

Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft? ¹

Thomas Geiser, Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Handelsrecht, Universität St. Gallen

Stichwörter: Abstammungsrecht, Begründung und Aufhebung des Kindesverhältnisses, Vaterschaftsklage, Anerkennung, Anfechtung der Vaterschaftsvermutung, Anfechtung der Anerkennung, Kindesverhältnis und Unterhalt, Kindesverhältnis und Erbrecht.

Mots clefs: Droit de la filiation, création et suppression du lien de filiation, action en paternité, reconnaissance, contestation de la présomption de paternité, contestation de la reconnaissance, lien de filiation et entretien, lien de filiation et droit successoral.

Zusammenfassung: Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Begründung und Aufhebung des Kindesverhältnisses und untersucht die Zusammenhänge zwischen dem Kindesverhältnis und Unterhalt sowie dem Erbrecht. Dabei zeigt sich, dass der schweizerische Gesetzgeber in differenzierter Weise Rechtsfolgen an die genetische und soziale Elternschaft geknüpft hat. Der sozialen Elternschaft kommt dabei ein hoher Stellenwert zu. Sie wird durch Klagefristen und durch Einschränkungen in der Klagelegitimation geschützt. In der familienrechtlichen Gesetzgebung, etwas abgeschwächt auch in der Rechtsprechung, lässt sich derzeit aber eine Tendenz hin zur «Genetisierung» feststellen.

Résumé: La présente contribution traite de la création et de la suppression du lien de filiation et examine les relations entre le lien de filiation et l'entretien ainsi que le droit successoral. Il en ressort que le législateur suisse a attribué des conséquences juridiques de différentes manières à la parenté génétique et sociale. La parenté sociale occupe à cet égard une place importante. Elle est protégée par des délais d'action et des limitations de la légitimation. Cependant, une tendance à la «génétisation» peut actuellement être constatée dans la législation relative au droit de la famille et dans une moindre mesure dans la jurisprudence.

I. Einleitung

Eine der interessantesten gesellschaftspolitischen Fragen im Familienrecht besteht im Verhältnis der sozialen zur genetischen Elternschaft. Während die Mutterschaft in aller Regel wenig Anlass zu zweifeln gibt, stellte sich die Frage der Vaterschaft schon immer. Während Jahrhunderten war allerdings der Nachweis der genetischen Abstammung immer nur sehr beschränkt bzw. gar nicht möglich. Von daher ist schon aus faktischen Gründen zwischen dem Kindesverhältnis einerseits und der Abstammung andererseits zu unterscheiden.

Während es bei der Abstammung um einen biologischen Vorgang geht, wird mit dem Kindesverhältnis die familienrechtliche Beziehung des Kindes zu seinen Eltern umschrieben.² Als Rechtsbegriff liegt der *Entstehung und Ausgestaltung des Kindesverhältnisses eine bestimmte gesellschaftliche Wertung zugrunde*, welche den Zeitströmungen und damit den Weltanschauungen und religiösen Vorstellungen ausgesetzt ist. Ein wesentliches Leitmotiv ist dabei sicher im Bedürfnis des Menschen nach Unsterblichkeit zu erblicken. Weil diese nie möglich war, soll das Fortleben in der Generationenfolge gesichert werden. Das Motiv findet sich sowohl

in der Weltliteratur ³ wie auch in Legenden, welche wirkliche Ereignisse umgeben. ⁴ Dabei konnte für diesen Fortbestand einer Tradition sowohl die biologische Abstammung wie auch die soziale Elternschaft Bedeutung erlangen. Letzteres schlug sich im Rechtsinstitut der Adoption nieder. Ein anderes Leitmotiv bestand aber immer auch im Schutz der sozialen Familie. Entsprechend genügte der Nachweis der biologischen Abstammung nicht immer für die Begründung eines Kindesverhältnisses. Darauf ist zurückzukommen.

Selbstverständlich ist die Frage des Kindesverhältnisses auch *aus Sicht des Kindes* zu betrachten. Wie auch hier die Geschichte, die Legenden ⁵ und die Literatur zeigen, ist es auch immer wieder ein Verlangen, die eigene Herkunft zu kennen und damit zu wissen, von wem man abstammt. Diese Frage, welche auch in die Verfassung Eingang gefunden hat ⁶, ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Betrachtung.

Wie im Einzelnen noch zu zeigen sein wird, hat das schweizerische Recht ein sehr *differenziertes Verhältnis zwischen sozialer und biologischer Kindschaft* entwickelt. In den letzten Jahrzehnten hat die *Medizin* sowohl bezüglich der Möglichkeiten der künstlichen Fortpflanzung wie auch des Nachweises der Elternschaft eine *rasante Entwicklung* durchgemacht. Was früher als unmöglich galt, ist plötzlich möglich geworden. Das hat unsere Vorstellung über die Bedeutung der genetischen Abstammung verändert. Dieser Wandel geht nicht spurlos an den gesellschaftlichen Vorstellungen und Wertungen vorbei. Damit verändert sich aber auch die Vorstellung über das Kindesverhältnis. Die Veränderungen sind auch im Recht bemerkbar.

II. Begründung und Aufhebung des Kindesverhältnisses

1. Begründung

a) Zur Mutter

Während im römischen Recht das Kindesverhältnis zur Mutter ohne Weiteres mit der Geburt entstand, wurde die Rechtsstellung des ausserhalb einer Ehe geborenen Kindes unter Einfluss des kanonischen Rechts im Mittelalter zurückgedrängt.

FamPra.ch-2009-43

Noch im französischen Code civil setzte lange Zeit die Entstehung des Kindesverhältnisses zur Mutter die Anerkennung durch diese voraus. Das geltende Recht verlangt noch immer, dass diese in der Geburtsurkunde des Kindes genannt wird. ⁷ Demgegenüber sahen schon die meisten kantonalen Rechte des 19. Jahrhunderts vor, dass das Kindesverhältnis zur Mutter mit der Geburt entstand. Nur Tessin, Wallis und Neuenburg folgten dem französischen Code civil und verlangten eine Anerkennung. ⁸ Das ZGB sah von Anfang an vor, dass das Kindesverhältnis zur Mutter mit der Geburt entstand. Dies wurde auch anlässlich der Revision des Kindesrechtes bestätigt. ⁹

Zweifel an dieser Regelung kamen erst mit der *Fortpflanzungsmedizin* auf, als es möglich wurde, eine Eizelle in vitro zu befruchten und einer anderen Frau einzupflanzen. Hier stellte sich die Frage, ob nun das Kindesverhältnis zur gebärenden oder zur genetischen Frau entstünde. In der schweizerischen Lehre hat sich allerdings die Überzeugung durchgesetzt, dass uneingeschränkt an der Mutterschaft der Gebärenden festzuhalten ist und der Eispenderin keine Mutterstellung zukommt. ¹⁰ Es ist höchstens eine Adoption nach den entsprechenden Regeln möglich. Eine vertragliche Einräumung der Mutterschaft ist nicht möglich, ebenso wenig wie eine vertragliche Verpflichtung zur Freigabe des Kindes zur Adoption. Einer solchen Verpflichtung stünde schon Art. 265b ZGB entgegen. Die Verpflichtung wäre aber auch sonst rechtswidrig. Die Verfassung verbietet die Leihmutterschaft ausdrücklich, ¹¹ was im Fortpflanzungsmedizingesetz wiederholt wird. ¹² Aber

auch schon vor diesen klaren Entscheidungen des Verfassungsgebers und des Gesetzgebers stand in der Lehre die Ungültigkeit des Leihmuttervertrages fest.¹³

Damit gilt im schweizerischen Recht im Sinne einer *praesumptio iuris et de iure* der Grundsatz, dass die *Gebärende Mutter* ist.¹⁴ Auf die genetische Abstammung kommt es insofern nicht an. Einschränkungen sind auch nicht angebracht, wenn es sich unverhofft zeigt, dass die Eispende unfreiwillig erfolgte.¹⁵ Das sollte auch *de lege ferenda* nicht geändert werden. Der Schwangerschaft und dem Gebären kommt eine zentralere Bedeutung zu als der blossen Herkunft der Gene.

