

Document	<b>SJZ 117/2021 S. 22</b>
Auteur(s)	<b>Sandra Hotz</b>
Titre	<b>«Ehe für alle» – Wie weiter? Teil I</b>
Pages	<b>22-32</b>
Publication	<b>Schweizerische Juristen-Zeitung</b>
Editeur / Redaction	<b>Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Beatrix Schibli (Red.), Meinrad Vetter (Red.)</b>
ISSN	<b>0036-7613</b>
Maison d'édition	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

SJZ 117/2021 S. 22

## «Ehe für alle» – Wie weiter? Teil I

### Stand und Kontext der Gesetzesrevision und Gedanken zu einer zeitgemässen Zuordnung von Elternschaft

PD Dr. iur. Sandra Hotz, Rechtsanwältin, Zürich \*

Mit der Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Hinblick auf die «Ehe für alle» wird die Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Damit sollen auch die Regelungen zur gemeinsamen Elternschaft geklärt und der Zugang zur Samenspende für Frauenpaare erlaubt werden. – Es geht insbesondere um die Frage des «Wie weiter?» in Sachen Elternschaft mit Blick auf eine möglichst kohärente und tragfähige Gesetzeslösung für das Ehe- und Familienrecht im 21. Jahrhundert. Teil I beschäftigt sich mit den Meilensteinen und dem gesellschaftlichen Kontext.

Avec la révision du Code civil suisse en vue du «mariage pour tous», le mariage sera désormais ouvert aux couples de même sexe. Cela implique de régler aussi la paternité commune et de permettre l'accès au don de spermes pour les couples de femmes. La question qui se pose est alors celle de la suite à donner en matière de parentalité, afin de concevoir une solution législative cohérente et solide du droit du mariage et de la famille au 21<sup>e</sup> siècle. La partie I traite des étapes et du contexte social. (P.P.)

#### I. «Ehe für alle» – ein Meilenstein, viele Dominosteine

Mit der rechtlich notwendigen Öffnung der zivilrechtlichen Ehe<sup>1</sup> können zwei Frauen oder zwei Männer künftig auch in der Schweiz heiraten. Das Gesetzgebungsverfahren zur Eheöffnung läuft auf Hochtouren. Damit Verheiratete künftig unabhängig von sexueller Orientierung von allen mit der Ehe verbundenen Rechten profitieren können, hat der Nationalrat am 11. Juni 2020 mit der Eheöffnung auch einer Gleichbehandlung der Co-Mutterschaft mit traditioneller Vaterschaft zugestimmt sowie den Zugang für

\* PD Dr. iur. Sandra Hotz arbeitet als selbständige Rechtsanwältin in Zürich. Zudem ist PD Dr. iur. Sandra Hotz Privatdozentin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich und Lehrbeauftragte an der Universität Basel.

Fabian Naumer und MLaw Tamara Stalder danke ich sehr herzlich für das Lektorat.

<sup>1</sup> Können gleichgeschlechtliche Paare nicht heiraten, liegt eine Diskriminierung aufgrund der Lebensform oder des Geschlechts nach [Art. 8 Abs. 2 BV](#) vor. Das erscheint auch von der Mehrheit der Teilnehmenden am Vernehmlassungsverfahren anerkannt: 13.468 Parlamentarische Initiative Grünliberale Fraktion «Ehe für alle», Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 30.8.2019, s. Fn. 14, 15 (nachfolgend zit. als Vernehmlassungsbericht Ehe für alle).

Frauenpaare zur Fortpflanzungsmedizin klar befürwortet. Das heisst, der Nationalrat hat für die sog. *ergänzende Variante zur Kernvorlage* (Ehe für alle mit Fortpflanzungsmedizin) gestimmt. Dieser Beitrag möchte zum einen diese Gesetzesrevision rechtlich und gesellschaftlich kontextualisieren und zum anderen einen Schritt weitergehen und Leitlinien und Grundsätze einer Revision zur künftigen rechtlichen Zuordnung von Elternschaft jenseits von Zivilstand, Geschlecht und sexueller Orientierung skizzieren. Die Öffnung der «Ehe für alle» wird nämlich nicht nur ein Meilenstein in der schweizerischen Geschichte sein, sondern auch einer von vielen Dominosteinen, deren Anstoss wohlbedacht sein will: Ist die «Ehe für alle» erst in Kraft und gibt es verheiratete Frauen- und Männerpaare, kann es aus Gleichbehandlungsgründen nicht einfach angehen, dass überall, wo Rechte oder Pflichten an den Status Ehe

