger ohne Rechtskraftwirkung und lediglich vorfr ageweise feststellen. Dies ist schon heute auf deliktsrechtlicher Basis denkbar,⁷ doch sollte auch im Bereicherungsrecht die Inzidentklage offen stehen – weil sich sonst eine Rechtsschutzlücke bildet.⁸

Auch in Deutschland muss grundsätzlich zuerst ein rechtliches Vaterschaftsverhältnis zum Erzeuger erstellt werden, bevor der Scheinvater die auf ihn mittels Legalisation übergegangene Unterhaltsforderung geltend machen kann.⁹ Auch in Deutschland ist es aber in bestimmten Fällen möglich, ein Inzidentverfahren anzustren gen. Vereinfacht gesagt ist dies der Fall, wenn eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB¹⁰ vorliegt: Denkbar ist dies bei kollusivem Verhalten der Mutter und des biologischen Vaters, um den Scheinvater zur Anerkennung zu bewegen oder von der rechtzeitigen Anfechtung des Kindsverhältnisses abzuhalten.¹¹

⁶ BK-HEGNAUER, Art. 256 ZGB N 127; CYRIL HEGNAUER, Hat der Registervater Anspruch auf Rück erstattung der bis zur Aufhebung des Kindesverhältnisses bezahlten Unterhaltsbeiträge? ZVW 1987, 142 ff., 144; Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJD 2008, 148, E. 2: «La doctrine unanime admet que le père initialement inscrit au registre de l'état civil peut, une fois le lien de filiation supprimé, intenter une action en enrichissement illégitime aussi bien contre le géniteur (ultérieurement nouveau père juridique, ensuite d'une reconnaissance notamment) que contre la mère ou l'enfant. Le père biologique se trouve enrichi par une non-diminution de son patrimoine causée par une non-dépense (...). L'enrichissement de la mère résulte du fait qu'en l'absence de filiation paternelle, il lui appartenait d'assurer à elle seule le plein entretien de l'enfant (...).»

⁷ Vgl. THOMAS GEISER, Zur Rückforderung von Unterhaltsbeiträgen, ZVW 2001, 29 ff., 36: «Diesfalls kann dann allerdings ein Schadenersatzanspruch bestehen, obgleich das Kindesverhältnis zum Registervater gar nicht beseitigt und zum Erzeuger gar nicht hergestellt worden ist. Es ist durchaus vorstellbar, dass dafür die Fristen längst abgelaufen sind und beide Parteien keine Möglichkeit mehr haben, das genetisch richtige Kindesverhältnis herzustellen.»

⁸ GL.M. RAISER (Fn. 5), 946.

⁹ §§ 1600d Abs. 4, 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB.

¹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland (BGB).

¹¹ Urteil des AG Euskirchen 17 C 5/89 vom 24. Mai 1989, N 25, in: BeckRS 1989, 3296; MK-WELLENHOFER, § 1600d N 106.

Aber auch ohne diese Voraussetzungen steht das Inzidentverfahren offen, wenn eine Anerkennung durch den Erzeuger faktisch für lange Zeit ausgeschlossen scheint.¹²

Die folgenden Überlegungen gehen der Frage nach, ob dieser Weg auch in der Schweiz offen steht. In einem weiteren Schritt stellt sich die Frage, ob sich der Scheinvaterregress nicht auch von der Beseitigung des Scheinvaterschaftsverhältnisses abstrahieren liesse.¹³ Der Scheinvater könnte vom Erzeuger den geleisteten Unterhalt zurückverlangen, ohne dass sich an seinem Status als rechtlichem Vater etwas ändern würde.

Ein erstes Argument für das Inzidentverfahren auch in der Schweiz bilden *die Notwendigkeit und die Alternativlosigkeit dieses Verfahrens*. Der gegenwärtige und der ehemalige Registervater haben keine Befugnisse, die Vaterschaft eines Dritten in einem kindesrechtlichen Statusprozess feststellen zu lassen. Beharrt das Recht in dieser Konstellation auf einer statusrelevanten Feststellung der Vaterschaft als Grundlage für die Rückzahlung des vom Registervater bezahlten Unterhalts, schneidet es diesem in vielen Fällen den Rechtsschutz ab – einzig, weil es die Mutter so will. Das Kind erhält im Anfechtungsprozess gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB zwar einen Beistand.¹⁴ Ein Beistand hilft oft auch dem vaterlosen Kind bei der Feststellung der Vaterschaft und der Durchsetzung der Unterhaltsansprüche (Art. 308 Abs. 2 ZGB), sofern dies notwendig ist.¹⁵ Verweigert indes die Mutter Angaben über die Person des Erzeugers, bleibt eine Feststellung der Vaterschaft mit grossen Schwierigkeiten belastet.¹⁶ Wo *zweitens* ein materiellrechtlicher Anspruch existiert, muss das Prozessrecht auch eine Durchsetzungsmöglichkeit anbieten: Prozessrecht ist dienendes Recht und hat die *edle Aufgabe*, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁷ RAISER spricht *drittens* gar von einem Verstoss gegen das Gerechtigkeitsgefühl, wenn in diesen Fällen kein Rechtsschutz offen stehe.¹⁸ *Viertens* lässt sich dem Gesetz nirgends

¹² Urteil des BGH XII ZR 144/06 vom 16. April 2008, N 27 ff., in: Neue Juristische Wochenschrift (im Folgenden: NJW) 2008, 2433; Urteil des BGH XII ZR 136/09 vom 9. November 2011, N 15, in: NJW 2012, 450; Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 36, in: NJW 2013, 2108.

¹³ Dies ist im deutschen Entwurf ausgeschlossen, vgl. Entwurf (Fn. 1), 7 (§ 1607 Abs. 4 E-BGB).

¹⁴ Vgl. Urteil des BGer 5A_150/2011 vom 29. Juni 2011, E. 1.

¹⁵ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 8; Urteil des BGer 5A_220/2016 vom 15. Juli 2016, E. 2.3.