FamPra.ch-2009-44

Ist *ausnahmsweise zweifelhaft*, wer das Kind geboren hat, kann auf dem Weg einer Feststellungsklage Klarheit geschaffen werden.¹⁶ Diese richtet sich nach Art. 42 ZGB, wenn durch das Urteil ein schweizerisches Zivilstandsregister zu berichtigen ist. Andernfalls greift die allgemeine Feststellungsklage nach Bundeszivilrecht.¹⁷ Eine wesentliche Grundlage für die Klärung der Mutterschaft kann auch hier eine DNA-Analyse bilden. Diese gibt zwar keinen direkten Aufschluss über die Frage, wer das Kind geboren hat. Sie bildet damit keinen direkten Nachweis der Mutterschaft. Es darf aber von einer natürlichen Vermutung ausgegangen werden, dass es sich bei der genetischen Mutter um die Gebärende handelt. Selbstverständlich kann diese Vermutung im Einzelfall umgestossen werden.

Ausserhalb der Adoption sieht das geltende Recht neben der Mutterschaft der Gebärenden *keine Möglichkeit für eine eigentliche soziale Mutterschaft* vor. Ist das Kind der falschen Frau untergeschoben worden, kann das Kindesverhältnis jederzeit korrigiert werden. Es handelt sich um eine Feststellungsklage, die folglich keiner Verjährung unterliegt.¹⁸ Die biologische (nicht aber genetische) Mutterschaft hat nach dem geltenden Recht uneingeschränkten Vorrang. Der sozialen Aufwuchssituation kann nur im Rahmen des Kindesschutzes nach Art. 310 Abs. 3 ZGB Rechnung getragen werden.

b) Vaterschaftsvermutung

Aus biologischen Gründen ist die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater komplizierter als jenes zur Mutter. Wie die meisten Rechtsordnungen kennt auch das schweizerische Recht die *Vaterschaftsvermutung des Ehemannes*. Es entspricht nicht nur einer Tradition, sondern auch einer Realität, dass der Vater des während der Ehe gezeugten Kindes in der Regel – nicht aber immer – der Ehemann der Mutter ist. Das schweizerische Recht lässt deshalb ohne Weiteres das Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter entstehen, wenn das Kind während der Ehe geboren wird.¹⁹ Bei neun von zehn Kindern entsteht das Kindesverhältnis zum Vater noch immer durch die Vaterschaftsvermutung.²⁰

Dass es dabei nicht darauf ankommen kann, ob das Kind erst in der Ehe gezeugt worden ist, sondern auch die *Zeugung vor der Ehe* zur Vaterschaftsvermutung führt, wenn die Geburt nach der Heirat der Mutter erfolgte,²¹ entspricht sicher auch der Realität.

Es liegt auf der Hand, dass das Kind auch während der Ehe gezeugt, aber erst *nach* deren *Auflösung geboren* werden kann. Diesfalls differenziert das geltende

FamPra.ch-2009-45

Recht. Wurde die *Ehe durch Tod aufgelöst*, ist die Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes wahrscheinlich, wenn die Geburt innert 300 Tagen erfolgt. Entsprechend gilt dann auch die Vaterschaftsvermutung.²² Diese greift indessen seit der Revision des Scheidungsrechts nicht mehr, wenn das Kind geboren wird, nachdem die *Ehe durch Scheidung aufgelöst* worden ist.²³ Es wird in der Tat schon mit Blick auf die Dauer des

Scheidungsverfahrens unwahrscheinlich sein, dass das Kind vom früheren Ehemann abstammt. Der Gegenbeweis ist aber möglich.

Die *Eheungültigkeit* hat grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine Scheidung. Die Ungültigerklärung erfolgt insbesondere nicht rückwirkend.²⁴ Die Ehe hat bis zur Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils uneingeschränkten Bestand.²⁵ Für die Wirkungen des Urteils auf die Ehegatten und die Kinder gelten die Bestimmungen über die Scheidung sinngemäss.²⁶ Davon bestehen nur zwei Ausnahmen: Zum einen entfallen die erbrechtlichen Ansprüche, selbst wenn die Ehe erst nach dem Tod des einen Ehegatten für ungültig erklärt wird.²⁷ Zum anderen hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem AuG Art. 109 Abs. 3 ZGB eingefügt, der die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes entfallen lässt, wenn die Ehe nach Art. 105 Ziff. 4 ZGB für ungültig erklärt worden ist. Zu beachten ist, dass diese Ausnahme nur für diesen einen Ungültigkeitstatbestand gilt, nicht auch für alle anderen.²⁸ Der Gesetzgeber befürchtete, dass aus einer migrationsrechtlichen Scheinehe Kinder ungerechtfertigterweise das Bürgerrecht des schweizerischen Ehemannes und andere Vorteile erlangen könnten. Im Parlament wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vaterschaftsvermutung im Falle einer Scheinehe in aller Regel nicht der Wirklichkeit entspricht.²⁹ Zutreffender dürfte allerdings die umgekehrte Folgerung sein, dass nämlich keine Scheinehe vorliegt, wenn der Ehemann der Vater des Kindes ist. Weil die Ungültigerklärung nach Art. 105 Ziff. 4 ZGB die Vaterschaftsvermutung entfallen lässt, ist mit der Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils der Weg für die Herstellung eines Kindesverhältnisses durch Anerkennung oder Vaterschaftsurteil offen.³⁰ Die Ungültigerklärung der Ehe lässt nur die Vaterschaftsvermutung entfallen. Sie schafft aber weder einen Beweis noch auch nur eine Vermutung dafür, dass der Ehemann nicht der Vater ist. Einer Anerkennung durch diesen steht deshalb nichts im Wege.³¹ Diese Anerkennung lässt ein eheliches und nicht ein aussereheliches

FamPra.ch-2009-46

Kindesverhältnis entstehen, was bezüglich Namen und Bürgerrecht Bedeutung hat. Das Zivilstandsamt darf die Anerkennung nicht mit dem blossen Hinweis verweigern, die Ehe sei als Scheinehe für ungültig erklärt worden.³² Die Einschränkung der Vaterschaftsvermutung wird zudem aus Gründen des IPR häufig auch am migrationsrechtlichen Ziel vorbeigehen: Wird die Ehefrau aus der Schweiz ausgewiesen, bevor die Eheungültigkeitsklage rechtshängig ist, werden einerseits der Behörde erhebliche administrative Schwierigkeiten entstehen, um diese überhaupt durchzuführen. Zudem wird sich die Frage, ob ein Kindesverhältnis zum schweizerischen Ehemann der Mutter entsteht und damit das Kind das Schweizer Bürgerrecht erhält, in aller Regel ebenso wenig nach dem schweizerischen Recht richten wie die Frage, ob mit der Ungültigerklärung das Kindesverhältnis entfällt oder nicht. Die Antwort richtet sich nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes.³³ Kennt dieses – wie das schweizerische Recht – die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes, wird dieser von Gesetzes wegen Vater des Kindes. Handelt es sich bei diesem um einen Schweizer, so hat auch das Kind unabhängig von der genetischen Vaterschaft von Geburt an das Schweizer Bürgerrecht.³⁴ Weil das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, kommt nun aber häufig Art. 109 Abs. 3 ZGB nicht zur Anwendung. Ob die Ungültigerklärung der Ehe die Aufhebung des Kindesverhältnisses bewirkt oder nicht, richtet sich nämlich nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes³⁵ im Zeitpunkt der Klageanhebung. War damals das Kind bereits im Ausland bzw. ist es später im Ausland geboren worden, ist somit das ausländische Recht anwendbar. Nur wenn dieses eine Art. 109 Abs. 3 ZGB entsprechende Bestimmung kennt, wird das Kindesverhältnis durch die Ungültigerklärung der Ehe beseitigt. Andernfalls bleibt das Kindesverhältnis bis auf Weiteres bestehen. In aller Regel werden der Vater und das Kind die Möglichkeit haben, nach dem massgebenden ausländischen Recht die Vaterschaft anzufechten, wenn sie nicht mit der genetischen übereinstimmt. Möglich ist auch, dass das massgebliche ausländische Recht einer Behörde ein Klagerecht zuerkennt. Dies – wie auch die Klage selber – wird sich dann aber regelmässig nach dem ausländischen Recht richten.