**SJZ 117/2021 S. 22, 23**

geknüpft werden, zwischen hetero- und homosexuellen Ehepaaren differenziert wird. Insbesondere im Abstammungsrecht wäre eine Ungleichbehandlung stossend, so etwa, wenn nur heterosexuelle Ehepaare zur gemeinsamen Adoption und Fortpflanzungsmedizin zugelassen würden, ihnen die originäre Elternschaft ab Geburt vorbehalten oder die Kinderwunschbehandlung bei homosexuellen Paaren von den Krankenkassen ungedeckt bliebe. Damit wird auch die Frage aufgeworfen, ob Single-Frauen die Samenspende weiterhin verweigert werden kann, wenn sich ihre Situation nur noch marginal von jener von (verheirateten) Frauenpaaren unterscheidet. Wie sollen diese Steine fallen? Oder weniger ambitiös formuliert: Welchen Leitsätzen und Grundprinzipien soll diese Revision folgen, wenn einmal klar ist, dass die Eheöffnung sich nicht von der Elternfrage und dem Zugang zur Fortpflanzungsmedizin trennen lässt? Der erste zentrale Gleichstellungsschritt wurde mit der «Stiefkindadoption für alle» 2018 schon getan. Es gilt nun, systematisch zu überlegen, wie mit rechtlicher Elternschaft umzugehen ist, denn spätestens bei Problemen wie Trennung bzw. Scheidung, Krankheit oder Tod stellen sich aus Sicht des Kindes und seiner rechtlichen, sozialen und evtl. biologischen Eltern unweigerlich Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechtsfragen sowie allenfalls solche erbrechtlicher Natur. Zudem ergeben sich für Kind und beteiligte Eltern unter Umständen Fragen zu Herkunft und Abstammung des Kindes.

## II. Stand der Gesetzesrevision – wichtige Hürden genommen

Die *13.468 Parlamentarische Initiative der Grünliberalen Fraktion «Ehe für alle»* wurde im Jahr 2013 lanciert und forderte den Gesetzgeber auf, alle rechtlich geregelten Lebensgemeinschaften für alle Paare zu öffnen, ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung. Damit sollten auch gleichgeschlechtliche Paare künftig heiraten und verschiedengleichgeschlechtliche Paare eine eingetragene Partnerschaft begründen können. Gut sechs Jahre später, am 14. Februar 2019, wurde ein erster Entwurf zur Umsetzung der Parlamentarischen Initiative «Ehe für alle» verabschiedet und einen Monat darauf das Vernehmlassungsverfahren mit einem Vorentwurf inklusive der nötigen Erläuterungen eröffnet, um die «Ehe für alle» in das Schweizerische Zivilgesetzbuch einzuführen.

In seiner sog. Kernvorlage «Ehe für alle» hat der Bundesrat diese Eheöffnung so vorgesehen, dass auch gleichgeschlechtliche Paare die Ehe eingehen können, aber in der Folge keine eingetragenen Partnerschaften mehr begründet werden können. Bestehende eingetragene Partnerschaften sollten beibehalten oder unbürokratisch in eine Ehe umgewandelt werden können. Ferner sollten die damit zusammenhängenden Bestimmungen des Internationalen Privatrechts entsprechend angepasst werden. Als ebenso notwendig befand man die Berücksichtigung von unmittelbaren Auswirkungen auf die Gleichstellung bei Einbürgerungsvoraussetzungen und Hinterlassenenrenten sowie die *Zulassung zur gemeinschaftlichen Adoption*. Die sog. Kernvorlage liess jedoch zahlreiche weitere Folgenormen unberücksichtigt, die an den Bestand der Ehe knüpfen, wie beispielsweise das Abstammungsrecht oder den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin.