¹⁶ Zu den Möglichkeiten vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 10, Urteil des OGer ZH vom 10. August 2004, E. 2, in: ZVW 2005, 45 und ANDREAS BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen. Familien- und migrationsrechtliche Aspekte, 7. Symposium zum Familienrecht 2013, Zürich 2013, 1 ff., N 71 f.; die in Deutschland abgeschaffte Amtspflegschaft zur Feststellung des Vaterschaftsverhältnisses hat auf ähnliche Weise dazu geführt, dass dem Scheinvater ein Inzidentverfahren offen stehen muss (Urteil des BGH XII ZR 144/06 vom 16. April 2008, N 23–27, in: NJW 2008, 2433).

¹⁷ Urteil des BGer 4A_346/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.4.3.3.

¹⁸ RAISER (Fn. 5), 945 f.

entnehmen, dass der Beweis über ein biologisches Kindsverhältnis nur in einem kindesrechtlichen Statusprozess erfolgen kann, zumal dieser im vorliegenden Verfahren ohne Rechtskraftwirkung und lediglich *inter partes* erfolgt.

Das mit dem Inzidentverfahren verfolgte Ziel, die Vaterschaft des Beklagten ohne Statusänderung als Vorfrage festzustellen, wirkt stimmig. Drei zum Scheinvaterregress ähnliche Phänomene belegen dies. Die Trennung zwischen rechtlichem Status und biologischer Vaterschaft existierte *erstens* schon früher in einer besonders ausgeprägten Form: Der unverheiratete Vater musste im Rahmen der *Zahlvaterschaft* zahlen, ohne dass die Vaterschaft offiziell mit Statuswirkung erstellt worden wäre.¹⁹ Das Bundesgericht verwendet *zweitens* derzeit ein ähnliches Konzept, wenn es Ansprüche auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch ausserhalb der relevanten Klagefristen des ZGB behandelt.²⁰ Dieser Gedanke lässt sich *drittens* auch auf das Interesse des Vaters anwenden, der sich über die Identität seiner Nachkommen sichere Kenntnis verschaffen will. Das Obergericht des Kantons Luzern liess die Feststellungsklage eines Vaters zu, der wissen wollte, ob er wirklich der biologische Vater des Kindes sei. Die gleichzeitig eingereichte Vaterschaftsanfechtung wies es aufgrund der verpassten Frist ab.²¹ Auch die Lehre steht solchen *Klagen eigener Art* ohne Statusänderung positiv gegenüber.²²

Das Inzidentverfahren gleicht der *wrongful conception*-Klage, die das Bundesgericht zulässt.²³ Ein Arzt hatte vergessen, beim Kaiserschnitt die zusätzlich vereinbarte Sterilisation durchzuführen. Die Mutter empfing deswegen ein weiteres Kind. Die Eltern klagten in der Folge auf Schadenersatz und Genugtuung. Das Bundesgericht bejahte in diesem Verfahren einen Schaden, bestehend aus der unerwünschten Unterhalts-

¹⁹ BGE 136 IV 122, E. 2.1, m.w.H.; BGE 78 II 318, E. 1: «Die Vorinstanzen gehen zutreffend davon aus, dass der Anspruch des ausserehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger gemäss Vaterschaftsurteil zwar seinen Rechtsgrund in der natürlichen Verwandtschaft zwischen Vater und Kind hat, in seinem Bestande jedoch obligationenrechtlicher Natur ist.»

²⁰ Urteil des BGer 5A_506/2007 vom 28. Februar 2008, E. 5.3.2; Urteil des BGer 5A_640/2010 vom 14. April 2011, E. 3.4.1; vgl. auch Urteil des BGer 2C_1031/2012 vom 21. März 2013, E. 4.2 (Erb-schaftssteuerpflicht trotz biologischer, aber nicht rechtlicher Nachkommenseigenschaft).

²¹ Urteil des OGer LU 3B 12 33 vom 18. September 2012, E. 3.1.1, in: FamPra.ch 2013, 220; vgl. auch EGMR *Jäggi v. Switzerland*, 58757/00 (2006), Ziff. 43.

²² JEANINE DE VRIES REILINGH, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, AJP 2003, 363 ff., 371; SABRINA BURGAT/OLIVIER GUILLOD, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, in: François Bohnet (Hrsg.), Quelques actions en annulation – Action en désaveu de paternité – Inefficacités des dispositions à cause de mort – Action en rectification du registre foncier – Action en annulation du droit de la société anonyme – Révision et réexamen des décisions administratives, Neuenburg 2007, N 151; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 5. A., Genf 2014, N 384 und 423; spezifisch für die (deliktischen) Ansprüche des Scheinvaters GEISER (Fn. 7), 36 (vgl. das wörtliche Zitat in Fn. 7).

²³ BGE 132 III 359.

pflicht. Es ist zwar richtig, dass dieses Verfahren um einen Schadenersatzanspruch dreht, doch wären bereicherungsrechtliche Ansprüche in derselben Konstellation gut denkbar: Der Kläger bezahlt Unterhalt, obwohl eine andere Person die Vaterschaft und damit die Unterhaltpflicht «verursacht» hat und deshalb für das Kind aufkommen müsste. Bei der *wrongful conception*-Klage ist es selbstredend nicht möglich, zwischen Kind und Arzt ein Vaterschaftsverhältnis zu erstellen. Genauso wenig ist es möglich oder nötig, die rechtlich bestehende Vaterschaft vorgängig zu beseitigen.

