

Aufsätze

Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht

Eine Neuauflage¹

Andrea Büchler, Prof. Dr. iur., Professorin an der Universität
Zürich



Antonella Schmucki, MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität
Zürich

Stichwörter: *Abstammungsrecht, Entstehung des Kindesverhältnisses, Anfechtung der Elternschaft, Fortpflanzungsmedizin, Rechtsvergleichung, Revision.*

Mots-clés : *Droit de la filiation, établissement de la filiation, contestation de la parenté, procréation médicalement assistée, droit comparé, révision.*

I. Einleitung

Das Abstammungsrecht war lange Zeit getragen von einer ganzen Reihe von Lehrsätzen: Die untrennbare Verknüpfung von Ehe und Elternschaft, die Verbindung von Reproduktion und Sexualität, die naturrechtliche Begründung von Familie, die sichere Mutter und ihre Liebe, der Ehemann als Vater. Doch die gesellschaftliche Entwicklung lässt das Abstammungsrecht nicht unberührt. Veränderungen auf verschiedenen Ebenen haben dazu geführt, dass seit einiger Zeit über die Begründungsmerkmale von Elternschaft neu verhandelt wird. Zu diesen massgebenden Entwicklungen gehören die völkerrechtlich verbürgte Gleichstellung von in einer Ehe geborenen mit ausserehelich geborenen Kindern,² das genetische Wissen,³ die Pluralisierung der Lebensformen⁴ und die Fortschritte im Bereich der medizinisch

assistierten Fortpflanzung.⁵ Insbesondere Letztere fordert die abstammungsrechtlichen Dogmen heraus und bedingt eine intensive Auseinandersetzung mit der abstammungsrechtlichen Gesetzgebung.⁶

Die Spaltung genetischer, biologischer und sozialer Tatbestände, die sich durch die Anwendung moderner Fortpflanzungsmethoden ergeben kann, bedeutet eine grundlegende Erschütterung der Idee der Familie als eine auf «Blutsverwandtschaft» beruhende Gemeinschaft.⁷ Der Veranschaulichung mag ein US-amerikanischer Fall dienen, in dem die erste Gerichtsinstantz zum Schluss kam, das Kind sei elternlos, obwohl sechs potenzielle Elternteile vorhanden waren: Die Wunscheltern hatten eine verheiratete Leihmutter beauftragt, einen Embryo auszutragen, der mit Samen und Eizelle von Spender und Spenderin gezeugt worden war. Die genetischen Eltern waren anonym, die Leihmutter als biologische Mutter und ihr Partner hatten kein Interesse, das Kind als ihr eigenes zu erziehen, und die Wunscheltern waren weder

genetisch noch biologisch mit dem Kind verwandt.⁸ Zwar ist dieser Fall sicherlich auch in den USA aussergewöhnlich, er macht allerdings deutlich, dass die dem traditionellen Kindesrecht zugrunde liegenden rechtlichen Vermutungen auf die Herausforderungen durch gespaltene oder multiple Elternschaft kaum befriedigende Antworten bieten.⁹ Stattdessen erlangt, besonders im Rahmen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren, ein weiteres Begründungsmerkmal für Elternschaft zunehmende Bedeutung: dasjenige der Intention. Intentionaler El-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **3**

ternteil ist jene Person, die intentional die Elternschaft für ein Kind übernimmt, indem sie der Initiierung oder Inanspruchnahme eines Fortpflanzungsverfahrens zustimmt.¹⁰ Die intentionale Übernahme von Verantwortung verspricht nicht nur stabile Beziehungen, sondern dürfte regelmässig auch dem Kindeswohl am besten entsprechen.¹¹

Die grundlegende Frage, ob genetische Gewissheit oder soziale Geborgenheit Bezugspunkt rechtlicher Elternschaft sein soll, beschäftigt auch das Schweizer Abstammungsrecht. Zwar zeichnet sich das schweizerische Recht im Bereich der Fortpflanzungsmedizin durch eine sehr restriktive Regelung aus und verbietet insbesondere Verfahren, die zu einer Spaltung der Mutterschaft führen.¹² Gleichwohl führt die Möglichkeit, hierzulande verbotene fortpflanzungsmedizinische Behandlungen im Ausland in Anspruch zu nehmen, bisweilen dazu, dass die tradierten Abstammungsregeln des Schweizer Rechts die gelebten Familienformen nicht mehr abzubilden vermögen.¹³ Dies wurde unlängst auch vom Gesetzgeber erkannt: Ein Postulat der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates fordert eine Überprüfung des Abstammungsrechts.¹⁴ Auch das Bundesgericht deutete in einigen jüngeren Entscheiden die Revisionsbedürftigkeit des Abstammungsrechts an: In [BGE 144 III 1](#) sprach es dem genetischen Vater des Kindes einer verheirateten Frau neben dem Recht auf die Anfechtung der Vaterschaft auch das Recht auf Kenntnis der Nachkommenschaft mit dem Hinweis auf die rechtliche Stellung des Ehegatten ab.¹⁵ Es wies aber darauf hin, dass es am Gesetzgeber sei, den «eher eng gezogenen Kreis der

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **4**

Anfechtungsberechtigten gemäss [Art 256 ZGB](#) allenfalls auszuweiten.»¹⁶ Sodann betonte das Bundesgericht im Rahmen der Beurteilung einer zu spät erfolgten Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, «zusätzliche Anfechtungsmöglichkeiten zu schaffen, wenn er zur Auffassung gelangen sollte, dass das Abstammungsrecht des ZGB nicht mehr zeitgemäss ist.»¹⁷

Im Rahmen einer Gesamtrevision des Abstammungsrechts stellt sich dem Gesetzgeber eine ganze Reihe von (älteren und neueren) Fragen, die auch für den vorliegenden Beitrag leitend sein sollen: Erstens, wie lässt sich die Gleichstellung ehelicher und ausserehelicher Geburt im Abstammungsrecht verwirklichen? Zweitens, soll es auch die originäre gleichgeschlechtliche Elternschaft geben? Drittens, welche Rolle soll der Intention zur Elternschaft zukommen (über diejenige, die sie im Kontext der Fortpflanzungsmedizin einnimmt, hinaus)? Viertens, sind Korrekturmöglichkeiten einer ersten Eltern-Kind-Zuordnung grosszügig oder im Sinne der Rechtssicherheit eher restriktiv auszugestalten? Fünftens, wie soll multipler Elternschaft Rechnung getragen werden? Um diese abstammungsrechtlichen Fragestellungen zu untersuchen, wird folgender Aufbau gewählt: Zunächst werden die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin überblicksartig dargestellt (II). Anschliessend wird die Abstammung von der Mutter rechtsvergleichend beleuchtet (III). Daran anknüpfend wird die Abstammung vom Vater unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet. Gegenstand bildet zunächst die Abstammung vom Vater, unterschieden danach, ob die Eltern verheiratet oder nicht verheiratet sind (IV.1 und IV.2). Anschliessend wird diskutiert, wie die Vaterschaft

angefochten werden kann (IV.3) und welche Fristen hierfür zu beachten sind (IV.4). Überblicksartig dargestellt werden sodann einzelne ausländische Regelungen mit Bezug auf die Besetzung der zweiten Elternstelle durch eine weitere Frau (die sogenannte «Mit-Mutter», IV.5). Den Abschluss bilden einige grundsätzliche Überlegungen zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (V) und eine zusammenfassende Würdigung der wesentlichen Erkenntnisse (VI). Besonderes Augenmerk wird in jedem Teil auf die Reformbedürftigkeit des schweizerischen Rechts gelegt, wobei auch skizziert werden soll, wie eine sinnvolle und praktikable Neuregelung aussehen könnte (III.5 und IV.6).

Der Beitrag kann nur bestimmten klassischen und zentralen Fragen des Abstammungsrechts nachgehen, und muss einige darüber hinausgehende, aber nicht minder wichtige Anliegen aussparen. Drei dieser Problemkreise, deren abschliessende Bearbeitung im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht möglich ist, die aber bei der Erarbeitung einer neuen Elternschaftskonzeption freilich zu berücksichtigen sind, werden im Folgenden kurz erläutert.

Erstens sind die Begriffe «Abstammung» und «Abstammungsrecht» unserer Ansicht nach überholt. Sie implizieren, dass es nur um Beziehungen zwischen Per-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 5

sonen geht, die genetisch miteinander verwandt sind, was freilich nicht zutrifft. Im vorliegenden Beitrag werden die Begriffe aus Gründen der allgemeinen Verständlichkeit gebraucht. Es wäre aber wünschenswert, *de lege ferenda* an deren Stelle beispielsweise den Begriff der «rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung» oder der «rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung» zu verwenden.¹⁸

Nicht mehr adäquat ist zweitens die Dyade Mutterschaft/Vaterschaft, die dem gesamten traditionellen Abstammungsrecht zugrunde liegt. Sie deutet nicht nur an, dass ein Kind verschiedengeschlechtliche Eltern hat und haben soll, sondern sie wirft insbesondere auch mit Blick auf Transgenderpersonen schwierige Fragen auf.¹⁹ Durch die Möglichkeit der Änderung des registerrechtlichen Geschlechts ohne vorgängige Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit ist es denkbar geworden, dass ein Mann ein Kind zur Welt bringt. Ihm rechtlich Mutterschaft zuzuschreiben würde seiner Geschlechtsidentität nicht gerecht, gleichzeitig entsteht seine Elternschaft aber dadurch, dass er das Kind zur Welt bringt. In der Literatur wird daher vorgeschlagen, gänzlich auf eine Zuteilung der Mutter- und der Vaterrolle zu verzichten und Elternschaft geschlechtsneutral zu definieren, indem das Gesetz nur noch bestimmt, wer «Elter» wird.²⁰ Der vorliegende Beitrag orientiert sich an der traditionellen und geltenden Zuordnungssystematik. Zwar ist eine geschlechtsneutrale Elternschaftskonzeption unbedingt in Erwägung zu ziehen, eine genaue Untersuchung möglicher Ausgestaltungen kann im Rahmen dieses Aufsatzes aber nicht geleistet werden.²¹

Drittens stellt sich die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten, multipler Elternschaft Rechnung zu tragen. Kommt die Fortpflanzungsmedizin zum Einsatz, können mehrere Personen an der Entstehung eines Kindes beteiligt sein. Die Einführung der rechtlichen Mehrelternschaft ist daher nicht mehr nur Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Forschung, sondern hat mittlerweile auch die Rechtspolitik verschiedener Staaten erreicht.²² Besonders in Belgien und in den Niederlanden

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 6

wurde offen darüber nachgedacht, anstelle des Zweielternparadigmas die Mehrelternschaft einzuführen.²³ Der schweizerische Gesetzgeber wird nicht umhinkommen, sich dem Auseinanderfallen der genetischen, biologischen und sozialen Elternschaft ebenfalls zu stellen und die Beziehung weiterer enger Bezugspersonen zum Kind zu regeln. Eine neue Elternschaftskonzeption muss die Vielfalt der Lebensrealitäten spiegeln. Das Kind, seine Beziehungen und das Netz konkurrierender Verantwortungen,

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Gefühle und Loyalitäten müssen als Ausgangspunkt genommen und abgesichert werden.²⁴ Ob eine adäquate Regelung der Mehrelternschaft darin besteht, die Möglichkeit der originären Zuordnung einer Vielzahl von Elternteilen vorzusehen, oder darin, nur einzelne Rechte und Pflichten von Bezugspersonen gegenüber dem Kind festzulegen, ist eine schwierige Frage und kann im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht abschliessend beantwortet werden.

II. Die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin

1. Die rechtliche Entwicklung im ausländischen Vergleich

Mit der Geburt des ersten durch In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer gezeugten Kindes in England im Jahr 1978 wurde zugleich die rechtliche Entwicklung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin eingeleitet. Einige Jahre später erregte ein erster Fall kommerzieller Leihmutterschaft Aufsehen in der britischen Öffentlichkeit. Um die Vermittlung solcher Leihmutterschaften zu verhindern, trat im gleichen Jahr der *Surrogacy Arrangements Act 1985* (SAA 1985) in Kraft. Anschliessend erliess das Vereinigte Königreich mit dem *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (HFEA 1990) eines der ersten europäischen Gesetze, das sich mit der Reproduktionsmedizin umfassend auseinandersetzte.²⁵ Der HFEA 1990 wurde mittlerweile durch den *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (HFEA 2008) ab-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **7**

geändert und teilweise ersetzt.²⁶ Ebenfalls eine Pionierrolle nehmen die USA ein, wo sich die *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*²⁷ Fragen im Zusammenhang mit dem Kindesverhältnis zu durch Leihmutterschaft oder medizinische Fortpflanzungsverfahren geborenen Kindern annahm und mit dem *Uniform Parentage Act 2002* (UPA 2002) erstmals Empfehlungen an die Gliedstaaten formulierte, um USA-weit einheitliche Regelungen anzustreben.²⁸ Der UPA 2002 wurde zwischenzeitlich vom *Uniform Parentage Act 2017* (UPA 2017) abgelöst. Seit den 1990er-Jahren haben überdies zahlreiche weitere Länder Regelungen erlassen, die zum einen die rechtspolitische Frage angehen, welche medizinischen Verfahren überhaupt erlaubt sein sollen, und zum anderen Antworten auf die neuen Rechtsfragen zu geben versuchen, die sich infolge des Einsatzes der Methoden der Fortpflanzungsmedizin stellen.²⁹ Regelungsbedürftig sind insbesondere die Folgen der An-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **8**

wendung einer bestimmten Fortpflanzungsmethode für die rechtliche Zuordnung des Kindes zu den Eltern.

In vielen Staaten verbreitet und zugelassen ist die künstliche Insemination, und zwar sowohl in der Form der homologen Insemination mit dem Samen des Ehemannes oder des Partners wie auch in der Form der heterologen Insemination mit dem Samen eines Dritten, was zu einer Spaltung der genetischen und sozialen Vaterschaft führt.³⁰ Die Methoden der extrakorporalen Befruchtung,³¹ in der Regel mit dem Begriff der «In-vitro-Fertilisation» bezeichnet, sind beim Vorliegen bestimmter, in den verschiedenen Ländern durchaus unterschiedlicher Indikationen ebenfalls erlaubt. Mit der extrakorporalen Befruchtung ist dann auch der Embryotransfer nach erfolgter Befruchtung im Reagenzglas verbunden. Eine neuere Methode ist der Gametentransfer, bei dem die gewonnenen Samen- und Eizellen direkt entweder in den Eileiter oder in den Uterus verbracht werden. Heute ist medizinisch auch die Einpflanzung des Embryos nach einer Fertilisation *in vitro* in den Eileiter machbar (intratubarer Embryotransfer). Und schliesslich ermöglicht die Medizin auch die Zeugung *in vivo* mit einer Ausspülung des Embryos vor dessen Einnistung

zum Austragen in die Gebärmutter einer anderen Frau (Embryo-Lavage).

Je nach Herkunft der Eizelle und des Samens lassen sich verschiedene Konstellationen unterscheiden, wovon einige auch eine Spaltung der Mutterschaft mit sich bringen.³² Eine gespaltene Mutterschaft ergibt sich dann, wenn die Eizelle einer anderen Frau mit dem Spermium des Partners der Wunschmutter befruchtet und die befruchtete Eizelle anschliessend der Wunschmutter eingesetzt wird (Eizellspende). Auch die Embryonenspende führt zu einer gespaltenen Mutterschaft. Dabei wird einer Frau eine fremde, mit fremdem Samen befruchtete Eizelle eingepflanzt. Sowohl bei der Eizell- als auch bei der Embryonenspende ist die Gebärende mit dem Kind genetisch nicht verwandt. Leih- oder Tragemutterschaft liegt schliesslich vor, wenn das Kind nach der Geburt an die Wunscheltern herausgegeben wird.³³ Eine Variante

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **9**

der Leihmutterschaft ist die Ersatzmutterschaft, die traditionelle Form der Leihmutterschaft. Die Ersatzmutter ist Mutter im genetischen und biologischen Sinne. Die Eizellen der Ersatzmutter werden mit den Keimzellen des Wunschvaters, eines Drittspenders oder ihres Partners befruchtet, und sie trägt das Kind mit der Absicht aus, es nach dessen Geburt den Wunscheltern zu überlassen. Erst wenn nach der Geburt das Kind von den Wunscheltern als eigenes angenommen wird, kommt es zur gespaltenen Mutterschaft, in dem Sinne nämlich, dass die soziale Mutter weder die genetische noch die biologische ist.³⁴ Bei der ganz vorherrschenden gestationellen oder austragenden Leihmutterschaft stammt die Eizelle dagegen von der Wunschmutter oder einer Spenderin, das heisst, die Leihmutter trägt ein Kind aus, das genetisch nicht mit ihr verwandt ist.³⁵

In Bezug auf die rechtspolitischen Fragen, welche Verfahren zuzulassen sind und wem sie zur Verfügung stehen sollen, können zwei grundsätzlich konträre gesetzgeberische Herangehensweisen ausgemacht werden.³⁶ Die erste gewichtet die reproduktive Autonomie jeder einzelnen Person hoch,³⁷ die zweite hingegen gibt dem Schutz traditioneller Konzeptionen von Familie und vermuteten Interessen des Kindes Vorrang.³⁸ Die Gesetzgebungen der verschiedenen Länder lassen sich allerdings nicht immer eindeutig einer dieser Gruppen zuordnen, vielmehr vertreten sie zu den einzelnen Fragen verschiedene Positionen, die einmal der einen, einmal der anderen Perspektive zugehörig erscheinen. Ein gewisser Konsens besteht in den kontinentaleuropäischen Ländern jedoch in Bezug auf das Verbot der Embryonenspende und der Leihmutterschaft. Zwar lässt eine wachsende Zahl von Ländern die Eizell- und die Em-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **10**

bryonenspende zu,³⁹ die Leihmutterschaft bleibt indessen in der Regel verboten.⁴⁰ Im Gegensatz dazu wird in zahlreichen Staaten der USA und in England und Wales die Leihmutterschaft seit Beginn der 1980er-Jahre praktiziert und ist so für viele ungewollt kinderlose Paare zu einer erwägenswerten Alternative zur Adoption geworden.⁴¹

2. Die Rechtslage in der Schweiz

Die Schweiz verfolgt heute auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin mit [Art 119 BV](#)⁴² eine im internationalen Vergleich restriktive Politik und begründet diese vornehmlich mit dem Schutz der Familie, der Menschenwürde und den Persönlichkeitsrechten.⁴³ In den Bestimmungen des am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 18. Dezember 1998 wurden die Zulässigkeitsvoraussetzungen

der einzelnen Fortpflanzungsverfahren⁴⁴ statuiert und in einer Verordnung⁴⁵ konkretisiert.⁴⁶ Eine zentrale Voraussetzung ist, dass zwischen dem in Anspruch neh-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **11**

menden Paar und dem Wunschkind ein Kindesverhältnis im Sinne des ZGB entstehen kann.⁴⁷ Folgerichtig verbietet das FMedG die postmortale Verwendung von Keimzellen, imprägnierten Eizellen und Embryonen *in vitro*: Keimzellen⁴⁸ dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, grundsätzlich nicht mehr verwendet werden. Von diesem Verbot ausgenommen sind Samenzellen von Samenspendern.⁴⁹ Imprägnierte Eizellen⁵⁰ sowie Embryonen⁵¹ *in vitro* dürfen nach dem Tod eines Teils des betreffenden Paares ebenfalls nicht mehr verwendet werden.⁵² Darüber hinaus normiert das FMedG für die Schweiz ein klares Verbot der Ei- und der Embryonenspende sowie der Leihmutterchaft⁵³ und somit aller Verfahren, die zu einer Spaltung der Mutterchaft führen.⁵⁴ Daran wird sich in näherer Zukunft kaum etwas ändern, zumal der Nationalrat erst im März 2019 eine Motion ablehnte, die vom Bundesrat verlangen wollte, eine Regelung zu entwerfen, welche die Eizellspende zulässt und ihre Rahmenbedingungen definiert.⁵⁵ Schliesslich ist alleinstehenden Personen und gleichgeschlechtlichen Paaren der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin verwehrt, wobei dieses letzte Verbot im Zusammenhang mit der Initiative «Ehe für alle» zurzeit überprüft wird.⁵⁶

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **12**

III. Abstammung von der Mutter – oder: Besetzung der ersten Elternstelle

1. Allgemeines

Die Mutter-Kind-Beziehung steht am Anfang jeder rechtlichen Betrachtung, denn die Zuordnung zum Vater ist in der Regel nicht denkbar ohne die Feststellung der mütterlichen Abstammung oder zumindest die Kenntnis des Namens der Mutter.⁵⁷ Dies trifft auch für das schweizerische Recht zu: Die Kenntnis der Mutter im Rechtssinne ist Voraussetzung für die Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater.⁵⁸

2. Ausländische Regelungen im Vergleich

Die Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen geht davon aus, die Mutter sei immer gewiss – *mater semper certa est*. Danach ist Mutter kraft Gesetzes die Frau, die das Kind zur Welt bringt.⁵⁹ Damit eng verbunden ist der überwiegend geltende Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Mutterchaft.

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **13**

Im romanischen Rechtskreis galt der Grundsatz *mater semper certa est* traditionell nicht, und die Mutterchaft bedurfte grundsätzlich der Anerkennung oder der gerichtlichen Feststellung.⁶⁰ Dieses Anerkennungssystem ist indessen im Lichte des Rechts auf Familienleben nicht unproblematisch und verliert daher zunehmend an Bedeutung.⁶¹ Im französischen Recht hat sich mittlerweile der Grundsatz durchgesetzt, dass die Geburtsmutter rechtliche Mutter des Kindes ist, und zwar unabhängig davon, ob sie mit dem Kind genetisch verwandt ist.⁶² Allerdings wird das Kind nicht automatisch der Geburtsmutter zugeordnet, sondern nur, wenn die Geburt des Kindes registriert wurde und die Mutter aus der

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Geburtsurkunde hervorgeht.⁶³ Weiterhin im französischen Recht verankert ist der sogenannte *possession d'état*,⁶⁴ gemäss der die Abstammung durch eine tatsächlich gelebte Beziehung zwischen der Frau und dem Kind entstehen kann.⁶⁵ Schliesslich kann die Mutterschaft durch eine Klage des Kindes gegen die Mutter festgestellt werden. Das Kind muss allerdings beweisen, dass es von der angeblichen Mutter geboren wurde.⁶⁶

Eine weitere Besonderheit des französischen Rechts liegt darin, dass die gebärende Frau verlangen kann, dass die Geburt und ihre Identität geheim bleiben

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **14**

(*accouchement sous X*).⁶⁷ Im Sinne des verbesserten Zugangs zu Daten über die eigene Herkunft werden Frauen, die anonym gebären wollen, immerhin⁶⁸ aufgefordert, unter Garantie der Geheimhaltung Angaben zur eigenen Gesundheit und zu derjenigen des Erzeugers, der Herkunft des Kindes und den Umständen seiner Geburt sowie zur eigenen Identität in einem verschlossenen Umschlag zu hinterlegen.⁶⁹ Solange die Geburtsmutter lebt, akzeptiert das französische Recht ihren Wunsch, anonym zu bleiben, gleichwohl umfassend. Ihre Identität wird dem Kind nur offenbart, wenn sie gegenüber dem *Conseil national* ihre Zustimmung dazu gibt. Nach ihrem Tod kann ihre Identität dem Kind mitgeteilt werden, es sei denn, sie habe dies ausdrücklich untersagt.⁷⁰ Die Gesundheitseinrichtungen und sozialen Dienste, welche die Mutter bei der anonymen Geburt begleiten, werden angehalten, nicht identifizierende Informationen zur Gesundheit der Mutter und des Vaters, zur Herkunft des Kindes und zu den Gründen, die dazu führten, dass die Mutter das Kind dem Staat anvertraute, in Erfahrung zu bringen und dem *Conseil national* zur Verfügung zu stellen.⁷¹ Diese Informationen werden dem Kind auf Anfrage zugänglich gemacht.⁷² Anonym geborene Kinder werden unter staatliche Vormundschaft gestellt und zur Adoption freigegeben.⁷³ Während einer Bedenkfrist von zwei Monaten kann die Mutter das Kind indessen ohne jegliche Formalitäten zurücknehmen.⁷⁴ Fordert sie das Kind später zurück, wird eine Interessenabwägung vorgenommen.⁷⁵ Das Institut der *accouchement sous X* wirft freilich Fragen auf zum in internationalen Konventionen verbrieften Recht des Kindes auf Identität und Kenntnis der eigenen Abstammung.⁷⁶

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **15**

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte befand in einem Urteil im Jahr 2003, dass das Institut der *accouchement sous X* mit der Europäischen Menschenrechtskonvention konform sei.⁷⁷ Der französische *Conseil constitutionnel* entschied seinerseits, dass die Artikel L147-6 und L222-6 Code de l'action sociale et des familles, welche die anonyme Geburt regeln, verfassungskonform seien.⁷⁸

Das ursprünglich eher zum romanischen Rechtskreis zugehörige Belgien führte hingegen bereits im Jahr 1987 die Regel *mater semper certa est* nahezu umfassend ein.⁷⁹ Das Kind hat nach belgischem Recht die Person als Mutter, die als solche in der Geburtsurkunde eingetragen ist,⁸⁰ ohne dass eine Anerkennung notwendig wäre. Die auf diese Weise festgestellte mütterliche Abstammung kann angefochten werden, wenn festgestellt wird, dass die in der Geburtsurkunde eingetragene Frau das Kind nicht geboren hat. Die Frist beträgt ein Jahr seit Entdeckung der fehlenden biologischen Mutterschaft. Anfechtungsberechtigt sind das Kind, der Vater, die Frau, die als Mutter in der Urkunde eingetragen ist, sowie die Frau, welche die Mutterschaft beansprucht. Die Anfechtung ist allerdings ausgeschlossen, wenn zwischen dem Kind und der rechtlichen Mutter ein *possession d'état* besteht.⁸¹ Weiterhin vorgesehen ist, dass die Mutter das Kind anerkennen kann, wenn ihr Name entgegen den zivilstandsrechtlichen Vorschriften in der Urkunde nicht angegeben wurde oder gar keine Urkunde existiert.⁸² Ist die Mutter verheiratet und anerkennt sie ein Kind,

das während der Ehe gezeugt oder geboren wurde, muss die Anerkennung der Ehegattin bzw. dem Ehegatten zur Kenntnis gebracht werden. So wird ihr oder ihm die Möglichkeit gegeben, die Elternschaftsvermutung zu widerlegen.⁸³ Auch die durch Anerkennung zustande gekommene Mutterschaft kann durch das Kind, den Vater, die Frau, die das Kind anerkannt hat, und die Frau, welche die Mutterschaft beansprucht, angefochten werden, sofern keine gelebte Mutter-Kind-Beziehung vorliegt.⁸⁴ Die mütterliche Abstammung kann schliesslich auch gerichtlich festgestellt werden.⁸⁵

