Vortrag anlässlich der Jahresversammlung der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst vom 28./29. April 2016 in Fribourg

ENTSTEHUNG KINDESVERHÄLTNIS VERGLEICHE KRITIK MÖGLICHE ENTWICKLUNG

Willi Heussler



Altes Kindesrecht, Zahlvaterschaften KmbH, Neues Adoptionsrecht, 5-jährige Übergangsfrist lief Keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Reproduktionstechnologie unbekannt Keine Leihmutterschaft

Keine Rede von Mitmutterschaft (Norwegen, Belgien, Niederlande, Dänemark, und seit 2015 Österreich)

### Abgrenzung:

Ich spreche nicht über die Adoption. Das Adoptionsrecht ist in Revision. Der Nationalrat hat bereits beschlossen. Aktuell befindet sich die Vorlage in der Rechtskommission des Ständerates.

### Abgrenzung:

Ich gehe nicht besonders auf die Leihmutterschaft ein. Einerseits ist sie (wie die Embryonenspende) durch die BV ausdrücklich verboten. Anderseits hat sich diese Konferenz schon wiederholt mit dem Phänomen befasst.



Deckenfresko im Herbergstrakt der <u>Wallfahrtskirche Frauenberg</u>: Das Salomonische Urteil Gemeinde Ardning, Ennstal, Steiermark

Altes Testament (1 Kön 3,16-27) und lautet in der Einheitsübersetzung der Bibel wie folgt: Damals kamen zwei Dirnen und traten vor den König.

Die eine sagte: "Bitte, Herr, ich und diese Frau wohnen im gleichen Haus, und ich habe dort in ihrem Beisein geboren. Am dritten Tag nach meiner Niederkunft gebar auch diese Frau. Wir waren beisammen; kein Fremder war bei uns im Haus, nur wir beide waren dort. Nun starb der Sohn dieser Frau während der Nacht; denn sie hatte ihn im Schlaf erdrückt. Sie stand mitten in der Nacht auf, nahm mir mein Kind weg, während ich schlief, und legte es an ihre Seite. Ihr totes Kind aber legte sie an meine Seite. Als ich am Morgen aufstand, um mein Kind zu stillen, war es tot. Als ich es aber am Morgen genau ansah, war es nicht mein Kind, das ich geboren hatte." Da rief die andere Frau: "Nein, mein Kind lebt, und dein Kind ist tot."

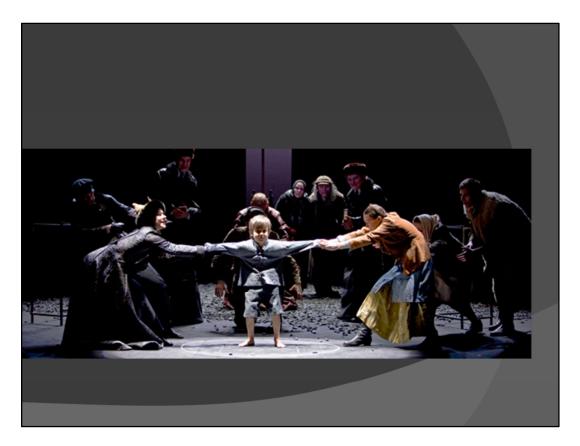
Doch die erste entgegnete: "Nein, dein Kind ist tot, und mein Kind lebt." So stritten sie vor dem König.

Da begann der König: "Diese sagt: 'Mein Kind lebt, und dein Kind ist tot!' und jene sagt: 'Nein, dein Kind ist tot, und mein Kind lebt.'" Und der König fuhr fort: "Holt mir ein Schwert!" Man brachte es vor den König. Nun entschied er: "Schneidet das lebende Kind entzwei, und gebt eine Hälfte der einen und eine Hälfte der anderen!"

Doch nun bat die Mutter des lebenden Kindes den König - es regte sich nämlich in ihr die mütterliche Liebe zu ihrem Kind: "Bitte, Herr, gebt ihr das lebende Kind, und tötet es nicht!"

Doch die andere rief: "Es soll weder mir noch dir gehören. Zerteilt es!"

Da befahl der König: "Gebt jener das lebende Kind, und tötet es nicht; denn sie ist seine Mutter."