Diese *doppelte Abstraktion* scheint auch für den Rückgriff des Scheinvaters im Rahmen des Inzidentverfahrens überlegenswert. Der Scheinvater könnte somit unabhängig von der Beseitigung seiner Vaterschaft und ebenso unabhängig von der statusrechtlichen Feststellung der Vaterschaft des Erzeugers Ansprüche geltend machen. Dies geht schon heute auf deliktsrechtlicher Basis.²⁴ Es sollte auch im Bereicherungsrecht möglich sein. Nicht immer stehen deliktsrechtliche Ansprüche zur Verfügung, doch sind aus denselben Gerechtigkeitsüberlegungen wie in Deutschland ein Anspruch und eine Klagemöglichkeit unabdingbar. Die Entreicherung des Scheinvaters besteht darin, dass er Unterhalt bezahlen musste. Dabei gilt es einzig über das Hindernis hinwegzusehen, dass die Bezahlung des Unterhalts aufgrund der rechtlichen Vaterschaft nicht ungerechtfertigt, sondern mit einer *causa* erfolgt ist. Dieser Schritt – es geht sozusagen um eine *inzidente Anfechtung* – ist notwendig, um die Schwäche des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs in der Schweiz gegenüber der Stärke der deutschen Legalzessionslösung auszugleichen. Die Bereicherung des Erzeugers liegt in den bisher ersparten Unterhaltsbeiträgen. Das Kind ist von diesem ganzen Verfahren nicht betroffen. Für das Kindeswohl könnte es sich sogar als besser erweisen, auf die zwingende Beseitigung des rechtlichen Kindsverhältnisses zum Scheinvater und die Neubegründung eines Kindsverhältnisses zu verzichten – schliesslich geht es lediglich um eine finanzielle Auseinandersetzung zwischen dem Scheinvater und dem Erzeuger. Es kann ein gewichtiges Interesse bestehen, die bestehenden sozialen Bindungen zum Kind ungestört weiterführen zu können. Aus exakt diesem Grund hat man das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters im geltenden Gesetz ausgeschlossen.²⁵ Dieser Gedanke passt somit auch zum Scheinvaterregress: Weshalb soll man alles zerstören, wenn ein kleiner Eingriff ausreicht?

²⁴ Vgl. GEISER (Fn. 7), 36 (vgl. das wörtliche Zitat in Fn. 7); vgl. auch die ähnliche Anerkennung einer Vaterschaftsanerkennung ohne vorgängige Beseitigung des Vaterschaftsverhältnisses des Ehemannes in VGer ZH, VB.2015.00644, 16. Dezember 2015, E. 3.2 f., in: FamPra.ch 2016, 750.

²⁵ Vgl. die Ausführungen und Angaben bei MARTINA RUSCH (Fn. 2), 95 f.

B. Auskunftsanspruch

Wie aber muss ein Scheinvater vorgehen, wenn er keinen Verdacht bezüglich der Identität des Erzeugers hat? Grundsätzlich ist auch ein vorgängiger *Auskunftsanspruch* gegenüber der Mutter denkbar, wie das Beispiel in Deutschland zeigt. Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass die Mutter Auskunft über die Identität des Vaters geben muss.²⁶ Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat indes das Bestehen eines Auskunftsanspruchs mangels genügender gesetzlicher Grundlage verneint,²⁷ was zum eingangs erwähnten Gesetzgebungsprojekt in Sachen Scheinvaterregress geführt hat.²⁸ Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich der Frage, ob diese Verfahren und Bedenken auch in der Schweiz zum Tragen kommen.

Für die Einholung der notwendigen Auskünfte könnte sich das Verfahren der *vorsorglichen Beweisführung* eignen. Auch für dieses bedarf es einer gesetzlichen Grundlage (Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO). Der deutsche BGH sieht die gesetzliche Grundlage des Auskunftsanspruchs im Gebot von *Treu und Glauben* (§ 242 BGB).²⁹ Dieses Gebot existiert selbstredend auch in der Schweiz (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Die dafür notwendige Sonderverbindung lässt sich über die gemeinsame rechtliche Elternschaft – via Eheschluss oder Anerkennung des Kindes – begründen. Das Handeln nach Treu und Glauben als gesetzliche Grundlage überzeugt indes nur beschränkt, denn es ist fragwürdig, eine derart abstrakte Generalklausel als gesetzliche Grundlage heranzuziehen. Es existiert jedoch keine valable Alternative. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO sieht zwar die Möglichkeit einer Beweisabnahme vor, wenn dafür ein *schutzwürdiges Interesse* besteht. Dieses Interesse muss sich aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf einen materiellrechtlichen Anspruch gegen die *Gesuchsgegnerin* richten, was vorliegend gerade nicht der Fall ist: «*Die Gesuchstellerin (...) muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (...).*»³⁰ Gegen die Mutter als Gesuchsgegnerin richten sich zwar ebenfalls bereicherungs- und deliktsrechtliche Ansprüche, doch bedürfen diese gerade keiner Auskunft über die Identität des Vaters. Da die vorsorgliche Beweisab-

²⁶ Urteil des BGH XII ZR 136/09 vom 9. November 2011, N 25, in: NJW 2012, 450 (wenn die Mutter den Scheinvater zur Anerkennung veranlasst hat); Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 32, in: NJW 2013, 2108 (wenn die Mutter mit dem Scheinvater verheiratet war); Urteil des BGH XII ZB 201/13 vom 2. Juli 2014, N 14 ff, in: NJW 2014, 2571 (mit besonderer Hervorhebung der Notwendigkeit einer Güterabwägung zwischen den Interessen des Scheinvaters und derjenigen der Mutter).

²⁷ Urteil des BVerfG 1 BvR 472/14 vom 24. Februar 2015, N 35, in: NJW 2015, 1506.

²⁸ Entwurf (Fn. 1).

²⁹ Urteil des BGH XII ZB 201/13 vom 2. Juli 2014, N 13, in: NJW 2014, 2571.