Im Zusammenhang mit der Vaterschaftsvermutung stellt das schweizerische Recht somit *in erster Linie auf die soziale Vaterschaft* ab. Die genetische Abstammung spielt keine grundsätzliche Rolle.³⁶ Sie kann nur in

zweiter Linie unter gewissen Voraussetzungen zur Anfechtung der einmal begründeten sozialen Vaterschaft

FamPra.ch-2009-47

führen.³⁷

c) Vaterschaftsklage und Anerkennung

Besteht ein Kindesverhältnis nur zur Mutter, kann – so der Gesetzestext wörtlich – «der Vater das Kind anerkennen».³⁸ Durch die Anerkennung entsteht ein Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem Anerkennenden, und dieser wird rechtlich Vater. Insofern ist der Gesetzestext tautologisch, wenn es heisst, der «Vater» könne das Kind anerkennen. Aus dieser Formulierung darf jedenfalls nicht geschlossen werden, nur der genetische Vater könne das Kind anerkennen. Die Lehre ist sich einig, dass das Zivilstandsamt keinen Nachweis der genetischen Vaterschaft verlangen darf.³⁹ Die *bewusst falsche Anerkennung ist deshalb ohne jeden Zweifel möglich* und wirksam. Fraglich ist nur, ob sie auch zulässig ist. Während ein Teil der Lehre dies bejaht,⁴⁰ gesteht ein wesentlicher Teil der Lehre dem Zivilstandsamt das Recht zu, die Anerkennung abzuweisen, wenn sie offensichtlich falsch ist. Die Anerkennung wird diesfalls als rechtsmissbräuchlich angesehen, und es wird darauf hingewiesen, dass sie einen Straftatbestand darstelle.⁴¹ Diese Auffassung lässt sich sicher nicht mit dem Kindeswohl begründen. Überzeugend kann ausschliesslich das Argument sein, die Anerkennung sei keine Alternative zur Adoption. Abgesehen vom Umstand, dass kein Kindesverhältnis zu einem anderen Mann bestehen darf, gibt es keine Einschränkungen für die Anerkennung. Auch das widerrechtlich gezeugte Kind⁴² ist anerkennbar. Dadurch können gesetzlich nicht vorgesehene Verwandtschaftsbeziehungen entstehen.

Die Anerkennung erfolgt durch eine Erklärung des Kindsvaters gegenüber dem Zivilstandsamt oder vor Gericht oder durch eine letztwillige Verfügung.⁴³ Es handelt sich in allen diesen Fällen um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die *Zustimmung der Mutter ist bei keiner dieser Anerkennungsformen erforderlich*. Das erstaunt, weil ihre Rechtsbeziehung zum Kind durch die Begründung des Kindesverhältnisses zu einem Vater unmittelbar betroffen wird. Ihre Rechte kann die Mutter indessen mit der Anfechtung der Anerkennung wahren.⁴⁴

Die Anerkennung ist *jederzeit möglich*. Sie ist an keinerlei Frist gebunden. Das zeigt schon der Umstand, dass sie auch durch eine letztwillige Verfügung erfolgen kann. Diese wird erst mit dem Tod des Anerkennenden verbindlich.⁴⁵ Dann wirkt sie – wie jede Anerkennung – aber auf den Zeitpunkt der Geburt zurück.⁴⁶ Mit Blick

FamPra.ch-2009-48

auf den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit kann die Anerkennung sehr wohl zur Folge haben, dass ein Kindesverhältnis auf den Zeitpunkt der Geburt hin (!) wirksam wird, ohne dass jemals ein soziales Kindesverhältnis bestanden hat und jemals bestehen wird. Sie setzt aber auch nicht das tatsächliche Bestehen einer biologischen Vaterschaft voraus. Mit dem Umstand, dass eine Anerkennung nur möglich ist, wenn nicht schon ein Kindesverhältnis zu einem anderen Mann besteht, schützt die geltende Regelung aber die soziale Vaterschaft. Ist eine Vaterschaft einmal begründet, kann der genetische Vater diese nicht einfach durch Anerkennung aufheben. Insofern lässt sich auch die Rechtsprechung rechtfertigen, welche es nicht zulässt, die Vaterschaft bedingt für den Fall anzuerkennen, dass das Kindesverhältnis zu einem anderen Mann aufgehoben wird.⁴⁷ Damit wird sichergestellt, dass der genetische Vater das soziale Kindesverhältnis zum Registervater nicht stören kann. Entsprechend sollte die bedingte Anerkennung aber dann zugelassen werden, wenn die Anfechtungsklage bereits rechtshängig ist.⁴⁸ Diesfalls stört die bedingte Anerkennung die soziale Vaterschaft nicht, weil diese wohl bereits zerstört ist, wenn die Anfechtungsklage eingereicht wird.

Fraglich erscheint, ob die *Anerkennung* des Kindes *durch* den *Samenspender* zulässig ist oder nicht. Art. 23 Abs. 2 FMedG⁴⁹ schliesst die *Vaterschaftsklage* gegen den *Samenspender* aus, wenn die *Samenspende* in rechtlich zulässiger Weise erfolgt ist.⁵⁰ Über die Zulässigkeit oder ein Verbot der freiwilligen *Anerkennung* spricht sich das Gesetz nicht aus. In der Botschaft hielt der Bundesrat denn auch ausdrücklich fest, dass einer *Anerkennung* durch den *Samenspender* nichts im Wege steht, sofern kein *Kindesverhältnis* zu einem anderen Mann besteht.⁵¹ Wohl kann sich der *Samenspender* auch nicht im Voraus verbindlich verpflichten, das Kind nicht anzuerkennen. Das kann zu Problemen führen, wenn das durch *Samenspende* gezeugte Kind keinen *Registervater* hat, da sich die *Mutter* einer *Anerkennung* des Kindes durch den ihr an sich unbekanntem *Samenspender* nicht widersetzen kann.⁵²

Anerkennt der *Vater* das Kind nicht freiwillig, so kann sowohl das Kind wie auch die *Mutter* gegen den mutmasslichen *Vater* auf *Feststellung* des *Kindesverhältnisses* klagen.⁵³ Kein *Klagerecht* steht dem mutmasslichen *Vater* zu.⁵⁴ Er ist auf den Weg der *Anerkennung* verwiesen. Obgleich das Gesetz von einer *Klage* auf