### Berliner Ensemble

### Der kaukasische Kreidekreis

Nach einem Staatsstreich gegen den Großfürsten werden alle Gouverneure Grusiniens (=Georgiens) hingerichtet, darunter der reiche Gouverneur *Abaschwili*. Seine verwöhnte Frau *Natella* kann den Wirren der Revolution entkommen, lässt aber ihren Sohn *Michel* einfach zurück. Die einfache Magd *Grusche* nimmt sich nach einigem Zögern des Kindes an, das bereits von den neuen Machthabern gesucht wird, und flieht mit ihm in die Berge. Die Schergen des Fürsten *Kazbeki* sind *Grusche* auf den Fersen.

Im Gebirge gelangt sie schließlich durch alle Gefahren und unter vielen Opfern zu ihrem Bruder in Sicherheit, der inzwischen mit einer sehr frommen Frau verheiratet ist. Obwohl Grusche mit dem Soldaten Simon verlobt ist, heiratet sie einen offenbar sterbenskranken Bauern, Jussup, um ihr Ziehkind durch ein Papier mit Stempel angesichts des wachsenden Misstrauens ihrer Schwägerin zu legitimieren. Als die Nachricht über das Ende des Krieges eintrifft, erhebt sich der todkranke Bauer plötzlich kerngesund von seinem nur vorgetäuschten Sterbelager. Nach dem Bürgerkrieg kehrt auch die Gouverneursfrau Natella zurück und erhebt Anspruch auf das von ihr geborene Kind, welches ihr ein reiches Erbe sichert. Als der hinzukommende Simon miterlebt, wie Grusche das Kind vor ihren neuen Verfolgern mit den Worten "Es ist meins: Ich habs aufgezogen!" für sich beansprucht, verlässt er sie zornentbrannt.

Der Fall wird dem einfachen, aber schlauen Dorfschreiber *Azdak* vorgetragen, der zwar kein Rechtsgelehrter ist, aber in den Kriegswirren als verschmitzter Lebenspraktiker auf den Richterstuhl gekommen war und bei der Landbevölkerung als *Armeleuterichter* galt. In dem zu verhandelnden Fall ordnet er an, den Beweis der Mutterschaft durch ein Experiment zu erbringen. Dazu lässt er das Kind in einen Kreidekreis stellen und ordnet an, beide Frauen sollten gleichzeitig versuchen, das Kind zu sich aus dem Kreis herauszuziehen (denn es heiße "die wahre Mutter wird die Kraft haben, ihr Kind aus dem Kreis zu reißen").

Herrisch reißt die Gouverneursfrau Natella ihr Kind an sich, welches Grusche voll Mitleid loslässt. Hierdurch erweist sie sich als die "wahrhaft Mütterliche", die ihr Kind liebt und es lieber loslässt, als ihm weh zu tun. Schließlich erhält nicht die leibliche Kindsmutter das Kind zugesprochen, sondern die Magd Grusche, die in Liebe und täglicher Pflichterfüllung bewiesen hat, "dass da gehören soll, was da ist, denen, die für es gut sind", wie es am Ende des Stückes heißt. Azdak verjagt die Gouverneursfrau und scheidet Grusche von ihrem Gatten, damit sie ihren Verlobten Simon heiraten kann.



Sächsische Landesbühnen Radebeul

Bertolt Brecht, 1898-1956

Das Stück geschrieben 1944/45 in Santa Monica

# Wo soll die rechtliche Eltern-Kind-Beziehung anknüpfen?

- An der biologisch / genetischen Elternschaft / Kindschaft
- An der sozialenElternschaft / Kindschaft

Die beiden Geschichten, König Salomon und der kaukasische Kreidekreis, führen uns zu einer Grundproblematik der Entstehung des Eltern-Kind-Verhältnisses:
Wo soll die rechtliche Elternschaft anknüpfen?
An biologischen/genetischen Tatsachen?
An sozialen Tatsachen?
Oder gibt es vielleicht einen dritten Weg? Lassen wir das fürs Erste offen.

Eigentlich seltsam: In beiden Geschichten, sowohl beim König Salomon als auch bei kaukasischen Kreidekreis, streiten sich 2 Frauen um ein Kind. Dabei sagten doch, allerdings 11-12hundert Jahre später als Salomon, die alten Römer: Mater semper certa est.



Julius Paulus

Paulianische Anfechtung

### Die mater est-Regel

- "Quia mater semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant."
- Digesta 2.4.5 (Julius Paulus)
- Weil die Mutter immer gewiss ist, auch wenn sie unehelich empfangen hat; der Vater ist aber tatsächlich der, den die Ehe als solchen ausweist.