³⁰ BGE 138 III 76, E. 2.4.2.

nahme ein *Hilfsverfahren für das spätere Hauptverfahren* darstellt,³¹ erweist sich die bundesgerichtliche Erwägung als korrekt: Man muss den Beklagten von Anfang an definieren können, um vorsorglich Beweis abnehmen zu können. Somit müsste es um ein Verfahren gehen, das der Stufenklage ähnelt, doch mit dem Unterschied, dass man den Beklagten erst im Rahmen der zweiten Stufe benennen kann. Ein solches Verfahren existiert meines Wissens nicht. Der Rückgriff auf das allgemeine Gebot von Treu und Glauben scheint deshalb doppelt notwendig: *Erstens* bilden Treu und Glauben die gesetzliche Grundlage der vorsorglichen Beweisabnahme im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO. *Zweitens* dispensiert diese Norm gerade nach Treu und Glauben von der Notwendigkeit, einen Beklagten zu nennen, weil es einzig darum geht, dessen Identität herauszufinden.³²

Wer diese Überlegungen nicht akzeptiert, könnte am folgenden *Schleichweg* Gefallen finden: Wenn der Scheinvater *gegen die Mutter* aus Kondiktion vorgehen will, muss er *an Stelle der Mutter* Unterhalt für das Kind bezahlt haben. Diese Voraussetzung liegt nur dann vor, wenn gar kein Vaterschaftsverhältnis besteht und die Mutter den Unterhalt somit alleine hätte tragen müssen.³³ Gerade diesbezüglich müsste man die Mutter im Verfahren um vorsorgliche Beweisabnahme befragen können. Nennt die Mutter in diesem Verfahren den Vater, wäre die Klage gegen sie aussichtslos – doch stünde die Klage gegen den Vater offen. Die *ratio legis* des Art. 158 Abs. 1 lit. a ZPO liegt in der Verhinderung aussichtsloser Prozesse.³⁴ Der Druck der Klage gegen die Mutter könnte deren Aussagewilligkeit überdies positiv beeinflussen, sofern der Prozess nicht wegen fehlenden Vermögens ohnehin ins Nichts führt.

Auch hierzulande bejahen Lehre und Rechtsprechung die Pflicht der Mutter, den Vater zu nennen, verneinen jedoch die Zulässigkeit der Anwendung *gerichtlichen Zwangs*.³⁵ Es handelt sich folglich um eine *lex imperfecta*. In Deutschland monierten die Bundesverfassungsrichter, es bestehe *keine gesetzliche Grundlage* für diese Aus-

³¹ BGE 140 III 12 E. 3.3: «Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ist nur als Hilfsverfahren für ein beabsichtigtes Hauptverfahren zulässig, weshalb die gesuchstellende Partei ihre Rechtsbegehren zu bezeichnen hat, die sie im Hauptprozess aufgrund eines schlüssig und substanziert behaupteten Lebenssachverhalts einzuklagen gedenkt (...).»

³² Diesen Gedanken hat auch der BGH benutzt: «Schuldner des Auskunftsanspruchs ist zwar regelmäßig der Schuldner des über die Auskunft durchzusetzenden Hauptanspruchs. Aus Treu und Glauben kann sich allerdings auch eine Auskunftspflicht Dritter ergeben, die nicht Schuldner des Hauptanspruchs sind (...).» (Urteil des BGH XII ZR 136/09 vom 9. November 2011, N 21, in: NJW 2012, 450).

³³ Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJN 2008, 148, E. 2 (wörtliches Zitat in Fn. 6); BK-HEGNAUER, Art. 256 ZGB N 126.

³⁴ BGE 140 III 16, E. 2.2.1.

³⁵ MEIER/STETTLER (Fn. 22), N 158, m.w.H., insb. auf Décision de l'Autorité tutélaire de surveillance du 4 juillet 1996 en la cause L. (NE), in: RJN 1996, 43; vgl. auch Urteil des BGer 5A_220/2016 vom 15. Juli 2016, E. 3.3.

kunftspflicht, die zu fest in die Grundrechte der Mutter eingreife.³⁶ Als gesetzliche Grundlage in der Schweiz hat die allgemeine Zeugnispflicht gemäss Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO zu genügen. Die deutsche Argumentation scheint sehr weit hergeholt. Wenn die Mutter Auskünfte über die Person des Erzeugers gibt, muss sie zwar über einen Aspekt ihres Sexuallebens sprechen. Die Fakten mit wirklichem Peinlichkeitspotential liegen aber bereits offen auf dem Tisch: Aufgrund des beseitigten Vaterschaftsverhältnisses zum Scheinvater ist klar, dass ein anderer Sexualpartner existieren muss. Die Frage richtet sich einzig nach der Identität dieses Mannes.³⁷

Sollte die Namensnennung gegenüber dem Scheinvater wirklich ein Problem darstellen, käme eine unorthodoxe Idee aus einem deutschen Verfahren in Frage: Der Scheinvater schlug vor, von seinem Recht auf Auskunft abzusehen, wenn nur der Erzeuger die Kondiktionsforderung anonym begleiche.³⁸ Leichte Zweifel kommen auf, ob sich solche Ideen auch ausserhalb von Vergleichsgesprächen irgendwie in gerichtlich anerkannte Korsette pressen lassen – es gibt noch keine Zivilprozesse gegen anonyme Parteien, auch wenn dies einen Gedanken wert wäre.³⁹ Die angeblichen persönlichkeits- und verfassungsrechtlichen Probleme liessen sich tatsächlich massiv entschärfen, wenn der Erzeuger auf Geheiss der Mutter am Kondiktionsprozess mit gültiger Vertretung anonym teilnehmen könnte. Anonym bedeutet in diesem Kontext, dass nur das Gericht, nicht aber der Scheinvater die Identität des Beklagten kennt.⁴⁰ Diese Anonymität könnte der Beklagte sogar über das Erkenntnisverfahren hinaus wahren, wenn er bis vor der Vollstreckung des Urteils die Schuld noch über seinen Vertreter begleichen lässt. Da der Prozess neben der Frage der biologischen Vaterschaft nur wenige Bestreitungsmöglichkeiten aufweist, leidet die Justiziabilität kaum darunter. Beeinträchtigt durch die Anonymität wäre höchstens der Scheinvater, der gegen einen unbekannten Beklagten kämpfen muss, doch könnte man dessen Zustimmung erwarten, wenn ansonsten ein Auskunftsanspruch gegen die Mutter scheitern würde.