3. Mutterschaft und Leihmutterschaftsverhältnis

Leihmutterschaftsvereinbarungen stellen eine besondere Herausforderung für die rechtliche Bestimmung der Mutter dar. Der rechtliche Umgang mit Leihmutterschaftsverträgen⁸⁶ gestaltet sich in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich. In den USA sind die Bundesstaaten gespalten in der Frage, ob Leihmutterschaftsverträge den *ordre public* verletzen.⁸⁷ Bisher scheiterten im US-amerikanischen Kongress alle Versuche, Leihmutterschaftsverhältnisse auf Bundesebene zu normieren, sodass die Regelung jedem Bundesstaat selbst überlassen bleibt.⁸⁸ In einzelnen Bundesstaaten sind solche Verträge grundsätzlich nichtig,⁸⁹ in anderen nur diejenigen, die einen kommerziellen Charakter aufweisen.⁹⁰ Eine weitere Gruppe US-amerika-

nischer Bundesstaaten anerkennt Leihmutterschaftsverträge, räumt aber mitunter der Leihmutter ein Anfechtungsrecht ein. In einigen Staaten ist nur die gestationelle Leihmutterschaft zulässig.⁹¹ In vereinzelt Bundesstaaten werden zur Lösung von Fragen, die durch Leihmutterschaft aufgeworfen werden, die traditionellen Familienrechtskonzepte angewendet, das heisst, dass Geburt, Ehe und Genetik eine wichtige Rolle spielen. Dagegen binden insbesondere kalifornische Gerichte Elternschaft vorrangig an die Intention, das Kind in der eigenen Familie zu erziehen.⁹² Der UPA 2017 erachtet vertragliche Vereinbarungen über die Mutterschaft als zulässig, und zwar sowohl in der Form der traditionellen als auch der gestationellen Leihmutterschaft. Allerdings sollen die beiden Leihmutterschaftsformen unterschiedlichen Regelungen folgen.⁹³ Grundlage für jede Leihmutterschaft bildet der Leihmutterschaftsvertrag, der von jedem Wunschelternteil,⁹⁴ der Leihmutter und deren Ehegatte – sofern sie verheiratet ist – zu unterzeichnen ist.⁹⁵ Haben die Parteien einen Vertrag über eine traditionelle Leihmutterschaft geschlossen, muss dieser zusätzlich dem Gericht zur Zustimmung vorgelegt werden, bevor mit der fortpflanzungsmedizinischen Behandlung begonnen wird.⁹⁶ Unterschiedliche Regelungen zwischen der gestationellen und der traditionellen Leihmutterschaft sieht der UPA 2017 sodann mit Bezug auf die Wirkungen des Leihmutterschaftsvertrags vor:⁹⁷ Bei einer gestationellen Leihmutterschaft entsteht zu jedem Wunschelternteil mit der Geburt des Kindes ein Kindesverhältnis.⁹⁸ Grundsätzlich erlangt auch jeder Wunschelternteil, der einen Vertrag über eine traditionelle Leihmutterschaft geschlossen hat, mit der Geburt des Kindes Elternstellung.⁹⁹ Die Leihmutter, die zugleich genetische Mutter des Kindes ist, darf allerdings jederzeit bis zu 72 Stunden seit der Geburt des Kindes den Leihmutterschaftsvertrag widerrufen.¹⁰⁰ Dieses Widerrufsrecht will der spe-

ziellen Situation von traditionellen Leihmutterschaften Rechnung tragen.¹⁰¹ Weiter empfiehlt der UPA 2017, die entgeltliche Leihmutterschaft zuzulassen.¹⁰²

Eine besondere Regelung kennt das Vereinigte Königreich. Bringt eine Frau ein Kind auf Wunsch eines verschieden- oder gleichgeschlechtlichen Paares zur Welt, ist ein Wunschelternteil oder sind beide Wunscheltern auch die genetischen Eltern des Kindes, und lebt das Kind bei den Wunscheltern, so können diese in England und Wales eine sogenannte *parental order* beantragen, die sie als Eltern ausweist.¹⁰³ Seit Kurzem kann auch eine alleinstehende Person mittels einer *parental order* Elter werden.¹⁰⁴ Dies entspricht einer Statusänderung ohne Adoption bzw. einer gerichtlichen Feststellung der genetischen und gleichzeitig sozialen Elternschaft in Fällen, in denen alle Beteiligten dieser zustimmen.¹⁰⁵ Da der SAA 1985 die kommerzielle Leihmutterschaft verbietet, darf das Gericht die *parental order* nur erlassen, wenn es davon überzeugt ist, dass über den Ersatz der notwendigen Auslagen hinaus keine geldwerten Leistungen an die Leihmutter erbracht wurden.¹⁰⁶ Die Rechtskommission von England und Wales sowie die schottische Rechtskommission stiessen vor Kurzem eine Revision der Leihmutterschaftsgesetzgebung an. Unter anderem wird vorgeschlagen, dass erstens die Wunscheltern künftig ab der Geburt des Kindes als rechtliche Eltern gelten, zweitens auf das Erfordernis der genetischen Abstammung von zumindest einem Elternteil verzichtet werden kann, sofern dies medizinisch notwendig ist, und drittens von einer Leihmutter geborene Kinder einfacher Zugang zu Informationen über ihre Abstammung erhalten, indem ein entsprechendes Register geschaffen wird.¹⁰⁷

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **19**

In den romanischen Rechtsordnungen kann das Institut der Mutterschaftsanerkennung in Fällen der Leihmutterschaft allenfalls dazu führen, dass die auftraggebende und genetische anstelle der biologischen Mutter den Status der rechtlichen Mutter erlangt.¹⁰⁸ Voraussetzung ist allerdings, dass die Geburtsmutter anonym geboren hat¹⁰⁹ oder ihr Name nicht in die Geburtsurkunde eingetragen wurde.¹¹⁰ In Frankreich kann aber die Anerkennung insbesondere im Fall der Umgehung der Bestimmungen zur Adoption auch durch die Staatsanwaltschaft angefochten werden.¹¹¹

In zahlreichen weiteren europäischen Ländern sind Verträge, die den Mutterstatus entgegen der gesetzlichen Mutterschaftsvermutung zuweisen, nichtig oder zumindest nicht durchsetzbar.¹¹² Entsprechend schwer tun sich viele europäische Rechtsordnungen mit Fällen der Leihmutterschaft, und ordnen die Mutterstellung regelmässig getreu dem Prinzip *mater semper certa est* der austragenden Frau zu, unabhängig davon, ob sie auch eine genetische Beziehung zum Kind aufweist und eine anderslautende Vereinbarung besteht.¹¹³ Hinzu kommt der weitherum geltende Grundsatz der Unanfechtbarkeit der Mutterschaft. Soll die Elternschaft zugunsten

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **20**

der auftraggebenden Frau verändert werden, muss diese das Kind adoptieren.¹¹⁴ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hielt jüngst fest, das Recht auf Achtung des Privatlebens des Kindes ([Art 8 EMRK](#)) bedinge, dass die Wunschmutter eine Möglichkeit habe, die rechtliche Elternschaft zu erlangen, sofern das Kind mit dem Sperma des Wunschvaters und mit Eizellen einer Spenderin gezeugt und von einer Leihmutter ausgetragen worden sei. Nicht erforderlich sei indessen, dass die Wunschmutter *ab initio* auch als rechtliche Mutter angesehen werde; es genüge, wenn sie diese Stellung nachträglich durch die Adoption des Kindes erlangen könne.¹¹⁵

Die Aussagen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind mit Blick auf das Kindeswohl begrüssenswert, aber unseres Erachtens nicht weitgehend genug. Gerade bei einer Beeinträchtigung des faktischen Familienlebens vor erfolgter Adoption, beispielsweise durch den Tod eines Wunschelternteils, besteht die Gefahr, dass das Kind elternlos wird. Dagegen wären die Ansprüche des Kindes gesichert, wenn bereits im Geburtszeitpunkt ein rechtliches Kindesverhältnis zur Wunschmutter entstehen könnte.¹¹⁶ Daher

wäre es im Sinne des Kindeswohls geboten, die Ausräumung der Mutterschaftsvermutung in besonderen Fällen zuzulassen, wenn erstens alle Beteiligten einverstanden sind und zweitens eine gelebte Beziehung zwischen dem Kind und der als Mutter vermuteten Frau nicht oder nicht mehr besteht. Freilich stellt

sich auch im Zusammenhang mit der gespaltenen Mutterschaft allgemein die Frage, wie rechtlich mit der Tatsache umzugehen ist, dass die Kenntnis der eigenen Abstammung nicht nur für die persönliche Entwicklung von Bedeutung ist, sondern auch einem Recht des Kindes entspricht¹¹⁷ und wie der besonderen Rolle der austragenden Frau und ihrer Beziehung zum Kind gebührend Rechnung getragen werden kann.¹¹⁸

4. Die Rechtslage in der Schweiz

Auch in der Schweiz gilt der Grundsatz *mater semper certa est*.¹¹⁹ Daran vermochten bislang auch die Fortschritte der medizinisch assistierten Fortpflanzung nicht zu rütteln. Das FMedG verbietet die Eizellspende und die Leihmutterschaft, das heisst insgesamt Verfahren, die zur Spaltung in eine genetische und eine biologische Mutter führen würden.¹²⁰ Entsprechende Vereinbarungen – beispielsweise zwischen Leihmutter und Wunscheltern – sind nichtig, da sie den höchstpersönlichen Bereich tangieren und eine übermässige Bindung im Sinne von [Art. 27 Abs 2 ZGB](#) darstellen.¹²¹ Ebenso wenig besteht später die Möglichkeit, die Mutterschaft derjenigen Frau, die das Kind geboren hat, anzufechten, um zur Keimzellenspenderin eine rechtliche Beziehung herstellen zu können.¹²²

In jüngerer Zeit hatte sich das Bundesgericht mit der Abstammung von Kindern zu befassen, die im Ausland rechtmässig von einer Leihmutter geboren wurden.¹²³ Einem Entscheid vom September 2015 lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einer kalifornischen Klinik wurden Zwillinge geboren. Als Eltern wurden in der kalifornischen Geburtsurkunde der schweizerische Antragsteller und die schweizerische Antragstellerin eingetragen, die mit den Kindern genetisch nicht verwandt waren. Das Zivilstandsamt äusserte Zweifel an der Elternschaft der Antragstellenden und lehnte die Anerkennung und Eintragung der Kinder im schweizerischen Personenstandsregister

ab. Die dagegen erhobene Beschwerde ans Obergericht Aargau blieb erfolglos. Das Bundesgericht bestätigte schliesslich die Verweigerung der Eintragung der Zwillinge in das Personenstandsregister und verwies die Wunscheltern auf den Weg der Adoption.¹²⁴ Den Entscheid begründete es mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Leihmutterschaft, welches das Ehepaar bewusst umgangen habe. Die Eintragung der Kindesverhältnisse in das Personenstandsregister verstosse gegen den *ordre public*, wenn die Leihmutterschaft im Ausland durchgeführt wurde, um das schweizerische Verbot zu umgehen, die Rechtswirkungen der Mutterschaft dann aber gleichwohl eingefordert werden.¹²⁵ Dass die Verweigerung der Anerkennung der Kindesverhältnisse zur Elternlosigkeit der Kinder führen kann, was ihre Grundrechte verletzt und insbesondere nicht ihrem Wohl dient, nahm das Bundesgericht hin.¹²⁶

5. Die Mutterschaft de lege ferenda

Unbesehen der Frage, ob in der Schweiz die Eizell-, die Embryonenspende oder die Leihmutterschaft zugelassen werden sollen, besteht mit Bezug auf die Abstammung von der Mutter Klärungsbedarf. Nach hier vertretener Auffassung ist der geltende Grundsatz, dass die gebärende Frau die Mutter des Kindes ist,

beizubehalten, zumal bei der überwiegenden Mehrheit der Geburten die biologische Mutter gleichzeitig die Frau ist, welche die Intention hat, die Mutterschaft zu übernehmen.¹²⁷ Zudem anerkennt der Grundsatz den existenziellen Beitrag der Frau, die das Kind austrägt, und die biologische Beziehung zwischen ihr und dem Kind. Trotzdem scheint es geboten, die Situationen zu regeln, in denen die Wunschmutterschaft und die biologische oder die genetische Mutterschaft auseinanderfallen. Das betrifft zunächst Eizell- und Embryonenspenden. In Anwendung des Grundsatzes *mater semper certa est* bieten diese Fälle in der Regel kaum Probleme, da die Wunschmutter das Kind zur Welt bringt und ihr daher die rechtliche Mutterschaft zukommt, obgleich sie genetisch mit dem Kind nicht verwandt ist.¹²⁸ Auch wenn wohl nicht zwingend erforderlich, wäre es dennoch sinnvoll, festzuschreiben, dass die Mutterschaft nicht an-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **23**

fechtbar ist, sofern die gebärende Frau dem Einsetzen einer fremden Eizelle oder eines Embryos, der mit einer gespendeten Eizelle gezeugt wurde, zugestimmt hat.¹²⁹ Anders gelagert sind Fälle, in denen der Frau, die das Kind ausgetragen hat, ohne ihre Zustimmung oder ohne ihr Wissen Embryonen eingesetzt wurden, die mit fremden Eizellen gezeugt wurden. Ausnahmsweise kann in diesem Fall ein Bedürfnis nach Korrektur der mütterlichen Zuordnung bestehen. Vorzusehen wäre ein Anfechtungsrecht der Frau, die das Kind geboren hat.¹³⁰ Dies entspräche im Übrigen der Anfechtungsmöglichkeit des Ehemannes, sofern das Kind mithilfe einer Samenspende gezeugt wurde: [Art. 256 Abs 3 ZGB](#) schliesst das Klagerecht des Ehemannes aus, sofern dieser der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat. Der Ausschluss bezieht sich aber nicht auf Fälle, in denen die Zeugung in einer Weise herbeigeführt wurde, die von der Zustimmung nicht umfasst war.¹³¹

Abstammungsrechtliche Probleme ergeben sich im Weiteren dann, wenn ein Paar im Ausland eine Leihmutterschaft in Anspruch nimmt. Leihmutterschaftsverhältnisse weisen oftmals eine grenzüberschreitende Komponente auf, daher wäre eine internationale Übereinkunft, die nicht nur regelt, unter welchen Umständen die Abstammung eines Leihmutterschaftskindes anzuerkennen ist, sondern darüber hinaus anstrebt, die involvierten Interessen und Rechte aller Parteien bestmöglich zu wahren, sehr zu begrüssen.¹³² Die Haager Konferenz setzte 2015 eine internationale Expertengruppe ein, die sich mit der Frage befassen sollte, ob ein solches Abkommen betreffend die rechtliche Elternschaft und die grenzüberschreitende Leihmutterschaft sinnvoll und machbar erscheint.¹³³ Die Expertengruppe schlägt zwei Instrumente vor: eines, das sich allgemein mit der Frage der Anerkennung ausländischer Entscheide betreffend die rechtliche Elternschaft befasst, und eines, das spezifisch die Anerkennung ausländischer Entscheide betreffend die Elternschaft von

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **24**

Kindern, die von einer Leihmutter ausgetragen und geboren wurden, regelt.¹³⁴ Nach hier vertretener Auffassung wären überdies Bestimmungen zur Beziehung zwischen der Leihmutter und dem Kind wünschenswert. Denkbar wäre eine Regelung, wonach die Parteien ein Kontaktrecht zwischen der Leihmutter und dem Kind vereinbaren können.¹³⁵ Trotz der Vorteile, die ein internationales Übereinkommen zweifelsfrei mit sich bringen würde, bleibt darauf hinzuweisen, dass eine Praxis, welche die Interessen des Kindes gebührend berücksichtigt, im Rahmen des geltenden (internationalen) Privatrechts bereits weitgehend möglich ist.¹³⁶ Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts wird daher weitherum und unseres Erachtens zu Recht kritisiert.

IV. Abstammung vom Vater – oder: Besetzung der zweiten Elternstelle

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

1. Vaterschaft und Ehe

a) Ausländische Regelungen im Vergleich

In nahezu allen Rechtsordnungen ist in den letzten Jahrzehnten die Unterscheidung zwischen ehelicher und nicht ehelicher Abstammung weitgehend abgeschafft worden, im europäischen Raum zuletzt in Italien mit der Kindesrechtsreform 2013.¹³⁷ Die Ehe der Eltern ist jedoch weiterhin von Bedeutung für die Vermutung der Vaterschaft, denn weit verbreitet ist nach wie vor die Annahme, dass Vater des Kindes ist, wer im Zeitpunkt seiner Geburt mit der Kindsmutter verheiratet ist: *pater est,*

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **25**

*quem nuptiae demonstrant.*¹³⁸ Die Vermutung ist aber seit einiger Zeit erheblichen Veränderungen unterworfen, und zwar sowohl mit Bezug auf ihren Anwendungsbereich, die Möglichkeit ihrer Anfechtung als auch die rechtlichen Hürden für die Feststellung der genetischen Vaterschaft.¹³⁹ Verbesserte Möglichkeiten des Nachweises genetischer Abstammung¹⁴⁰ und die Entstigmatisierung der Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind, erfordern eine Überprüfung der Vermutung, die historisch betrachtet vor allem auch den Schutz der Kinder vor Ausgrenzung zum Zweck hatte.¹⁴¹

Die *Pater-est*-Regel knüpft grundsätzlich an das Bestehen eines formalen Ehebandes zwischen der Kindsmutter und dem Mann zum vermuteten Zeitpunkt der Empfängnis an. Allerdings wurde in jüngerer Zeit der Anwendungsbereich der Vaterschaftsvermutung erheblich eingeschränkt. Die Vaterschaftsvermutung findet zum Beispiel keine Anwendung bei Geburt des Kindes nach Scheidung der Ehe der Eltern¹⁴² oder mehr als 300 Tage nach ihrer Trennung.¹⁴³ Im dänischen Recht entfällt die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes, wenn die Ehegatten im Geburtszeitpunkt in Trennung leben, die Mutter innerhalb der letzten zehn Monate vor der Geburt mit

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **26**

einer anderen Person verheiratet war oder in eingetragener Partnerschaft lebte oder die Ehegatten gemeinsam eine Vaterschaftsfeststellung beantragen.¹⁴⁴ In den USA wird vorgeschlagen, dass im Falle eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens der ehemalige Ehegatte nicht Elternteil des Kindes wird, wenn der Frau die Keimzellen oder Embryonen erst nach Beendigung der Ehe eingesetzt werden; davon abweichende Vereinbarungen sind freilich möglich.¹⁴⁵ Dasselbe gilt, wenn der Ehegatte vor dem Keimzellen- oder Embryotransfer verstirbt.¹⁴⁶ Stirbt der Ehegatte hingegen nach dem Transfer der Keimzellen oder Embryonen, aber vor der Geburt, gilt er als Elternteil.¹⁴⁷ Einen Schritt weiter geht das französische Recht:¹⁴⁸ Danach gilt das Kind trotz bestehender Ehe dann nicht als ehelich, wenn es ohne Nennung des Namens des Ehemannes in das Geburtsregister eingetragen wird, es sei denn, es bestehe eine soziale und psychologische Beziehung im Sinne der Lehre des *possession d'état* zwischen dem Ehemann und dem Kind.¹⁴⁹ Falls die Vaterschaftsvermutung nicht greift, erhält der genetische Vater die Möglichkeit, das Kind anzuerkennen.¹⁵⁰ Damit ist erstens die Empfängnis oder Geburt während der Ehe zwar eine notwendige, nicht aber eine ausreichende Bedingung für die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes, und es liegt zweitens primär in der Hand der Mutter, ob die Vaterschaftsvermutung greift oder nicht.

Im Rahmen der Revision des Abstammungsrechts wird auch in Deutschland über eine Relativierung der Vaterschaftsvermutung nachgedacht. Grundsätzlich soll weiterhin der Mann, der mit der Mutter im Geburtszeitpunkt verheiratet ist, als Vater des Kindes gelten.¹⁵¹ Allerdings soll von dieser Vermutung einvernehmlich abgewichen werden können, sofern ein anderer Mann die Vaterschaft mit Zustimmung der

Mutter und des mit der Mutter im Geburtszeitpunkt verheirateten Mannes anerkennt (sogenannte Dreier-Erklärung).¹⁵² Voraussetzung ist, dass die Anerkennung vor oder innerhalb von acht Wochen seit der Geburt oder innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft der Scheidung, sofern der Scheidungsantrag im Geburtszeitpunkt anhängig war, erfolgt.¹⁵³ Diese Regelung soll Konstellationen Rechnung tragen, in denen die Ehegatten seit längerem getrennt leben und die Frau ein Kind mit ihrem neuen Partner erwartet.¹⁵⁴ Die rechtliche Vaterschaft soll ohne zeit- und kostenaufwendiges gerichtliches Verfahren dem Mann zugeordnet werden können, von dem aufgrund der Anerkennung erwartet werden kann, dass er genetischer Vater des Kin-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **27**

des ist oder in dessen Zeugung mithilfe ärztlich unterstützter Fortpflanzung eingewilligt hat und die elterliche Verantwortung übernehmen will.¹⁵⁵

b) Rechtslage in der Schweiz

Das Kindesverhältnis zum Vater entsteht in der Schweiz von Gesetzes wegen kraft Ehe zur Mutter;¹⁵⁶ ist die Mutter nicht verheiratet oder wurde die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes erfolgreich angefochten, so wird die Vaterschaft im Wege der Anerkennung oder der Klage hergestellt.¹⁵⁷ Das heisst, dass das Schweizer Recht zwischen der Vaterschaft des Ehemannes und der Vaterschaft des nicht mit der Mutter verheirateten Mannes unterscheidet.

Ist die Mutter verheiratet, so gilt ihr Ehemann als Vater des Kindes.¹⁵⁸ Die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter gilt auch im Falle medizinisch assistierter Zeugung.¹⁵⁹ Sie setzt lediglich voraus, dass zum Zeitpunkt der Geburt die Ehe formell besteht. Auf die Wahrscheinlichkeit, dass der Ehemann der Erzeuger des Kindes ist, kommt es nicht an. Weder wird ein faktisches Zusammenleben der Ehepartner verlangt, noch kann eine gerichtliche Trennung, spätere Scheidung¹⁶⁰ oder gar Ungültigerklärung der Ehe die gesetzliche Vermutung zu Fall bringen.¹⁶¹ Selbst eine Scheinehe begründet die Vaterschaftsvermutung, wenn während ihrer Dauer ein Kind geboren wird.¹⁶² Die Vaterschaftsvermutung entfällt allerdings rückwirkend, wenn die Ehe für ungültig erklärt wird, weil sie dazu diene, die Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern zu umgehen.¹⁶³ Diese unbefristet mögliche *ex lege* Auflösung des Kindesver-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **28**

hältnisses lässt sich mit dem Kindeswohl jedoch nicht vereinbaren, wenn sie eine gelebte Vater-Kind-Beziehung unberücksichtigt lässt.¹⁶⁴ Die Vaterschaftsvermutung endet mit der Scheidung bzw. Ungültigerklärung der Ehe.¹⁶⁵ Bei Geburt des Kindes nach dem Tod des Ehemannes gilt die Vaterschaftsvermutung fort, wenn der Ehemann bis maximal 300 Tage vor der Geburt verstorben ist.¹⁶⁶

Die im schweizerischen Recht äusserst konsequent angewandte *Pater-est*-Regel wirft insofern Fragen auf, als sie allein an das Eheband als rein formalen Tatbestand anknüpft, ohne auf irgendwelche der gesetzlichen Vermutung widersprechende tatsächliche Gegebenheiten Rücksicht zu nehmen, wie beispielsweise eine faktische Trennung der Ehegatten oder eine Lebensgemeinschaft der Mutter mit einem anderen Mann.¹⁶⁷

2. Vaterschaft ohne Ehe

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

a) Ausländische Regelungen im Vergleich

Die verbleibenden Unterschiede zwischen ehelichen und nicht ehelichen Kindern betreffen die Begründung der Vaterschaft. In der Regel muss die Vaterschaft ausserhalb der Ehe im Wege der Anerkennung oder der Klage hergestellt werden. Allerdings kennen vereinzelte ausländische Rechtsordnungen neben der Vaterschaftsvermutung für den Ehemann der Mutter auch eine Vaterschaftsvermutung für den mit der Mutter in nicht ehelicher Gemeinschaft zusammenlebenden Mann.¹⁶⁸ Hervorzuheben ist Frankreich, wo eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung im Sinne des *possession d'état* gleich wie die Anerkennung oder die gerichtliche Feststellung der Begründung nicht ehelicher Elternschaft dient. Rechtliche Bedeutung kommt dem *possession d'état* allerdings erst zu, wenn er öffentlich beurkundet oder gerichtlich bestätigt wurde.¹⁶⁹ Die Zuordnung aufgrund eines *possession d'état* führt allerdings

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 29

dann zu Schwierigkeiten, wenn sich mehrere potenzielle Väter bei der Geburt des Kindes um die rechtliche Vaterschaft streiten, da zu diesem Zeitpunkt noch keine gelebte Vater-Kind-Beziehung vorliegt.¹⁷⁰

In der Frage der Anerkennung und der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung können im europäischen Raum im Wesentlichen drei Modelle unterschieden werden: erstens die freiwillige und von der Zustimmung der Mutter unabhängige Anerkennung durch den Vater nach dem französischen Recht,¹⁷¹ zweitens die Feststellung der Vaterschaft als staatliche Pflicht nach dem Recht der nordischen Länder¹⁷² und drittens die an bestimmte Voraussetzungen wie die Zustimmung der Mutter gebundene Anerkennung nach den übrigen Rechtsordnungen.¹⁷³ Die verschiedenen Modelle haben durch Reformen eine gewisse gegenseitige Annäherung erfahren.