### Die pater est-Regel

- "Quia mater semper certa est, etiam si volgo conceperit:
- pater vero is est, quem nuptiae demonstrant."
- der Vater ist aber tatsächlich der, den die Ehe als solchen ausweist.

# Sigmund Freud, 1909 Der Familienroman der Neurotiker

- Mater certissima est.
- Pater semper incertus est.

# Mater semper certa? • Findelkind • Babyklappe

# Babyfenster in der Schweiz

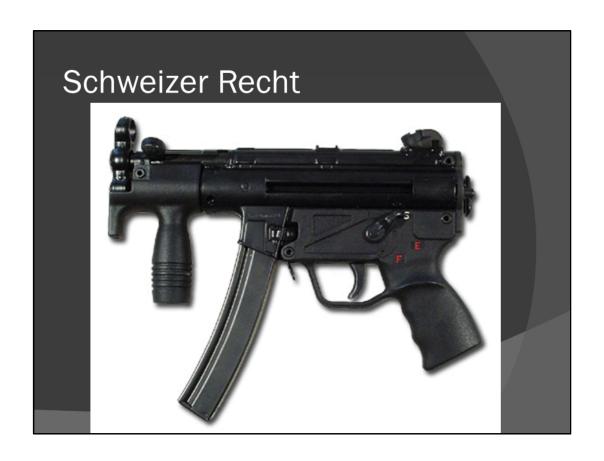
- Basel
- Bellinzona
- Bern
- Davos
- Einsiedeln
- Olten
- Zürich

### Mater semper certa?

- Findelkind
- Babyklappe
- Eizellenspende
- Leihmutterschaft
- In-vitro-Fertilisation
- >>>Mater plerumque certa est.
- >>>Mater interdum incerta est.

Reproduktionstechnologie

# Pater semper incertus? ONA-Analyse 99.999%



Mündliche Prüfung Recht, eidg. Berufsprüfung

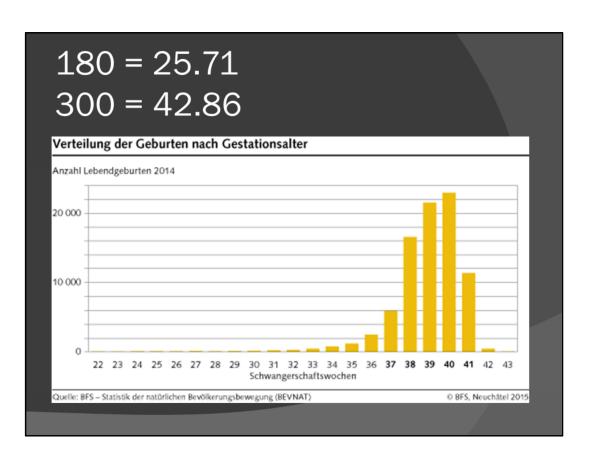


### zum Vater

- Ehe mit Mutter
- Anerkennung
- Gerichtsurteil
- Adoption

# Vermutung(en)

- Registerwahrheit Registerklarheit
- Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes
- Vermutung der Vaterschaft des Anerkennenden
- beide widerlegbar > Gericht



### pater est - Regel

- Historisch: Legitime Kinder Status
- Erste 180 Tage nach Heirat (Brasilien: Art. 1597 I. ZGB)
- 300 Tage nach Beendigung der Ehe (Lettland: 306 Tage; Art. 146 Abs. 2 ZGB)
- Bei gerichtlicher oder tatsächlicher Trennung: 300 Tage ab Trennungsdatum

### pater est - Regel

- CH: Einschränkung: 300 Tage nach Scheidung seit 1.1.2000
- >>>Anwendungsbereich weiter einschränken
- Durchbrechende (§ 147 ABGB), qualifizierte (§ 1599 Abs. 2 BGB) bzw. bedingte Anerkennung einführen

Es geht darum, unnötige Prozesse betreffend Anfechtung der Vaterschaftsvermutung zu verhindern. Durchbrechende Anerkennung kennt auch Liechtenstein: § 138g ABGB