³⁶ Urteil des BVerfG 1 BvR 472/14 vom 24. Februar 2015, N 35, in: NJW 2015, 1506.

³⁷ Diese Argumentation beim Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 35, in: NJW 2013, 2108: «*Es geht also nicht um die Offenbarung eines Ehebruchs, sondern ‹nur› noch um die Frage, wer als Vater in Betracht kommt.*»; die Schlagkraft dieses Arguments verneint das BVerfG (Fn. 36) in N 33.

³⁸ Urteil des BGH XII ZR 136/09 vom 9. November 2011, N 26, in: NJW 2012, 450.

³⁹ Oder geht es vielleicht doch? Vgl. BGE 142 III 116, C., wo der wirtschaftlich Berechtigte anonym Beschwerde in Zivilsachen erhoben hat. Bei korrekter Vertretung scheint dies zu funktionieren.

⁴⁰ Vgl. dazu die Feststellungen und Vorschläge bei WENDY M. ROSENBERGER, *Anonymity in Civil Litigation: The «Doe» Plaintiff*, 57 Notre Dame L. Rev. (1982) 580 ff., 595 f.; vgl. statt vieler Gomez v. Buckeye Sugars, 60 F.R.D. 106, bei dem die Identität der Kläger gegenüber den Beklagten geheim blieb.

Im Entwurf zum Scheinvaterregress schlägt die deutsche Bundesregierung vor, den Auskunftsanspruch nur zuzulassen, sofern dies für die Mutter zumutbar sei.⁴¹ Die Regierung bejaht die Zumutbarkeit, «(...) *sofern die Mutter den Scheinvater dennoch zu einer Anerkennung der Vaterschaft veranlasst oder dessen Zweifel an der Abstammung des Kindes durch unzutreffende Angaben aktiv zerstreut hat, (...).*»⁴² Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich in diesem Sinne zu Konstellationen geäussert, in denen ein Auskunftsanspruch gerechtfertigt scheint: Begründet das Verhalten der Mutter gegenüber dem Scheinvater eine Schadenersatzpflicht gemäss § 826 BGB, scheint die Pflicht zur Auskunftserteilung zumutbar.⁴³ Diese Norm regelt die *sittenwidrige vorsätzliche Schädigung* und bildet das deutsche Pendant zu Art. 41 Abs. 2 OR. In beiden Rechtsordnungen sind die Normen auch bei *Eventualvorsatz* anwendbar.⁴⁴ Diese Konstellation dürfte zwar nicht immer, aber dennoch häufig vorliegen, denn die Mutter weiss ja, dass ein anderer Mann als Vater in Frage kommt – die Schädigung des Scheinvaters nimmt sie dadurch im Sinne des *dolus eventualis* in Kauf. Die Ansichten der Regierung und diejenigen des Bundesverfassungsgerichts sind somit deckungsgleich. Die Regierung bejaht die Unzumutbarkeit, «(...) *wenn der Scheinvater die Vaterschaft in Kenntnis des Mehrverkehrs anerkannt oder in sonstiger Weise zu erkennen gegeben hat, dass er die Vaterschaft trotz des Mehrverkehrs und ungeachtet der mutmasslichen Person des Erzeugers annehmen oder aufrechterhalten will.*»⁴⁵ Dies ist der Fall des klassischen *venire contra factum proprium*, den auch das Kondiktionsrecht in Art. 63 Abs. 1 OR vorsieht. Weiter erachtet die Regierung die Auskunftserteilung als unzumutbar, wenn sich die Mutter der Strafverfolgung aussetzen könnte, wofür die Bundesregierung als Beispiel den Inzest oder die Vergewaltigung durch Familienangehörige nennt.⁴⁶ Dieser Fall ist in der Schweiz schon in Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO erfasst: «*Eine dritte Person kann die Mitwirkung verweigern: (a.) zur Feststellung von Tatsachen, die sie oder eine ihr im Sinne von Artikel 165 nahestehende Person der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aussetzen würde; (...).*» Die Frage lautet jetzt, ob die Ansprüche des Scheinvaters gegen den Erzeuger des Kindes unter diese Bestimmung fallen. Eine Kondiktionsforderung fällt meines Erachtens nicht unter die zivilrechtliche Verantwortlichkeit (strittig), da sie unabhängig von einer *Verantwortung oder Schädigung*

⁴¹ Entwurf (Fn. 1), 7 (Entwurf des § 1607 Abs. 4 E-BGB).

⁴² Entwurf (Fn. 1), 20.

⁴³ Urteil des BVerfG 1 BvR 472/14 vom 24. Februar 2015, N 30, in: NJW 2015, 1506.

⁴⁴ MK-WAGNER, § 826 BGB N 27; Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 17, in: NJW 2013, 2108; BEAT SCHÖNENBERGER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 41 OR N 40.

⁴⁵ Entwurf (Fn. 1), 20.

⁴⁶ Entwurf (Fn. 1), 20.

entsteht.⁴⁷ Lebt die Mutter mit dem Erzeuger des Kindes in faktischer Lebensgemeinschaft zusammen (Art. 166 Abs. 1 lit. a i.V.m. 165 Abs. 1 lit. a ZPO), ist das Zeugnisverweigerungsrecht somit aufgrund der abweichenden Meinungen nicht restlos sicher. Das Zeugnisverweigerungsrecht kann sich jedenfalls nicht auf das Faktum des gemeinsamen Kindes abstützen. Art. 166 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 165 Abs. 1 lit. b ZPO gewährt ein Aussageverweigerungsrecht für eine Person, die mit einer Partei gemeinsame Kinder hat. Hier stützt sich die ZPO indes auf den Kindsbegriff des ZGB,⁴⁸ der ein *rechtliches* Kindsverhältnis verlangt.