Nahezu alle Rechtsordnungen kennen die Anerkennung als eine formbedürftige, unwiderrufliche Willenserklärung des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters zur Begründung des Kindesverhältnisses,¹⁷⁴ die durch öffentliche Beurkundung oder als Erklärung gegenüber bestimmten Behörden erfolgt.¹⁷⁵ Im Sinne einer neueren Entwicklung verlangt eine ganze Reihe von Rechtsordnungen zur Stärkung der Rechtsstellung des Kindes seine Zustimmung, sofern es urteilsfähig ist,¹⁷⁶ und wäh-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 30

rend der Minderjährigkeit des Kindes diejenige der Mutter.¹⁷⁷ Werden die Zustimmungen verweigert oder ist die Mutter urteilsunfähig, verstorben oder unbekannt, so kann beispielsweise nach belgischem Recht das Gericht die Anerkennung nur gutheissen, wenn sie den Kindesinteressen nicht entgegensteht und der Anerkennende mit Sicherheit der Vater ist.¹⁷⁸ Im Gegensatz dazu ist in Frankreich die Anerkennung eine streng einseitige Rechtshandlung, die an keinerlei Voraussetzungen geknüpft ist, wobei Mutter und Kind die Anerkennung anfechten können.¹⁷⁹

England und Wales kennen kein System der Vaterschaftsanerkennung im kontinentaleuropäischen Sinne. Die Vaterschaft des nicht mit der Mutter verheirateten Mannes wird vermutet, wenn er im Geburtsregister eingetragen ist.¹⁸⁰ Seit dem *Adoption and Children Act 2002* erhält der unverheiratete Mann gar die volle *parental responsibility*, sofern er als Vater des Kindes registriert ist, mit der Mutter eine entsprechende Vereinbarung getroffen oder das Gericht dies angeordnet hat.¹⁸¹ Eine intentionale Vaterschaftszuordnung lassen das englische und walisische Recht sodann zu, wenn das Paar ein heterologes Fortpflanzungsverfahren durch eine lizenzierte Person in Anspruch genommen hat. Voraussetzung ist, dass beide Wunscheltern in das Fortpflanzungsverfahren eingewilligt und sich damit einverstanden erklärt haben, der einwilligende Mann sei als rechtlicher Vater des Kindes anzuse-

hen.¹⁸² Ähnliches gilt in den USA, wo diejenige Person Elternstatus erlangt, die mit der Intention, Elternteil des Kindes zu werden, gemeinsam mit der Mutter in ein Fortpflanzungsverfahren eingewilligt hat.¹⁸³

In vielen Rechtsordnungen können sowohl der mutmassliche genetische Vater¹⁸⁴ wie auch die Mutter¹⁸⁵ auf Feststellung der Vaterschaft klagen. Die Vaterschaftsklage zur Begründung eines Kindesverhältnisses steht darüber hinaus in den meisten Rechtsordnungen dem Kind offen.¹⁸⁶ In einigen Rechtsordnungen ist jedoch bei heterologer Insemination die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ausdrücklich ausgeschlossen.¹⁸⁷

In zweierlei Hinsicht bemerkenswert ist das niederländische Recht. Erstens steht die Vaterschaftsklage nur der Mutter und dem Kind zu und dient damit in erster Linie dazu, Verantwortung von einem Elternteil einzufordern, der sich dieser entziehen will.¹⁸⁸ Zweitens richtet sich die Klage entweder gegen den Erzeuger oder gegen den Lebenspartner der Mutter, der in die Zeugung des Kindes eingewilligt hat. Damit setzt das niederländische Recht die genetische und die soziale Elternschaft gleich.¹⁸⁹

In den skandinavischen Ländern ist eine selbstständige behördliche Vaterschaftsklage vorgesehen, oder zumindest hat die öffentliche Hand das Recht und die Pflicht,

dafür zu sorgen, dass die Vaterschaft – wenn möglich durch Anerkennung, ansonsten durch gerichtliches Urteil – festgestellt wird.¹⁹⁰ Andere Rechtsordnungen hingegen sehen die behördliche Vaterschaftsklage nur für diejenigen Fälle vor, in denen der Staat daran ein finanzielles Interesse hat, weil das Kind unter seiner Fürsorge steht.¹⁹¹

Ganz anders ist hingegen die Rechtslage in den romanischen Rechtsordnungen, die auf dem Prinzip der freiwilligen Anerkennung der Elternschaft beruhen und folgerichtig die Zulassung der Vaterschaftsklage an bestimmte Voraussetzungen knüpfen. In Spanien kann eine Vaterschaftsklage nur zusammen mit einem Minimum an Beweisen für die vorgetragene Sachverhalte eingereicht werden, wozu vor allem auch Abstammungsgutachten gehören.¹⁹² Weigert sich der vermutete Vater unberechtigterweise, an einem Vaterschaftstest mitzuwirken, und liegen weitere Anzeichen für seine Vaterschaft vor, kann das Gericht die Vaterschaft für anerkannt erklären.¹⁹³ In Belgien kann das volljährige Kind die Feststellung der Vaterschaft verhindern, oder die Mutter und das über 12-jährige Kind sowie die Staatsanwaltschaft können geltend machen, die Feststellung der Vaterschaft liege nicht im Kindesinteresse.¹⁹⁴ In Frankreich musste die Klägerin bzw. der Kläger unter altem Recht gewichtige Indizien vorbringen, die auf die Vaterschaft hinwiesen, um überhaupt zum medizinischen Beweis zugelassen zu werden.¹⁹⁵ Mit der Revision wurde dieses Erfordernis fallen gelassen, und dem Kind steht die Vaterschaftsklage nunmehr voraussetzungslos zu.¹⁹⁶

Geradezu konträr zum romanischen Rechtskreis präsentiert sich die Rechtslage in England und Wales, wo jedermann eine Klage auf Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses einleiten kann.¹⁹⁷ Sodann kann die Abstammung inzident festgestellt werden.¹⁹⁸ Dies führt dazu, dass die Feststellung der Abstammung von praktisch je-

der Person in allen möglichen Zivilverfahren verlangt werden kann, sofern die Tatsache der Abstammung

relevant ist.¹⁹⁹ Allerdings entfaltet die Feststellung keine statusrechtliche Wirkung, sondern gilt lediglich *inter partes*.²⁰⁰ Häufig notwendig ist die Klärung der Vaterschaft im Zusammenhang mit der Unterhaltsklage.²⁰¹ Der *Child Support Act 1991* kennt eine ganze Reihe von Sachverhalten, die für die Zwecke des Unterhalts eine Vermutung der Vaterschaft begründen.²⁰² Damit soll eine schnelle Unterhaltsfestsetzung gewährleistet werden.

International kontrovers beurteilt wird die Frage, ob dem vermuteten Vater oder gar dem Kind eine körperliche Untersuchung, ein Bluttest oder eine DNA-Analyse zur Feststellung der Vaterschaft aufgezwungen werden kann.²⁰³ Infolge des Strebens nach Wissen über die genetische Wahrheit wird zunehmend der Einsatz solcher Methoden befürwortet.

Ebenfalls international stark unterschiedlich geregelt wird die Frage, ob der Samenspender Anonymität genießt. Während lange Zeit die Anonymität des Spenders als probates Mittel zur Absicherung des genetischen Vaters gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes gesetzlich garantiert wurde, betonen moderne Regelungen die Interessen des Kindes an der Klärung seiner genetischen Abstammung.²⁰⁴ Der UPA 2017 wurde beispielsweise um Article 9 ergänzt, der Regelungen

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **34**

enthält betreffend das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und auf Zugang zu gesundheitsrelevanten Daten über die Person, von der die Keimzelle stammt. Im Weiteren betonen jüngere Reformen in Schweden das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Einerseits hat das Kind das Recht auf Zugang zu Informationen über den Spender,²⁰⁵ andererseits verpflichtet das schwedische Recht die Eltern, das Kind über die Umstände seiner Zeugung aufzuklären.²⁰⁶

b) Rechtslage in der Schweiz

Ist die Mutter nicht verheiratet, so entsteht nach Schweizer Recht das Kindesverhältnis zum Vater, indem er das Kind anerkennt.²⁰⁷ Die Anerkennung unterliegt materiell nur zwei Voraussetzungen: Erstens muss die Mutter bekannt sein,²⁰⁸ zweitens muss ein väterliches Kindesverhältnis fehlen.²⁰⁹ Hingegen bildet die genetische Vaterschaft keine Voraussetzung für die Anerkennung; auch eine wissentlich unrichtige Anerkennung ist wirksam.²¹⁰ Die Anerkennung ist nach Schweizer Recht auch nicht von der Zustimmung von Mutter und Kind abhängig; sie ist ihnen unter Hinweis auf die Art. 260a–260c ZGB lediglich mitzuteilen.²¹¹

Neben der Anerkennung durch den Mann besteht für die Mutter und das Kind die Möglichkeit, das Kindesverhältnis zum Vater mittels Vaterschaftsklage herbeizuführen.²¹² Die Vaterschaftsklage richtet sich gegen den vermeintlichen Vater.²¹³ Gegen den Samenspender bleibt die Vaterschaftsklage hingegen ausgeschlossen, ausser wenn die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgte, die keine Bewilligung für fortpflanzungsmedizinische Verfahren hatte.²¹⁴

Auch das schweizerische Recht legt viel Wert auf die Feststellung der Vaterschaft. Bis 2014 sah Art. 309 aZGB eine zwingende behördliche Intervention vor, wenn eine

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **35**

unverheiratete Frau ein Kind zur Welt brachte.²¹⁵ Die sogenannte Ausserehelichenbeistandschaft diente der Feststellung der Vaterschaft und der Wahrung des Unterhaltsanspruchs.²¹⁶ Unter geltendem Recht setzt die Anordnung einer Beistandschaft die Gefährdung des Wohls und der Interessen des Kindes voraus.²¹⁷ Davon ist insbesondere nicht auszugehen, wenn die Vaterschaft bereits vorgeburtlich geregelt wird²¹⁸ oder anzunehmen ist, das Kindesverhältnis werde nachgeburtlich innert nützlicher Frist

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

hergestellt.²¹⁹ Wird indessen kein Kindesverhältnis begründet und weigert sich die Mutter, den Namen des Vaters bekannt zu geben, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Kind grundsätzlich ein Beistand bestellt werden, der für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater und die Wahrung der Unterhaltsansprüche zu sorgen hat. Damit soll neben der finanziellen Absicherung des Kindes insbesondere seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung Rechnung getragen werden.²²⁰ Die Kindsmutter hat daher die Identität des Erzeugers grundsätzlich auch dann zu offenbaren, wenn sie eine im Ausland zulässige anonyme Samenspende in Anspruch genommen hat oder das Kind in der Familiengemeinschaft einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft aufwächst.²²¹ In diesem Fall stünde der zweiten Frau zwar die Möglichkeit einer Stiefkindadoption nach [Art. 264 Abs. 1 Ziff 2 und 3 ZGB](#) offen, die originäre Mutterschaft bleibt ihr dagegen verwehrt, was der Intention der Beteiligten widerspricht und damit einen Eingriff in ihre Selbstbestimmung darstellt.²²²

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **36**

3. Anfechtung der Vaterschaft

a) Ausländische Regelungen im Vergleich

Die fehlende genetische Verbindung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind kann in der Regel einzig im Wege der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Die früheren Regelungen, wonach die Ehelichkeitsanfechtung nur beschränkt zulässig war, weil es galt, den Status des Kindes möglichst nicht zu gefährden, sind heute grösstenteils überwunden.²²³ Das Anfechtungsrecht steht primär dem Ehemann selbst zu.²²⁴ In England und Wales hingegen kann die Vaterschaft von allen jederzeit sowohl behauptet wie auch bestritten werden, ein besonderes Verfahren zur Anfechtung der Ehelichkeit gibt es nicht.²²⁵

Wer allerdings der heterologen Insemination zugestimmt hat, kann die Vaterschaft nicht anfechten.²²⁶ Das gilt nicht nur für den Ehemann der Mutter, sondern auch für den mit ihr nicht verheirateten Partner, sofern er das Kind anerkannt hat. Einige Rechtsordnungen gehen im zweiten Fall noch einen Schritt weiter und lassen die Zustimmung zur heterologen Insemination für eine unwiderlegbare Vaterschaftsvermutung genügen.²²⁷ In den USA vermutet Section 705 (a) UPA 2017 die Elternschaft einer Person, deren Ehegattin nach einer künstlichen Befruchtung ein Kind zur Welt bringt, wobei die Person ihre Elternschaft innerhalb von zwei Jahren seit

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **37**

der Geburt des Kindes anfechten kann, wenn sie dem Fortpflanzungsverfahren nicht zugestimmt hat.²²⁸

Darüber hinaus geht die internationale Tendenz klar dahin, die Mutter in Bezug auf das Anfechtungsrecht dem Ehemann gleichzustellen und ihr ein selbstständiges Recht zuzuerkennen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied bereits 1994, dass [Art 8 EMRK](#) ein Anfechtungsrecht der verheirateten Mutter erfordere. Der genetische Vater falle in den Schutzbereich der Familie, und deshalb müsse das Gesetz die Möglichkeit bieten, eine rechtliche Beziehung zwischen dem Kind und seinem Erzeuger zu begründen, wozu ein Anfechtungsrecht der Mutter mit Bezug auf die Vaterschaft des Ehemannes notwendig sein könne.²²⁹ Eine völlige Gleichstellung von Ehemann und Mutter in Bezug auf das Recht, die kraft der Ehe vermutete Vaterschaft anzufechten, sehen mittlerweile beispielsweise das belgische,²³⁰ dänische,²³¹ deutsche,²³² niederländische,²³³ norwegische,²³⁴ das finnische²³⁵ und das US-amerikanische Recht²³⁶ vor. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein gänzlicher Ausschluss der Mutter vom Anfechtungsrecht der Vaterschaft des Ehemannes heute die absolute Ausnahme bildet.²³⁷ Diese

internationale Entwicklung will den Interessen der Mutter, die durch die Vaterschaftsvermutung ebenfalls berührt sind, gebührend Rechnung tragen.

Beim Anfechtungsrecht des Kindes zeigt sich im internationalen Vergleich hingegen kein einheitliches Bild. Unbestritten ist, dass die Kenntnis der eigenen Abstammung ein wesentlicher Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung²³⁸ und des Rechts auf Identität ist.²³⁹ Die deutsche Rechtsprechung anerkannte bereits im Jahr 1989 ein aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung folgendes Interesse, eine nicht

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **38**

den genetischen Tatsachen entsprechende Eltern-Kind-Beziehung aufzulösen.²⁴⁰ Zwischenzeitlich sehen viele ausländische Rechtsordnungen ein Anfechtungsrecht des Kindes vor, weichen indessen in der konkreten Ausgestaltung dieses Rechts voneinander ab: In einigen Rechtsordnungen steht dem Kind ein unbeschränktes Anfechtungsrecht zu.²⁴¹ Andere Rechtsordnungen lassen die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes durch das volljährige Kind unabhängig von der faktischen Familiensituation zumindest befristet zu.²⁴² Nur noch sehr wenige Rechtsordnungen kennen gar kein Anfechtungsrecht des Kindes.²⁴³

Auch ein Anfechtungsrecht des genetischen Vaters setzte sich in einigen ausländischen Rechtsordnungen mittlerweile durch, allerdings unter engen Voraussetzungen, die das Kindeswohl im Fokus haben. In Schweden²⁴⁴ und Norwegen²⁴⁵ kann der genetische Vater das Kind anerkennen, wenn der bisherige rechtliche Vater und die Mutter schriftlich zustimmen. Weiter kann nach norwegischem Recht der genetische Vater die eheliche Vermutung anfechten, ohne an eine Frist gebunden zu sein, was im europäischen Kontext aussergewöhnlich ist.²⁴⁶ Ein Anfechtungsrecht des behaupt-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **39**

teten genetischen Vaters sehen inzwischen beispielsweise auch das dänische,²⁴⁷ italienische,²⁴⁸ kosovarische,²⁴⁹ kroatische²⁵⁰ und das luxemburgische²⁵¹ Recht vor. In Deutschland wurde das Anfechtungsrecht des genetischen Vaters wiederholt intensiv diskutiert. Im Jahr 2004 räumte der Gesetzgeber dem genetischen, aber nicht rechtlichen Vater unter bestimmten Voraussetzungen ein Anfechtungs- und Umgangsrecht ein.²⁵² Die Revision ging zurück auf einen Entscheid des Bundesverfassungsgerichts vom 9. April 2003, das die frühere Regelung, die dem lediglich genetischen Vater keinerlei Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind zuerkannte, als mit Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes unvereinbar erachtete.²⁵³ Der geltende § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB erstreckt die Anfechtungsmöglichkeit auf den genetischen Vater und knüpft diese an drei Tatbestandsvoraussetzungen: Der Anfechtende hat eidesstattlich zu versichern, dass er der Mutter des Kindes in der Empfängniszeit beigewohnt hat; zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater darf keine sozial-familiäre Beziehung bestehen; und der Anfechtende muss genetischer Vater des Kindes sein.²⁵⁴ Eine sozial-familiäre Beziehung wird angenommen, wenn der rechtliche Vater tatsächliche Verantwortung für das Kind trägt, was in der Regel gegeben ist, wenn er mit der Kindsmutter verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.²⁵⁵ Der genetische Vater wird folglich mit seiner Anfechtungsklage erfolglos bleiben, wenn das Kind mit dem rechtlichen Vater und

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **40**

der Mutter eine soziale Familie bildet.²⁵⁶ Das deutsche Recht misst damit, mindestens in diesem Bereich, der sozialen Elternschaft vorrangige Bedeutung zu. Die grundsätzliche Unanfechtbarkeit einer gelebten rechtlichen Vater-Kind-Beziehung erfährt in neueren Gesetzgebungsprojekten allerdings zwei

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Relativierungen: Einerseits wird mit § 1600a Abs. 2 Satz 1 E-BGB vorgeschlagen, dass der mutmassliche genetische Vater die rechtliche Vaterschaft innerhalb von sechs Monaten seit Geburt des Kindes ohne Rücksicht auf eine sozial-familiäre Beziehung soll anfechten können. Zu diesem Zeitpunkt könne der Vater-Kind-Beziehung noch kein entscheidendes Gewicht zukommen. Vielmehr bringe der genetische Vater durch die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft zum Ausdruck, dass er Verantwortung für das Kind übernehmen wolle, weshalb seine genetische Verwandtschaft verbunden mit dem Willen zur Elternschaft dem Kindeswohl am ehesten entspreche.²⁵⁷ Mit § 1600a Abs. 2 Satz 2 E-BGB wird andererseits die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem mutmasslichen genetischen Vater berücksichtigt. Wenn sowohl der rechtliche als auch der mutmassliche genetische Vater zum Kind eine sozial-familiäre Beziehung pflegen, soll künftig eine Bewertung der Qualität dieser Beziehung vorgenommen und «der für das Kind bedeutsameren sozial-familiären Beziehung der Vorzug gegeben werden».²⁵⁸ Auch die romanischen Rechtsordnungen schützen eine bestehende soziale Beziehung.²⁵⁹ Im belgischen Recht können das Kind, der rechtliche Vater, die Mutter und der behauptete genetische Vater die Vaterschaft anfechten, es sei denn, zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater bestehe ein *possession d'état*.²⁶⁰ Der belgische Verfassungsgerichtshof kritisierte in den letzten Jahren allerdings verschiedentlich, dass das belgische Gesetz der *réalité socio-affective* pauschal Vorrang vor der *réalité biologique* einräume und eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht möglich sei.²⁶¹ Stimmen die durch Ehelichkeitsvermutung oder Anerkennung erfolgte rechtliche Zuordnung und der *possession d'état* überein, können im französischen Recht nur das Kind, die Mutter, der rechtliche Va-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **41**

ter sowie der angebliche genetische Vater die Elternschaft anfechten.²⁶² Fallen die rechtliche Elternschaft und der *possession d'état* dagegen auseinander, kann jede Person, die ein Interesse hat, anfechten.²⁶³ Dasselbe gilt, wenn die Elternschaft mittels eines durch *acte de notoriété* bestätigten *possession d'état* hergestellt wurde.²⁶⁴ Das Interesse an der Anfechtung kann materieller oder ideeller Natur sein.²⁶⁵ Zu erwähnen ist schliesslich das Urteil Kroon u.a. gegen die Niederlande des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, nach dem der Ausschluss der Anerkennungsmöglichkeit des genetischen Vaters, solange der Ehemann der Mutter die Vaterschaft nicht anfecht, als Verletzung von [Art 8 EMRK](#) gewertet wurde.²⁶⁶

Die Entwicklung im angloamerikanischen Rechtsraum verlief ähnlich. Die einzelstaatlichen Gesetze bzw. die Rechtsprechung der Mehrzahl der US-amerikanischen Bundesstaaten gewähren heute dem genetischen Vater ein Anfechtungsrecht bzw. das Recht, die eigene Vaterschaft feststellen zu lassen.²⁶⁷ Im englischen und walisischen Recht kann jede Person verlangen, die Vaterschaft eines bestimmten Mannes sei festzustellen.²⁶⁸

Verschiedene ausländische Rechtsordnungen sahen bis vor wenigen Jahren ein subsidiäres Anfechtungsrecht der Eltern oder anderer naher Verwandter des rechtlichen Vaters vor. Dieses Anfechtungsrecht wurde aber in jüngerer Zeit von verschiedenen Staaten abgeschafft.²⁶⁹ In mehreren europäischen Rechtsordnungen haben hingegen gar staatliche Behörden das Recht, die Vaterschaft anzufechten: Im französischen Recht kann die Staatsanwaltschaft (*le ministère public*) die Elternschaft anfechten, wenn die Urkunden Hinweise auf die Unrichtigkeit der Elternschaft enthalten oder

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **42**

die Elternschaft rechtsmissbräuchlich begründet wurde.²⁷⁰ Sodann kommt nach niederländischem Recht der Staatsanwaltschaft (*openbaar ministerie*) ein Anfechtungsrecht zu, wenn die Anerkennung der Vaterschaft gegen die öffentliche Ordnung verstösst.²⁷¹ Dies ist insbesondere bei Schein Anerkennungen der Fall, die aufenthaltsrechtliche Zwecke verfolgen, ohne dass eine genetische Verbindung und die

Absicht, eine Eltern-Kind-Beziehung zu begründen, bestünden.²⁷² Das deutsche Bundesverfassungsgericht stufte hingegen das in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 aBGB vorgesehene behördliche Anfechtungsrecht als verfassungswidrig ein.²⁷³ Die Bestimmung wurde mittlerweile aufgehoben, allerdings fand mit § 1597a BGB eine präventive behördliche Kontrolle von Vaterschaftsanerkennungen Eingang ins Gesetz.²⁷⁴ Die Bestimmung sieht vor, dass die Behörde das Verfahren auszusetzen hat, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegen.²⁷⁵ Die behördliche Anerkennungskontrolle wurde mehrfach kritisiert.²⁷⁶ Es wird insbesondere vorgebracht, dass die Norm ein aufenthaltsrechtliches Problem nicht im Aufenthaltsrecht löse, sondern in systemwidriger Weise das Abstammungsrecht belaste, zumal der Staat durch die neue Regelung in höchstpersönliche Bereiche eingreife.²⁷⁷

Nur noch in wenigen Rechtsordnungen schützt das Abstammungsrecht das Institut der Ehe in besonderer Weise.²⁷⁸ So ist beispielsweise im italienischen Recht der Kreis der Anfechtungsberechtigten bei der Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft wesentlich grösser als bei der Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung.²⁷⁹ Die internationale Tendenz geht jedoch eindeutig dahin, diese Unterschiede zu verringern und die Vaterschaftsanfechtung sowohl in Bezug auf den Kreis der Anfechtungsberechtigten wie auch hinsichtlich der Anfechtungsfristen zu vereinheitlichen.

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **43**

Zahlreiche Rechtsordnungen kennen bereits eine vollständige Gleichbehandlung der Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes und des Anerkennenden, so beispielsweise das deutsche, das norwegische und das niederländische Recht.²⁸⁰

b) Rechtslage in der Schweiz

Je nachdem, ob die Vaterschaft aufgrund der Ehe der Mutter oder aufgrund der Anerkennung vermutet wird, gestalten sich die Anfechtungsregeln des Schweizer Rechts stark unterschiedlich: Die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes kann durch Anfechtung innerhalb bestimmter Fristen ausgeräumt werden.²⁸¹ Der Kreis der Anfechtungsberechtigten ist allerdings ausserordentlich klein: In erster Linie kann der Ehemann selbst seine Vaterschaft anfechten,²⁸² sofern er nicht der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat.²⁸³ Weiter kann das Kind die Vaterschaft des Ehemannes seiner Mutter anfechten, allerdings nur dann, wenn der gemeinsame Haushalt von Mutter und Ehemann während seiner Minderjährigkeit dauerhaft aufgelöst wurde.²⁸⁴ Es hat kein Anfechtungsrecht, wenn es durch heterologe Samenspende gezeugt wurde.²⁸⁵ Nicht anfechtungsberechtigt ist die Mutter, was unter Hinweis auf Gleichheitsaspekte und [Art 8 EMRK](#) kritisiert wird.²⁸⁶ Ebenso wenig kann der genetische Vater des Kindes die Vaterschaft des Ehemannes anfechten, um dann ein rechtliches Verhältnis zwischen sich selbst und dem Kind begründen zu können.²⁸⁷

Die aus der Anerkennung resultierende Vermutung der Vaterschaft ist weit einfacher zu beseitigen als die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes. Alle, die ein ideelles oder materielles Interesse daran haben, können die Anerkennung anfechten.²⁸⁸ Darin liegt ein markanter Unterschied zur Regelung für Kinder verheirateter Eltern. Dort wird das Kindesverhältnis auch dann geschützt, wenn weder eine genetische noch eine soziale Beziehung zwischen Ehemann und Kind besteht, hier kann einer sozial gelebten Beziehung zwischen Anerkennendem und Kind die recht-

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **44**

liche Grundlage ohne Weiteres entzogen werden, wenn sie mit der genetischen nicht korreliert.²⁸⁹ In einem jüngeren Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit der Anfechtung der Anerkennung durch eine

Behörde gemäss [Art 260a ZGB](#). Es bejahte die Aktivlegitimation der Behörden unabhängig von allfälligen entgegenstehenden Kindesinteressen. Zur Begründung führte das Bundesgericht zuerst ins Feld, der Gesetzeswortlaut räume der Heimat- und Wohnsitzgemeinde klarerweise ein bedingungsloses Klagerecht ein.²⁹⁰ Zweitens bleibe für eine Interessenabwägung durch die Gerichte kein Raum, habe doch der Gesetzgeber nach einer Abwägung der öffentlichen Interessen an der Missbrauchsbekämpfung gegenüber den Interessen des Kindes am Fortbestand der Vaterschaft Ersteren den Vorrang eingeräumt.²⁹¹ Drittens hätte die Einschränkung des Klagerechts aus Gründen des Kindeswohls im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen.²⁹² Der Entscheid wurde in der Lehre kritisiert: die Kindesinteressen seien nicht gebührend berücksichtigt worden.²⁹³

4. Klage- und Anfechtungsfristen

a) Ausländische Regelungen im Vergleich

Sowohl die Fristen für die Vaterschaftsklage wie auch die Anfechtungsfristen unterscheiden sich in den ausländischen Rechtsordnungen beträchtlich und variieren auch je nachdem, wer die entsprechenden Klagen erhebt. Parallel zur Ausdehnung des Klagerechts auf einen weiteren Personenkreis sind in den letzten Jahrzehnten in der Tendenz gleichfalls die entsprechenden Fristen verlängert worden.