- § 147 ABGB. (1) Steht zum Zeitpunkt der Anerkennung bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes fest, so wird das Anerkenntnis erst rechtswirksam, sobald mit allgemein verbindlicher Wirkung festgestellt ist, dass der andere Mann nicht der Vater des betreffenden Kindes ist.
- (2) Ein zu einem Zeitpunkt, zu dem die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststand, abgegebenes Vaterschaftsanerkenntnis wird jedoch rechtswirksam, wenn das Kind dem Anerkenntnis (in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde) zustimmt. Ist das Kind nicht eigenberechtigt, so wird das Anerkenntnis überdies nur rechtswirksam, wenn die einsichts- und urteilsfähige Mutter selbst den Anerkennenden (in der genannten Form) als Vater bezeichnet. Das Anerkenntnis wirkt ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung, sofern die über diese Erklärung sowie über die Zustimmung zum Anerkenntnis und, falls erforderlich, über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater errichteten Urkunden oder ihre öffentlichbeglaubigten Abschriften dem Standesbeamten zukommen.
- (3) Der Mann, der als Vater feststand, oder die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist und nicht nach Abs. 2 den Anerkennenden als Vater bezeichnet hat, kann gegen das Anerkenntnis bei Gericht Widerspruch erheben. § 146 gilt entsprechend.
- (4) Für die Zustimmung des minderjährigen Kindes ist der Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter des Kindes.

### § 1599 BGB

### Nichtbestehen der Vaterschaft

(2) Vermutung gilt nicht, wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Beschlusses die Vaterschaft anerkennt; (§ 1594 Abs. 2 ist nicht anzuwenden.) (Neben den nach den §§ 1595 und 1596 notwendigen Erklärungen) bedarf die Anerkennung der Zustimmung des Mannes, der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist; (für diese Zustimmung gelten § 1594 Abs. 3

und 4, § 1596 Abs. 1 Satz 1 bis 3, Abs. 3 und 4, § 1597 Abs. 1 und 2 und § 1598 Abs. 1 entsprechend.) Die Anerkennung wird frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Beschlusses wirksam.

### pater est - Regel

• Lettland: Art. 155 Abs. 8 ZGB: Die grundsätzlich bestehende Vaterschaftsvermutung wird durch Anerkennung aufgehoben, wenn die Mutter des Kindes, ihr gegenwärtiger oder früherer Ehemann und der biologische Vater beim Standesamt eine gemeinsame Erklärung abgeben.

### Anerkennung

- Zustimmung der Mutter einführen bzw.
   einvernehmliche Erklärung der Eltern
- Bsp. Ukraine: Art. 126 FamG: Gemeinsame Erklärung von Mutter und Vater bei der Personenstandsbehörde
- Zustimmung des volljährigen Kindes Brasilien: Art. 1614 ZGB

### Anerkennung

Urteilsfähige minderjährige Väter
 Kein Erfordernis der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung: z.B.

Polen: Art. 77 § 1FamVormGB: ab 16 Jahren Slowenien: Art. 89 EheFamG: ab 15 Jahren

### Anerkennung

- Verzicht auf die testamentarische Anerkennung
- Ubiquität auch bei internationalen Fällen einführen (Art. 71 Abs. 1 IPRG ändern)
- Verzicht auf Strafandrohung

Strafandrohung: Merkblatt Nr. 152.1 und Fachprozess Nr. 33.1

Überwiegende Lehrmeinung bezüglich Nichtstrafbarkeit Kohärente Rechtsordnung:

- -Mann heiratet schwangere Frau. Er ist rechtlicher Vater, ob er nun biologischer Vater ist oder nicht.
- -Ehemann stimmt heterologer Insemination zu. Er ist rechtlicher Vater, obwohl er ganz klar nicht der biologische Vater ist.

Es ist ihm gesetzlich verwehrt, seine Vaterschaft anzufechten.

Es ist dem Kind gesetzlich verwehrt, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter anzufechten.

Und es ist dem Kind gesetzlich verwehrt, die Vaterschaft des Samenspenders gerichtlich feststellen zu lassen.

### Art. 253 StGB, 260 ff. ZGB:

• Die Anerkennung eines Kindes trotz fehlender biologischer Vaterschaft ist strafrechtlich nicht relevant. Die Anerkennung der Vaterschaft gemäss Art. 260 ZGB beweist nur, dass ein Kind anerkannt worden ist, nicht aber die biologische Vaterschaft selbst. Das Zivilrecht lässt es zu, dass der nicht genetische Vater ein Kind anerkennt. Die Anerkennung trotz fehlender biologischer Vaterschaft kann deshalb nicht unter Strafe gestellt sein.