III. Ansprüche des Scheinvaters

Der Registervater hat nach Beseitigung seiner Vaterschaft einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen das Kind, die Mutter oder den Vater. Denkbar, jedoch mit grösseren Einschränkungen, sind auch Ansprüche aus Delikt oder GoA gegen die Eltern.

A. Keine Subrogation

Art. 289 Abs. 2 ZGB sieht eine Legalzession nur für das Gemeinwesen vor, das den Unterhalt übernimmt. Eine entsprechende Norm für den Scheinvater existiert nicht. Das ist, wie nachfolgend zu zeigen ist, bedauerlich, denn die Kondiktionslösung bedarf einiger Anpassungen, um für den (inzidenten) Scheinvaterregress zu taugen.

B. Kondiktion

Der Anspruch des Scheinvaters aus ungerechtfertigter Bereicherung kann sich gegen das Kind, die Mutter oder gegen den Vater richten.

⁴⁷ A.M. Komm. ZPO-HASENBOHLER, Art. 163 N 10, unter Verweis auf NICOLAS BRACHER, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Diss. Basel 2011 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Band 105, Basel 2011, N 369; zum Begriff der Verantwortung einschränkender PETER HIGI, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/ Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 163 ZPO N 9 und Art. 166 ZPO N 12; vgl. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988, 653.

⁴⁸ HIGI (Fn. 47), Art. 165 ZPO N 11; HASENBOHLER (Fn. 47), Art. 165 ZPO N 12.

Gegenüber dem *Kind* hat der Scheinvater eine nicht geschuldete Leistung erbracht (Art. 62 Abs. 2 OR). Da die Anfechtung die Vaterschaft *ex tunc* beseitigt,⁴⁹ entbehrt die Leistung des Unterhalts *ab initio* einer *causa*. Der Konditionsgläubiger muss somit auch seinen Irrtum beweisen (Art. 63 Abs. 1 OR).⁵⁰ Die Kondition gegenüber dem Kind dürfte in den meisten Fällen aussichtslos sein, da das Kind sich auf die gutgläubige Entäusserung der Bereicherung berufen kann (Art. 64 OR). Eigentlich wären der gute oder böse Glaube des Vertreters massgebend, also des Scheinvaters oder der Mutter, die um die fragwürdige Vaterschaft wissen musste und deshalb bei der Verwendung des Unterhalts nicht gutgläubig sein kann (Art. 3 Abs. 2 ZGB), doch rechtfertigt sich hier eine Ausnahme.⁵¹

Ein Bereicherungsanspruch besteht gegen den wirklichen *Vater*, denn dieser hat durch die Leistung des Scheinvaters den Unterhalt gespart (sog. *Ersparnisbereicherung*).⁵² Dasselbe gilt auch für die Mutter, sofern diese bei unbekannter oder geheim gehaltener Vaterschaft allein unterhaltpflichtig ist.⁵³ Dabei stellt sich die Frage nach der Entreicherungseinwendung (Art. 64 OR). Bei der hier vorliegenden Ersparnisbereicherung, die nicht an den Konditionsschuldner, sondern an das Kind geflossen ist, kann es meines Erachtens auf Art. 64 OR und damit auf die Gutgläubigkeit des Erzeugers bei der allfälligen Entäusserung nicht ankommen: Weiss der Erzeuger, dass der Scheinvater für den Unterhalt aufkommt, so fehlt ihm bezüglich der Bereicherungsentäusserung die Gutgläubigkeit. Weiss er es nicht, kann die Ersparnisbereicherung nicht kausal zur Entreicherung stehen,⁵⁴ weil eine andere Person das Geld erhält, nämlich das Kind. Eine unbekannte Ersparnisbereicherung spürt man nicht. Sie kann deshalb auch keine Mehrausgaben verursachen, es sei denn, man bejahe die Vermutung, dass man den Lebensstandard automatisch anpasst,⁵⁵ wie dies bei

⁴⁹ BGE 129 III 646, E. 4.1.

⁵⁰ BGE 129 III 646, E. 3.2.

⁵¹ ARNOLD F. RUSCH, Der entreicherete Bereicherte, ZSR 2013, 563 ff., 569, unter Hinweis auf das Urteil des BGH IVb ZR 571/80 vom 20. Mai 1981, I und II.5, in: NJW 1981, 2183 (vgl. die dort verwendeten Erwägungen der Vorinstanz, auf die der BGH nicht einging – er begründete dies mit der unbedingten Geltung des einmal festgestellten Familienstatus bis zu dessen Beseitigung); vgl. allgemein BK-HOFER, Art. 3 ZGB N 138; vgl. ZK-BAUMANN, Art. 3 ZGB N 37, m.w.H.; vgl. Urteil des BGer vom 29. März 1984, E. 4b, in: SJ 1985, 91; vgl. Urteil des Handelgerichts Zürich vom 17. Oktober 1968, E. 2, in: ZR 1970 Nr. 95.

⁵² BGE 129 III 646 E. 4.3; Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJP 2008, 148, E. 2 (wörtliches Zitat in Fn. 6); BK-HEGNAUER (Fn. 6), Art. 256 ZGB N 127.

⁵³ BK-HEGNAUER, Art. 256 ZGB N 126; Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJP 2008, 148, E. 2 (wörtliches Zitat in Fn. 6); vgl. auch MK-WELLENHOFER, § 1599 BGB N 62.

⁵⁴ RUSCH (Fn. 51), ZSR 2013, 574 f.

⁵⁵ So GEISER (Fn. 7), ZVW 2001, 33.

permanent zu hohen Lohnzahlungen vorkommt.⁵⁶ Diese Analogie ist m.E. nicht nur aufgrund der fehlenden Kausalität abzulehnen, weil sie in praktisch allen Fällen zu einem Ausschluss der Kondiktion führen würde. Die Kondiktionslösung zeigt in diesem Kontext eine Schwäche gegenüber der vorzuziehenden Legalzessionslösung in Deutschland. Dort kann der Erzeuger selbstredend keine Entreicherungseinwendung vorbringen, weil der Anspruch auf einem gesetzlichen Forderungsübergang beruht.