FamPra.ch-2009-49

Feststellung des *Kindesverhältnisses* handelt, ergeht ein *Gestaltungsurteil*.⁵⁵ Das *Urteil* wirkt wie die *Anerkennung*.⁵⁶ Auch die *Vaterschaftsklage* setzt voraus, dass noch kein *Kindesverhältnis* zu einem anderen Mann besteht.⁵⁷ Insofern wird die soziale *Vaterschaft* geschützt. Gegenstand der *Klage* ist aber die genetische *Vaterschaft*. Als das *Kindesrecht* erlassen wurde, war allerdings nur ein indirekter *Nachweis* der *Abstammung* möglich. Das Gesetz legt entsprechend das Hauptgewicht auf den *Nachweis* der *Beiwohnung*.⁵⁸ Massgeblich ist aber unbestrittenermassen die genetische *Abstammung*. Der Gesetzgeber hatte schon damals die Weitsicht, den direkten *Abstammungsbeweis* zuzulassen.⁵⁹

Das FMedG hat bezüglich der *Vaterschaftsklage* eine erhebliche *Einschränkung* gebracht. Es schliesst die *Vaterschaftsklage gegen den Samenspender* grundsätzlich aus.⁶⁰ Eine *Ausnahme* von dieser *Regel* besteht nur, wenn die *Samenspende* wissentlich bei einer *Person* erfolgt, die keine *Bewilligung* für das *Fortpflanzungsverfahren* oder für die *Konservierung* und *Vermittlung* gespendeter *Samenzellen* hatte.⁶¹ Geschützt wird mit dieser *Regel* der *Samenspender*, der *gesetzeskonform* vorgegangen ist, vor den *Folgen* eines für ihn unerwünschten *Vaterschaftsprozesses*.

Wohl ist das *Fundament* der *Vaterschaftsklage* grundsätzlich die genetische *Vaterschaft* und nicht die soziale. Der *Gedanke* der sozialen *Vaterschaft* kommt aber in der *Befristung der Klagemöglichkeit* zum Ausdruck. Die *Mutter* kann von der *Schwangerschaft* an bis ein Jahr nach der *Niederkunft* klagen;⁶² das *Kind* kann bis ein Jahr nach Erreichen der *Mündigkeit* klagen.⁶³ Wenn bereits ein *Kindesverhältnis* zu einem anderen Mann besteht, kann in jedem Fall noch ein Jahr nach *Beseitigung* des *Kindesverhältnisses* geklagt werden.⁶⁴ Schliesslich bleibt die *Wiederherstellung* der *Frist* aus besonderen *Gründen* möglich.⁶⁵ Dieser *Tatbestand* scheint allerdings ohne grosse praktische *Bedeutung*. Namentlich scheint zweifelhaft, ob es für eine *Verlängerung* der *Klagefrist* des Kindes genügt, dass die *Mutter* die *Identität* des *Erzeugers* während der *ordentlichen Frist* verschwiegen hat.⁶⁶ Soll die *Befristung* aber nicht nur das *Kind*, sondern auch den *Erzeuger* vor der rechtlichen *Anerkennung* einer bloss biologischen *Vaterschaft* schützen, sollte ein *Verheimlichen* seiner

FamPra.ch-2009-50

Identität jedenfalls so lange die *Wiederherstellung* der *Frist* nicht rechtfertigen, wie er selber nichts zur *Verheimlichung* beigetragen hat.

2. Anfechtung

a) Anfechtung der Vaterschaftsvermutung

Es liegt auf der Hand, dass die Vaterschaftsvermutung nicht immer mit der genetischen Vaterschaft übereinstimmt. Das Gesetz sieht deshalb die Möglichkeit vor, die Vaterschaft des Ehemannes anzufechten. Allerdings wird bereits durch eine *restriktive Klagelegitimation* die soziale Elternschaft in hohem Masse geschützt. Dabei wird die Regelung in erster Linie durch den Gedanken beherrscht, dass zur Anfechtungsklage nur berechtigt sein kann, wer nicht durch sein Verhalten selber zum Auseinanderklaffen der sozialen und der genetischen Vaterschaft beigetragen hat. Von daher steht der Mutter kein Anfechtungsrecht zu. Sie hat kein schutzwürdiges Interesse, das Kindesverhältnis zwischen dem Ehemann und dem Kind zu beseitigen, wenn diese dies nicht wollen.⁶⁷ Konsequenterweise steht auch dem Ehemann kein Klagerecht zu, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat.⁶⁸ Damit kann er auch bei einer heterologen künstlichen Insemination, der er zugestimmt hat, seine Vaterschaft nicht anfechten.⁶⁹ Insofern lässt sich auch kaum mit Gleichstellungsargumenten ein Klagerecht der Mutter fordern.⁷⁰ Sie wird in aller Regel der Zeugung durch den Dritten zugestimmt haben. Es ist nicht einzusehen, warum dann ihr – im umgekehrten Fall nicht aber dem Ehemann – eine Anfechtungsklage zustehen soll. Fraglich kann höchstens erscheinen, ob der Mutter dann ein Klagerecht zuzugestehen ist, wenn sie mit der Zeugung durch den Dritten nicht einverstanden war. Das ist praktisch aber nur dann vorstellbar, wenn die Frau vergewaltigt worden ist oder bei einer künstlichen Insemination gegen ihren Willen der Samen eines Dritten verwendet worden ist. Abgesehen davon, dass es sich dabei um seltene Fälle handelt, ist das legitime Interesse der Mutter an einer Anfechtung gegen den Willen des Ehemannes und des Kindes genau in diesen Fällen nicht ersichtlich.

Wohl sieht das Gesetz ein *Klagerecht des Kindes* vor. Aber auch hier wird die soziale Vaterschaft insofern geschützt, als die Klage an die Voraussetzung geknüpft wird, dass während der Unmündigkeit des Kindes der gemeinsame Haushalt der Eltern aufgehoben werden musste.⁷¹ Für den Fall der künstlichen Insemination wird das Klagerecht des Kindes ausgeschlossen.⁷² Der Wille der Mutter und ihres

FamPra.ch-2009-51

Ehemannes zur Begründung eines Kindesverhältnisses soll für das Kind ebenso verbindlich sein wie bei der Adoption.⁷³ Allerdings müssen die Bestimmungen des FMedG eingehalten worden sein. Auch hier werden «wilde» Inseminationen nicht geschützt. Dies ergibt sich aus der Formulierung, dass die Klage ausgeschlossen ist, wenn das Kind «nach den Bestimmungen dieses Gesetzes»⁷⁴ gezeugt worden ist. Soweit die künstliche Insemination im Ausland erfolgte, ist wohl für den Klageausschluss zu fordern, dass die Normen am Ort der Insemination eingehalten worden sind.

Zum Schutze der sozialen Vaterschaft sieht das Gesetz überdies auch hier *relativ kurze Fristen* für die Anfechtung einer Vaterschaft durch den Ehemann vor. Die Klage muss innert Jahresfrist seit Kenntnis der Geburt und der Nichtvaterschaft, spätestens aber fünf Jahre nach der Geburt des Kindes eingereicht werden.⁷⁵ Für das Kind selber dauert die Frist erheblich länger, indem es bis ein Jahr nach Erreichen des Mündigkeitsalters dafür Zeit hat.⁷⁶ Eine Verlängerung der Frist ist möglich, wenn die Verspätung der Klage mit wichtigen Gründen entschuldigt werden kann.⁷⁷ Das Bundesgericht hat nun entschieden, dass als wichtiger Grund auch der blosse Umstand gelten kann, dass der Registervater keinen Anlass hatte, an seiner Vaterschaft zu zweifeln.⁷⁸ Im konkreten Fall waren zwar allgemeine Gerüchte zirkuliert, als die Kinder klein waren. Die Ehe war aber aus einem anderen Grund geschieden worden, und der Registervater war offenbar auch für den Kinderunterhalt ohne Weiteres aufgekommen. Als das Kind bereits nicht mehr siebzehnjährig war, teilte die Mutter offenbar dem mehr oder weniger ahnungslosen Vater mit, dass das Kind möglicherweise nicht «issu de ses œuvres»⁷⁹ sei. Darauf leitete er sofort die Aberkennungsklage ein, die nunmehr gutgeheissen wurde. Damit wird m.E. in gefährlicher Weise die Möglichkeit geschaffen, nach Jahren soziale