Da das schweizerische Eherecht bereits heute geschlechtsneutral formuliert ist («Ehe», «Ehegatten»), muss in Art. 94 VE-ZGB bloss eine redaktionelle Änderung vorgenommen werden, indem der Terminus «Brautleute» durch denjenigen der «Personen» ersetzt wird:

Art. 94 VE-ZGB

«Die Ehe kann von zwei Personen eingegangen werden, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sind.»

Allerdings ist an dieser Stelle darauf aufmerksam zu machen, dass mit Einfügen von Numeralen das *geltende Zweipersonenprinzip* für die Zukunft auch neu festgeschrieben wird. Ob das mit Blick in die Zukunft wirklich ratsam ist, darf bezweifelt werden.<sup>2</sup>

Ergänzend zur Kernvorlage wurde eine Variante «*originäre Elternschaft und Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren für weibliche Paare*» in die Vernehmlassung geschickt, welche die rechtliche Anerkennung und Absicherung des durch Samenspende entstandenen Eltern-Kind-Verhältnisses als Variante zu Art. 252 Abs. 2 und nach Art. 259a VE-[ZGB](#) die «Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren» (so das neue Marginale) vorsieht:

Art. 252 Abs. 2 VE-[ZGB](#)

«Zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil wird es kraft der Ehe der Mütter begründet oder, soweit gesetz-

#### SJZ 117/2021 S. 22, 24

lich vorgesehen, durch Anerkennung oder durch das Gericht festgestellt.»

Art. 259a VE-[ZGB](#)

«Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet, so gilt die Ehefrau als der andere Elternteil. Hinsichtlich der Rechtsstellung des anderen Elternteils sind die Bestimmungen betreffend die Rechtsstellung des Vaters sinngemäss anwendbar.»

Die Variante sieht ferner die Öffnung des Zugangs zur Samenspende für miteinander verheiratete Frauen vor.

Die Vernehmlassungsfrist endete am 21. Juni 2019. Das Verfahren ist auf grosses Interesse gestossen. Die zahlreichen Stellungnahmen sind überwiegend positiv ausgefallen: In 127 von 153 Stellungnahmen haben sich die Teilnehmenden für die *Kernvorlage* ausgesprochen.<sup>3</sup> Für eine Variante mit Zugang von Frauenpaaren zur Samenspende sowie die rechtliche Anerkennung und Absicherung des durch Samenspende entstandenen Eltern-Kind-Verhältnisses als Variante zu Art. 252 Abs. 2 und Art. 259a VE-[ZGB](#) lag die Zustimmung bei 97 Stellungnahmen,<sup>4</sup> was mit 63% Ja-Stimmen eine für schweizerische Verhältnisse bereits komfortable Mehrheit für die «Ehe für alle» darstellt. Die Mehrheit der Kantone hat sie abgelehnt, wobei die Gründe für die Ablehnung nicht inhaltlicher, sondern *strategischer Natur* waren: Die Öffnung des Abstammungsrechts und des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin sollte zu einem späteren Zeitpunkt in der sog. «Abstammungsvorlage» behandelt werden. Die Konferenz der Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen (KAZ) monierte,<sup>5</sup> dass als Gegenstück zur vorgeschlagenen Elternschaftsvermutung nach Art. 252 Abs. 2 VE-[ZGB](#) keine Anfechtungsklagen für die Co-Mutterschaft vorgesehen seien und die Rechte des biologischen Vaters unklar seien (dazu nachfolgend unter Ziff. IV). Die zuständige Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-NR) hat in ihrer Medienmitteilung vom 30. August 2019<sup>6</sup> bekannt gegeben: Die Variante zur Kernvorlage werde nicht weiterverfolgt. Auch sie befürchtete, dass die Vorlage mit der Variante politisch nicht mehrheitsfähig sei, allerdings fiel *dieser Entscheid ausgesprochen knapp aus: mit 13 gegen 12 Stimmen*. Der Bundesrat stützte sich in seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2020 auf diesen äusserst knappen Entscheid und hielt sich an die Kernvorlage.<sup>7</sup> – Die Bundesverwaltung setzte aber eine Expert\_innenkommission ein, welche die Revision des Abstammungsrechts in Angriff nehmen soll.