In vielen ausländischen Rechtsordnungen unterliegt die Vaterschaftsklage des Kindes keiner Befristung.²⁹⁴ Besteht eine zeitliche Begrenzung, so beginnt in der Regel mit Erreichen der Volljährigkeit für das Kind eine neue Frist zu laufen.²⁹⁵ Die

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **45**

Klagemöglichkeit anderer Personen ist meist befristet. In den Niederlanden kann beispielsweise die Mutter innerhalb von fünf Jahren nach der Geburt des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft klagen.²⁹⁶ Wurde die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes nach [Art 313 CC](#) entkräftet, können die Eltern nach französischem Recht einzeln oder gemeinsam während der Minderjährigkeit des Kindes ihre Wiederherstellung beantragen, wenn die Vaterschaft des Ehemannes nachgewiesen werden kann.²⁹⁷ Die Klage auf Feststellung der Vaterschaft ist demgegenüber dem Kind vorbehalten, das eine Frist von zehn Jahren zu wahren hat.²⁹⁸ Solange das Kind minderjährig ist, können die Eltern allerdings in seinem Namen die Klage erheben.²⁹⁹ In Belgien kann während 30 Jahren auf Vaterschaft und Mutterschaft geklagt werden.³⁰⁰

Auch für die Anfechtung sind die Fristen in den betrachteten ausländischen Rechtsordnungen recht uneinheitlich. In den skandinavischen Ländern ist die Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind unbefristet möglich.³⁰¹ Das deutsche Recht sieht für das Anfechtungsrecht von Mutter, Mann und Kind unabhängig vom Entstehungsgrund der Vaterschaft eine zweijährige Frist vor.³⁰² Die Frist beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die anfechtungsberechtigte Person von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen.³⁰³ Im Rahmen der Revision wird vorgeschlagen, die Anfechtungsfrist für das Kind auf drei Jahre zu verlängern und für alle anderen anfechtungsberechtigten Personen auf ein Jahr zu verkürzen.³⁰⁴ Die Verkürzung der Frist sei gerechtfertigt, um die Unsicherheit mit Bezug auf den Fortbestand der Elternschaft zu beschränken, zumal dieser Zustand erhebliche Belastungen für das Kind und die Mutter mit sich bringe.³⁰⁵ Dagegen rechtfertige sich eine Verlängerung der Anfechtungsfrist für das Kind, da dieses genügend Zeit erhalten solle, um die Information, dass die rechtliche Vaterschaft allenfalls nicht mit den genetischen Tatsachen übereinstimme, zu verarbeiten und daraus seine persönlichen Schlüsse zu ziehen. Die mit der Verlängerung der Anfechtungsfrist einhergehende Verlängerung der Unsicherheit stehe dem nicht entgegen, weil das Kind selbst den Schwebezustand

beenden könne.³⁰⁶ Das französische Recht befristet das Anfechtungsrecht des Kindes, der rechtlichen Elternteile sowie der Person, die behauptet, genetischer Eltern-

teil zu sein, auf fünf Jahre, wenn die rechtliche Elternschaft dem *possession d'état* entspricht.³⁰⁷ Fallen der *possession d'état* und die rechtliche Elternstellung dagegen auseinander, ist eine Anfechtung durch jede Person, die daran ein Interesse hat, während zehn Jahren möglich.³⁰⁸ Während zehn Jahren ist die Anfechtung durch jede Person, die ein diesbezügliches Interesse hat, schliesslich möglich, wenn die Abstammung durch einen in einem *acte de notoriété* belegten *possession d'état* hergestellt wurde.³⁰⁹ In den Niederlanden beträgt die Frist für die Mutter und den Ehemann ein Jahr ab Geburt bzw. ab Kenntnis davon, dass er wahrscheinlich nicht der genetische Vater ist. Das Kind hingegen muss binnen dreier Jahre, nachdem ihm die Tatsache bekannt geworden ist, dass der Ehemann seiner Mutter vermutlich nicht sein genetischer Vater ist, die Vaterschaft anfechten. Ist dem Kind die Tatsache während seiner Minderjährigkeit bekannt geworden, so kann es die Vaterschaft bis längstens drei Jahre nach Erreichen der Volljährigkeit anfechten.³¹⁰

b) Rechtslage in der Schweiz

Auch in der Schweiz sind der Vaterschafts- und der Anfechtungsklage Fristen gesetzt. Die Vaterschaftsklage kann von der Mutter innerhalb eines Jahres seit der Geburt, vom Kind spätestens vor Ablauf eines Jahres seit dem Erreichen der Volljährigkeit erhoben werden.³¹¹ Dieselbe Frist gilt für das Kind für die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes³¹² und für die Anfechtung der Anerkennung.³¹³

Die Fristen für die Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes und die Anfechtung der Anerkennung decken sich. Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes kann derselbe innert eines Jahres seit sicherer Kenntnis der Geburt und der Tatsache, dass er nicht der Vater ist, anfechten, spätestens innert fünf Jahren seit der Geburt des Kindes.³¹⁴ Soweit nicht das Kind Kläger ist, gelten dieselben Fristen für die Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung: eine einjährige relative Frist und eine fünfjährige absolute Klagefrist seit der Anerkennung.³¹⁵

In beiden Fällen können sowohl die relativen wie auch die absoluten Fristen wiederhergestellt werden: Die Anfechtungsklage ist zuzulassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldbar ist.³¹⁶ Die Rechtsprechung hat bis anhin

die «wichtigen Gründe» nach einem strengen Massstab beurteilt, scheint nun aber die Tendenz zu zeigen, die Gründe für eine Wiederherstellung der Anfechtungsfrist grosszügiger auszulegen und anerkennt sowohl subjektive wie auch objektive Klagehindernisse als Gründe, welche die Verspätung rechtfertigen können.³¹⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegen wichtige Gründe etwa vor, «wenn der Ehemann bisher keinerlei Veranlassung hatte, an seiner Vaterschaft zu zweifeln; blosser Zweifel, die nicht auf konkreten Anhaltspunkten beruhen, können keine Grundlage der Anfechtungsklage bilden».³¹⁸ Die Frist kann dagegen nicht wiederhergestellt werden, wenn der Kläger damit rechnen musste oder sogar wusste, dass die Mutter in der Empfängniszeit Geschlechtsverkehr mit einem Dritten hatte.³¹⁹ Konnte die Frist wegen Abwesenheit, Krankheit oder Urteilsunfähigkeit nicht gewahrt werden, liegen wichtige Gründe vor.³²⁰ Wenn es um die Frage der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung einer Vaterschaftsklage geht, legt die Rechtsprechung die Voraussetzung des wichtigen Grundes dagegen restriktiv aus.³²¹ Ein wichtiger

Grund liegt beispielsweise vor, wenn die Identität des Vaters dem Kind verheimlicht wurde oder wenn die Mutter und ihr Familienstand im Zeitpunkt der Geburt unbekannt waren.³²²

5. Ausländische Regelungen zur Mit-Mutterschaft im Vergleich

Die fortschreitende Legalisierung der gleichgeschlechtlichen Ehe bzw. die Einführung eheähnlicher Institute für gleichgeschlechtliche Paare hat in den letzten Jahrzehnten zu Anpassungen im Abstammungsrecht geführt. Verschiedene Rechtsordnungen sehen vor, dass die zweite Elternstelle auch von einer Frau («Mit-Mutter»

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **48**

oder «weiterer Elternteil») besetzt werden kann.³²³ Die nationalen Regelungen betreffend die Mit-Mutterschaft weichen stark voneinander ab.³²⁴ In England und Wales wird die weibliche Ehe- oder eingetragene Partnerin der Mutter automatisch Mit-Mutter, wenn sie der Zeugung des Kindes zugestimmt hat und die Zeugung mittels Massnahmen der künstlichen Insemination erfolgt ist.³²⁵ Irrelevant ist, ob die künstliche Insemination medizinisch unterstützt wurde oder ob die gebärende Frau eine Selbstinsemination vorgenommen hat.³²⁶ Sofern das Kind natürlich gezeugt wurde, ist der HFEA 2008 indessen nicht einschlägig und die Zuordnung der zweiten Elternstelle richtet sich nach den Regeln des Common Law.³²⁷ Diese schliessen eine Erweiterung der Elternschaftsvermutung auf die Ehepartnerin der Geburtsmutter jedoch aus, sodass Erstere bei einer natürlichen Zeugung nicht automatisch Mit-Mutter des Kindes wird.³²⁸ Das niederländische Recht sieht eine automatische Zuordnung der Mit-Mutterschaft nur dann vor, wenn erstens die Frau, die das Kind geboren hat, mit der Mit-Mutter in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt oder mit ihr verheiratet ist, und zweitens das Kind durch eine medizinisch unterstützte Samenspende eines anonymen Spenders entstanden ist.³²⁹ In Deutschland wird vorgeschlagen, dass die Mit-Mutterschaft unter denselben Voraussetzungen entstehen soll wie die Vaterschaft, das heisst, Mit-Mutter soll die Frau werden, die mit der Geburtsmutter verheiratet ist, die Mit-Mutterschaft anerkennt oder deren Mit-Mutterschaft gerichtlich festgestellt wird.³³⁰ Irrelevant soll sein, ob das Kind durch natürliche Zeugung, medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder durch private Insemination entstanden ist.³³¹

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **49**

6. Besetzung der zweiten Elternstelle de lege ferenda

a) Vaterschaft *de lege ferenda*

Obwohl im Jahr 1978 mit der Reform des Kindesrechts die rechtliche Gleichstellung von ehelich und ausserehelich geborenen Kindern grundsätzlich verwirklicht wurde, erfährt die Vaterschaft des Ehemannes im schweizerischen Abstammungsrecht immer noch eine Privilegierung. Mag die *Pater-est*-Regel das Bedürfnis der Abstammungsfeststellung in Zeiten vor dem medizinischen Wissen über Genetik befriedigt und auch dem Schutz von Kindern vor Ächtung aufgrund von nicht ehelicher Geburt gedient haben, entfallen heute diese Rechtfertigungsgründe.³³² Es stellt sich daher die Frage, ob die *Pater-est*-Regel beizubehalten ist und inwiefern sie allenfalls zu modifizieren wäre.³³³

Eine Möglichkeit der abstammungsrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nicht ehelicher Geburt läge darin, die Elternschaftsvermutung auf den Mann, der mit der Mutter zusammenlebt, oder auf die

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

eingetragene Partnerin der Mutter auszuweiten. Mit einer solchen Erweiterung der *Pater-est*-Regel würde allerdings, wie Ingeborg Schwenzer zu Recht feststellt, eine Reihe von Folgefragen einhergehen.³³⁴ Insbesondere erscheint es kaum möglich, in generell-abstrakter Weise zu definieren, welche Beziehungen stabil genug sind, um daran die Vermutungsfolge der Vaterschaft zu knüpfen.³³⁵ Aufgrund dieser Schwierigkeiten schlägt Ingeborg Schwenzer vor, die *Pater-est*-Regel aufzugeben und stattdessen das Konzept der intentionalen Elternschaft im Gesetz zu verwirklichen.³³⁶ Dies hat Schwenzer denn auch im Model Family Code konkretisiert. Beim Model Family Code handelt es sich um eine familienrechtliche Musterkodifizierung, welche die Bereiche Partnerschaften, häusliche Gewalt sowie Eltern und Kinder abdeckt. Dabei nimmt er eine globale Perspektive ein und lässt sich von verschiedensten Rechtsordnungen inspirieren. Als Musterkodifizierung ist er freilich unabhängig von den historischen Gegebenheiten eines Staates und kann autonom nach der bestmöglichen, konsistenten Formulierung einer modernen familienrechtlichen Regelung suchen.³³⁷ Nach dem im Model Family Code verwirklichten Konzept der intentionalen Vaterschaft gilt als Vater der Mann, der das Kind anerkennt und damit die Intention kundtut, die Vaterschaft für dieses zu

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **50**

übernehmen.³³⁸ Diese Intention könne durch eine entsprechende Erklärung gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten oder durch die Zustimmung zu einem Fortpflanzungsverfahren geäussert werden.³³⁹ Vorausgesetzt werde, dass die Mutter der Anerkennung zustimme, da sie einerseits am besten darüber Bescheid wisse, wer der genetische Vater des Kindes sei, und andererseits eine gelebte Vater-Kind-Beziehung die Mitarbeit der Mutter erfordere, weshalb die Anerkennung letztlich auch ihre Rechtsstellung berühre.³⁴⁰ Nach hier vertretener Auffassung ist überdies die Zustimmung des Kindes erforderlich, sofern es urteilsfähig ist, denn das Kind ist diejenige Person, die am stärksten von der neu entstehenden rechtlichen Vaterschaft betroffen ist.³⁴¹ Die Vaterschaft vom Willen der beteiligten Personen abhängig zu machen, gewährleistet unseres Erachtens am besten, dass mit der Elternschaft auch die Übernahme von Verantwortung einhergeht.³⁴² Das Konzept der intentionalen Elternschaft ist dem schweizerischen Recht ausserdem keineswegs fremd: Der Ehemann der Mutter kann einer heterologen Insemination zustimmen und wird alsdann *de lege lata* rechtlicher Vater des Kindes, obwohl er mit diesem genetisch nicht verwandt ist.³⁴³ Der nicht mit der Mutter verheiratete Wunschvater muss bereits unter geltendem Recht das Kind anerkennen, um rechtlicher Vater zu werden.³⁴⁴ Die hieraus resultierende Ungleichbehandlung von ehelich und ausserehelich geborenen Kindern ist aufzugeben und für die Entstehung der rechtlichen Vaterschaft unabhängig von Zivilstand vorauszusetzen, dass eine entsprechende Intention kundgetan wird.³⁴⁵

Die Möglichkeit der nachträglichen Korrektur der Vaterschaftszuordnung müsste aber beibehalten werden, wenn die genetischen Tatsachen nicht mit der rechtlichen Vaterschaft übereinstimmen.³⁴⁶ Der Model Family Code schlägt folgende Regelung vor: Die Person, die irrtümlich davon ausgegangen sei, Erzeuger des Kindes zu sein, das Kind, der Erzeuger sowie die Mutter sollen die Elternschaft anfechten können.³⁴⁷

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **51**

Während die Person, die ihre Elternschaft irrtümlicherweise angenommen habe, und das Kind neben der Einhaltung bestimmter Fristen keine weiteren Voraussetzungen erfüllen müssten,³⁴⁸ solle das Anfechtungsrecht des Erzeugers von der Wahrung der Interessen des Kindes abhängen und daher nur unter restriktiven Voraussetzungen möglich sein:³⁴⁹ Erstens müsse die Anfechtung der Elternschaft während der Minderjährigkeit erfolgen.³⁵⁰ Zweitens solle die anfechtende Person die Vaterschaft nur anfechten können, wenn sie gleichzeitig die gerichtliche Feststellung ihrer eigenen Elternschaft beantrage.³⁵¹ Drittens müsse die Anfechtung grundsätzlich innerhalb von sechs Monaten seit der Geburt erfolgen.³⁵² Eine spätere

Anfechtung solle nur möglich sein, wenn zwischen dem Kind und dem Elternteil, dessen Elternschaft in Frage gestellt werde, keine gelebte Beziehung bestehe, wobei eine einjährige Frist ab Entdeckung der fehlenden familiären Beziehung zum rechtlichen Elternteil und der möglichen genetischen Verbindung zur klagenden Person zu wahren sei.³⁵³ Diese Regelung bezwecke den Schutz gewachsener sozialer Beziehungen.³⁵⁴ Einer Person, die wissentlich genetisches Material gespendet habe, solle viertens kein Anfechtungsrecht zukommen.³⁵⁵ Dies sollte nach hier vertretener Auffassung aber nicht nur für einen anerkannten Samenspender gelten, sondern auch für den Mann, der im Rahmen einer privaten Insemination Samen zur Verfügung gestellt hat. Die Intention zur Elternschaft soll nämlich die genetische Zuordnung (nur) dann verdrängen, wenn dies auch dem Willen der Beteiligten entspricht. Davon freilich unberührt bleiben soll der Anspruch des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Nach dem Vorschlag des Model Family Code könne schliesslich die Geburtsmutter die Elternschaft derjenigen Person, die mit ihrer Zustimmung das Kind anerkannt habe, bis zum fünfzehnten Lebensjahr des Kindes anfechten, sofern keine gelebte Eltern-Kind-Beziehung bestehe.³⁵⁶ Sie habe eine einjährige Frist seit Entdeckung der fehlenden

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **52**

Eltern-Kind-Beziehung zu wahren.³⁵⁷ Unseres Erachtens ist allerdings nicht einzusehen, weshalb das Anfechtungsrecht der Geburtsmutter automatisch enden sollte, sobald das Kind das fünfzehnte Lebensjahr erreicht hat. Vielmehr sollte im Einzelfall entschieden werden, ob die Mutter ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Elternschaft des anderen Elters hat. Je älter das Kind wird, desto mehr sollte seine Meinung bei Fragen der Elternschaft freilich berücksichtigt werden. Die vorgeschlagene Regelung, wonach das Kind ab einem gewissen Alter der Anfechtung durch den Erzeuger und durch die Mutter zustimmen müsse, ist daher durchaus zu begrüssen, wobei der Ersatz der Zustimmung durch ein Gericht möglich sein müsste.³⁵⁸ Erfolgt die Vaterschaftszuordnung wie vorgeschlagen durch die Berücksichtigung einer Kombination von intentionalen Elementen und genetischen Tatsachen sehr passgenau, dürften für die Korrektur kurze Fristen ausreichend sein.³⁵⁹ Abzuschaffen ist auf jeden Fall das Anfechtungsrecht der Heimat- und der Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden.

Auch wenn vieles für das Prinzip der intentionalen Elternschaft spricht, gibt es Situationen, in denen die zweite Elternstelle nicht besetzt werden kann.³⁶⁰ Dies ist einerseits der Fall, wenn der Erzeuger seine Vaterschaft nicht anerkennen möchte. Andererseits ist es denkbar, dass die Mutter oder das Kind ihre Zustimmungen zur Kindeserkennung durch den vermeintlichen Erzeuger verweigern. In diesen Fällen müsste es möglich sein, die Elternschaft durch eine gerichtliche Entscheidung herstellen zu lassen.³⁶¹ Nach dem Vorschlag des Model Family Code steht primär dem Kind ein Klagerecht zu, das während seiner Minderjährigkeit vom gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden müsse.³⁶² Der Code sieht vor, dass das Kind ab dem Alter von zwölf Jahren der Klage zustimmen müsse und ab dem Alter von fünfzehn Jahren selbstständig entscheiden könne, ob es die Vaterschaftsklage erheben wolle.³⁶³ Nach hier vertretener Auffassung sollte das Kind sowohl gegen den vermeintlichen Erzeuger auf Feststellung der Vaterschaft als auch gegen die Mutter auf Zustimmung zur Anerkennungserklärung des vermeintlichen Erzeugers unbefristet

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **53**

klagen können.³⁶⁴ Zweitens sieht der Model Family Code ein selbstständiges Klagerecht der Mutter gegen den Erzeuger vor, das jedoch gewissen Beschränkungen unterworfen wird: Einerseits hänge ihr Klagerecht von der Zustimmung des Kindes ab, sobald dieses das zwölfte Lebensjahr erreiche, und es solle enden, sobald das Kind fünfzehn Jahre alt sei. Andererseits wird lediglich ein fünfjähriges Klagerecht vorgesehen, wobei die Frist mit der Geburt des Kindes oder der Kenntnis der Identität des Vaters zu laufen beginne.³⁶⁵

Drittens müsse auch der behauptete Erzeuger die Möglichkeit haben, seine Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen, wenn die Mutter ihre Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung verweigere. Vorgeschlagen wird ein uneingeschränktes Klagerecht des behaupteten Erzeugers.³⁶⁶ Die vorgeschlagenen Klageberechtigungen zugunsten der Mutter und des mutmasslichen Erzeugers sind grundsätzlich zu begrüssen. Nach hier vertretener Auffassung könnte das Klagerecht der Mutter indessen auf eine relativ kurze Frist beschränkt werden, da davon auszugehen ist, dass die Mutter weiss, wer der Erzeuger des Kindes ist.³⁶⁷ Sodann sollte auch das Klagerecht des vermeintlichen Erzeugers befristet werden, und zwar auf eine bestimmte Anzahl Jahre nach Kenntnis von der Existenz des Kindes.³⁶⁸ Beide Fristen sollten jedoch aus wichtigen Gründen wiederhergestellt werden können.³⁶⁹

b) Gleichgeschlechtliche Elternschaft *de lege ferenda*

Mit der Revision des Adoptionsrechts per 1. Januar 2018 wurde ein erster Schritt in Richtung Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Elternschaft getan, indem die Stiefkindadoption durch die gleichgeschlechtliche Partnerin oder den gleichgeschlechtlichen Partner ermöglicht wurde.³⁷⁰ *De lege ferenda* ist darüber hinaus über eine Regelung der originären gleichgeschlechtlichen Elternschaft nachzudenken. Zahlreiche ausländische Rechtsordnungen ermöglichen gleichgeschlechtlichen Paaren die Inanspruchnahme von Fortpflanzungsverfahren und regeln die originäre gleichgeschlechtliche Elternschaft.³⁷¹ In der Schweiz haben gleichgeschlechtliche

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 54

Paare zwar keinen Zugang zur heterologen Insemination,³⁷² was mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot ernstlichen Bedenken begegnet.³⁷³ Da gleichgeschlechtliche Paare vermehrt Fortpflanzungsverfahren im Ausland in Anspruch nehmen, ist gleichgeschlechtliche Elternschaft in der Schweiz dennoch eine Realität, die sich im Recht spiegeln sollte.³⁷⁴ Denkbar wäre eine Regelung, die sich an der Zuordnungssystematik der verschiedengeschlechtlichen Elternschaft orientiert:³⁷⁵ Die erste Elternstelle würde demnach die Frau besetzen, die das Kind gebärt. Die zweite Elternstelle wäre der Partnerin der Mutter nach denselben Regeln zuzuordnen, wie die Elternschaft dem Partner zugeordnet würde. Jedenfalls müsste die Intention zur Elternschaft, die in der Anerkennung oder in der Zustimmung zu einem Fortpflanzungsverfahren ihren Ausdruck findet, auch für die Mit-Mutter zu einer rechtlichen Elternstelle führen.³⁷⁶ Ähnliches sollte mit Bezug auf gleichgeschlechtliche Vaterschaft gelten: Haben zwei Männer im Ausland eine Leihmutterchaft in Anspruch genommen und wurden sie als rechtliche Väter des Kindes eingetragen, wäre die rechtliche Vaterschaft der beiden Männer auch in der Schweiz anzuerkennen.

V. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Verschiedene fortpflanzungsmedizinische Verfahren, so die Samen-, die Eizell- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft, führen zu einer Spaltung in genetische, biologische und soziale Elternschaft, die bisweilen das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung herausfordern kann.³⁷⁷ Aus der allgemeinen Beistandspflicht von [Art 272 ZGB](#) leitet sich die Pflicht der Eltern ab, das Kind über

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 55

seine Entstehungsgeschichte in Kenntnis zu setzen.³⁷⁸ Daneben sollte *de lege ferenda* darüber nachgedacht werden, das Recht des Kindes, seine Abstammung unabhängig von einer Statusklage gerichtlich klären zu lassen, ausdrücklich gesetzlich zu verankern.³⁷⁹

Das Dokument "Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 11.12.2020 auf der Website fampra.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Das FMedG räumt dem volljährigen Kind das Recht ein, beim Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Samenspenders zu verlangen.³⁸⁰ Es kann die entsprechende Auskunft bereits früher erlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran hat.³⁸¹ Der Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung muss unseres Erachtens darüber hinaus auch mit Bezug auf die genetische und biologische Mutter gewahrt werden und umfasst insbesondere auch die Umstände der Geburt. Soweit Informationen über die Eizellspenderin oder die Leihmutter vorhanden sind, sollten diese hinterlegt und dem Kind zugänglich gemacht werden.³⁸² Nicht einzusehen ist allerdings, weshalb das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung grundsätzlich erst dem volljährigen Kind zusteht, zumal es sich dabei um ein höchstpersönliches Recht handelt. Nach hier vertretener Auffassung müsste dem urteilsfähigen Kind ein umfassender Auskunftsanspruch zustehen.³⁸³

VI. Zusammenfassende Würdigung

Das Abstammungsrecht ist von grösster Bedeutung, da es die Regeln für die Entstehung der rechtlich anerkannten Familie enthält. In rechtsvergleichender Sicht wirft es einige Fragen auf, zumal neben den im Wesentlichen auf den Einfluss der internationalen Übereinkommen zurückzuführenden einheitlichen Entwicklungslinien auch gewisse widersprüchliche Tendenzen zu beobachten sind. Die rasanten naturwissenschaftlichen Entwicklungen sind zudem bislang nur teilweise gesetzgeberisch bewältigt. Es bestehen insbesondere grosse Unterschiede zwischen dem angloamerikanischen und dem kontinentaleuropäischen Rechtsraum in Bezug auf den Umgang mit dem medizinisch-technischen Machbaren, wobei gewisse Annäherungen zu beobachten sind. Die Schweiz nimmt im europäischen Kontext nach wie vor eine besonders konservative Haltung ein.

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 56

Weltweit gleichgerichtete gesetzgeberische Entwicklungen zeigen sich vor allem in der Bestrebung, die Unterschiede zwischen ehelichen und nicht ehelichen Kindesverhältnissen, die sich traditionellerweise in der väterlichen Abstammung manifestieren, aufzugeben. Es ist beispielsweise festzustellen, dass die verschiedenen Rechtsordnungen bemüht sind, die Vaterschaftsanerkennung der *Pater-est*-Regel anzunähern. Einerseits wird die *Pater-est*-Regel immer stärker durchbrochen, indem zum einen ihr Anwendungsbereich eingeschränkt wird und zum andern ein immer grösser werdender Personenkreis diese anfechten kann. Andererseits wird die Entstehung des Abstammungsverhältnisses zwischen dem Kind und dem nicht verheirateten Vater erleichtert, erstens durch entsprechende Vermutungen und zweitens durch die Erschwerung der Anfechtung der Anerkennung. Dennoch spielt im Abstammungsrecht die Unterscheidung zwischen ehelichen und nicht ehelichen Geburten nach wie vor eine gewisse Rolle, häufig jedoch einzig aus Praktikabilitätsabwägungen.