Strukturen aufzuheben.

b) Anfechtung der Anerkennung

Ähnliche Grundsätze wie bei der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung gelten auch bei der Anfechtung der Anerkennung. Zu beachten ist hier allerdings, dass die Anerkennung – wie aufgezeigt⁸⁰ – grundsätzlich nur an die Voraussetzung gebunden ist, dass ein Kindesverhältnis zur Mutter, nicht aber zu einem anderen Vater besteht. Entsprechend ist die Klagelegitimation weiter gespannt. Klageberechtigt ist jedermann, der ein Interesse hat.⁸¹ Das Gesetz zieht bewusst den *Kreis der*

FamPra.ch-2009-52

Anfechtungsberechtigten sehr viel weiter als bei der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung, weil die Anerkennung auch möglich ist, ohne dass bereits irgendwelche rechtlichen oder sozialen Beziehungen zwischen den Beteiligten bestehen. Das hat dann auch zur Folge, dass das Anfechtungsrecht erlischt, wenn die Mutter den Anerkennenden heiratet. Dann ist die Anfechtung nur noch nach den besonderen Regeln von Art. 259 Abs. 2 ZGB zulässig.⁸² Erfolgt keine Heirat der Eltern, sind neben dem Kind namentlich auch die Mutter sowie die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden anfechtungsberechtigt.⁸³ Die Klagen der Gemeinwesen sollen namentlich verhindern, dass diese Sozialleistungen erbringen müssen. Klageberechtigt sind auch die Putativerben des Anerkennenden und der Mutter.⁸⁴ Dem Anerkennenden selber steht ein Klagerecht nur zu, wenn die Anerkennung selber an einem Willensmangel leidet.⁸⁵ Welche Willensmängel dabei beachtlich sind, zählt das Gesetz abschliessend auf.⁸⁶

Auch bezüglich der Anfechtung der Anerkennung kennt das Gesetz *relativ kurze Fristen*. Das Gesetz sieht eine Frist von einem Jahr seit jenem Zeitpunkt vor, zu dem der Klagende von der Geburt des Kindes oder vom Umstand, dass der Anerkennende nicht der genetische Vater ist, Kenntnis erhalten hat bzw. seit der Anerkennende seinen Willensmangel erkannt hat. Daneben besteht eine absolute Frist von fünf Jahren seit der Anerkennung.⁸⁷ Nur das Kind hat in jedem Fall eine Frist bis ein Jahr nach seiner Mündigkeit.⁸⁸

Das Gesetz sieht nun aber die Möglichkeit vor, dass auch nach Ablauf dieser Fristen die Klage ausnahmsweise zugelassen werden kann, wenn die *Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt* wird. Das Bundesgericht legt diese Ausnahmeregel eng aus.⁸⁹ Es hält zu Recht auch fest, dass nicht als Grundsatz aufgestellt werden kann, die Übereinstimmung der genetischen und der rechtlichen Vaterschaft stehe immer im Interesse des Kindes.⁹⁰ In der Tat kommt der Rechtssicherheit bezüglich der einmal begründeten Statusbeziehung und der sozialen Elternschaft in aller Regel eine grössere Bedeutung zu als der genetischen Abstammung. Eine entsprechende Interessenabwägung kann allerdings im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis führen. Aus dem genannten Entscheid⁹¹ muss wohl aber geschlossen werden, dass

FamPra.ch-2009-53

die Beweislast für die überwiegenden Interessen beim mit Verspätung Anfechtenden liegt. Mit dieser engen Auslegung stellt sich das Bundesgericht allerdings in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zur Zulassung einer verspäteten Anfechtung der Vaterschaftsvermutung.⁹²

c) Folgerungen für das Verhältnis zwischen sozialer und genetischer Kindschaft

Das Gesetz hat eine differenzierte und damit etwas komplexe Regelung geschaffen, bei der dem Schutz der sozialen Elternschaft und der Rechtssicherheit eine grosse Bedeutung zukommt. Der Gesetzgeber musste dabei aber auch eine praktikable Lösung finden, welche in den meisten Fällen Rechtsverhältnisse von

Gesetzes wegen ohne behördliche Entscheide schafft.

III. Kindesverhältnis und Unterhalt

Eine der zentralen Wirkungen des Kindesverhältnisses ist die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Kindern. Dabei kommt es in erster Linie weder auf die genetische noch auf die soziale Elternschaft an. Entscheidend ist ausschliesslich das *rechtliche Kindesverhältnis*.⁹³ «Die Unterhaltspflicht folgt dem Kindesverhältnis wie der Schatten dem Licht.»⁹⁴

1. Bedeutung der genetischen Elternschaft

Bezüglich der *genetischen Elternschaft* besteht dieser *Grundsatz ohne Einschränkung*. Weder kann ein genetischer Vater, ohne dass ein rechtliches Kindesverhältnis besteht, zu Unterhaltszahlungen herangezogen werden, noch besteht eine Rechtsgrundlage, die Unterhaltszahlungen mit dem Hinweis der fehlenden genetischen Abstammung zu verweigern.

2. Bedeutung der sozialen Elternschaft

a) Unterhaltspflicht ausschliesslich aufgrund sozialer Elternschaft

Demgegenüber kommt der *sozialen Elternschaft* beim Unterhalt eine *gewisse* – wenn auch sehr beschränkte – *Bedeutung* zu. Eine Unterhaltspflicht kann aufgrund der sozialen Elternschaft auch ohne Vorliegen eines rechtlichen Kindesverhältnisses entstehen, wenn das Kind mit Blick auf eine Adoption bei Pflegeeltern

FamPra.ch-2009-54

untergebracht ist.⁹⁵ Das ZGB hält diesbezüglich allerdings nur die Unentgeltlichkeit des Pflegeverhältnisses fest und keinen Unterhaltsanspruch des Kindes. Ein solcher ergibt sich aber immer, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte.⁹⁶

b) Einschränkung der Unterhaltspflicht wegen fehlender sozialer Elternschaft?

Grundsätzlich hat das Fehlen eines sozialen Kindesverhältnisses keinen Einfluss auf die Unterhaltspflicht. Namentlich ist auch derjenige rechtliche Vater, der keinerlei Beziehung zum *unmündigen Kind* hat, verpflichtet, Unterhalt zu leisten. Der Unterhalt ist insofern *voraussetzungslos* geschuldet.⁹⁷ Vorbehalten bleibt nur der Rechtsmissbrauch, der – wie immer – nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden darf.⁹⁸

Geht es demgegenüber um den Unterhalt des *mündigen Kindes* in Ausbildung, bekommt die Realbeziehung und damit soziale Elternschaft sehr wohl Bedeutung.⁹⁹ Dieser Unterhalt ist nur geschuldet, wenn er auch in persönlicher Hinsicht als zumutbar erscheint.¹⁰⁰ Allerdings ist auf den Grund abzustellen, warum die Realbeziehung gestört ist. Nur wenn insoweit dem Kind ein Verschulden angerechnet werden kann, ist die Kürzung oder Einstellung der Unterhaltszahlungen gerechtfertigt.¹⁰¹

3. Änderung des Kindesverhältnisses und Unterhaltspflicht

Wie dargelegt ist die rechtliche Elternschaft für die Frage entscheidend, wer unterhaltspflichtig ist. Wir haben ebenfalls gesehen, dass ein einmal begründetes rechtliches Kindesverhältnis zu einem Vater durch einen Gerichtsentscheid beseitigt und gegebenenfalls durch ein Kindesverhältnis zu einem anderen Vater ersetzt werden kann. Sowohl die Anerkennung der Vaterschaft wie auch ein Vaterschaftsurteil begründen das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt.¹⁰² Es liegt auf der Hand, dass die Aufhebung des bisherigen Kindesverhältnisses zum Vater – vom Sonderfall der Adoption abgesehen – immer nur möglich ist, wenn nachgewiesen wird, dass der bisherige Registervater nicht der genetische Vater ist. In aller Regel wird der neue Vater auch der Erzeuger des Kindes sein. Das ist jedoch

FamPra.ch-2009-55

nicht zwingend, da die Anerkennung eines Kindes die genetische Vaterschaft nicht zwingend voraussetzt. Fälle, in denen eine Vaterschaft nachträglich beseitigt wird, dürften aufgrund der neuen technischen Möglichkeiten des Abstammungsnachweises häufiger sein als früher. Da die DNA-Analysen auch immer billiger, die Sexualkontakte der Leute aber kaum monogamer werden, ist auch künftig mit steigender Tendenz zu rechnen.