Obergericht des Kantons Aargau, Beschwerdekammer in Strafsachen Entscheid vom 13. September 2012 i. S. E. M., P. G. gegen Staatsanwaltschaft Brugg-Zurzach – SBK.2012.211

Publiziert in fampra 02/2013 unter Nummer 37

Publiziert in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (AGVE) 2012 unter Nummer 7

In diesem Zusammenhang auch sehr aufschlussreich, aber im mündlichen Vortrag nicht erwähnt: BGE 101 lb 9ff., insbesondere Erwägung 3

### Art. 256 Abs. 3 Satz 1 ZGB

(betr. Anfechtung der Vaterschaftsvermutung)

Der Ehemann hat keine Klage, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat.



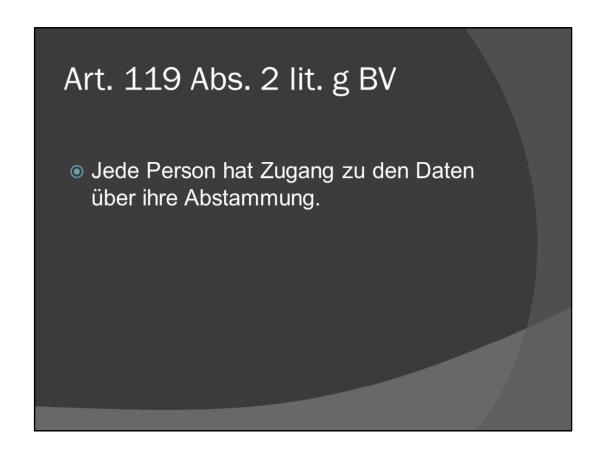
Reproduktionstechnologie – Samenspende bzw. (heterologe) Insemination

### Art. 23 FMedG Kindesverhältnis

• ¹ Das Kind, das nach den Bestimmungen dieses Gesetzes durch eine Samenspende gezeugt worden ist, kann das Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter nicht anfechten. (Für die Anfechtungsklage des Ehemannes ist das ZGB anwendbar.)

### Art. 23 FMedG Kindesverhältnis

• 2 Ist ein Kind durch eine Samenspende gezeugt worden, so ist die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender (Art. 261 ff. ZGB) ausgeschlossen; die Klage ist jedoch zulässig, wenn die Samenspende wissentlich bei einer Person erfolgt, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat.



Konkretisiert durch Art. 27 FMedG:

Hat das Kind das 18. Lebensjahr vollendet, so kann es beim Amt Auskunft über die Personalien und die äussere Erscheinung des Spenders verlangen.

Name, Vorname, Geburtstag, Geburtsort, Wohnort, Heimatort oder Nationalität, Beruf und Ausbildung.

Im Übrigen kann es jederzeit Auskunft über alle Daten des Spenders verlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran hat:

Datum der Samenspende, Ergebnisse der medizinischen Untersuchung

### wichtige Erkenntnis:

- Zugang zu den Daten zu seiner Abstammung erhalten und
- ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis herstellen
- >>>sind zwei verschiedene Dinge und somit auseinander zu halten!

### Postulat:

- Wer rechtliche Eltern hat
- >>ohne Reproduktionstechnologie
- >>ohne Adoption
- darf bezüglich Zugang zu den Daten seiner Abstammung nicht schlechter gestellt werden

Adoptierte und durch heterologe Insemination gezeugte Personen können ihren Informationsanspruch verwirklichen, ohne das rechtliche Kindesverhältnis in Frage (beseitigen) zu müssen.

Die übrigen Personen müssen das rechtliche Kindesverhältnis anfechten, wenn sie ihr Informationsbedürfnis befriedigen wollen. Es sollte ein Weg gefunden werden, dass diese Personen zu den Daten über ihre biologischen bzw. genetischen Eltern kommen, ohne das rechtliche Kindesverhältnis in Frage stellen zu müssen.

BGE 134 III 241: Gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 28 ZGB hat das Bundesgericht die Durchsetzung einer DNA-Analyse gegenüber einem 90-jährigen Mann angeordnet, um einer 62-jährigen Frau Gewissheit über ihre (Nicht-)Abstammung zu verschaffen. Das persönlichkeitsrechtliche Interesse der Tochter überwog gemäss Bundesgericht das Interesse des Persönlichkeitsschutzes der Eltern.

## Position des biologischen Vaters

Slowenien: Art. 99 EheFamG Wer meint, Vater des Kindes zu sein, kann die Vaterschaft desjenigen bestreiten, der gemäss Gesetz als der Vater des Kindes gilt.

In der Schweiz kann der biologische Vater die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes nicht anfechten. Art. 256 ZGB.

Rumänien: Art. 429 ZGB: Der biologische Vater kann die Vaterschaft des Ehemannes gerichtlich anfechten. Nach Art. 432 ZGB ist die Klage unverjährbar.

