

APH 08 241, publiziert im Juli 2008

Entscheid der 1. Zivilkammer des Appellationshofs des Kantons Bern, unter Mitwirkung von
Oberrichterin Pfister Hadorn, Oberrichterin Lüthy-Colomb und Oberrichter Kunz sowie
Kammerschreiberin Wehren

vom 21. Mai 2008

in der Streitsache zwischen

C.

Gesuchsgegner/Appellant

und

B.

vertreten durch Fürsprecher R.

Gesuchstellerin/Appellatin

Regeste:

Art. 264a Abs. 4 ZPO, Weiterziehung eines Entscheids betreffend vorsorgliche Beweisführung

Gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Beweisführung ist grundsätzlich mit Ausnahme der Beschwerde gemäss Art. 374 ZPO kein Rechtsmittel gegeben. Da dem Gesuchsgegner vorliegend im vorinstanzlichen Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt und mit der Vorladung zur DNA-Untersuchung gemäss Art. 264a ZPO sogleich Zwang angedroht bzw. angeordnet wurde, ist in analoger Anwendung von Art. 264a Abs. 4 ZPO die Weiterziehung an den Appellationshof möglich. Mangels Darlegung einer Schädigung der Gesundheit des Gesuchsgegners durch die angeordnete DNA-Untersuchung wurde die Weiterziehung abgewiesen.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Keine.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 9. Mai 2008 (zugestellt am 15. Mai 2008) hiess der Gerichtspräsident X des Gerichtskreises Y das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gut und forderte den Gesuchsgegner gerichtlich auf bzw. lud ihn zur DNA-Untersuchung im Institut für Rechtsmedizin in Bern am Mittwoch, 14. Mai 2008, 09.00 Uhr, vor, unter Androhung der gesetzlichen Konsequenzen von Art. 264a ZPO und Art. 292 StGB (pag. 15 ff.).

Am 14. Mai 2008, mithin noch vor der Zustellung des Entscheids betreffend vorsorgliche Beweisführung an den Gesuchsteller, ordnete der Gerichtspräsident Y des Gerichtskreises X einen polizeilich vorzunehmenden Wangenabstrich, mithin Zwang, an. Diese Anweisung wurde zufolge Weiterziehung mit Verfügung vom 16. Mai 2008 sodann wieder zurückgezogen.

2. Mit Schreiben vom 15. Mai 2008 verlangte der Gesuchsgegner eine Überprüfung des Entscheides durch den Appellationshof gemäss Art. 248 ZPO.
3. Grundsätzlich ist gegen Entscheide bezüglich vorsorgliche Beweisführung mit Ausnahme der Beschwerde gemäss Art. 374 ZPO kein Rechtsmittel gegeben (Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern vom 15. Juni 1990 Nr. 333/II/90; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 2 zu Art. 227-228).

Im Rahmen des Verfahrens um vorsorgliche Beweisführung hat das Gericht in der Regel eine Vernehmlassung der Gegenpartei einzuholen (Art. 224 ZPO). Eine Vernehmlassung wurde im vorliegenden Fall nicht eingeholt. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einholung einer Vernehmlassung, weil damit gerechnet werden müsse, dass der Gesuchsgegner bei Einräumung einer Vernehmlassungsfrist sofort aus der Schweiz ausreisen würde und damit die vorsorgliche Beweisführung, die zeitlich dringlich sei, vereitelt würde (pag. 19).

Da dem Gesuchsgegner vorliegend bisher das rechtliche Gehör nicht gewährt und sogleich Zwang angedroht bzw. angeordnet wurde, ist es sachgerecht, nicht nur die Beschwerde, sondern in analoger Anwendung von Art. 264a Abs. 4 ZPO die Weiterziehung als Rechtsmittel zuzulassen.

Der Gesuchsgegner bezog sich in seinem Schreiben vom 15. Mai 2008 auf Art. 248 ZPO, auf welchen Art. 264a Abs. 4 ZPO ausdrücklich verweist. Seine Eingabe ist daher nicht als Beschwerde, sondern als Weiterziehung im Sinne von Art. 264a Abs. 4 ZPO zu behandeln.

4. Gemäss Art. 264a Abs. 4 i.V.m. Art. 248 ZPO kommt der Weiterziehung die aufschiebende Wirkung zu.
5. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Weiterziehung ist daher einzutreten.

II.

1. Gemäss Art. 264a Abs. 1 ZPO können bei Vaterschaftsklagen sowie bei Klagen auf Anfechtung der Ehelichkeit oder anderen Klagen auf Feststellung des Familienstandes als Beweismittel die Blutuntersuchung und die antropologisch-erbbiologische Begutachtung herangezogen werden. Die Parteien und die als Zeugen angerufenen Dritten haben die vom Richter verfügte Untersuchung zu dulden, sofern nicht der Nachweis erbracht werden kann, dass diese ihre Gesundheit schädigen könnte (Art. 264a Abs. 2 ZPO).