Bezüglich der Unterhaltspflicht ist aber zu beachten, dass das *Kind den Unterhalt immer nur für die Zukunft und für ein Jahr zurück* verlangen kann.¹⁰³ Damit ist allerdings die Frage nicht entschieden, ob der Registervater, nachdem seine Vaterschaft beseitigt ist, nunmehr vom genetischen Vater die bezahlten Unterhaltsbeiträge zurückfordern kann.

Es ist unbestritten, dass sich aus dem Familienrecht kein entsprechender *Rückforderungsanspruch* ergibt.¹⁰⁴ Das Bundesgericht hatte aber kürzlich entschieden, dass der Registervater nach gerichtlicher Aufhebung des Kindesverhältnisses die geleisteten Unterhaltszahlungen vom genetischen Vater aufgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen kann.¹⁰⁵ Es hat den Anspruch auf Art. 62 Abs. 2 OR gestützt, indem es angenommen hat, den Unterhaltsleistungen des bisherigen Vaters sei durch das Anfechtungsurteil nachträglich der Rechtsgrund entzogen worden.¹⁰⁶ Gleichzeitig sei der genetische und nunmehr rechtliche Vater ungerechtfertigt bereichert gewesen, indem er bis zur Anerkennung seiner Vaterschaft den Unterhalt nicht bezahlt habe, obgleich er wirtschaftlich dazu in der Lage gewesen wäre.¹⁰⁷

Sowohl das Ergebnis wie auch die Begründung dieses *Urteils vermögen nicht zu überzeugen*. Zum einen bestehen *dogmatische Ungereimtheiten* in der Argumentation des Bundesgerichts, zum anderen ist auch das Ergebnis unbefriedigend, jedenfalls wenn es verallgemeinert werden soll. Ein erstes dogmatisches Problem stellt sich bereits mit der Frage, in welchem Umfang die Bereicherung des Beklagten ungerechtfertigt ist. Sie ist regelmässig nicht nur darauf zurückzuführen, dass der bisherige Vater Unterhalt bezahlt hat. Sie ist vielmehr auch die Folge des Umstandes, dass gegen ihn nicht geklagt worden ist und im Falle einer nachträglichen Unterhaltsklage nur Unterhalt für ein Jahr zurückgefordert werden kann.¹⁰⁸ Seine Nichtleistung hat damit ihren Rechtsgrund jedenfalls auch in der Verjährung bzw. Verwirkung.¹⁰⁹ Diese entfällt aber durch die Beseitigung des einen und Neubegründung

FamPra.ch-2009-56

des anderen Kindesverhältnisses nicht. Dogmatisch zutreffend ist wohl die Erwägung des Bundesgerichts, dass durch die Frage der Steuerabzüge¹¹⁰ und der IV-Kinderrente¹¹¹ des bisherigen Vaters die Bereicherung nicht vermindert wird. Die entsprechenden Beträge wären aber im Zusammenhang mit der Entreicherung des Klägers zu untersuchen gewesen. Zu prüfen wäre auch die Anwendung von Art. 64 OR, wenn sich der Beklagte auf den Standpunkt stellt, er habe sein Einkommen in den letzten Jahren nur deshalb vollständig für

seinen Lebensunterhalt ausgegeben, weil er keine Familienlasten gehabt habe. Er sei gar nicht mehr bereichert. Hätte er seine Pflicht gekannt, hätte er einen bescheideneren Lebensstil geführt. Schliesslich bleibt die Frage, ob nicht die Beschränkung, welche Art. 270 ZGB für die Forderung des Kindes nach in der Vergangenheit liegendem Unterhalt aufstellt, auch für die Rückforderung gelten muss. Wohl sieht das Gesetz keine entsprechende Bestimmung vor. Die Überlegungen, welche die Durchsetzung des Anspruchs des Kindes begrenzen, sind aber für den Rückforderungsanspruch ebenso gültig.

Rechtspolitisch ist zu beachten, dass – wie das Bundesgericht dogmatisch sicher richtig festgestellt hat – auf der Grundlage seiner Argumentation je nach Konstellation nicht nur der genetische Vater, sondern auch die Mutter und das Kind bereichert sind. Die Rückforderungsklage kann sich somit ebenso gegen diese wenden. Dass das Kind im Klagezeitpunkt wohl in aller Regel nicht solvent sein wird, ist dabei ein kleiner Trost. Der Kläger kann darauf hoffen, dass er die entsprechende Schuld später eintreiben kann. Die blosser Tatsache, dass im Moment das Kind nicht über Vermögen verfügt, bedeutet auch nicht zwingend, dass keine Bereicherung vorliegt. Es hätte ohne die Unterhaltszahlungen eventuell eben Kredite aufnehmen müssen. Das dürfte insbesondere dann zutreffen, wenn die Änderung des Kindesverhältnisses erst nach der Mündigkeit erfolgt. Aber auch die Klage gegen den genetischen Vater mit unter Umständen ruinösen Folgen widerspricht jeglichem Vertrauensschutz, wenn der Vater gar keine Möglichkeit gehabt hat, seine Vaterschaft wahrzunehmen, weil ihm beispielsweise die Existenz des Kindes verheimlicht wurde. Die Konstruktion trägt der Unterschiedlichkeit der Fallbeispiele keine Rechnung.¹¹² Sie reichen vom Hausfreund, der zusammen mit der Mutter deren Ehemann praktisch ein Kind unterschiebt, bis hin zur Gelegenheitsbeziehung, bei der die Mutter dem Erzeuger das Kind bewusst vorenthält.¹¹³ Schliesslich lässt sich mit Blick auf die ausschliesslich wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der ungerechtfertigten Bereicherung auch der Realbeziehung und damit der sozialen Vaterschaft überhaupt nicht Rechnung tragen.