### Feststellung der Vaterschaft

- Klage des Kindes:
   Muss unbefristet möglich sein.
- Slowenien: Art. 92 EheFamG: Befristung auf 5 Jahre nach Volljährigkeit vom Verfassungsgericht ausser Kraft gesetzt.
- Liechtenstein: § 138k ABGB: Das Kind kann die Feststellung seiner Abstammung auch beantragen, wenn die Vaterschaft eines anderen Mannes bereits feststeht.

Unbefristet wegen UNO-Kinderrechtskonvention.

>>>Kindeswohl kommt vor Eheschutz!

Fortsetzung Liechtenstein: "In einem solchen Fall hat die Feststellung der Abstammung die vom Gericht auszusprechende Wirkung, dass das Kind nicht vom anderen Mann abstammt." So auch Österreich: § 150 ABGB

In einem und demselben Prozess wird die bisherige Vaterschaft beseitigt und die neue Vaterschaft begründet.

Rumänien: Art. 425 ZGB: Das Kind kann die aussereheliche Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen. Gemäss Art. 427 ZGB verjährt das Klagerecht nicht.

Brasilien: Art. 1606 ZGB und Art. 27 Kinder- und Jugendgesetz: Das Kind hat zeitlebens das Recht, die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen.

### Postulat Fehr (12.3607)

"Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht"

Tagung vom 24. Juni 2014 an der Universität Fribourg

Gutachten Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer vom August 2013

# Postulat Fehr (12.3607)

- "Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht"
- Bericht des Bundesrates März 2015

"Modernisierung des Familienrechts"

### **Gutachten Schwenzer**

 Die pater est-Regel ist abzuschaffen und durch die <u>intentionale Elternschaft</u>, die durch Anerkennung mit Zustimmung der Geburtsmutter begründet wird, zu ersetzen.

Model Family Code (mit Frau Mariel Dimsey)

Δrt 3 Δ

Rechtlicher Elter ist die Frau, die das Kind geboren hat.

Art. 3.5

Rechtlicher Elter ist die Person, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentional Elternschaft für das Kind übernimmt.

Vorschlag Martina Rusch in ihrer Diss. "Rechtl. Elternschaft" bei Frau Prof. Andrea Büchler:

Rechtlicher Elter ist die Person, die bei der Geburt des Kindes den Willen bekundet, die Elternfunktion wahrzunehmen.

### **Bericht Bundesrat**

System denkbar, in welchem jedes Kind von seinem Vater anzuerkennen wäre (eventuell auch unbesehen der Frage, ob es sich um den genetischen oder sozialen Vater handelt und auch unbesehen der Frage, ob er mit der Mutter verheiratet ist).

# Konsequenzen Zahlen 2014

Lebendgeburten 85'287 100%

davon ehelich 66'780 78.3%

davon nichtehelich18'50721.7%

>>> 35.5 Stellen zusätzlich pro Jahr

Affront gegenüber den Ehepaaren 1883 Normalarbeitsstunden im Jahr 2014 in der öff. Verwaltung Aufwand brutto durchschnittlich 1 Stunde Ergibt 35.5 Stellen jährlich zusätzlich für die Beurkundung der Anerkennungen.

Bei durchschnittlichem Jahreslohn von 85'000 Franken ergibt dies nur für den Lohn über 3 Millionen Franken

### Fazit: streitige Verfahren

- Den biologischen/genetischen
   Tatsachen wirklich auf den Grund gehen wir nur in den gerichtlichen Verfahren:
- >>Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes
- >>Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung
- >>Klage auf Feststellung der Vaterschaft

### Fazit: Informationsrechte

- Um die biologischen/genetischen
   Tatsachen geht es auch bei dem Recht auf Zugang zu den Abstammungsdaten:
- >>Heterologe Insemination
- >>Adoption (Vorbehalt: Die früheren Eltern müssen nicht zwingend die biologisch/genetischen Eltern sein)

### Fazit: Aufgabe des Personenstandswesens

- Primär:
  - Beurkundung des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses
- Sekundär:
  - Dokumentation der biologischen/genetischen Abstammung

### Fazit: Rechtsentwicklung

- Die Reform der Regelung der Entstehung des Eltern-Kind-Verhältnisses kritisch begleiten:
- >>Fokus auf Auswirkungen auf das Personenstandswesen und
- >>Praktikabilität



Wenn wir nicht aufpassen, könnte es sein, dass man uns ein Ei legt.