Wer bezahlt, obwohl er weiß, dass er nichts schuldet, oder bezüglich der Schuldhaftigkeit Zweifel hat, verfügt aufgrund des Irrtumserfordernisses in Art. 63 Abs. 1 OR über keinen Bereicherungsanspruch.⁵⁷ *Sperrt dies auch den Kondiktionsanspruch des Scheinvaters?* Zwei Gründe sprechen dagegen. Solange die Vaterschaft rechtlich besteht, kann von einer Nichtschuld noch keine Rede sein. Aufgrund der gesetzlichen und strafbewehrten Unterhaltpflicht⁵⁸ könnte man überdies von einer *unfreiwilligen Leistung* ausgehen, für die keine Kondiktionssperre besteht.

Der Kondiktionsanspruch richtet sich auf die vom Erzeuger ersparten Mittel. Die Verjährung richtet sich nach Art. 67 Abs. 1 OR. Der Anspruch verjährt somit relativ in einem Jahr ab Kenntnis und absolut in zehn Jahren ab Entstehung des Anspruchs. Die absolute Frist lässt sich leicht errechnen. Die Anfechtung beseitigt die Vaterschaft rückwirkend, so dass der Kondiktionsanspruch gleichzeitig mit jeder Zahlung des Scheinvaters an das Kind entsteht und gleichzeitig die Ersparnis beim biologischen Vater auslöst.⁵⁹ Wann aber weiß der Scheinvater von seinem Kondiktionsanspruch? Für den Beginn der relativen Einjahresfrist ist sicher einmal die Kenntnis der Identität des Kondiktionsschuldners vonnöten. Ist für die Kenntnis des Bereicherungsanspruchs die vorgängige Anfechtung des eigenen Vaterschaftsverhältnisses notwendig? Für den ähnlichen Fall der Anfechtung eines Vertrags aufgrund eines Willensmangels ist dies nicht erforderlich: Man kennt den Kondiktionsanspruch somit schon, bevor man ihn durch die Anfechtung rechtlich auslöst.⁶⁰ Dazu passt meine Grundthese, ganz vom Erfordernis der Anfechtung des Kindesverhältnisses abzusehen. Bei der Klage gegenüber der mit dem Scheinvater verheirateten Mutter kommt zusätzlich der Fristenstillstand gemäss Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 OR zur Anwendung.

⁵⁶ Bei zu hohen Lohnzahlungen wäre dies der Fall, weil man die Bereicherung spürt, vgl. RUSCH (Fn. 51), ZSR 2013, 575.

⁵⁷ BGE 129 III 646, E. 3.3; Urteil des BGer 2C_824/2015 vom 21. Juli 2016, E. 3.6.

⁵⁸ Art. 277 Abs. 1 ZGB und Art. 217 StGB.

⁵⁹ A.M. BSK OR I-HUWILER, Art. 67 N 5.

⁶⁰ BGE 82 II 411, E. 9a; a.m. BUCHER (Fn. 47), 700.

C. Einheitliches gesetzliches Schuldverhältnis

Diese Figur haben Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz nur vereinzelt aufgenommen.⁶¹ Hier bestünde das Verhältnis in der gemeinsamen rechtlichen Elternschaft. Sie wäre geeignet, Schadenersatzansprüche gegen die Mutter, nicht aber gegen den Erzeuger zu begründen.⁶² Gestützt darauf wäre es auch denkbar, Auskunftsansprüche der Mutter über die Identität des Erzeugers abzuleiten.⁶³

D. Delikt

Die ältere Lehre hat bei verheirateten Müttern noch einen Deliktsanspruch gegen die Mutter und den wirklichen Vater aus der blosen Tatsache abgeleitet, dass ein Ehebruch stattgefunden hat.⁶⁴ Dagegen hält die Schweizer Rechtsprechung fest, dass die Widerrechtlichkeit nur insoweit bestehe, als der Ehebruch zu einer *Verletzung der Persönlichkeit* führt.⁶⁵ Dies wiederum setzt voraus, dass der Ehemann und Scheinvater durch den Ehebruch wirklich eine Persönlichkeitsverletzung erlitten hat und

⁶¹ Vgl. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 117a; vgl. Urteil des BGer 4C.202/2002 vom 30. Oktober 2002, E. 4.1.

⁶² Vgl. Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 27, in: NJW 2013, 2108, mit den entsprechenden Verdeutlichungen durch MARTIN LÖHNIG/MEIKE PREISNER, Erfreulich klare Worte des BGH – Wegweiser zur Fortentwicklung der gegenwärtigen Familienrechtsdogmatik, NJW 2013, 2080 ff., 2081.

⁶³ Der BGH beruft sich auf die Sonderverbindung zwischen den rechtlichen Eltern, vgl. BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 30 ff., in: NJW 2013, 2108; dazu LÖHNIG/PREISNER (Fn. 62), NJW 2013, 2081.

⁶⁴ BK-HEGNAUER (Fn. 6), Art. 256 ZGB N 128, m.w.H; vgl. in diesem Sinne aber auch das obiter dictum im Urteil des BGer 6S.5/2007 vom 14. März 2007, E. 3.4: «*Le code civil exige cependant toujours, à l'art. 159 al. 3 CC, la fidélité des époux et conçoit ainsi la relation conjugale comme exclusive, pour chaque époux, de rapports semblables ou analogues avec un autre partenaire (...). L'adultère – s'il n'est plus une cause de divorce – reste ainsi un acte illicite.*»; vgl. die Übersicht bei EMIL STARK, Kann ein Dritter wegen Ehestörung zu Genugtuungszahlungen verpflichtet werden? In: Hans Michael Riemer/Hans Ulrich Walder/Peter Weimar (Hrsg.), Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, 515 ff., 518 ff. (zum Persönlichkeitsrecht, dessen Verletzung er verneint, wenn ein Ehepartner an der Störung beteiligt ist) und 526 ff. (zu den übrigen Normen, die eine Widerrechtlichkeit begründen könnten, was STARK verneint); vgl. auch die Übersicht bei Bezirksgericht Rorschach, 17.5.1999, E. 8a, in: FamPra.ch 2000, 108.