Die Konfusion im Abstammungsrecht bezieht sich vor allem auf die Frage, ob die genetische, die biologische oder die soziale Wahrheit Anknüpfungspunkt für die rechtliche Bestimmung der Elternschaft bilden soll. Dabei sind sich teilweise widersprechende Entwicklungen auszumachen: Einerseits gewinnt die auch von den Sozialwissenschaften vertretene Erkenntnis an rechtlicher Bedeutung, dass primär gewachsene und gelebte Eltern-Kind-Beziehungen schützenswert sind – und weniger die formal-biologische Wahrheit. Andererseits ist aber unverkennbar, dass die genetische Wahrheit an Bedeutung gewinnt, nicht zuletzt wegen des grund- und menschenrechtlich verankerten Rechts des Kindes, diese zu kennen.³⁸⁴ Diese Tendenz zeigt sich auch in der Erweiterung der Vaterschaftsanfechtung hinsichtlich des Personenkreises und der Fristen. Von den erwähnten Ländern stellte bereits im Jahr 2003 Norwegen sein Abstammungsrecht auf rein genetische Grundlagen, räumte folglich Kind, Ehemann, Mutter und genetischem Vater ein zeitlich unbeschränktes Anfechtungsrecht ein. Mittlerweile sind die Gesetze weiterer europäischer Staaten diesem Beispiel gefolgt und sehen ein Anfechtungsrecht des genetischen

Vaters vor.

Im rechtsvergleichenden Kontext steht das Schweizer Abstammungskonzept eher einsam da, insbesondere fällt auf, dass das Schweizer Recht der Ehe eine im rechtsvergleichenden Kontext aussergewöhnlich grosse Bedeutung beimisst. Nur verheirateten Paaren stehen heterologe Verfahren der künstlichen Fortpflanzung offen, und die Ehe schützt genetisch unrichtige Zuordnungen, wobei alle, ausser der Ehemann selbst, diese hinzunehmen haben. Damit verharrt die Elternschaftskonzeption des Schweizer Rechts im institutionellen Denken des 19. Jahrhunderts und verschliesst sich dem Wandel familialer Wirklichkeiten. Das Leitbild der natürlichen Einheit biologischer, genetischer und sozialer Elternschaft scheint von ungewöhnlicher Persistenz.³⁸⁵

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **57**

Inkongruenzen zwischen sozialer und genetischer Elternschaft stellen das Abstammungsrecht zweifelsohne vor grosse Herausforderungen. Das Recht wird sich wohl auch in Zukunft in erster Linie am Zweck der Herstellung rechtlicher Elternschaft orientieren müssen, nämlich am Interesse des Kindes, ab seiner Geburt einer Familie anzugehören, die es möglichst verlässlich auf dem weiteren Weg begleitet. Ob die biologische und genetische Verbindung oder die soziale Zusammengehörigkeit mehr Stabilität und Sicherheit verspricht, ist kaum generell zu beantworten. Tatsache ist, dass die biologische und die genetische Elternschaft mit fortschreitender medizinischer Entwicklung keineswegs mehr die – neben der Adoption – einzige Option darstellt. Die intentionale Elternschaft gewinnt zunehmend an Bedeutung als zuverlässige Basis für den rechtlichen Status. Dies korreliert mit einem Verständnis von Elternschaft, das weniger die individuellen Elternrechte, dafür vermehrt die Verantwortung gegenüber dem Kind betont.³⁸⁶

Die Entwicklungen im Abstammungsrecht und insbesondere die Diskussion um die rechtlichen Folgen der Anwendung der Fortpflanzungsmedizin verdeutlichen, dass Elternschaft keine Frage der Natur, sondern vielmehr ein kulturelles Konzept und eine soziale Praxis ist, die einem ständigen Wandel unterliegt. Welche Bedeutung die jeweilige Rechtsordnung zum Beispiel der genetischen Abstammung beimisst, entspricht einer rechtspolitischen Entscheidung, die im Spannungsfeld verschiedener Interessen getroffen wird. Es liegt nahe, in Zukunft über die Idee nachzudenken, auch der multiplen Elternschaft einen rechtlichen Rahmen zu bieten. Ob ein solcher tatsächlich eine Vielzahl rechtlicher Elternteile zulassen muss oder ob er nicht eher darin bestehen sollte, dass auch Personen, denen keine rechtliche Elternschaft zukommt, gegenüber dem Kind Rechte und Pflichten zustehen können, soll hier nicht beantwortet werden. Jedenfalls müssen wir uns dem Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit annehmen und Lösungen suchen, die sowohl der Tatsache Rechnung tragen, dass genetisches Wissen immer unerlässlicher wird als auch der Erkenntnis genügen, dass nicht Gene, sondern Verbindlichkeit und Vertrauen den Stoff bilden, aus dem Beziehungen gemacht sind.³⁸⁷

FamPra.ch 1/2020 | S. 1–58 **58**

Zusammenfassung: *Über Elternschaft wird zurzeit neu verhandelt. Insbesondere die Entwicklungen im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung stellen das Abstammungsrecht laufend vor neue Fragen. Die rechtlichen Antworten auf die gleichförmigen medizintechnischen und gesellschaftlichen Entwicklungen unterscheiden sich in den verschiedenen Rechtsordnungen. Ein rechtsvergleichender Überblick zeigt sowohl die Spannweite der Regelungen wie auch die allgemeinen internationalen Tendenzen auf und positioniert die Schweiz. Besonderes Augenmerk wird auf die laufenden Revisionsarbeiten gelegt, in deren Rahmen der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, teilweise antiquierte Strukturen an die Veränderung der gesellschaftlichen Realitäten anzupassen.*

Résumé: *La parenté fait actuellement l'objet de nouveaux débats. Les développements en matière de procréation médicalement assistée en particulier ne cessent de soulever de nouvelles questions en droit de la filiation. Les réponses juridiques apportées aux développements de la technique médicale et de la société qui évoluent en parallèle diffèrent d'un ordre juridique à l'autre. Un aperçu de droit comparé montre à la fois l'éventail des réglementations et les tendances générales au niveau international et permet de positionner la Suisse. Une attention particulière est accordée aux travaux de révision en cours qui donnent au législateur la possibilité d'adapter des structures partiellement dépassées à l'évolution des réalités sociétales.*

-
- 1 Es handelt sich bei diesem Aufsatz um eine vollständig aktualisierte und erweiterte Neuauflage des Beitrages: «Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht», veröffentlicht in der FamPra.ch 2005, 437 ff. Die Erstauflage dieses Aufsatzes wurde unter Mitarbeit von RA lic. iur. Dagmar Nussbaumer erstellt.
 - 2 Vgl. Art. 2 UN-KRK sowie [Art 14 EMRK](#).
 - 3 Seit gut drei Jahrzehnten ist mit der DNA-Analyse die praktisch sichere Bestimmung der genetischen Vaterschaft möglich.
 - 4 Die Zunahme der Zahl von Trennungen, Scheidungen, Wiederverheiratungen und damit verbunden von Stieffamilien löst die Übereinstimmung von biologischer und sozialer Elternschaft wenigstens teilweise auf. Eine beachtliche Zahl von Kindern teilt den Alltag mit einer Person, die zwar die Funktion eines Elternteils wahrnimmt, aber mit dem Kind genetisch nicht verbunden ist. Im Jahr 2017 lebten 72,9% der Kinder unter 25 Jahren in Erstfamilien, 27,1% der Kinder unter 25 Jahren lebten in Familien mit verschiedenen anderen Lebensformen, BFS, Familienhaushalte mit Kindern unter 25 Jahren, 2017, Diagramm gr-d-01.07.01.01, Stand: 21. Februar 2019.
 - 5 Vgl. zu diesen Entwicklungen Büchler, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, 1175; Cottier, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterchaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: Schwenger/Büchler/Fankhauser (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2014, 3, 4 ff.; zu den Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin Kaiser, Naturwissenschaftliche und ärztliche Grundlagen einer neuen Medizin, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz. Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2014, N 164 ff. (nachfolgend: Kaiser [Fn. 5], Grundlagen).
 - 6 In Deutschland beispielsweise verabschiedete das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im März 2019 einen Diskusstentwurf für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts. Vorgeschlagen wird eine «moderate Fortentwicklung» des Abstammungsrechts «unter Beibehaltung bewährter Elemente» (Diskusstentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 13. März 2019, 1, vgl. auch 18).
 - 7 Vgl. Büchler, AJP 2004, 1175, 1177 f.; ferner Strathern, Kinship, Law and the Unexpected. Relatives Are Always a Surprise, Cambridge 2005, vii; Reuss, Theorie eines Elternschaftsrechts, Berlin 2018, 41 ff., stellt verschiedenste familiäre Lebensformen dar.
 - 8 Vgl. Annas, The Shadowlands: The Regulation of Human Reproduction in the United States, in: Katz/Eekelaar/Maclean (Hrsg.), Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England, Oxford 2000, 143, 156 f. Gegen diese Entscheidung wurde erfolgreich appelliert, und der rechtliche Elternstatus wurde in zweiter Instanz den Wunscheltern zugewiesen, vgl. Buzzanca v. Buzzanca, 61 Cal.App. 4th 1410 (1998).
 - 9 Vgl. Baird, Reproductive Technology and the Evolution of Family Law, (1997–98) 15 C.F.L.Q. 103; Howe, Parenthood in the United States, in: Katz/Eekelaar/Maclean (Hrsg.), Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England, Oxford 2000, 187, 201 ff.; ferner Voigt, Abstammungsrecht 2.0. Ein rechtsvergleichender Reformvorschlag vor dem Hintergrund der Methoden der künstlichen Befruchtung, Diss. Frankfurt am Main 2015, 3 ff.
 - 10 Mit Bezug auf den Vater: Schwenger, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen. Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht» vom August 2013, N 98; ferner Schwenger/Dimsey, Model Family Code. From a Global Perspective, Antwerpen/Oxford 2006, Art. 3.5 und Abschnitt 2 des zugehörigen Kommentars; Rusch, Rechtliche Elternschaft. Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Diss. Zürich, Bern 2009, 159 ff. Mit Bezug auf beide Elternteile siehe Schnyder/Capaul, Elternschaft von Transmenschen, FS Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, 201, 211 ff.
 - 11 Schwenger, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 2007, 705, 722 f.; Röthel, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbig-Lugani/Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen. Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, Berlin/Boston 2019, 129, 137 f., weist darauf hin, dass biologische und intentionale Elternschaft eine Annäherung erfahren haben, zumal Elternschaft «seit den 1970er-Jahren insgesamt geplanter, bedachter und intentionaler» geworden sei und vermehrt in einen Kontext eingebettet werde, in dem sich die betroffene Person bewusst für Elternschaft entscheide.

- 12 Dies sind namentlich die Eizell- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterchaft. Eine verfassungs- und völkerrechtliche Würdigung des Verbots bestimmter Methoden findet sich bei Belser/Jungo, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit. Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, ZSR 2015, 175, 204 ff.
- 13 Das Abstammungsrecht wurde letztmals 1978 revidiert, siehe hierzu AS 1977 237.
- 14 Postulat der Kommission für Rechtsfragen SR, Überprüfung des Abstammungsrechts, 18.3714; bereits im Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), Modernisierung des Familienrechts, März 2015, 37 ff., wurde darauf hingewiesen, dass die gesetzlichen Regelungen im Bereich des Abstammungsrechts einer Überprüfung bedürfen.
- 15 BGE 144 III 1, 6, 8 = FamPra.ch 2018, 534, 538, 539 ff.
- 16 BGE 144 III 1, 6 = FamPra.ch 2018, 534, 539.
- 17 BGer, 10.1.2018, 5A_541/2017, E. 4.3 = FamPra.ch 2018, 529, 534.
- 18 Vgl. zum Ganzen Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Köln 2017, 19. Zu den Prinzipien für die «Eltern-Kind-Zuordnung» a.a.O., 23 ff. Rusch (Fn. 10), 156 f., schlägt den Begriff «Eltern-Kind-Gemeinschaft» vor.
- 19 Schnyder/Capaul, FS Breitschmid, 201, 207 ff., kritisieren die geltende Praxis, wonach die Rolle eines Elternteils sich nach dessen «Fortpflanzungsbeitrag» richte. Aufgrund der Zuordnungssystematik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) müssten Betroffene ihr früheres Geschlecht wiederholt offenlegen, wodurch sie in ihrem Wunschgeschlecht nicht vollständig anerkannt würden.
- 20 Schnyder/Capaul, FS Breitschmid, 201, 213, 216. Nicht ganz so weit gehen Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.4 f., die zwar den Begriff «Elter» verwenden, die Elternschaft aber dennoch der Geburtsmutter und damit einer Frau zuweisen.
- 21 Dieser Thematik widmen Andrea Büchler und Michelle Cottier in der nächsten Ausgabe der FamPra.ch einen eigenen Beitrag.
- 22 Dutta, Mehrelternschaft jenseits der elterlichen Verantwortung – wenn ja, mit welchen Rechtsfolgen?, FS Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, 131, 132, mit zahlreichen Nachweisen; siehe ferner Rötzel (Fn. 11), 129 ff.
- 23 Belgien: Sénat de Belgique, Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité du 4 décembre 2015, Session de 2015–2016, 6-98/2; Niederlande: Child and Parents in the 21st Century, Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, 62 ff.
- 24 Vgl. bereits Büchler, AJP 2004, 1175, 1184. Zum Schutz der Beziehungen nach Art 8 EMRK ausführlich Büchler, The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Forms, in: Büchler/Keller (Hrsg.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge 2016, 29, 35 ff.; ferner Rötzel (Fn. 11), 129, 136 f., 140 f.
- 25 Zur Entwicklung in England siehe Ben-Am, Gespaltene Mutterschaft, Diss. Basel 1998, 24 ff.; Goedel, Leihmutterchaft – eine rechtsvergleichende Studie, Diss. München, Frankfurt am Main 1994, 95 ff. Das Vereinigte Königreich ist ein Mehrrechtsstaat. Der vorliegende Rechtsvergleich beschränkt sich auf England und Wales.
- 26 Zur Entwicklung der Rechtslage insbesondere mit Bezug zur Leihmutterchaft siehe Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch. Leihmutterchaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld, Diss. Bayreuth, Frankfurt am Main 2016, 81 f.
- 27 In den USA fällt, von bestimmten bundesgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Ausnahmen abgesehen, das Familienrecht in die Kompetenz der 50 Einzelstaaten. Die seit 1892 existierende National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (amerikanische Rechtsvereinheitlichungskommission) fördert die Rechtsvereinheitlichung und erarbeitet Mustergesetze, die häufig bei der Fortentwicklung des Familienrechts in den einzelnen Staaten von diesen übernommen werden oder zumindest grossen Einfluss auf Gesetzgebung und Praxis ausüben.
- 28 Siehe die Prefatory Note des UPA 2002 sowie Section 901 UPA 2002, der unter dem Titel «Uniformity of Application and Construction» die Gliedstaaten ausdrücklich anweist, bei der Anwendung und Umsetzung des UPA 2002 besonderes Gewicht auf Einheitlichkeit untereinander zu legen. Da es sich beim UPA 2002 lediglich um Empfehlungen handelt, bleibt es den Gliedstaaten jedoch freigestellt, den Act in ihr eigenes Recht aufzunehmen bzw. umzusetzen. Dieselbe Anweisung findet sich auch in Section 1001 UPA 2017; auch der UPA 2017 enthält lediglich Empfehlungen.
- 29 Einen Überblick über die ausländischen Gesetze geben Präg/Mills, Assisted Reproductive Technology in Europe: Usage and Regulation in the Context of Cross-Border Reproductive Care, in: Kreyenfeld/Konietzka (Hrsg.), Childlessness in Europe: Contexts, Causes, and Consequences, Cham 2017, 289, 295 ff. Neben den HFEA 1990 und HFEA 2008 sind insbesondere folgende Erlasse erwähnenswert: Schweden: Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. (SFS 2019:341) (Gesetz zur genetischen Integrität); Deutschland: Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13. Dezember 1990 (Embryonenschutzgesetz/ESchG); Dänemark: Lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v. (LBK Nr. 902 af 23/08/2019) (DK FMedG); Norwegen: Act of 5 December 2003 No. 100 relating to the application of biotechnology in human medicine, etc. (The Biotechnology Act); Niederlande: Act of 20 June 2002 containing rules relating to the use of gametes and embryos (Embryos Act); Frankreich: Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, als Ergebnis der darin verankerten Revisionsklausel wurde das

- Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique erlassen, das mit dem Loi n° 2013-715 du 6 août 2013 abgeändert wurde; die Gesetze wurden jeweils zu grossen Teilen in den Code de la santé publique integriert und regeln nebst Fragen der medizinisch assistierten Fortpflanzung und der Forschung an Embryonen diverse weitere Themen im Bereich der Bioethik, zurzeit befindet sich das Loi n° 2011-814 in Revision; Spanien: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (Es FMedG); Australien: unter anderem Assisted Reproductive Treatment Act 2008 und Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2016 (Victoria), Surrogacy Act 2010 (Queensland), Human Reproductive Technology Act 1991 (Western Australia); Kanada: Assisted Human Reproduction Act 2004.
- 30 Zu den verschiedenen derzeit praktizierten Fortpflanzungsmethoden siehe Ben-Am (Fn. 25), 2 ff.; Präg/Mills (Fn. 29), 289, 291 ff.; ferner und insbesondere mit Bezug auf in der Schweiz praktizierte Verfahren Bächler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017, 45 ff. Zur sehr kontrovers diskutierten Post-mortem-Insemination vgl. Koch, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich. Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 44, 47 f.
- 31 Vgl. die Übersicht über die Verfahren künstlicher Befruchtung von Wanitzek, Ergänzungen des Abstammungsrechts durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz, FamRZ 2003, 730, 731; ausführlich auch Kaiser (Fn. 5), Grundlagen, N 176 ff.
- 32 Als «genetische Mutter» wird die Frau bezeichnet, von der die Eizelle stammt; die «biologische Mutter» ist die Frau, die das Kind zur Welt bringt («Geburtsmutter»), siehe hierzu Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 21 f.; umfassend zu verschiedensten Mutterschaftsbegriffen Voigt (Fn. 9), 40 f., mit weiteren Nachweisen.
- 33 Vgl. BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 252 ZGB](#), N 7, mit weiteren Nachweisen.
- 34 Diese Form der Leihmutterschaft ist in einigen Rechtsordnungen untersagt, beispielsweise in Portugal: Art. 8 Abs. 3 Lei n.º 25/2016 de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamentada assistida); Griechenland: Art. 1458 Astikos Kodikas (griechisches ZGB); anders UPA 2002 und UPA 2017, die beide Formen der Leihmutterschaft für zulässig erachten, wobei UPA 2017 strengere Vorschriften für die traditionelle Leihmutterschaft vorsieht, siehe Comment zu Article 8 UPA 2017; vgl. Dethloff, Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Ditzel/Weller, Regulierung der Leihmutterschaft, Tübingen 2018, 55, 59.
- 35 Zu den Definitionen siehe Section 801 UPA 2017, der für die traditionelle Leihmutter den Begriff «genetic surrogate» verwendet.
- 36 So Andorno, Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?, R.I.D.C. 1994, 141, 142 ff.; zu den zulässigen Verfahren in den verschiedenen europäischen Ländern ausführlich Koch, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 44 ff.; zu den Spannungsverhältnissen und ihnen begegnenden Regelungsaufträgen vgl. Sydow, Referat zum Vierten Beratungsgegenstand: Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin?, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Gleichheit, Vielfalt, technischer Wandel, Berlin/Boston 2019, 361, 362 ff.; zu der Regelungsvielfalt im Bereich der Leihmutterschaft Dethloff (Fn. 34), 55 ff.
- 37 Dazu gehören vor allem England und Wales und die USA.
- 38 Dazu können beispielsweise Deutschland, Norwegen und Schweden oder auch die Schweiz gezählt werden.
- 39 Zum Beispiel Frankreich: Art. L1244-1 Code de la santé publique; Finnland: §§ 13 ff. und 20 ff. Laki hedelmöityshoidosta, 22.12.2006/1237; Belgien: Art. 22 und 51 Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes (Loi pma); Dänemark: § 5 und 12 ff. DK FMedG; nur die Eizellspende erlauben: Schweden: Kap. 7, § 2 Gesetz zur genetischen Integrität; Island: Art. 5 Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research, No 55/1996. Verboten bleiben die Eizell- und die Embryonenspende dagegen beispielsweise in Deutschland: § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 6 und Abs. 2 ESchG; dagegen dürfen imprägnierte Eizellen und Embryonen, die bei einem Fortpflanzungsverfahren übrig geblieben sind, wohl gespendet werden, siehe hierzu LG Augsburg, FamRZ 2019, 1374 ff.; kritisch zu Ersterem Taupitz/Hermes, Eizellspende verboten – Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, 1802 ff.; Norwegen: §§ 2–15 und 2–18 The Biotechnology Act; Schweiz: [Art 4 FMedG](#).
- 40 Zum Beispiel Frankreich: Art. 227-12 Code pénal, vgl. auch Art. 16-7 Code Civil (CC), der die Nichtigkeit von Leihmutterschaftsverträgen normiert; Spanien: Art. 10 Es FMedG; Deutschland: § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; Italien: Art. 9 Abs. 2 Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita; Dänemark: § 13 DK FMedG; siehe auch Dethloff (Fn. 34), 55 ff., mit zahlreichen Hinweisen.
- 41 Für eine Übersicht siehe Finkelstein/Mac Dougall/Kintominas/Olsen, Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking, https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf (27.1.2020).
- 42 Vgl. dazu auch schon Art. 24^{novies} Abs. 1 und 2, Art. 64 und 64^{bis} aBV.
- 43 So ausdrücklich [Art. 1 Abs 2 FMedG](#).
- 44 Fortpflanzungsverfahren sind gemäss [Art. 2 lit a FMedG](#) «Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr, insbesondere Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer sowie Gametentransfer».
- 45 Fortpflanzungsmedizinverordnung vom 4. Dezember 2000 (FMedV).

- 46 Für eine Übersicht über die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen wird verwiesen auf Böhler (Fn. 30), 45 ff.; ferner Junod/Wunder/Hurst, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité. Enjeux juridiques et éthiques, Jusletter vom 27. August 2018; zur Präimplantationsdiagnostik Weyhausen, Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz nach Verfassungsänderung und Referendum. Ein Vergleich mit Deutschland und Österreich unter Berücksichtigung besonderer Aspekte, Jusletter vom 28. August 2017, insbesondere N 7 ff.; im Speziellen zur Samenspende Fankhauser/Vionnet, Die Samenspende im schweizerischen Recht, [recht 2015, 144](#), 145 ff.
- 47 [Art. 3 Abs. 2 lit a FMedG](#) i. V.m. Art. 252–263 ZGB.
- 48 Gemäss [Art. 2 lit e FMedG](#) gelten Samen- und Eizellen als Keimzellen.
- 49 [Art. 3 Abs 4 FMedG](#). Allerdings kann zum Samenspender regelmässig auch kein Kindesverhältnis begründet werden, vgl. [Art 23 FMedG](#) und [Art. 256 Abs 3 ZGB](#).
- 50 Gemäss [Art. 2 lit h FMedG](#) ist eine imprägnierte Eizelle eine «befruchtete Eizelle vor der Kernverschmelzung».
- 51 Ein Embryo ist «die Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung», [Art. 2 lit i FMedG](#).
- 52 [Art. 3 Abs 5 FMedG](#). Dieser Absatz wurde per 1. September 2017 eingefügt; vorher war das Konservieren von Embryonen verboten (Art. 17 Abs. 3 aFMedG).
- 53 [Art 4 FMedG](#).
- 54 Eine verfassungs- und völkerrechtliche Würdigung des Verbots bestimmter Methoden findet sich bei Belser/Jungo, ZSR 2015, 175, 204 ff.
- 55 AmtIBull NR 2019, 440; die Zulassung der Eizellspende verlangte auch die Parlamentarische Initiative Neiryck, Die Eizellspende zulassen, 12.487, die 2012 eingereicht und 2016 schliesslich abgeschrieben wurde, AmtIBull NR 2016, 546 f.
- 56 Bundesamt für Justiz BJ, 13.468 n Pa. Iv. (Fraktion GL) Ehe für Alle. Auslegeordnung betreffend die Auswirkungen der Öffnung der Ehe in den verschiedenen Rechtsbereichen vom 27. März 2018, 5. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat mittlerweile entschieden, sich zunächst auf eine Kernvorlage zu konzentrieren, welche die wesentlichen Regelungen der Öffnung der Ehe enthält, und Fragen zur Fortpflanzungsmedizin in einem zweiten Schritt zu behandeln, siehe hierzu Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Bericht zur Parlamentarischen Initiative «Ehe für alle» vom 30. August 2019, BBl 2019 8595, 8596, 8623.
- 57 Vgl. Haderka, Family Status of a Child Born After the Use of Medically Assisted Fertilization: Essential Trends in Contemporary Law, FS Štěpán, Zürich 1994, 171, 177; Miquel, Die Begründung des Kindesverhältnisses durch natürliche Abstammung im Recht der europäischen Länder: Eine Untersuchung zur rechtsvergleichenden Methode, in: Institute of Comparative Law in Japan (Hrsg.), Toward Comparative Law in the 21st Century, Hachioji-shi 1998, 209, 217; Meulders-Klein, The Position of the Father in European Legislation, International Journal of Law and the Family 4 (1990), 131, 137; Voigt (Fn. 9), 41 ff. Anders zum Beispiel in Frankreich: Dort kann ein Mann das Kind einer anonym gebärenden Frau anerkennen. Der Name der Mutter darf nicht eingetragen werden, und zwar auch dann nicht, wenn der Vater ihn angibt, wobei es freilich in diesen Fällen Probleme betreffend die Identifikation des Kindes gibt, vgl. dazu Rubellin-Devichi, Droit de la famille, Paris 2001, N 1501; vgl. auch den Fall [Nr. 42326/98 Nr. 42326/98](#) vom 13.2.2003 in Sachen Odièvre gegen Frankreich = FamPra.ch 2003, 371 ff.; siehe auch Lefaucheur, The French «Tradition» of Anonymous Birth: The Lines of Argument, International Journal of Law, Policy and the Family 18 (2004), 319 ff.; ausführlich ferner Dellert, Die anonyme Kindesabgabe. Anonyme Geburt und Babyklappe, Diss. Potsdam, Frankfurt am Main 2009, 111 ff. Im Fall [Nr. 33783/09 Nr. 33783/09](#) vom 25.9.2012 in Sachen Godelli gegen Italien entschied der EGMR auf eine Verletzung von [Art 8 EMRK](#), wobei nicht grundsätzlich problematisch war, dass eine Frau anonym gebären konnte, sondern dass dem Kind der Zugang zu jeglichen Informationen betreffend seine Mutter bzw. Geburtsfamilie verweigert wurde (§ 53, 55 ff.). Kritisch zum Urteil Simmonds, An Unbalanced Scale: Anonymous Birth and the European Court of Human Rights, The Cambridge Law Journal 2013, 263, 264 ff.
- 58 Vgl. BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 252 ZGB](#), N 12; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, N 16.12.
- 59 Norwegen: § 2 Act of 8 April 1981 No. 7 relating to Children and Parents (the Children Act, KinderG); Niederlande: Art. 1:198 Abs. 1 lit. a Burgerlijk Wetboek (BW); Deutschland: § 1591 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); Österreich: § 143 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB); England und Wales: Sec. 33 (1) HFEA 2008 sowie Sec. 27 (1) HFEA 1990; Neuseeland: Sec. 5 (1) Status of Children Act 1969, Reprint as at 1 March 2017; Australien: Sec. 60 H (2) Family Law Act 1975 (FLA 1975); USA: Section 201 (1) UPA 2017. Die einzelnen Provinzen in Kanada regeln die Abstammung unterschiedlich, der Uniform Child Status Act 2010 schlägt aber vor, dass die Geburtsmutter die Mutter des Kindes ist, siehe dessen Sec. 3(2) (a) und (b); Schweden: Kap. 1, Art. 7 Föräldräbalk (1949:381) (ElternG) sieht ausdrücklich vor, dass im Falle der heterologen Eizellspende durch In-vitro-Fertilisation die biologische Mutter – das heisst die das Kind gebärende Frau – rechtliche Mutter des Kindes ist. Vgl. ferner Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl., München 2018, § 10 N 105.
- 60 Vgl. Miquel (Fn. 57), 209, 219 f. Dieser im internationalen Vergleich aussergewöhnlichen Regel lag ein Verständnis von Elternschaft zugrunde, wonach die gebärende Frau sich erst für die Mutterschaft entscheiden musste. Vgl. O'Donovan, *Enfants Trouvés*, Anonymous Mothers, and Children's Identity Rights, in: O'Donovan/Rubin (Hrsg.), Human Rights and Legal History, Oxford 2000, 66: «Under French law it is possible for a woman to accept maternity but to reject motherhood. This is because there is a step in legal

reasoning between giving birth and being registered as a legal mother.» Zur Geschichte dieses rechtlichen Konzepts Helms, Die Feststellung der biologischen Abstammung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Diss. Freiburg i.Br., Berlin 1999, 13 ff.; Dethloff (Fn. 59), § 10 N 105.