FamPra.ch-2009-57

Weit sinnvoller scheint als Rechtsgrundlage für einen möglichen Rückforderungsanspruch die *unerlaubte Handlung*. Diese kann dann allerdings nicht schon in der allenfalls ehebrecherischen Zeugung des Kindes erblickt werden. Vielmehr braucht es für die Rechtswidrigkeit weitere Handlungen, welche in einem eigentlichen Täuschen des Registervaters bestehen müssen. Dann muss sich die Schadenersatzforderung aber auch gegen jene Person richten, welche mit Verschulden den falschen Anschein hervorgerufen hat oder trotz entsprechender Pflicht den Registervater nicht rechtzeitig über seinen Irrtum aufgeklärt hat.¹¹⁴ Das Haftpflichtrecht erlaubt es, auch der sozialen Vaterschaft Rechnung zu tragen.¹¹⁵ Zudem kann sie auch gegebenenfalls im Rahmen eines Genugtuungsanspruchs berücksichtigt werden.¹¹⁶

Ebenfalls in Richtung einer *Kommerzialisierung des Kindesverhältnisses* weist ein Entscheid der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichts, in dem ein Arzt wegen eines Kunstfehlers bei einer Sterilisation die Unterhaltskosten des trotz Sterilisation entstandenen Kindes den Eltern vergüten musste.¹¹⁷

IV. Kindesverhältnis und Erbrecht

Im Erbrecht spielt grundsätzlich nur das *rechtliche Kindesverhältnis* eine Rolle.¹¹⁸ Die Statuswirkung des Kindesverhältnisses ist hier ausschlaggebend. Ob diese Rechtsbeziehung auf der sozialen oder genetischen Elternschaft beruht, ist für das Erbrecht ohne Bedeutung.¹¹⁹ Das gilt sowohl für die absteigende wie auch für die aufsteigende Erbschaft.

Der *Realbeziehung* wird im Erbrecht einerseits mit der *Verfügungsfreiheit* und andererseits mit den Instituten der Erbunwürdigkeit und der Enterbung Rechnung getragen. Dabei lässt das Gesetz im Rahmen der frei verfügbaren Quote dem Erblasser volle Freiheit, ob und wie er Realbeziehungen berücksichtigen will. Diese Freiheit wird grundsätzlich nur in Extremfällen beschränkt, indem eine Verfügung nicht rechtswidrig oder

unsittlich sein darf.¹²⁰ Dabei ist Unsittlichkeit nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen.

Gemäss Art. 477 ZGB kann der Erblasser einem *Pflichtteilserben sein Recht* (unter anderem) dann ausnahmsweise *entziehen*, «wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen

FamPra.ch-2009-58

Pflichten schwer verletzt hat». ¹²¹ Es liegt auf der Hand, dass dabei der Erblasser sehr wohl die Realbeziehung und somit die soziale Elternschaft berücksichtigen kann. Das Fehlen jeglicher realer Beziehung vermag eine Enterbung zu rechtfertigen, wenn es sich dabei um die Folge einer schweren Pflichtverletzung des Pflichtteilserben handelt. Demgegenüber ist nicht zu sehen, inwieweit das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer genetischen Elternschaft in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein könnte.

V. Folgerung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass der *Gesetzgeber in sehr differenzierter Weise* Rechtsfolgen an die genetische und die soziale Elternschaft knüpft. Dabei kommt der sozialen Elternschaft ein hoher Stellenwert zu. Sie wird namentlich durch Klagefristen und durch Einschränkungen der Klagelegitimation geschützt. Es liegt allerdings auf der Hand, dass in jenen Fällen, in denen die Beteiligten nicht oder noch nicht bereit sind, eine soziale Vaterschaft aufzubauen, der genetischen Bedeutung zukommt, weil sie relativ einfach nachgewiesen werden kann. Zu beachten ist auch, dass das ganze Regelwerk den Anforderungen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität standhalten muss.

Soweit es um die familienrechtliche Gesetzgebung geht, lässt sich keine Tendenz zur «Genetisierung» der Elternschaft erkennen. Gleiches lässt sich nicht ohne Weiteres von der Rechtsprechung behaupten. Hier ist eine gewisse Aufweichung zu erkennen.

Wieweit diese rechtspolitisch und ethisch ausgewogene gesetzliche Regelung zukünftigen gesellschaftlichen Entwicklungen standhalten wird, erscheint allerdings fraglich. Der wissenschaftliche und technische Fortschritt lässt die Feststellung der genetischen Elternschaft einfacher und billiger werden. Zudem wird dem Anspruch eines Kindes auf Kenntnis der genetischen Herkunft immer mehr Bedeutung zugemessen. Wohl lässt sich theoretisch ohne Weiteres zwischen dem Anspruch auf blosser Kenntnis einerseits und der Verwendung dieser Kenntnis zur Begründung oder Aufhebung von Kindesverhältnissen andererseits unterscheiden. Es scheint aber äusserst fraglich, ob auf Dauer auch die Gesellschaft und die Politik bereit sind, diese Trennung aufrecht zu erhalten. Besteht einmal die Kenntnis über die Abstammung oder Nichtabstammung, ist der Ruf nach den rechtlichen Konsequenzen unüberhörbar. Dass damit die Gesellschaft zugunsten einer Technikgläubigkeit wesentliche gesellschaftliche Werte über Bord wirft, wird dabei kaum beachtet.

¹ Schriftliche Fassung eines an einer Tagung des IRP-HSG in Zürich am 19. August 2008 gehaltenen Vortrages.

² BernerKomm/Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 10.

³ Z.B. bei Shakespeare, *Macbeth*: Während die Hexen Macbeth vorhersagen, König von Schottland zu werden, versprechen sie Banquo Stammvater einer langen Reihe von Herrschern zu werden. Macbeth, zum König geworden, lässt Banquo umbringen, dessen Sohn Fleance kann aber entfliehen. Macbeth will damit verhindern, dass die Prophezeiung bezüglich Banquo aufgeht, weil die Stammvaterschaft wichtiger ist, als selber König zu sein.

⁴ Z.B. die Geschichte von Kaspar Hauser, der am 26. Mai 1828 in Nürnberg als etwa 16-Jähriger auftauchte und dessen Herkunft bis heute ungeklärt ist. Sofort kamen – nie bewiesene, aber auch nie widerlegte – Gerüchte auf, es handle sich um den Erbprinzen von Baden.

⁵ Zu denken ist hier z.B. an die griechische Mythologie mit der Geschichte von Ödipus.

⁶ Art. 119 Abs. 2 lit. g BV.

⁷ Art. 311–25 Code civil.

⁸ Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Basel 1886–1893, Bd. I, 486 f.

⁹ Art. 252 Abs. 1 ZGB.

¹⁰ Büchler, *Sag mir, wer die Eltern sind ...*, Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 2004, 1178; BaslerKomm/Schwenzer, Art. 252 ZGB, N 9.

¹¹ Art. 119 Abs. 2 lit. d BV.

¹² Art. 4 FMed G; vgl. sodann die Strafbestimmung in Art. 31 und 37 FMedG.

¹³ BernerKomm/Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 34; Jäggi/Widmer, *Der Leihmuttervertrag*, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (Hrsg.), *Innominatverträge*, Zürich 1988, 73 f.

¹⁴ Meier/Stettler, *Droit civil suisse, Droit de la filiation*, Bd. I, Rz. 29 und 247.

¹⁵ Offenbar a.M. BernerKomm/Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 39; BaslerKomm/Schwenzer, Art. 252 ZGB, N 9.

¹⁶ BernerKomm/Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 65 ff.

¹⁷ BaslerKomm/Heussler, Art. 42 ZGB, N 3.

¹⁸ BernerKomm/Hegnauer, Art. 252 ZGB, N 75.

¹⁹ Art. 255 Abs. 1 ZGB.

²⁰ Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 37.

²¹ Vgl. dazu immerhin die Besonderheiten bei der Anfechtung Art. 256b ZGB.

²² Art. 255 Abs. 2 ZGB; für den Sonderfall der doppelten Vaterschaftsvermutung vgl. Art. 257 ZGB.

²³ Art. 255 Abs. 2 ZGB *e contrario*.