Die Gegenpartei kann sich der vorsorglichen Beweisführung sodann widersetzen, wenn sie sofort nachweist, dass der Beweisführer kein rechtliches Interesse an der Beweisführung hat (Art. 227 Abs. 1 ZGB). Einwände gegen die Zulässigkeit des Beweismittels sind auf den Hauptprozess zu verschieben (Art. 227 Abs. 2 ZGB).

2. In seiner Eingabe vom 15. Mai 2008 bringt der Gesuchsgegner vor, er sei mit dem angefochtenen Entscheid nicht einverstanden, weil eine DNA-Untersuchung in seine Persönlichkeitsrechte eingreife. Da das Kind der Gesuchstellerin noch gar nicht geboren sei, bestehe aus seiner Sicht keine zeitliche Dringlichkeit. Eine DNA-Untersuchung könne später auch an seinem Wohnsitz in den USA durchgeführt werden. Seine Wohnadresse sei der Gesuchstellerin bekannt. Er sei nicht grundsätzlich gegen eine DNA-Untersuchung, doch möchte er sich zuerst noch umfassend rechtlich beraten lassen.
3. Vorab ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner nicht geltend macht, die DNA-Untersuchung könne seine Gesundheit schädigen, sondern nur festhält, es liege ein Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte vor. Ein Abstrich der Wangenschleimhaut oder auch eine Blutuntersuchung stellen einen geringen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte dar. Aus diesem Grund hat der Zeuge oder die Partei die Untersuchung gemäss Art. 264a Abs. 2 ZPO zu dulden, es sei denn, die Untersuchung schädige die Gesundheit. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ein Abstrich der Wangenschleimhaut die Gesundheit des Gesuchsgegners gefährden sollte.

In seiner Eingabe rügt der Gesuchsgegner sodann die zeitliche Dringlichkeit. Die zeitliche Dringlichkeit ist indessen ebenso wenig wie eine Beweisgefährdung eine Voraussetzung für die vorsorgliche Beweisführung, denn mittels vorsorglicher Beweisführung können vorab die Beweis- und Prozessaussichten geklärt werden, ohne dass eine Beweisgefährdung oder zeitliche Dringlichkeit vorliegt (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O. N 1.a zu Art. 222 ZPO).

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin ein rechtliches Interesse an der vorsorglichen Beweisführung hat, da sie aufgrund des Ergebnisses der DNA-Untersuchung ihre Prozesschancen im Prozess um Feststellung der Vaterschaft abschätzen kann und die Beweisführung dadurch erschwert wird, dass der Gesuchsgegner in den USA Wohnsitz zu nehmen gedenkt.

Mangels Darlegung einer Schädigung der Gesundheit des Gesuchsgegners durch die angeordnete Beweismassnahme ist die Weiterziehung als offensichtlich unbegründet abzuweisen. Der Gesuchsgegner hat sich der angeordneten DNA-Untersuchung zu unterziehen.

4. Zusage offensichtlicher Unbegründetheit der Weiterziehung wurde in analoger Anwendung von Art. 308 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Vernehmlassung verzichtet.

III.

(...)

Aus diesen Gründen wird **erkannt**:

1. C. wird gerichtlich aufgefordert und vorgeladen zur DNA-Untersuchung im Institut für Rechtsmedizin in Bern zu erscheinen am: [...]

Sollte C. dieser Vorladung nicht Folge leisten, wird er hiermit ausdrücklich auf die folgenden gesetzlichen Konsequenzen hingewiesen:

Art. 264a ZPO lautet in seinen Abs. 2 – 5 wie folgt:

„² Die Parteien und die als Zeugen angerufenen Dritten haben die vom Richter verfügte Untersuchung zu dulden, sofern nicht der Nachweis erbracht werden kann, dass diese ihre Gesundheit schädigen könnte.

³ Der Richter würdigt die Rechtsfolgen des Verweigerens der Untersuchung nach freiem Ermessen.

⁴ Er kann bei unbegründeter Weigerung Zwang verfügen und insbesondere den sich Weigernden zur Untersuchung vorführen lassen. Seine Verfügung wird, sofern der sich Weigernde es innert 10 Tagen seit der Eröffnung verlangt, vom Appellationshof überprüft. Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach Art 248.

⁵ Vorbehalten bleiben die Straffolgen des Artikels 292 StGB und die Ersatzpflicht des sich Weigernden für den Schaden, den er der beweisbelasteten Partei verursacht.“

Art. 292 StGB lautet wie folgt:

„Wer der von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Haft oder mit Busse bestraft.“

2. (...)

3. (...)

4. (...)

Hinweis:

Entscheid noch nicht rechtskräftig