- 61 EGMR-Urteil [Nr. 6833/74](#) Nr. 6833/74 vom 13.6.1979 in Sachen Marckx gegen Belgien; Dethloff (Fn. 59), § 10 N 105.
- 62 [Art. 332 Abs 1 CC](#) e contrario; das Kindesverhältnis kann jedoch nach wie vor durch eine Anerkennung entstehen, siehe Art. 310-3 Abs. 1 i.V.m. [Art. 316 ff CC](#).
- 63 Art. 311-25 CC; vgl. Reuss (Fn. 7), 297.
- 64 *Possession d'état* bedeutet «Besitz des Familienstandes» und setzt voraus, dass sich der Familienstand in tatsächlichen Umständen manifestiert, Katzenmaier, Frankreich, in: Rieck (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, München, Stand: Mai 2019, Fn. 91. Brandhuber, Frankreich, in: Henrich/Dutta/Ebert (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main/Berlin, Stand: 3.5.2019, 54 und 98, übersetzt den *possession d'état* als «Statusbesitz».
- 65 [Art 317 CC](#). Die Merkmale, die auf eine tatsächlich gelebte Beziehung zwischen der Frau und dem Kind hindeuten, sind in Art. 311-1 CC aufgezählt und müssen gemäss Art. 311-2 CC ununterbrochen, einverständlich, öffentlich und eindeutig sein.
- 66 [Art. 325 Abs 2 CC](#).
- 67 [Art 326 CC](#). Eine anonyme Geburt ist beispielsweise auch in Österreich möglich gemäss dem Erlass vom 27. Juli 2001 über Babyneue und anonyme Geburt. Allerdings hob der Erlass lediglich die Strafbarkeit des Verlassens eines Unmündigen nach § 197 aStGB Österreich auf, ohne die anonyme Geburt positivrechtlich zu regeln, vgl. Hadžimanović, Zwang versus Freiheit: vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, [FamPra.ch 2016, 50](#), 58, Fn. 48.
- 68 Dies gemäss einer Revision aus dem Jahr 2002, Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, eingefügt in den Code de l'action sociale et des familles.
- 69 Art. L222-6 Abs. 1 Code de l'action sociale et des familles.
- 70 Art. L147-6 i.V.m. Art. 147-2 Nr. 1 Code de l'action sociale et des familles. Umfassend Hadžimanović, [FamPra.ch 2016, 50](#), 68. Der *Conseil national* ist eine Vermittlungsstelle und soll den Zugang zu Informationen über die persönliche Herkunft erleichtern (Art. 147-1 Code de l'action sociale et des familles).
- 71 Art. 147-5 Abs. 2 Code de l'action sociale et des familles.
- 72 Art. 147-6 Abs. 5 i.V.m. Art. 147-2 Code de l'action sociale et des familles.
- 73 Art. L224-4 Nr. 1 i.V.m. Art. L225-1 Code de l'action sociale et des familles.
- 74 Art. L224-6 Abs. 2 Code de l'action sociale et des familles.
- 75 Art. L224-6 Abs. 3 Code de l'action sociale et des familles. Wurde das Kind zur Adoption bereits fremdplatziert, ist die spätere Rücknahme ausgeschlossen ([Art 352 CC](#)).
- 76 Insbesondere Art. 7 und 8 UN-KRK, vgl. O'Donovan (Fn. 60), 66, 69; United Nations, Convention on the Rights of the Child, Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Austria, adopted by the Committee at its sixty-first session (17 September–5 October 2012), CHF/C/AUT/CO/3-4, insbesondere § 29, und zur polarisierten Diskussion in Frankreich Helms (Fn. 60), 147 ff.; ferner Henrion, Communiqué, À propos de l'accouchement dans le secret, Bulletin de l'Académie nationale de Médecine 195 (2011), 729 ff. Vgl. zu diesem Themenkreis auch Lefaucheur, International Journal of Law, Policy and the Family 18 (2004), 319 ff.
- 77 Siehe dazu das EGMR-Urteil [Nr. 42326/98](#) Nr. 42326/98 vom 13.2.2003 in Sachen Odièvre gegen Frankreich = [FamPra.ch 2003, 371](#) ff. Zur Rechtsprechung des Gerichtshofs im Zusammenhang mit der anonymen Geburt siehe Büchler (Fn. 24), 29, 47 f.
- 78 Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles].
- 79 Dies unter dem Druck eines Entscheids des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Es handelt sich um das für die europäische Entwicklung zur Gleichstellung ehelicher und nicht ehelicher Kinder wegweisende Urteil Marckx. Am 13.6.1979 erklärte der EGMR mehrere Bestimmungen des belgischen Abstammungsrechts für mit der EMRK, namentlich ihrem Art. 8, unvereinbar und vertrat insbesondere, dass auch das nicht eheliche Leben ein schützenswertes Familienleben im Sinne der Konvention darstelle.
- 80 Art. 312 § 1 Code Civil (CC). Bei Geburten infolge Eizell- oder Embryonenspenden entsteht die Mutterschaft nach den Regeln des CC (Art. 27 bzw. 56 Loi pma).
- 81 Art. 312 § 2 CC. Der fortdauernde Statusbesitz entspricht dem französischen *possession d'état* und spielt auch im belgischen Recht nach wie vor eine gewisse Rolle. Es handelt sich um eine Gesamtheit von Umständen, die das Abstammungsverhältnis nachweisen, wie zum Beispiel der vom Kind geführte Name, die Pflege und Bezahlung von Unterhalt durch die angeblichen Eltern, die Anerkennung durch die Familie im weiteren Sinn (Art. 331^{noies} CC).
- 82 Art. 313 § 1 i.V.m. [Art. 329^{bis} CC](#). Die anonyme Geburt sieht das belgische Recht grundsätzlich nicht vor ([Art. 44 Abs 2 CC](#); Heitmüller, Belgien, in: Rieck (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, München, Stand: Mai 2019, N 26).

- 83 Art. 313 § 3 Abs. 1 CC.
- 84 Art. 330 § 1 Abs. 1 CC; die Voraussetzungen der Anfechtung werden in den Abs. 2–4 genannt.
- 85 Art. 314 Abs. 1 i.V.m. [Art. 332quinquies CC](#). Die Feststellung einer Inzestabstammung ist gemäss [Art. 314 Abs 2 CC](#) allerdings ausgeschlossen.
- 86 Grundlage der Leihmutterchaft ist regelmässig ein Vertrag, der die Rechte und Pflichten der Leihmutter und der Wunscheltern festlegt. Die Hauptpflicht der Leihmutter besteht darin, das Kind auszutragen und zu gebären, auf die elterlichen Rechte zu verzichten und die Erklärungen abzugeben, die für eine Statusänderung des Kindes erforderlich sind. Die Wunscheltern hingegen verpflichten sich zur Abnahme des Kindes nach der Geburt und in der Regel zur Zahlung der Auslagen und des vereinbarten Geldbetrages. Vgl. Ben-Am (Fn. 25), 18 f.; ferner zur Ausgestaltung eines Leihmutterchaftsvertrags in Kalifornien Engelhardt, Die Leihmutterchaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire, in: Ditzgen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterchaft, Tübingen 2018, 133, 144 f.
- 87 Vgl. Goedel (Fn. 25), 20 ff., 67 ff.; Finkelstein/Mac Dougall/Kintominas/Olsen, Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking, https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf; The Select Surrogate, Surrogacy Law by State, <http://www.selectsurrogate.com/surrogacy-laws-by-state.html#AZ> (27.1.2020).
- 88 Dies folgt aus Amendment X der Constitution of the United States; Bertschi, Leihmutterchaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Diss. Zürich, Bern 2014, 109 f.
- 89 Zum Beispiel in Arizona: § 25–218 Arizona Revised Statutes.
- 90 Beispielsweise in New York: § 8–123 Domestic Relations Law. In New York verstossen Leihmutterchaftsverträge gemäss § 8–122 Domestic Relations Law zwar gegen den *ordre public* und können nicht durchgesetzt werden, die Praxis anerkennt aber die Elternschaft der Wunscheltern.
- 91 Beispielsweise in Texas: § 160.754 Texas Family Code.
- 92 Engelhardt (Fn. 86), 133 ff., insbesondere 143 f., mit Rechtsprechungsnachweisen; Bertschi (Fn. 88), 109 ff., 124 f., mit zahlreichen Hinweisen.
- 93 Comment zu Article 8 UPA 2017.
- 94 In Übereinstimmung mit dem Grundgedanken der Gleichbehandlung von unehelichen und ehelich geborenen Kindern können sowohl verheiratete wie unverheiratete verschieden- oder gleichgeschlechtliche Paare als Wunscheltern Partei eines Leihmutterchaftsvertrags sein. Dies folgt aus Section 803 (3) i.V.m. Section 102 (13) UPA 2017. Vgl. ferner den Nichtdiskriminierungsgrundsatz in Section 202 UPA 2017 sowie den Comment dazu.
- 95 Section 803 (3) UPA 2017; siehe ferner die Definition eines Leihmutterchaftsvertrags in Section 801 (3) UPA 2017.
- 96 Section 813 (a) UPA 2017. Zur Wirkung und zu den Reparaturmöglichkeiten bei fehlender gerichtlicher Genehmigung siehe Section 816 UPA 2017.
- 97 Siehe hierzu auch Comment zu Article 8 UPA 2017.
- 98 Section 809 (a) UPA 2017.
- 99 Section 815 (a) UPA 2017.
- 00 Section 814 (a) (2) UPA 2017.
- 101 Comment zu Article 8 UPA 2017.
- 02 Section 804 (b) UPA 2017. Anders dagegen der kanadische Assisted Human Reproduction Act 2004, der in Sec. 6 (1) die entgeltliche Leihmutterchaft für unzulässig erklärt. Noch restriktiver ist die Leihmutterchaft beispielsweise in Thailand geregelt, wo die Leihmutter und die Wunscheltern blutsverwandt sein müssen, die Leihmutter aber kein Elternteil oder Nachkomme der Wunscheltern sein darf, Section 21 (2) und (3) Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015).
- 103 Sec. 54 HFEA 2008. Zunächst wird dem Kind allerdings die Geburtsmutter als rechtliche Mutter zugeordnet, Sec. 33 HFEA 2008.
- 04 Durch Sec. 2 (5) Remedial Order 2018 to HFEA 2008 wurde Sec. 54A in den HFEA 2008 eingefügt.
- 05 Ein ähnliches Verfahren sieht beispielsweise das israelische Recht vor (Art. 11 The Surrogacy Agreements [approval of the agreement and the newborn's status] Law 1996); ausführlich Marcus, International surrogacy and same-sex partners: the Israeli approach, Family Law News, Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 2014, 32 ff.
- 06 Sec. 54 (8) HFEA 2008. Allerdings kann aus Kindeswohlüberlegungen eine rückwirkende Genehmigung der *parental order* angebracht sein, vgl. hierzu ausführlich und mit Nachweisen der Praxis Schwind, Regulierung der Leihmutterchaft im Vereinigten Königreich, in: Ditzgen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterchaft, Tübingen 2018, 117, 125 f.
- 07 Law Commission of England and Wales/Scottish Law Commission, Building families through surrogacy: a new law. A joint

consultation paper, 6 June 2019; siehe auch die Kurzfassung Law Commission of England and Wales/Scottish Law Commission, Building families through surrogacy: a new law. Summary of consultation paper.

- 08 Cottier (Fn. 5), 3, 33, mit dem Hinweis, dass es in Frankreich aufgrund des Leihmutterverbots von Art. 16-7 CC wohl noch zu keinen entsprechenden Fällen gekommen sein dürfte.
- 09 In Frankreich ist dies gemäss [Art 326 CC](#) möglich.
- 110 Offenbar kam dies in Belgien bereits vor, siehe Verschelden/Verhellen, Belgium, in: Trimmings/Beaumont (Hrsg.), International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level, Oxford 2013, 49, 62; Cottier (Fn. 5), 3, 33.
- 111 Vgl. [Art 336 CC](#).
- 112 Beispielsweise in Frankreich: Art. 16-7 CC; Spanien: Art. 10 Abs. 1 Es FMedG; Belgien: Art. 1128 CC; Norwegen: § 2 KinderG; Dänemark: § 31 Børneloven (LBK nr 772 af 07/08/2019, KinderG). In England und Wales ist Leihmutterchaft zulässig, allerdings sind auf Leihmutterchaft gerichtete Verträge nicht durchsetzbar: Sec. 1A und 2 SAA 1985. Zulässig sind Leihmutterchaftsvereinbarungen dagegen beispielsweise in der Ukraine gemäss Art. 123 Abs. 2 Family Code of 10 January 2002 (Famliengesetzbuch, FamGB).
- 113 So ausdrücklich Deutschland: § 1591 BGB; Niederlande: Art. 1:198 Abs. 1 lit. a BW; Norwegen: § 2 KinderG; Dänemark: § 30 KinderG; England und Wales: Sec. 33 (1) HFEA 2008 sowie Sec. 27 (1) HFEA 1990 bei medizinisch assistierter Reproduktion; für die natürliche Zeugung ergibt sich die Abstammung von der Geburtsmutter aus dem Common Law: House of Lords, The Amptill Peerage [1977], A.C. 547, 577; siehe auch Reuss (Fn. 7), 297, mit weiteren Nachweisen; Frankreich: Art. 311-19 f. CC. Im schwedischen Recht wurde der Grundsatz, dass Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat, erst im Jahr 2003 mit der Zulassung der medizinisch assistierten Befruchtung mit gespendeten Eizellen oder Samen in Kap. 1, § 7 ElternG verschärft. In anderen Staaten werden die Wunscheltern bei der Geburt des Kindes kraft Gesetz rechtliche Eltern, so etwa in der Ukraine gemäss Art. 123 Abs. 2 FamGB oder in Südafrika, wo der Leihmutterchaftsvertrag allerdings vom High Court genehmigt werden muss gemäss Sec. 292 (1) (e) i.V.m. Sec. 297 (1) (a) Children's Act of 2005.
- 114 Es sind jedoch Fälle bekannt, in denen eine Adoption des Kindes verweigert wurde, siehe hierzu Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, A Study of Legal Parentage and The Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, The Hague, March 2014, N 26. In Frankreich verweigerte die Rechtsprechung lange Zeit die Adoption, weil sie eine Umgehung des Verbots der Leihmutterchaft sei, wenn die Leihmutter anonym gebärt, der (auftraggebende) genetische Vater das Kind anerkennt und seine Frau es dann adoptieren will; vgl. Rubellin-Devichi (Fn. 57), N 1620 f. Noch im Jahr 2014 urteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Schutz des faktischen Familienlebens wahre die Beziehung zwischen dem Kind und der sozialen Mutter hinreichend. Lediglich die fehlende Möglichkeit, ein Kindesverhältnis zum genetischen Vater herzustellen, bedeutete eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens der Kinder ([Art 8 EMRK](#)), siehe EGMR-Urteil [Nr. 65192/11 Nr. 65192/11](#) vom 26.6.2014 in Sachen Mennesson gegen Frankreich und EGMR-Urteil [Nr. 65941/11 Nr. 65941/11](#) vom 26.6.2014 in Sachen Labassee gegen Frankreich. Eine Zusammenfassung der Entscheide findet sich bei Büchler (Fn. 24), 29, 45 f.
- 115 EGMR, Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request no. P16-2018-001, 10 April 2019, § 46, 52 f., zusammengefasste Meinung a.E. Die französische Praxis anerkennt mittlerweile erstens die Vaterschaft des genetischen Vaters (Cour de cassation, 3 juillet 2015, n° 15-50.002) und räumt zweitens seiner Ehefrau bzw. seinem Ehemann die Möglichkeit ein, das Kind zu adoptieren (Cour de cassation, 5 juillet 2017, n° 16-50.025, 16-16.901, 15-28.597, 16-16.455); zusammenfassend Cour de cassation, 5 octobre 2018, n° 10-19.053. Auch in Schweden kann die Vaterschaft des genetischen Vaters festgestellt werden: § 3a Gesetz (1985:367) über internationale Vaterschaftsfragen; vgl. hierzu Jänträ-Jareborg/Singer, Sweden: New rules on adoption, assisted fertilization and on the recognition of foreign child marriages, FamRZ 2019, 1509, 1512. Die Autorinnen weisen auch auf einen Fall hin, bei dem ein Gericht über die Mutterschaft der Wunschmutter eines durch Leihmutterchaft entstandenen Kindes zu entscheiden hatte.
- 116 Vgl. Belser/Jungo, ZSR 2015, 175, 213.
- 117 Art. 7 und 8 UN-KRK sowie [Art 8 EMRK](#), wobei hier das aus [Art 8 EMRK](#) fließende Recht auf Privatleben weit ausgelegt würde. Vgl. einschränkend dazu das EGMR-Urteil [Nr. 42326/98 Nr. 42326/98](#) vom 13.2.2003 in Sachen Odièvre gegen Frankreich = FamPra.ch 2003, 371, 376 f. Siehe auch Büchler/Ryser, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, [FamPra.ch 2009, 1 ff.](#) Zum Verhältnis des Rechts des Kindes auf Kenntnis der Abstammung zum Willen zur Elternschaft siehe Sosson, Les relations parents-enfants en Europe: tendances progressistes versus conservatisme?, [FamPra.ch 2014, 854, 857.](#)
- 118 Bleisch, Leihmutterchaft als persönliche Beziehung, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2012, 5, insbesondere 18 ff.
- 119 [Art 252 ZGB](#); zur Unumstösslichkeit dieses Grundsatzes Büchler/Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterchaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, [FamPra.ch 2013, 33, 40.](#)
- 120 [Art 4 FMedG](#); vgl. auch [Art. 119 Abs. 2 lit d BV](#).
- 121 [Art. 20 Abs 1 OR](#); BaslerKomm/Meise/Huguenin, Art. 19/20 OR, N 44; BaslerKomm/Huguenin/Reitze, [Art 27 ZGB](#), N 12; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 252 ZGB](#), N 10.
- 122 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 252 ZGB](#), N 9.

- 123 [BGE 141 III 312](#) = [FamPra.ch 2016, 236 ff.](#); [BGE 141 III 328](#) = [FamPra.ch 2016, 219 ff.](#)
- 24 [BGE 141 III 328](#), 329 f. = [FamPra.ch 2016, 219 ff.](#)
- 125 [BGE 141 III 328](#), 342 ff. = [FamPra.ch 2016, 219, 228 ff.](#)
- 26 [BGE 141 III 328](#), 340 = [FamPra.ch 2016, 219, 226](#). Kritisch zum Urteil Bächler/Maranta, Bemerkungen zu [5A 748/2014](#) (Entscheid Nr. 2) und [5A 443/2014](#) (Entscheid Nr. 1), [FamPra.ch 2016, 236, 249 ff.](#); kritisch zu Überlegungen betreffend den *ordre public* im Allgemeinen Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 926 ff.
- 27 Gl.M. Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.4; vgl. Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), Modernisierung des Familienrechts, März 2015, 38, wonach es unter dem geltenden Verbot der Leihmutterchaft «müssig [sei], das *mater semper certa est*-Prinzip in Frage zu stellen» (Hervorhebungen im Original). Über eine Neukonzeptionierung der Zuordnung der Mutterchaft wäre freilich nachzudenken, wenn das Verbot der Leihmutterchaft in der Schweiz aufgehoben würde.
- 28 [Art. 252 Abs 1 ZGB](#); vgl. Rumo-Jungo, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, [FamPra.ch 2014, 838, 848](#).
- 29 Ähnlich Cottier (Fn. 5), 3, 38.
- 130 Ähnlich Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.6 und Abschnitt 1 des zugehörigen Kommentars; vgl. Wellenhofer, § 1591 BGB, in: Sacker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), Band 10, 8. Aufl., München 2020, N 11. Ein Anfechtungsrecht müsste der Frau freilich auch zustehen, wenn ihr fremde Eizellen anstatt der eigenen eingesetzt wurden.
- 131 BernerKomm/Hegnauer, [Art 256 ZGB](#), N 45.
- 132 Ähnlich und mit konkretem Regelungsvorschlag Bertschi (Fn. 88), 220 ff.; Bächler/Bertschi, [FamPra.ch 2013, 33](#), 51; Reuss (Fn. 7), 517 f.; Duden, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Abstammung und *ordre public* im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, Diss. Heidelberg, Tübingen 2015, 327 f.; Dethloff, JZ 2014, 922, 931; a.M. Engel, Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities, Cambridge 2014, 199, 211.
- 133 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project, The Hague, April 2014, N 31 ff. und 69 ff.; Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note, The Hague, February 2015.
- 134 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 28 January–1 February 2019), The Hague, March 2019, N 32.
- 135 Ähnliches regelt [Art 268e ZGB](#) mit Bezug auf die leiblichen Eltern eines Adoptivkindes. Zum Beziehungsnetz bei Leihmutterchaft ausführlich Bleisch (Fn. 118), 5 ff.
- 136 Für eine grundsätzliche Anerkennung von Kindesverhältnissen unter geltendem Recht sprechen sich verschiedene Autoren aus: Bächler/Bertschi, [FamPra.ch 2013, 33](#), 48 ff., mit weiteren Nachweisen; Bächler/Maranta, Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, [FamPra.ch 2015, 354](#), 368; ZürcherKomm/Siehr/Markus, [Art 78 IPRG](#), N 17; Rumo-Jungo, [FamPra.ch 2014, 838](#), 849 ff.; Hotz, Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts vom 21. Mai 2015 (BGer [5A 748/2014](#)), AJP 2015, 1325 ff.; Hausammann/Quenon, Leihmutterchaft aus menschenrechtlicher Sicht. Das Kindeswohl und die Beachtung der weiteren Kinderrechte als ausschlaggebende Beurteilungskriterien, SKMR-Newsletter Nr. 25 vom 11. Mai 2015, <https://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlecht/erpolitik/artikel/leihmutterchaft.html?zur=91> (27.1.2020); vgl. Bericht des Bundesrates zur Leihmutterchaft vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, 30. Belser/Jungo, ZSR 2015, 175, 213 ff., wollen die Wunscheltern dagegen grundsätzlich auf den Weg der Adoption verweisen.
- 137 [Art 315 CC](#).
- 138 Schweden: Kap. 1, § 1 ElternG; Dänemark: § 1 Abs. 1 KinderG; Norwegen: § 3 Abs. 1 KinderG; Kanada: die Provinzen und Territorien regeln die Vaterschaft unterschiedlich, vgl. Hewel, Kanada, in: Rieck (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, München, Stand: Mai 2019, N 27; Art. 3(2) (b) (i) i.V.m. Art. 4(1) (a) Uniform Child Status Act 2010 schlägt vor, dass der Ehemann der Geburtsmutter der Vater des Kindes ist; Niederlande: Art. 1:199 lit. a BW; Australien: Sec. 69P (1) FLA 1975; Belgien: [Art 315 CC](#); Frankreich: Art. 312 Code civile (CC); Luxemburg: Art. 312 Abs. 1 Code civil (CC); Italien: Art. 231 Codice civile (CC); Spanien: Art. 115 f. Código civil (CC); USA: Section 201 (2) i.V.m. Section 204 (a) (1) (A) UPA 2017; Deutschland: § 1592 Nr. 1 BGB; Österreich: § 144 Abs. 1 Nr. 1 ABGB; Neuseeland: Sec. 5 (1) Status of Children Act 1969; England und Wales: Lowe/Douglas, Bromley's Family Law, 11. Aufl., Oxford 2015, 260 f., nur als widerlegbare Vermutung, ausdrücklich jedoch bei künstlicher Fortpflanzung: Sec. 35 (1) HFEA 2008 und Sec. 28 (2) HFEA 1990. Vgl. zur *Pater-est*-Regel in England und Wales unter anderem auch Standley/Davies, Family Law, 8. Aufl., Basingstoke 2013, 235 f.
- 139 Vgl. ausführlich Meulders-Klein, The Status of the Father in European Legislation, American Journal of Comparative Law 1996, 487, 494 ff.; Haderka, FS Štěpán, 171, 182.
- 40 Zum Einfluss der neuen Möglichkeiten des genetischen Wissens auf das Familienrecht, insbesondere auf das Abstammungsrecht,

O'Donovan, Who is the Father? Access to Information on Genetic Identity, in: Douglas/Sebba (Hrsg.), Children's Rights and Traditional Values, Aldershot/Brookfield/Singapore u.a. 1998, 209, 210 ff.; ferner Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 12 ff.

141 So Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 2; Schwenzler (Fn. 10), N 96.

42 Norwegen: § 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KinderG; Schweden: Kap. 1, § 1 ElternG; Niederlande: Art. 1:199 lit. a BW; Australien: Sec. 69P (1) und (2) FLA 1975; Deutschland: § 1592 Nr. 1 BGB, die Ehelichkeitsvermutung greift auch dann nicht, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt, § 1599 Abs. 2 BGB.