²⁴ *BaslerKomm/Geiser/Lüchinger, Art. 106 ZGB, N 4.*

²⁵ *Art. 109 Abs. 1 ZGB.*

²⁶ *Art. 109 Abs. 2 ZGB.*

²⁷ *Art. 109 Abs. 1 ZGB.*

²⁸ *BaslerKomm/Geiser/Lüchinger, Art. 109 ZGB, N 16b.*

²⁹ *AmtlBull NR 2004, 1158 ff.*

³⁰ *Art. 260 ff. ZGB.*

³¹ *Art. 260 ZGB.*

³² *Vgl. BGE 122 III 100.*

³³ *Art. 68 Abs. 1 IPRG.*

³⁴ *Art. 1 Abs. 1 Bst. a BüG.*

³⁵ *Art. 68 Abs. 1 IPRG.*

³⁶ *Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 38.*

³⁷ *Vgl. dazu hinten II.2.a).*

³⁸ *Art. 260 Abs. 1 ZGB.*

³⁹ *Vgl. BaslerKomm/Schwenzer, Art. 260 ZGB, N 7.*

⁴⁰ *BaslerKomm/Schwenzer, Art. 260 ZGB, N 7 m.w.H.*

⁴¹ *BernerKomm/Hegnauer, Art. 260 ZGB N 62 ff.; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, Bern 1999, Rz. 7.05; Stettler, Kindesrecht, SPR Bd. III/2, Basel 1992, 34 f.; Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 95.*

⁴² *Insbesondere Inzest oder (andere) strafbare Handlungen.*

⁴³ *Art. 260 Abs. 3 ZGB.*

⁴⁴ *Vgl. hinten II.2.b).*

⁴⁵ *BernerKomm/Hegnauer, Art. 260 ZGB, N 150.*

⁴⁶ *BaslerKomm/Schwenzer, Art. 260 ZGB, N. 21.*

⁴⁷ *BGE 107 II 403; vgl. auch 108 II 351; 122 II 289.*

⁴⁸ *Ähnlich: Stettler (Fn. 41), 32; BernerKomm/Hegnauer, Art. 260 ZGB, N 38 ff.; BaslerKomm/Schwenzer, Art. 260 ZGB, N 3.*

⁴⁹ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) (SR 810.11).

⁵⁰ Im Einzelnen siehe hinten II.1.c).

⁵¹ BBl 1996 III 269.

⁵² Zum Ausschluss der Vaterschaftsklage gegen den Samenspender, vgl. hinten II.1.c).

⁵³ Art. 261 Abs. 1 ZGB.

⁵⁴ Zu den möglichen Ausnahmen vgl. BaslerKomm/Schwenzer, Art. 261 ZGB, N 9.

⁵⁵ Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 125.

⁵⁶ BernerKomm/Hegnauer, Art. 261 ZGB, N 102; BaslerKomm/Schwenzer, Art. 261 ZGB, N 18.

⁵⁷ Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 127.

⁵⁸ Art. 262 Abs. 1 und 2 ZGB.

⁵⁹ Art. 262 Abs. 3 ZGB; Meier/Stettler (Fn. 14), 169 ff.

⁶⁰ Art. 23 Abs. 2, erster Satzteil FMedG.

⁶¹ Art. 23 Abs. 2, zweiter Satzteil FMedG.

⁶² Art. 263 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

⁶³ Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

⁶⁴ Art. 263 Abs. 2 ZGB.

⁶⁵ Art. 263 Abs. 3 ZGB.

⁶⁶ So BaslerKomm/Schwenzer, Art. 263 ZGB, N 4.

⁶⁷ BernerKomm/Hegnauer, Art. 256 ZGB, N 77.

⁶⁸ Art. 256 Abs. 3, erster Satz ZGB..

⁶⁹ BernerKomm/Hegnauer, Art. 256 ZGB, N 44.

⁷⁰ So aber BaslerKomm/Schwenzer, Art. 256 ZGB, N 6.

⁷¹ Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

⁷² Art. 23 Abs. 1 FMedG.

⁷³ Botschaft FMedG, BBl 1996 III 268 f.

⁷⁴ Art. 23 Abs. 1 FMedG.

⁷⁵ Art. 256c Abs. 1 ZGB.

⁷⁶ Art. 256c Abs. 2 ZGB.

⁷⁷ Art. 256c Abs. 3 ZGB.

⁷⁸ BGE 132 III 1 ff.

⁷⁹ So wörtlich BGE 132 III 5.

⁸⁰ Vorne II.1.c).

⁸¹ Art. 260a ZGB.

⁸² BernerKomm/Hegnauer, Art. 259 ZGB, N 91.

⁸³ Art. 260a Abs. 1 ZGB.

⁸⁴ BernerKomm/Hegnauer, Art. 260a ZGB, N. 103 ff.

⁸⁵ Art. 260a Abs. 2 ZGB.

⁸⁶ BernerKomm/Hegnauer Art. 260a ZGB, N 89; BaslerKomm/Schwenzer, Art. 260a ZGB, N 2.

⁸⁷ Art. 256c Abs. 1 ZGB.

⁸⁸ Art. 256c Abs. 2 ZGB.

⁸⁹ BGer 5C.130/2003, FamPra.ch, 2004, 142 ff. mit zustimmenden Bemerkungen von Büchler, FamPra.ch 2004, 142.

⁹⁰ BGer 5C.130/2003, E. 2.

⁹¹ BGer 5C.130/2003.

⁹² Vgl. dazu vorn II.2.a).

⁹³ Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 503.

⁹⁴ BernerKomm/Hegnauer, Art. 276 ZGB, N 45.

⁹⁵ Art. 294 Abs. 2 ZGB; Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 509.

⁹⁶ Art. 20 BG-HAÜ [SR 211.221.31].

⁹⁷ BaslerKomm/Breitschmid, Art. 276 ZGB, N 2; vgl. BGE 120 III 16; 120 II 179; 129 III 1.

⁹⁸ BGE 120 II 177 ff.

⁹⁹ Vgl. im Einzelnen Meier/Stettler (Fn. 14), Rz. 650.

¹⁰⁰ Art. 277 Abs. 2 ZGB; BGE 111 II 413 ff.

¹⁰¹ Vgl. BGE 113 II 374 ff.; 129 III 378 ff.

¹⁰² BGE 65 I 157; 71 II 144; 82 II 177; 85 II 175; BernerKomm/Hegnauer, Art. 256 ZGB, N 99; Geiser, Zur Rückforderung von Unterhaltsbeiträgen, ZVW 2001, 31.

¹⁰³ Art. 279 ZGB.

¹⁰⁴ BGE 129 III 646, 647.

¹⁰⁵ BGE 129 III 646 ff.

¹⁰⁶ BGE 129 III 646, 649 f.

¹⁰⁷ BGE 129 III 646, 654.

¹⁰⁸ Art. 279 ZGB.

¹⁰⁹ Vgl. Geiser, ZVW 2001, 33.

¹¹⁰ BGE 129 III 646, 655.

¹¹¹ BGE 129 III 646, 655.

¹¹² Entsprechend fordert auch die Lehre Einschränkungen, ohne diese allerdings zu präzisieren: BaslerKomm/Breitschmid, Art. 279 ZGB, N 5.

¹¹³ Vgl. zu den Fallbeispielen: Geiser, ZVW 2001, 30 f.

¹¹⁴ Vgl. zu dieser Konstruktion: Geiser, ZVW 2001, 35 f.

¹¹⁵ Art. 43 und 44 OR.

¹¹⁶ Vgl. insb. Art. 49 Abs. 2 OR.

¹¹⁷ BGE 132 III 359.

¹¹⁸ Vgl. BaslerKomm/Staehelin, Art. 457 ZGB, N 2; BernerKomm/Weimar, Art. 457 ZGB, N 2 ff.

¹¹⁹ BGE 134 III 467 ff.

¹²⁰ Vgl. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB sowie Riemer, Nicht (wirksame) Testamente und Erbverträge, in: Forstmoser/Heini/Giger/Schluep (Hrsg.), FS Max Keller, Zürich 1989, 252 f.

¹²¹ Art. 477 Ziff. 2 ZGB.