⁶⁵ Urteil des Cour de cassation civile NE vom 7. Januar 2008, in: RJD 2008, 148, E. 3 (in casu aber verneint); BGE 109 II 4, E. 2; BGE 84 II 329, E. 1; BGE 78 II 289, E. 2; Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus Ehebruch generell ablehnend INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 50.14.

nicht seinerseits die Ehe gebrochen hat.⁶⁶ Die Rechtsprechung berücksichtigt dabei auch den Zustand der Ehe und die allfällige Tatsache, dass die Initiative zum Ehebruch vom Ehepartner und nicht vom Scheinvater ausging.⁶⁷

Diese Ansätze überzeugen indes nicht richtig, da an einem Ehebruch zwingend stets auch einer der Ehegatten teilnehmen muss. Richtig erscheint deshalb die deutsche Rechtsprechung, die den Vorgang des Ehebruchs als *innereheliches Ereignis* betrachtet, den Vorrang des Ehrechts vor dem Deliktsrecht anerkennt und sämtliche auf das blosse Faktum des Ehebruchs gestützten Deliktsansprüche ablehnt.⁶⁸ Diese Rechtsprechung schliesst Deliktsansprüche nicht nur gegen die Mutter, sondern auch gegen den Erzeuger aus.⁶⁹ Einzig der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich aus dem Jahr 1999 liegt auf dieser Linie.⁷⁰

Anwendbar bleibt indes in jedem Fall das Deliktsrecht, *sofern es sich nicht auf die Ehe als solche abstützt*. Der Schadenersatzanspruch gegen die Mutter lässt sich über den Themenkomplex der Verheimlichung der Nichtvaterschaft gegenüber dem Scheinvater begründen. Die blosse Verheimlichung reicht allerdings kaum aus, da diesbezüglich keine Offenbarungspflicht besteht.⁷¹ Aus diesem Grund lässt sich auch keine Schadenersatzpflicht aus der Rückgriffsvereitelung ableiten, wenn die Mutter jegliche Auskunft über die Identität des Erzeugers verweigert.⁷² Deshalb ist folgerichtig auf die *sittenwidrige vorsätzliche Schädigung* gemäss Art. 41 Abs. 2 OR auszuweichen. Diese liegt vor, wenn die Mutter den Scheinvater zur Anerkennung veranlasst, indem sie ihm versichert, mit ihm eine exklusive Beziehung geführt zu haben⁷³ oder den zweifelnden Mann vor Nachforschungen oder einer Anfechtung des Kindsverhältnisses abhält.⁷⁴ Denkbar bleibt in dieser Konstellation auch die Anwendung des Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 146 StGB.⁷⁵ Beteiligt sich der Erzeuger mit Wissen und Willen an dieser Schädigung, bestehen diese Ansprüche auch gegen ihn.

⁶⁶ Vgl. BK-BREHM, Art. 49 OR N 69; Urteil des Tribunal Cantonal VD, Cour civile, vom 12. Februar 1973, in: SJZ 1973, 378 Nr. 163.

⁶⁷ BGE 84 II 329, E. 2.

⁶⁸ Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 15 f., in: NJW 2013, 2108.

⁶⁹ Urteil des BGH IV b ZR 56/88 vom 19. Dezember 1989, E. 2b, m.w.H., in: NJW 1990, 706; vgl. die weiteren Hinweise bei BENEDIKT WANKE, Schadensersatz für Kindesunterhalt, Diss. Freiburg (Breisgau) 1997 = Schriften zum bürgerlichen Recht, Band 215, Berlin 1998, 210–213.

⁷⁰ Urteil des Bezirksgerichts Rorschach vom 17.5.1999, E. 8a, in: FamPra.ch 2000, 108.

⁷¹ Urteil des BGH XII ZB 412/11 vom 20. Februar 2013, N 17, m.w.H., in: NJW 2013, 2108; WANKE (Fn. 69), 272 f.

⁷² WANKE (Fn. 69), 276.

⁷³ Urteil des OLG Karlsruhe 13 U 45/91 vom 16. Oktober 1991, E. 1, in: NJW-RR 1992, 515.

⁷⁴ Urteil des BGH IVb ZR 584/80 vom 8. April 1981, E. III, in: NJW 1981, 1445; WANKE (Fn. 69), 273 f.

⁷⁵ Vgl. dazu WANKE (Fn. 69), 276 f. und Urteil des BGH IVb ZR 584/80 vom 8. April 1981, E. III, in: NJW 1981, 1445.

E. Geschäftsführung ohne Auftrag

Der Scheinvater erfüllt eine *eigene Schuld*, solange das Kinderverhältnis rechtlich Bestand hat. Dies führt zum Ausschluss der Geschäftsführung ohne Auftrag, weil diese nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der Geschäftsführer ein *fremdes Geschäft* besorgt, und dies mit Wissen und Wollen.⁷⁶ Somit ist die Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann denkbar, wenn eine unbeteiligte Person, zu der kein rechtliches Vaterschaftsverhältnis besteht, die Unterhaltszahlungen des wirklichen Vaters übernimmt.⁷⁷

⁷⁶ ZK-SCHMID, Art. 419 OR N 14, 21; Urteil des AG Wipperfürth 1 (5) C 65/98 vom 20. März 2000, in: FPR 2002, 15, E. 3; Urteil des KG 18 WF 740/99 vom 15. März 1999, in: BeckRS 1999, 13085.

⁷⁷ Vgl. BGE 123 III 161, E. 4c.