143 USA: Section 204 (a) (1) (B); Frankreich: [Art 313 CC](#); Belgien: [Art. 315 ff CC](#), vgl. [Art 317 CC](#), wonach der neue Ehemann als Vater gilt, wenn die Mutter innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung oder Nichtigerklärung der vorherigen Ehe eine neue Ehe eingegangen ist; Spanien: [Art 116 CC](#); Niederlande: Wurde die Ehe innerhalb von 306 Tagen vor der Geburt des Kindes durch den Tod des Partners aufgelöst, gilt dieser gleichwohl als Vater gemäss Art. 1:199 lit. b BW.

44 § 1 Abs. 2 KinderG.

45 Section 706 UPA 2017.

46 Section 708 (b) UPA 2017.

47 Section 708 (a) UPA 2017.

48 Vgl. Rusch (Fn. 10), 121.

49 Art. 313 i.V.m. [Art 314 CC](#).

50 [Art. 316 Abs 1 CC](#).

151 § 1592 Nr. 1 BGB; vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 41 f. sowie These 9.

152 § 1599 Abs. 2 E-BGB.

153 § 1599 Abs. 2 Nr. 1 und 2 E-BGB.

54 Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 45.

155 Bundesministerium (Fn. 6), 40.

56 [Art 255 ZGB](#). Ziel dieser gesetzlichen Vermutung ist es, dem Kind zu dessen Wohl einen rechtlichen Vater zuzuordnen; vgl. BGE 115 Ia 234, 253.

57 Art. 252 Abs. 2, Art. 260 Abs. 1 und [Art. 261 Abs 1 ZGB](#).

58 [Art. 255 Abs 1 ZGB](#).

59 Vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 58), N 16.24. Die Samenspende für eine heterologe Insemination ist nur bei Ehepaaren zulässig ([Art. 3 Abs 3 FMedG](#)) und bedarf gemäss [Art. 5b Abs 1 FMedG](#) der schriftlichen Einwilligung der Ehegatten. Wurden aber dennoch Samenzellen eines Dritten bei einer unverheirateten Frau verwendet, kann der Samenspender das Kind auch anerkennen; vgl. Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205, 269. Allerdings kann das Kind gegen den Samenspender keine Vaterschaftsklage erheben, Fankhauser/Vionnet, [recht 2015, 144](#), 157. Die homologe Insemination hingegen können auch nicht verheiratete Paare in Anspruch nehmen, [Art. 3 Abs 3 FMedG](#) e contrario i.V.m. [Art. 3 Abs 2 FMedG](#).

60 [Art. 255 Abs 1 ZGB](#) e contrario; zur Geburt nach Scheidung der Ehe vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 58), N. 16.23.

161 Vgl. zum Ganzen BaslerKomm/Schwenzler/Cottier, [Art 255 ZGB](#), N 3.

62 BGE 122 II 289, 293.

163 [Art. 109 Abs 3 ZGB](#).

64 BaslerKomm/Schwenzler/Cottier, [Art 255 ZGB](#), N 4; eine ausführliche Kritik an der Norm findet sich bei Fankhauser/Wüscher, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, [FamPra.ch 2008, 750](#), 763 ff.

65 BaslerKomm/Schwenzler/Cottier, [Art 255 ZGB](#), N 5.

66 Nach [Art. 255 Abs 2 ZGB](#) wird die Vaterschaft auch dann vermutet, wenn trotz Geburt nach Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes das Kind nachgewiesenermassen vor dem Tod des Ehemannes gezeugt worden ist, vgl. BaslerKomm/Schwenzler/Cottier, [Art 255 ZGB](#), N 6 f. Bei Verschollenerklärung des Ehemannes gilt die Vaterschaftsvermutung dann, wenn das Kind vor Ablauf von 300 Tagen seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht geboren worden ist, [Art. 255 Abs 3 ZGB](#).

67 Vgl. auch BaslerKomm/Schwenzler/Cottier, [Art 255 ZGB](#), N 10; Schwenzler (Fn. 10), N 97; vgl. hierzu auch Bächler, AJP 2004, 1175, 1179.

- 68 Kanada: Art. 4(1) (d) Uniform Child Status Act 2010; Australien: Sec. 69Q FLA 1975.
- 69 Art. 317 und 330 CC; vgl. Reuss (Fn. 7), 334. Für die USA Section 204 (a) (2) UPA 2017, wonach die Vermutung der Vaterschaft auch dann entsteht, wenn das Kind während der ersten zwei Lebensjahre mit dem vermuteten Vater im gleichen Haushalt lebte und dieser das Kind als sein eigenes behandelte.
- 70 Frank, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater des Kindes, FS Schwab, Bielefeld 2005, 1127, 1132 ff.
- 171 [Art. 316 ff CC](#).
- 72 Dafür gibt es in den skandinavischen Ländern ein Netz von staatlichen Behörden, die sich möglichst früh um die Ermittlung der Vaterschaft bemühen und zwar auch gegen den Willen der Mutter. Die Mutter hat in der Regel eine Zeugnispflicht. Auch DNA-Analysen können angeordnet werden. Vgl. Schweden: Kap. 2, §§ 1–9 ElternG; Norwegen: §§ 10–13 KinderG; Finnland: §§ 4–14 Paternity Act. In Deutschland hingegen wurde die Amtspflegschaft, die der Ermittlung der Vaterschaft diente, mit dem Beistandschaftsgesetz von 1997 abgeschafft.
- 73 Beispielsweise Deutschland: §§ 1594 ff. BGB. Vgl. Meulders-Klein, American Journal of Comparative Law 1996, 487, 499 ff.; Meulders-Klein, International Journal of Law and the Family 4 (1990), 131, 140 ff. Eine beispielhafte Systematisierung findet sich bei Reuss (Fn. 7), 332 ff.
- 74 Deutschland: § 1592 Nr. 2, §§ 1594 ff. BGB; Österreich: § 145 ABGB; Schweden: Kap. 1, § 4 ElternG; Niederlande: Art. 1:199 lit. c und Art. 1:203 Abs. 1 BW, Art. 1:204 Abs. 1 BW nennt Nichtigkeitsgründe; Australien: Sec. 69T FLA 1975; Spanien: Art. 120 Nr. 1 und 2 CC; Belgien: Art. 319 i.V.m. [Art. 329^{bis} CC](#), nicht jedoch bei einer Inzestabstammung ([Art 321 CC](#)); Frankreich: [Art 316 CC](#), wo dies auch für das Kindesverhältnis zur Mutter gilt ([Art. 316 Abs 1 CC](#)). Die Anerkennung des im Inzest gezeugten Kindes ist allerdings auch in Frankreich ausgeschlossen (Art. 310-2 CC).
- 75 Siehe beispielsweise Deutschland: § 1597 Abs. 1 BGB; Frankreich: [Art 316 CC](#); Niederlande: Art. 1:203 Abs. 1 BW.
- 76 Deutschland: § 1595 Abs. 2 BGB (wenn die elterliche Sorge der Mutter insoweit nicht zusteht), vgl. § 1596 Abs. 2 E-BGB; Schweden: Kap. 1, § 4 Abs. 1 ElternG (ab Volljährigkeit); Belgien: Art. 329^{bis} §§ 1 und 2 Abs. 2 CC (ab dem Alter von 12 Jahren); Niederlande: Art. 1:204 Abs. 1 lit. d BW (ab dem Alter von 12 Jahren müssen Kinder schriftlich zustimmen); Spanien: [Art 123 CC](#) (ab Volljährigkeit); Italien: [Art. 250 Abs 2 CC](#) (ab dem Alter von 14 Jahren).
- 77 Deutschland: § 1595 Abs. 1 BGB, vgl. § 1596 Abs. 1 E-BGB; Norwegen: § 4 Abs. 3 KinderG; Schweden: Kap. 1, § 4 Abs. 1 ElternG; Niederlande: Art. 1:204 Abs. 1 lit. c BW (wenn das Kind noch nicht 16 Jahre alt ist); Spanien: [Art. 124 Abs 1 CC](#); Italien: [Art. 250 Abs 3 CC](#) (wenn das Kind noch nicht 14 Jahre alt ist); USA: Section 302 (a) (1) UPA 2017; Belgien: Art. 329^{bis} § 2 Abs. 1 CC.
- 78 Art. 319 i.V.m. Art. 329^{bis} § 2 Abs. 4 und § 3 CC. In den Niederlanden kann die Zustimmung von Mutter und Kind auf Antrag des Anerkennungswilligen durch einen Gerichtsbeschluss ersetzt werden, wenn die Anerkennung das Kindeswohl oder das Interesse der Mutter an einer ungestörten Beziehung zum Kind nicht beeinträchtigt und der Anerkennende der Erzeuger des Kindes ist, Art. 1:204 Abs. 3 BW. Überdies kann gemäss Art. 1:204 Abs. 4 BW der (frühere) Lebenspartner der Mutter die Ersetzung der Zustimmung verlangen, wenn er im Zeitpunkt der Zeugung mit der Mutter in einer Beziehung war und in die natürliche oder medizinisch unterstützte Zeugung des Kindes eingewilligt hat. Die Zustimmung kann ersetzt werden, wenn dies dem Kindeswohl dient. Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Person mit dem Kind genetisch verwandt ist; eine soziale Beziehung reicht aus, vgl. Reuss (Fn. 7), 336.
- 79 Anouchian et al., Editions Francis Lefebvre, Mémento Pratique, Droit de la famille 2016–2017, Levallois 2016, N 27150. Für die Anfechtung siehe [Art. 333 f CC](#). Im luxemburgischen Recht ist die Zustimmung der Mutter zur Anerkennung erforderlich, sofern das Kind in einem Gewaltakt gegen sie gezeugt wurde, [Art. 335 Abs 2 CC](#).
- 80 Sec. 10 *Births and Deaths Registration Act 1953* (BDRA 1953). Sind die Eltern verheiratet, besteht eine Pflicht zum Eintrag der Eltern in das Register, sind sie hingegen nicht verheiratet, so obliegt diese Pflicht alleine der Mutter, die den Namen des Vaters auch auslassen kann. Der Vater braucht zum Registereintrag das Einverständnis der Mutter oder aber er beweist seine genetische Vaterschaft; vgl. Standley/Davies (Fn. 138), 235 f.; vgl. Herring, Family Law, 9. Aufl., Harlow 2019, 365, 366 ff.
- 181 Sec. 111 (2) Adoption and Children Act 2002 änderte hierfür Sec. 4 (1) (a) und (1A) Children Act 1989; vgl. Herring (Fn. 180), 398.
- 82 Sec. 36 und 37 HFEA 2008; ausführlich dazu Reuss (Fn. 7), 332 f.
- 183 Section 703 UPA 2017.
- 84 So in Belgien: [Art. 332^{ter} Abs. 1 CC](#); Österreich: § 148 ABGB; USA: Section 602 (4) UPA 2017; wohl auch in Deutschland, wobei § 1600d Abs. 1 BGB die antragsberechtigten Personen nicht nennt; gemäss OLG Zweibrücken, Entscheid vom 8. März 2016, 2 UF 9/16, kann der genetische Vater eine Vaterschaftsklage anheben. Kein Klagerecht steht dem behaupteten genetischen Vater zum Beispiel in Schweden zu, wo er aber das Recht hat, sich an die entsprechenden Behörden zu wenden, die ihrerseits entscheiden, ob genügend Gründe bestehen, die Vaterschaft abzuklären, vgl. Kap. 2, §§ 1–9 ElternG.
- 85 USA: Section 602 (2) UPA 2017; Neuseeland: Sec. 10 (1) (a) Status of Children Act 1969; Spanien: [Art. 131 ff CC](#); Niederlande: Art. 1:199 lit. d i.V.m. Art. 1:207 Abs. 1 lit. a BW, solange das Kind jünger als 16 Jahre ist; Belgien: [Art. 332^{ter} Abs. 1 CC](#); wohl auch in Deutschland: Art. 1600d Abs. 1 BGB, vgl. Reuss (Fn. 7), 349, mit weiteren Nachweisen.

- 86 Frankreich: [Art. 327 Abs 2 CC](#), wobei die Klage während der Minderjährigkeit dem Elternteil zusteht, zu dem eine Abstammung besteht ([Art. 328 Abs 1 CC](#)); Spanien: [Art. 131 ff CC](#); Schweden: Kap. 3, § 5 ElternG; Niederlande: Art. 1:199 lit. d i.V.m. Art. 1:207 Abs. 1 lit. b BW; Belgien: [Art. 332^{ter} Abs. 1 CC](#); Österreich: § 148 Abs. 1 ABGB; USA: Section 602 (1) UPA 2017; wohl auch in Deutschland gemäss § 1600d Abs. 1 BGB, vgl. Reuss (Fn. 7), 349.
- 87 Deutschland: § 1600d Abs. 4 BGB; Österreich: § 148 Abs. 4 ABGB; Frankreich: Art. 311-19 CC; Ungarn: § 4: 103 Abs. 5 2013. évi V. Távány a Polgári Törvénykönyv (Ungarisches Bürgerliches Gesetzbuch). Gemäss australischem Recht sind die Wunscheltern und nicht der mit dem Kind verwandte Samenspender rechtliche Eltern des Kindes (Sec. 60H (1) (c) und (d) FLA oder auch Sec. 14 (2) Status of Children Act 1996 NSW). Allerdings entschied der australische High Court jüngst, dass dem Samenspender unter gewissen Umständen die rechtliche Vaterschaft zukomme (High Court of Australia *Masson v. Parsons* [2019] HCA 21, 19 June 2019, S6/2019).
- 88 Art. 1:207 Abs. 1 BW; Reuss (Fn. 7), 357.
- 89 Gesetzesbegründung vom 13. Oktober 2011, Kst. 33032 Nr. 3, 1, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33032-3.html> (27.1.2020); vgl. Reuss (Fn. 7), 356 f.
- 90 Vgl. Meulders-Klein, *American Journal of Comparative Law* 1996, 487, 499 f.; Norwegen: § 5 KinderG (mit einer entsprechenden Regelung für die Mit-Mutter); Schweden: Kap. 2, § 1 und Kap. 3, § 6 Abs. 2 ElternG; Finnland: §§ 4 und 13 Paternity Act.
- 191 Beispielsweise Georgia: § 19-7-43 (a) (4) Georgia Code. Vgl. für die USA im Allgemeinen: Merkt, *Das Kindschaftsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika*, in: Dopffler (Hrsg.), *Kindschaftsrecht im Wandel*, Tübingen 1994, 465, 487 f.; jeweils aktualisiert werden die Länderberichte zu den US-Bundesstaaten in Rieck (Hrsg.), *Ausländisches Familienrecht*, München, Stand: Mai 2019.
- 92 Art. 767 Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (LEC).
- 193 Art. 767 Abs. 4 LEC.
- 94 Art. 322 Abs. 1 i.V.m. Art. 332^{quinqüies} §2 CC, vgl. Art. 332^{quinqüies} §1 CC betreffend das volljährige Kind.
- 95 Art. 340 aCC, vgl. Rubellin-Devichi (Fn. 57), N 1523, mit Nachweisen zur Rechtsprechung.
- 96 [Art. 327 Abs 2 CC](#). Vgl. aber den Sonderfall von [Art 329 CC](#) für die Wiederherstellung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes.
- 97 Sec. 55A (1) (3) (4) *Family Law Act 1986* (FLA 1986). Das Kind, der angebliche Elternteil und der rechtliche Elternteil sind unbeschränkt antragsberechtigt (Sec. 55A (4) FLA 1986). Machen Dritte die Vaterschaft eines bestimmten Mannes geltend, so hat das Gericht die Klage abzuweisen, es sei denn, der Kläger könne ein hinreichendes persönliches Interesse darlegen (Sec. 55A (3) FLA 1986). Zur Statusklage des Kindes Sec. 56 FLA 1986; vgl. Reuss (Fn. 7), 353 f.
- 98 Reuss (Fn. 7), 354.
- 99 Sec. 20 *Family Law Reform Act 1969*; Lowe/Douglas (Fn. 138), 264 f.
- 100 Masson/Bailey-Harris/Probert, *Cretney's Principles of Family Law*, London 2008, N 17-012.
- 101 Vgl. Lowe/Douglas (Fn. 138), 274; Sec. 27 *Child Support Act 1991*.
- 102 Sec. 26 (2) *Child Support Act 1991*.
- 103 Ausführlich Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 12 ff.; siehe auch Besson, *Enforcing the Child's Right to Know her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2007, 137 ff. Die Frage nach einer statusunabhängigen Klärung der genetischen Vaterschaft wurde beispielsweise in Deutschland intensiv diskutiert: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 19. April 2016, 1 BvR 3309/13; Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 82 ff.; Bundesministerium (Fn. 6), 55 ff., sowie § 1600g E-BGB. Schliesslich befasste sich auch der EGMR verschiedentlich mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung: EGMR, Factsheet – Children's Rights, December 2019, 8 ff.
- 104 Vgl. Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 9. Eine aktuelle Erhebung zur Anonymität der Samenspende findet sich bei Council of Europe, Committee on Bioethics, *Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on the right to know about their origin for children born after MAP and on surrogacy*, Strassburg 2018, 61 ff. Auf die Anonymität des Samenspenders zu verzichten, empfiehlt auch das Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*, Doc. 14835, 20 February 2019, insbesondere N 7.1. Vgl. auch Ravelingien/Pennings, *The Right to Know Your Genetic Parents: From Open-Identity Gamete Donation to Routine Paternity Testing*, *The American Journal of Bioethics* 2013, 33 ff. Auch das portugiesische Verfassungsgericht befasste sich unlängst mit der Frage nach der Anonymität des Samenspenders: *Acórdão do Tribunal Constitucional*, n.º 225/2018; vgl. hierzu de Oliveira/Távora Vitor, *Two interesting new topics on family law in Portugal*, *FamRZ* 2019, 1506, 1508.
- 105 Kap. 6, §§ 5 ff. Gesetz zur genetischen Integrität.
- 106 Kap. 1, § 15 ElternG.
- 107 [Art 260 ZGB](#).

- 08 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 58), N 16.48.
- 09 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 260 ZGB](#), N 3.
- 10 Vgl. BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 260 ZGB](#), N 7, auch mit Hinweisen zu abweichenden Meinungen.
- 211 [Art. 11 Abs 7 ZStV](#).
- 112 [Art. 261 Abs 1 ZGB](#); ausführlich dazu Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 58), N 16.61 ff.
- 113 Ist der behauptete Vater verstorben, richtet sich die Klage gegen seine Nachkommen, seine Eltern, seine Geschwister oder, bei deren Fehlen, gegen die zuständige Behörde des letzten Wohnsitzes ([Art. 261 Abs 2 ZGB](#)).
- 114 [Art. 23 Abs 2 FMedG](#); Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 6. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2019, N 270, 272; kritisch dazu Sandoz, *Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée*, ZVW 2001, 90, 94. Schwenzer/Cottier sprechen sich zudem für die Zulässigkeit der Vaterschaftsklage auch im Falle der nach [Art. 3 Abs 4 FMedG](#) verbotenen sogenannten postmortalen Insemination aus, vgl. BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 261 ZGB](#), N 11.
- 115 BaslerKomm/Breitschmid, [Art 308 ZGB](#), N 10. Art. 309 aZGB wurde per 1. Juli 2014 aufgehoben, [AS 2014 357](#), 362. Allerdings wurde Art. 309 aZGB in der Praxis nicht im Sinne eines ausnahmslosen Automatismus angewendet, siehe hierzu BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, [Art 308 ZGB](#), N 40.
- 116 Im geltenden Recht zählt [Art. 308 Abs 2 ZGB](#) beispielhaft die Aufgaben des Beistandes auf; vgl. auch BaslerKomm/Breitschmid, [Art 308 ZGB](#), N 8.
- 117 BaslerKomm/Breitschmid, [Art 308 ZGB](#), N 8; Biderbost, [Art 308 ZGB](#), in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – Part G*, 3. Aufl., Zürich 2016, N 7a.
- 118 BGE 107 II 312 f.
- 119 Biderbost (Fn. 217), [Art 308 ZGB](#), N 7a. BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, [Art 308 ZGB](#), N 51, schlagen grundsätzlich eine Frist von drei bis sechs Monaten vor, wobei im Einzelfall zu untersuchen sei, ob die Durchsetzung der Kindesinteressen gefährdet sei.
- 20 [BGE 142 III 545](#), Regeste, 548 = [FamPra.ch 2016, 1053 f.](#), 1056; zum Kindeswohl ferner BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, [Art 308 ZGB](#), N 39, 42, 43 ff.
- 121 BernerKomm/Affolter-Fringeli/Vogel, [Art 308 ZGB](#), N 45. In der Praxis wird allerdings gerade bei anonymen Samenspenden und wenn sich die Mutter beharrlich weigert, den Vater zu nennen, oftmals auf die Bestellung eines Beistands oder andere Massnahmen verzichtet, siehe hierzu Jud/Mitrovic/Rosch, *Praxis der KESB im Umgang mit Feststellungen des Kindesverhältnisses. Ergebnisse einer schweizweiten Onlinebefragung*, [FamPra.ch 2017, 675](#), 685 ff. Nur in Ausnahmefällen können die Interessen der Mutter einen Verzicht auf die Feststellung der Vaterschaft rechtfertigen, OGer ZH, ZVW 2005, 45 ff.
- 122 Bächler (Fn. 30), 71 f.; zu den Möglichkeiten für zwei Frauen, Mutterschaft zu begründen, siehe Bächler/Parizer, *Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART). A Comparative Study of Legal Frameworks*, Jusletter vom 17. September 2018.
- 123 Vgl. zum Recht der Ehelichkeitsanfechtung bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts Schwenzer, *Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung*, [FamRZ 1985](#), 1, 3.
- 24 Deutschland: § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB; Österreich: § 151 Abs. 2 ABGB; Schweden: Kap. 3, § 1 Abs. 1 ElternG; Niederlande: Art. 1:200 Abs. 1 lit. a BW; Belgien: Art. 318 § 1, Art. 332^{bis} und 332^{ter} Abs. 1 CC; Spanien: [Art. 136 Abs 1 CC](#).
- 125 Vgl. Herring (Fn. 180), 368 f.; Lowe/Douglas (Fn. 138), 262 f.; Reuss (Fn. 7), 387 f.; vgl. aber zur Begrenzung der Ehelichkeitsanfechtung durch Verfahrensvorschriften Coester-Waltjen, Gutachten, in: Dopffel (Hrsg.), *Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind. Zwei rechtsvergleichende Gutachten*, Tübingen 1990, 125, 131 f.
- 26 Deutschland: § 1600 Abs. 4 BGB; Österreich: § 152 ABGB; Belgien: Art. 318 § 4 CC; Niederlande: Art. 1:200 Abs. 3 BW; England und Wales: Sec. 35 (1) HFEA 2008 sowie Sec. 28 (2) und (3) HFEA 1990 (die Zustimmung des Ehemannes wird vermutet); Frankreich: Art. 311-20 Abs. 2 CC; Norwegen: § 9 Abs. 4 KinderG, ausser wenn unwahrscheinlich ist, dass das Kind durch die assistierte Befruchtung empfangen wurde; Australien: Sec. 60H (1) (5) FLA 1975 (die Zustimmung des Ehemannes wird vermutet); Schweden: Kap. 1, § 8 ElternG, der allerdings verlangt, dass es «mit Rücksicht auf sämtliche Umstände wahrscheinlich» ist, «dass das Kind durch die Befruchtung gezeugt worden ist».
- 27 England und Wales: Sec. 28 (3) und (4) HFEA 1990; Sec. 36 f. HFEA 2008 setzt voraus, dass die «vereinbarten Vaterschaftsbedingungen» erfüllt werden; De Haan, *Whose Child Am I? A Look at How Consent Affects a Husband's Obligation to Support a Child Conceived Through Heterologous Artificial Insemination*, *Brandeis Law Journal* 1998–99, 809 ff. In Frankreich ist derjenige, der einer künstlichen Befruchtung zugestimmt und danach das Kind nicht anerkannt hat, schadenersatzpflichtig (Art. 311-20 Abs. 4 CC). Norwegen: § 9 Abs. 4 KinderG; Australien: Sec. 60H (1) (5) FLA 1975.
- 28 Unbefristet ist die Anfechtung möglich, wenn die Person weder eine Keimzelle für das Fortpflanzungsmedizinische Verfahren zur Verfügung gestellt noch diesem zugestimmt hat, die Ehegatten seit dem Fortpflanzungsverfahren nicht mehr zusammenleben und keine nach aussen gelebte Eltern-Kind-Beziehung entstanden ist (Section 705 [b] UPA 2017).

- 29 EGMR-Urteil [Nr. 18535/91](#) [Nr. 18535/91](#) vom 27.10.1994 in Sachen Kroon u.a. gegen die Niederlande, N 35 ff.
- 30 Art. 318 § 1, Art. 332^{bis} und [Art. 332^{ter} Abs. 1 CC](#).
- 231 § 5 Abs. 1 KinderG.
- 32 § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB.
- 233 Art. 1:200 Abs. 1 lit. a, Abs. 5 BW.
- 34 § 6 KinderG.
- 35 § 41 Abs. 1 (klageberechtigt sind Vater, Mutter und Kind) bzw. § 40 Abs. 2 Paternity Act (gemeinsamer Antrag von Vater und Mutter auf Aufhebung der Vaterschaft beim Magistrat).
- 36 Section 608 UPA 2017; Section 602 (2) UPA 2017 gewährt unter anderem der Mutter das Recht, die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen. Vgl. aber auch Krause/Elrod/Oldham, Family Law. Cases, Comments, and Questions, 8. Aufl., St. Paul 2018, 379, mit dem Hinweis, dass Gerichte die Anfechtung der Vaterschaft traditionell nur sehr restriktiv zulassen.
- 37 Beispielsweise Österreich: § 151 Abs. 2 ABGB; vgl. hierzu Reuss (Fn. 7), 402.
- 38 [Art 10 BV](#); vgl. BaslerKomm/Tschentscher, [Art 10 BV](#), N 35.
- 39 Art. 8 UN-KRK; BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 256 ZGB](#), N 5; Reuss (Fn. 7), 404.
- 40 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 31. Januar 1989, 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891, 892; vgl. Reuss (Fn. 7), 404, mit Verweis auf Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 50.
- 41 Deutschland: § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB; vgl. aber den Beschränkungs-vorschlag des Arbeitskreises Abstammungsrecht (Fn. 18), 50, Thesen 27 und 28. Norwegen: §§ 6 und 28a KinderG (die Klage des minderjährigen Kindes wird von einem Vormund erhoben, allerdings muss das Kind ab 15 Jahren zustimmen); Schweden: Kap. 3, § 2 ElternG.
- 42 Polen: Art. 70 § 1 Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch); der polnische Verfassungsgerichtshof beanstandete kürzlich die Verfassungsmässigkeit des Beginns der kenntnisunabhängigen Frist, siehe hierzu Bugajski, Neue polnische Zuständigkeitsregelungen für Familienangelegenheiten im internationalen Rechtsverkehr sowie Tendenzen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, FamRZ 2019, 1502, 1505 f.; Niederlande: Art. 1:200 Abs. 1 lit. b und Abs. 6 BW.
- 43 In Japan kann beispielsweise gemäss § 774 Minpô (Zivilgesetzbuch) nur der Ehemann die Ehelichkeit anfechten. Bis vor wenigen Jahren schränkten Belgien (Art. 332 Abs. 1 und 5, Art. 323 aCC) und Frankreich (Art. 334-9 aCC e contrario und Art. 322 Abs. 2 aCC e contrario) das Anfechtungsrecht des Kindes zugunsten des Schutzes des Familienfriedens ein.
- 44 Kap. 1, § 2 Abs. 2 ElternG bezieht sich auf die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes und regelt gleichzeitig, dass mit der Anerkennung durch den Dritten als festgestellt gilt, dass der Ehemann nicht der Kindsvater ist.
- 45 § 7 KinderG. Bisheriger Vater ist entweder der Ehemann gemäss § 3 oder der Mann, der das Kind anerkannt hat, gemäss § 4 KinderG.
- 46 Indem mit den im Jahr 2003 neu eingeführten §§ 6 und 28a KinderG nicht nur dem Kind, der Mutter und dem Ehemann, sondern auch dem leiblichen Vater ein zeitlich unbeschränktes Anfechtungsrecht eingeräumt wurde, stellte Norwegen als erstes europäisches Land sein Abstammungsrecht auf rein biologische Grundlagen; vgl. dazu Büchler, AJP 2004, 1175, 1180. Eine Übersicht zum Anfechtungsrecht des mutmasslichen genetischen Vaters findet sich bei Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band I, München 2016, F 1, F 41 ff.
- 47 §§ 6 und 6a i.V.m. § 9 KinderG, allerdings gilt eine Frist von sechs Monaten und gewisse Voraussetzungen müssen erfüllt werden.
- 48 Gemäss [Art. 263 Abs 1 und 4 CC](#) kann jede Person, die ein Interesse daran hat, eine unrichtige Vaterschaftsanerkennung innerhalb von fünf Jahren seit der Eintragung der Anerkennung in der Geburtsurkunde des Kindes anfechten. Ein Interesse kann auch der behauptete genetische Vater haben; vgl. Ensslin, Italien, in: Rieck (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, München, Stand: Mai 2019, N 35.
- 49 Art. 116 Ligji [Nr. 2004/32](#) [Nr. 2004/32](#) Ligji për familjen i kosovës (Familiengesetz, FamG) betrifft die Anfechtung der Vaterschaft zu einem nicht ehelich geborenen Kind; Art. 117 FamG betrifft die Anfechtung der Vaterschaft zu einem ehelich geborenen Kind.
- 50 Art. 79 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. Art. 80 i.V.m. Art. 403 Obiteljski Zakon (Familiengesetz). Die Klage kann innerhalb von einem Jahr seit der Eintragung der Anerkennung der Vaterschaft erhoben werden, und gleichzeitig muss die Eintragung der Vaterschaft des Klägers beantragt werden.
- 251 Art. 322-1 Abs. 1 und 3 CC. Voraussetzung ist, dass die Klage während der Minderjährigkeit des Kindes erhoben wird und kein *possession d'état* zwischen dem aus der Geburtsurkunde hervorgehenden Vater und dem Kind vorliegt.
- 52 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23. April 2004, BGBl. 2004 I 598.

- !53 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 9. April 2003, 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01; Höfelmann, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 2004, 745; Pieper, Neu: Anfechtungs- und Umgangsrecht des biologischen Vaters, FuR 2004, 385.
- 54 § 1600 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BGB.
- !55 § 1600 Abs. 3 BGB. Vgl. auch Höfelmann, FamRZ 2004, 745 f. und 749.
- 56 Höfelmann, FamRZ 2004, 745 f.; OLG Celle, Entscheid vom 8. März 2011, 15 UF 238/10, E. 2.
- 57 Bundesministerium (Fn. 6), 47; vgl. bereits Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 53 und These 30.
- 58 Bundesministerium (Fn. 6), 48; so bereits Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 52, These 29. Vgl. auch Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 25. September 2018, 1 BvR 2814/17, E. B.I.1, wonach das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind «den endgültigen Ausschluss des leiblichen Vaters vom Zugang zur rechtlichen Elternstellung [...] nicht ohne Weiteres» zulasse.
- 59 Vgl. Pintes, Belgien, in: Henrich/Dutta/Ebert (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main/Berlin, Stand: 1.8.2019, 62.
- 60 Art. 318 § 1 CC (Anfechtung der Vaterschaftsvermutung); Art. 330 § 1 Abs. 1 CC (Anfechtung der Anerkennung).
- !61 Cour constitutionnelle, arrêt n° 20/2011 du 3 février 2011; arrêt n° 29/2013 du 7 mars 2013; arrêt n° 96/2013 du 9 juillet 2013; arrêt n° 105/2013 du 9 juillet 2013.
- 62 [Art. 333 Abs 1 CC](#); zur Anfechtungsberechtigung der Staatsanwaltschaft siehe Abs. 2. Vgl. ferner Bénabent, Droit de la famille, 4. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2018, N 552 ff.
- !63 [Art 334 CC](#).
- 64 [Art 335 CC](#).
- 65 Reuss (Fn. 7), 400 f., mit weiteren Nachweisen; Anouchian et al. (Fn. 179), N 28250.
- 66 EGMR-Urteil [Nr. 18535/91 Nr. 18535/91](#) vom 27.10.1994 in Sachen Kroon u.a. gegen die Niederlande. Zur Rechtsprechung des EGMR Bächler (Fn. 24), 29, 36 ff.
- 67 Vgl. Section 602 (4) UPA 2017. Beispielsweise Alabama: § 26-17-602 (3) Code of Alabama; Kalifornien: Section 7630 (a) (2) Family Code; Georgia: § 19-7-43 (a) (5) Georgia Code; Wisconsin: § 767.80 (1) (d) Wisconsin Statutes. Siehe auch Seibl, USA, in: Henrich/Dutta/Ebert (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main/Berlin, Stand: Januar 2016, 62n; Schwenzer, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag, München 1992, A 1, A 37; Krause/Elrod/Oldham (Fn. 236), 380, zur Entwicklung einer Gesetzgebung für die Vaterschaftsanfechtung.
- 68 Sec. 55A (1) (3) (4) FLA 1986; vgl. die Einschränkung, dass Dritte ein hinreichendes persönliches Interesse an der Vaterschaftsfeststellung darzulegen haben. Zur Statusklage des Kindes vgl. Sec. 56 FLA 1986.
- 69 Niederlande: Anfechtungsberechtigt sind gemäss Art. 1:200 Abs. 1 BW der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind; Deutschland schaffte das subsidiäre Anfechtungsrecht der Eltern im Jahr 1998 ab. Das schwedische Recht sieht nach wie vor ein Anfechtungsrecht der Erben vor: Kap. 3, § 1 Abs. 2 ElternG; Frankreich: Art. 334 und 335 CC, die jeder interessierten Person ein Anfechtungsrecht einräumen.
- 70 [Art 336 CC](#).
- !71 Art. 1:205 Abs. 2 BW.
- 72 Reuss (Fn. 7), 401, mit weiteren Nachweisen.
- !73 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17. Dezember 2013, 1 BvL 6/10 = FamRZ 2014, 449 ff.
- 74 § 1597a BGB wurde eingefügt mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2780.
- 75 § 1597a Abs. 2 BGB; der Begriff der missbräuchlichen Anerkennung wird in Abs. 1 konkretisiert.
- 76 Reuss (Fn. 7), 330; Arbeitskreis Abstammungsrecht (Fn. 18), 44 und These 15; Balzer, § 1597a BGB, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), beck-online. Grosskommentar zum Zivilrecht, Stand: 1. November 2019, N 10 ff., mit weiteren Nachweisen.
- 77 Reuss (Fn. 7), 330.
- 78 Kritisch dazu bereits Schwenzer (Fn. 267), A 23 f.: «M.E. kann an der unterschiedlichen Ausgestaltung der Vaterschaftsanfechtung nicht festgehalten werden. [...] Allein der formalen Ehelichkeit als solcher kommt aufgrund gewandelter gesellschaftlicher Einstellungen heute kein solcher Wert mehr zu, der es aus der Sicht des Kindes rechtfertigen könnte, die Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes im Vergleich zur Anerkennung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zuzulassen.»
- 79 Gemäss [Art. 243^{bis} Abs. 1 CC](#) können der Ehemann, die Mutter und das Kind die Ehelichkeitsvermutung anfechten. Die unrichtige Anerkennung kann dagegen jede Person anfechten, die ein Interesse daran hat, [Art. 263 Abs 1 CC](#).

- 80 Deutschland: § 1600 BGB; Norwegen: § 6 KinderG; Niederlande: Art. 1:200 und 1:205 BW, die erhöhten Anforderungen an die Motive für die Anfechtung der Anerkennung durch Mutter und Kind ergeben sich daraus, dass Mutter und Kind der Anerkennung zustimmen müssen.
- 81 [Art. 256 ff ZGB](#).
- 82 [Art. 256 Abs. 1 Ziff 1 ZGB](#). Daraus folgt allenfalls die Rückforderung von Kindesunterhaltsbeiträgen, für die es jedoch keine gesetzliche Grundlage im Familienrecht selbst gibt; vgl. Geiser, Zur Rückforderung von Unterhaltsbeiträgen, ZVW 2001, 29 ff.; ferner [BGE 129 III 646](#).
- 83 Gemäss [Art. 256 Abs 3 ZGB](#).
- 84 [Art. 256 Abs. 1 Ziff 2 ZGB](#); vgl. dazu [BGE 122 II 289, 293](#). Belser/Jungo, ZSR 2015, 175, 194 f., weisen zu Recht darauf hin, dass diese Regelung das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung einschränkt. [BGE 134 III 241, 244](#) gewährt dieses Recht nun aber jeder Person.
- 85 [Art. 23 Abs 1 FMedG](#).
- 86 So beispielsweise BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 256 ZGB](#), N 6.
- 87 [BGE 144 III 1](#), 3 ff., insbesondere 6 = [FamPra.ch 2018, 534](#), 536 ff., insbesondere 539, wo das BGer darauf hinweist, dass es «am schweizerischen Gesetzgeber [wäre], den bislang eher eng gezogenen Kreis der Anfechtungsberechtigten gemäss [Art 256 ZGB](#) allenfalls auszuweiten».
- 88 [Art 260a ZGB](#).
- 89 Heiraten die Eltern nachträglich und anerkennt der Ehemann das Kind, kann diese Anerkennung gemäss [Art 259 ZGB](#) angefochten werden. Die Anfechtung richtet sich nach den [Art. 260a ff ZGB](#); vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller (Fn. 58), N 16.26.
- 90 [BGE 143 III 624, 627](#) = [FamPra.ch 2018, 541, 544](#).
- 91 [BGE 143 III 624, 630](#) = [FamPra.ch 2018, 541, 546](#).
- 92 [BGE 143 III 624, 631 f.](#) = [FamPra.ch 2018, 541, 546 f.](#)
- 93 Steck, Bemerkungen zu BGer vom 12. Oktober 2017 – [5A_590/2016, FamPra.ch 2018, 541, 557](#); Büchler/Raveane, Bemerkungen zu BGer vom 12. Oktober 2017 – [5A_590/2016, FamPra.ch 2019, 224 ff.](#); kritisch auch BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 260a ZGB](#), N 5.
- 94 Beispielsweise Niederlande: Art. 1:207 Abs. 1 lit. b BW; Schweden: Kap. 3, § 5 ElternG; Österreich: § 148 Abs. 1 ABGB; siehe hierzu Reuss (Fn. 7), 357; Spanien: [Art. 132 Abs 1 CC](#) mit Bezug auf den Vater, die Mutter und das Kind und betreffend die Geltendmachung der ehelichen Abstammung, und [Art. 133 Abs 1 CC](#) betreffend die nicht eheliche Abstammung und nur mit Bezug auf das Kind; England und Wales: Sec. 55A FLA 1986.
- 95 So beispielsweise im französischen Recht gemäss Art. 327 i.V.m. [Art 321 CC](#) für die Vaterschaftsfeststellungsklage und gemäss Art. 329 Satz 2 CC für die Wiederherstellung der Ehelichkeitsvermutung. Der EGMR erachtet eine Befristung der Klagebefugnis als zulässig: EGMR-Urteil [Nr. 72105/14 Nr. 72105/14 und 20415/15](#) vom 3.1.2018 in Sachen Silva und Mondim Correia gegen Portugal, N 57 ff.
- 96 Art. 1:207 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 BW.
- 97 Art. 329 Satz 1 CC.
- 98 Art. 327 i.V.m. [Art 321 CC](#).
- 99 [Art 328 CC](#); vgl. hierzu auch Anouchian et al. (Fn. 179), N 27810, 27825.
- 100 [Art. 331^{ter} Abs. 1 CC](#).
- 101 Schweden: Kap. 3, § 2 ElternG; Norwegen: §§ 6 und 28a KinderG; Finnland: § 44 (1) Paternity Act beschränkt die Klagefrist nur für die Mutter, den rechtlichen Vater und den mutmasslichen genetischen Vater auf zwei Jahre.
- 102 § 1600b Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 103 § 1600b Abs. 1 Satz 2 BGB.
- 104 § 1600b Abs. 1 Satz 1 E-BGB.
- 105 Bundesministerium (Fn. 6), 53.
- 106 Bundesministerium (Fn. 6), 53.
- 107 [Art 333 CC](#).
- 108 Art. 334 i.V.m. [Art 321 CC](#).
- 109 [Art 335 CC](#).

- 110 Art. 1:200 Abs. 5 und 6 BW.
- 311 [Art. 263 Abs 1 ZGB](#).
- 312 [Art. 256c Abs 2 ZGB](#).
- 313 [Art. 260c Abs 2 ZGB](#).
- 114 [Art. 256c Abs 1 ZGB](#).
- 315 [Art. 260c Abs 1 ZGB](#).
- 116 Vgl. Art. 256c Abs. 3, Art. 260c Abs. 3 und [Art. 263 Abs 3 ZGB](#).
- 117 Zu Art. 256c: [BGE 132 III 1](#) = FamPra.ch 2006, 170 ff.; BGer, 31.8.2009, [5A 298/2009](#) = [FamPra.ch 2010, 194](#) ff.; BGer, 6.7.2011, [5A 240/2011](#), E. 6.2.1 f. = [FamPra.ch 2011, 1002](#), 1006 f.; BGer, 10.1.2018, [5A 541/2017](#) = [FamPra.ch 2018, 529](#) ff.; noch sehr restriktiv dagegen BGer, 14.10.2003, [5C.130/2003](#) = [FamPra.ch 2004, 142](#) ff.; vgl. ferner BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 256c ZGB](#), N 6. Siehe aber Reich, [Art 256c ZGB](#), in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB – Part G, 3. Aufl., Zürich 2016, N 4, der weiterhin von einer restriktiven Auslegung der «wichtigen Gründe» ausgeht. Zu Art. 260c: die Wiederherstellung der Anfechtungsfrist wurde allerdings verweigert in KGer SG, [FamPra.ch 2009, 489](#) ff.
- 118 [BGE 132 III 1](#), Regeste. Vgl. dagegen den abgeschwächten Wortlaut in BGer, 10.1.2018, [5A 541/2017](#), Regeste = [FamPra.ch 2018, 529](#), wonach ein wichtiger Grund angenommen werde, wenn der «rechtliche Vater bisher nicht an seiner biologischen Vaterschaft zweifelte».
- 119 BGer, 14.10.2004, [5C.130/2003](#), E. 1.2 = [FamPra.ch 2004, 142, 144](#).
- 120 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 256c ZGB](#), N 6.
- 321 BGer, 7.3.2017, [5A 423/2016](#), E. 5.2.1; siehe dazu ferner BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 263 ZGB](#), N 4.
- 122 OGer SO, SJZ 1972, 188.
- 123 Beispielsweise Österreich: § 144 Abs. 2 ABGB; Niederlande: Art. 1:198 Abs. 1 lit. b und c BW; Norwegen: § 4a KinderG; Belgien: Art. 325/1 CC; England und Wales: Sec. 42 ff. HFEA 2008; Schweden: Kap. 1, § 9 ElternG i.V.m. Kap. 6 und 7 Gesetz zur genetischen Integrität; die «Mit-Mutterschaft» soll gemäss § 1592 Abs. 2 E-BGB auch in Deutschland eingeführt werden.
- 124 Ausführlich Bächler/Parizer, Jusletter vom 17. September 2018.
- 125 Sec. 42 HFEA 2008.
- 126 Reuss (Fn. 7), 309, mit weiteren Nachweisen; High Court of England and Wales, M v. F and H [2013] EWHC 1901 (Fam), 5 July 2013, insbesondere Ziff. 27 f. Sind die Partnerinnen weder verheiratet noch in eingetragener Partnerschaft, entsteht die Mit-Mutterschaft nach Sec. 43 f. HFEA 2008.
- 127 High Court of England and Wales, M v. F and H [2013] EWHC 1901 (Fam), 5 July 2013; vgl. Reuss (Fn. 7), 310.
- 128 Schedule 4 Sec. 2 Marriage (Same Sex Couples) Act 2013.
- 129 Art. 1:198 Abs. 1 lit. b BW; ausführlich zu den Voraussetzungen Reuss (Fn. 7), 310.
- 130 § 1592 Abs. 2 E-BGB; Ähnliches gilt in Belgien: Art. 325/2, 325/4, 325/8 CC.
- 331 Bundesministerium (Fn. 6), 23.
- 132 Zum Ganzen: Schwenzer (Fn. 10), N 96. Zum gesetzlichen Ideal der verheirateten Eltern Belsler/Jungo, ZSR 2015, 175, 196 f.
- 333 In Deutschland wird vorgeschlagen, an der geltenden Zuordnung der Vaterschaft festzuhalten und die entsprechenden Regelungen auf die Partnerin der Mutter auszuweiten, § 1592 Abs. 2 E-BGB.
- 134 Schwenzer (Fn. 10), N 97.
- 135 Zu überlegen wäre beispielsweise, ob ab dem Zeitpunkt der faktischen Trennung die Vaterschaftsvermutung dahinfällt, ob die Vermutung auch für die homosexuelle Partnerin gelten soll und ob der heterosexuelle Partner der Mutter als Vater vermutet wird, selbst wenn er nicht oder erst seit Kurzem mit der Mutter zusammenlebt.
- 136 Schwenzer (Fn. 10), N 98; gl.M. Rusch (Fn. 10), 159 ff.
- 137 Vorwort von Schwenzer, in: Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), V f.
- 138 Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.5; Schwenzer (Fn. 10), N 98.
- 139 Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 2 des Kommentars zu Art. 3.5. Gemäss § 1598c Abs. 2 E-BGB ist Vater die Person, die mit der Mutter in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat. Im Kommentar zum Teilentwurf spricht das Bundesministerium (Fn. 6), 19, vom «Verursachungsbeitrag». Zur Anerkennung nach geltendem Schweizer Recht siehe [Art. 260 Abs 3 ZGB](#).
- 40 Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.5 sowie Abschnitt 2 des zugehörigen Kommentars; Rusch (Fn. 10), 161.

- 341 Ähnliches wird in Deutschland vorgeschlagen: Bundesministerium (Fn. 6), 29, sowie § 1596 Abs. 2 E-BGB.
- 42 Vgl. hierzu auch Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 2 des Kommentars zu Art. 3.5; Rusch (Fn. 10), 159 f.
- 143 [Art. 256 Abs 3 ZGB](#); [Art. 23 Abs 1 FMedG](#).
- 44 [Art. 260 Abs 1 ZGB](#).
- 45 Vgl. zum Ganzen auch Schwenger (Fn. 10), N 96, 98.
- 46 Schwenger (Fn. 10), N 102 ff.; Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.6 ff.
- 47 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.6 ff.
- 48 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.6 Abs. 2, wonach die Anfechtung des Elternteils innerhalb eines Jahres seit der Entdeckung des Irrtums zu erfolgen habe, und Art. 3.7 Abs. 3 und 4, wonach die Anfechtungsfrist während der Minderjährigkeit des Kindes ein Jahr seit Kenntnisnahme der allenfalls fehlenden genetischen Elternschaft und nach Erreichen der Volljährigkeit drei Jahre oder ein Jahr seit Entdeckung der möglicherweise fehlenden genetischen Verbindung betrage.
- 49 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitte 2 ff. des Kommentars zu Art. 3.8.
- 50 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 1 und Abschnitt 2 des zugehörigen Kommentars, wonach es nach der Volljährigkeit nur noch vom Willen des Kindes abhängen solle, ob die rechtliche Vaterschaft des genetischen Nichtvaters bestehen bleibe.
- 351 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 1 i. V. m. Art. 3.10 und Abschnitt 2 des zugehörigen Kommentars.
- 152 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 2.
- 353 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 3. Der Model Family Code spricht in diesem Zusammenhang von der «Familienbeziehung».
- 54 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 3 des Kommentars zu Art. 3.8.
- 155 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 4.
- 56 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.9 Abs. 1, der wiederum von «Familienbeziehung» spricht.
- 57 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.9 Abs. 3.
- 58 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.8 Abs. 3 a.E. und Art. 3.9 Abs. 4.
- 59 Vgl. Bundesministerium (Fn. 6), 2, 19.
- 60 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.10 und Abschnitt 1 des zugehörigen Kommentars; vgl. auch Schwenger (Fn. 10), N 107; Rusch (Fn. 10), 163.
- 361 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 1 des Kommentars zu Art. 3.10; vgl. Schwenger (Fn. 10), N 107; Rusch (Fn. 10), 163.
- 62 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.10 Abs. 2 lit. a sowie Abschnitt 3 des zugehörigen Kommentars. Bei Interessenkonflikten soll die Vertretungsmacht der Person, welche die elterliche Sorge innehat, gemäss Art. 3.34 Abs. 2 jedoch ausgeschlossen sein. Auch Rusch (Fn. 10), 164, Fn. 823, spricht sich dafür aus, dem Kind einen Beistand zu ernennen, wenn ein Interessenkonflikt des rechtlichen Elternteils oder der Sorgerechtsinhaberin möglich ist. Dasselbe gilt bereits bei der Vaterschaftsklage nach [Art. 261 Abs 1 ZGB](#), vgl. BaslerKomm/Schwenger/Cottier, [Art 261 ZGB](#), N 5.
- 163 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 3 des Kommentars zu Art. 3.10 sowie Art. 3.3 Abs. 3.
- 64 *De lege lata* steht die Vaterschaftsklage dem urteilsfähigen Kind zu (BaslerKomm/Schwenger/Cottier, [Art 261 ZGB](#), N 5, mit Verweis auf [Art 19c ZGB](#)).
- 65 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Abschnitt 4 des Kommentars zu Art. 3.10.
- 66 Schwenger/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.10 Abs. 2 lit. b und Abschnitt 5 des zugehörigen Kommentars.
- 67 Ähnlich auch Rusch (Fn. 10), 164 f., die vorschlägt, das mütterliche Klagerecht auf ein Jahr zu befristen.
- 68 Vgl. Rusch (Fn. 10), 165, die vorschlägt, dass der Vater die Klage bis zum vollendeten fünften Lebensjahr des Kindes erheben können soll. Aus wichtigen Gründen, beispielsweise wenn der Vater erst nach Ablauf der Frist von der Existenz des Kindes erfahre, könne die Frist wiederhergestellt werden.
- 69 So auch Rusch (Fn. 10), 165.
- 70 [Art. 264c Abs. 1 Ziff 2 ZGB](#); [Art 27a PartG](#).
- 371 Siehe oben Seite 47 f.; vgl. Schwenger, Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, in: Schwenger (Hrsg.), Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, Antwerpen/Oxford 2007, 1, 9.
- 72 [Art. 3 Abs 3 FMedG](#); [Art 28 PartG](#).
- 173 [Art 8 BV](#). Ausführlich hierzu Büchler/Clausen, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin, [FamPra.ch 2014, 231](#), 248 ff., mit zahlreichen Nachweisen; Simoni, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten

«Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz. Gutachten für das Bundesamt für Gesundheit BAG vom September 2012, 53, 82. Ausführlich und kritisch zum Ausschluss homosexueller Paare von der Fortpflanzungsmedizin und der Rechtsprechung dazu Belser/Jungo, ZSR 2015, 175, 201 ff.

74 Schwenzer (Fn. 10), N 99; Bächler/Clausen, [FamPra.ch 2014, 231](#), 249, mit weiteren Nachweisen; ferner Bächler (Fn. 30), 71 ff.

75 Bächler/Parizer, Jusletter vom 17. September 2018, N 31 ff. Ähnliches wird in Deutschland zurzeit diskutiert, siehe oben Seite 48.

76 Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), Art. 3.5, sprechen geschlechtsneutral von der «Person», welche die Elternschaft übernimmt.

77 Dieses Recht ist verfassungsrechtlich in Art. 119 Abs. 2 lit. g und [Art. 10 Abs 2 BV](#) und völkerrechtlich in Art. 7 und 8 UN-KRK und [Art 8 EMRK](#) verbrieft. Siehe ausführlich Bächler (Fn. 30), 129 f., und Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#) ff.

78 BaslerKomm/Schwenzer/Cottier, [Art 272 ZGB](#), N 5; Bächler (Fn. 30), 129; Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 15.

79 Vgl. für Deutschland § 1598a BGB.

80 [Art. 27 Abs 1 FMedG](#).

81 [Art. 27 Abs 2 FMedG](#).

82 Vgl. VGer SG, 19.8.2014, B 2013/158, E. 5.2; ferner Schwenzer (Fn. 10), N 95.

83 [Art. 19c Abs 1 ZGB](#); so bereits Bächler (Fn. 30), 129 f.; vgl. ferner Bächler/Ryser, [FamPra.ch 2009, 1](#), 20 ff.

84 Vgl. Art. 7 und 8 UN-KRK; [Art 8 EMRK](#); Art. 10 Abs. 1 und [Art. 119 Abs. 2 lit g BV](#).

85 Vgl. Bächler, AJP 2004, 1175, 1181. Kritisch auch Schwenzer (Fn. 10), N 20 ff., 96.

86 Vgl. auch Douglas, Marriage, Cohabitation, and Parenthood—from Contract to Status?, in: Katz/Eekelaar/Maclean (Hrsg.), Cross Currents. Family Law and Policy in the United States and England, Oxford 2000, 211, 227 ff.; Schwenzer (Fn. 10), N 96, 98, 101. Vgl. zur Eltern-Kind-Beziehung auch [Art 272 ZGB](#).

87 Vgl. zu möglichen Perspektiven und Lösungen Bächler, AJP 2004, 1175, 1183 f.; zur intentionalen Elternschaft gleich- und verschiedengeschlechtlicher Eltern Schwenzer (Fn. 10), insbesondere N 98; Schwenzer/Dimsey (Fn. 10), 96 ff.; ferner Rusch (Fn. 10), 156 ff.