---

<sup>2</sup> Einmal abgesehen von dem knappen Hinweisen im Gutachten von *Ingeborg Schwenzer* zur Modernisierung des Familienrechts (2013) ist die Mehrpersonenehe kein Thema in der Schweiz; hingegen die Mehrelternschaft zunehmend schon (Ziff. IV).

<sup>3</sup> Vernehmlassungsbericht Ehe für alle, 6; s.a. Medienmitteilung vom 30.8.2019; es bleibt anzufügen, dass sogar die Abgeordneten des Schweizerischen Evangelischen Kirchenbundes sich im November 2019 für die Öffnung der Ehe ausgesprochen haben: <<https://www.ref.ch>> (zuletzt besucht am 7.7.2020), allerdings löste dies auch grössere Diskussionen aus. Der angegebene Link führt nur zur reformierten Homepage, nicht aber zu einer der Fussnote entsprechenden Meldung.

<sup>4</sup> Vernehmlassungsbericht Ehe für alle, 17 f.

<sup>5</sup> Ähnlich der Schweizerische Verband für Zivilstandswesen: <[https://www.zivilstandswesen.ch/customer/files/273/Ehe-fuer-alle\\_d.pdf](https://www.zivilstandswesen.ch/customer/files/273/Ehe-fuer-alle_d.pdf)> (zuletzt besucht am 7.7.2020).

<sup>6</sup> Es wurde denn auch 2012 eine Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» abgelehnt, welche die Ehe als Gemeinschaft von Mann und Frau in der Verfassung definieren wollte. Diese wurde am 4.2.2020 zurückgezogen (BBI 2020 1284).

<sup>7</sup> BBI 2020 1273–1276.

Am 11. Juni 2020 hat der im Herbst 2019 neu gewählte Nationalrat sich *mit sehr grosser Mehrheit für die Öffnung der Ehe und die Gleichstellung, das heisst die Variantenlösung, ausgesprochen*: Mit 152 zu 39 Stimmen bei 4 Enthaltungen wurde entschieden, dass auch die Fragen der originären Elternschaft und der Zugang zur Samenspende für Frauenpaare bereits jetzt neu geregelt werden sollen. Das Geschäft gelangte ein Jahr später in die Rechtskommission des Ständerates (RK-S), die Abstimmung im Ständerat hat Anfang Dezember 2020 stattgefunden. Mittlerweile ist bekannt, dass die RK-S sich über die *Frage der Verfassungsmässigkeit der Vorlage* (Öffnung der Ehe für alle mit Fortpflanzungsmedizin, d.h. die Variantenlösung) noch einmal Klarheit verschaffen wollte. Nun ist klar, dass die RK-S und dann der Ständerat, sich auch für die Vorlage «Ehe für alle» entschieden haben, mit Zugang zur Samenspende für Frauenpaare. Die Rückweisung der Vorlage zur Formulierung Rechtsinitiative zur Schaffung einer Verfassungsgrundlage wurde abgewiesen.

Art. 255a lautet nach Antrag der Kommission dabei:

«II. Elternschaft der Ehefrau

Abs. 1

Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet und wurde das Kind nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 18. Dezember 1998 durch eine Samenspende gezeugt, so gilt die Ehefrau der Mutter als der andere Elternteil.

Abs. 2

Stirbt die Ehefrau der Mutter oder wird sie für verschollen erklärt, so gilt sie als Elternteil, wenn die Insemination vor ihrem Tod oder dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht stattgefunden hat.»

#### SJZ 117/2021 S. 22, 25

Die RK-S war mit ihrem *Vorbehalt zur Verfassungsmässigkeit* einen Schritt zurückgegangen, und zwar zur Auslegeordnung des Bundesamtes für Justiz (BJ) aus dem Jahre 2018,<sup>8</sup> in der noch zwei Wege für die Revision vorgeschlagen wurden: Die erste Variante schlug ein Gesamtkonzept zu Ehe, Abstammungs- und Fortpflanzungsmedizinrecht sowie Hinterlassenenrente usw. vor. Als Alternative wurde ein mehrstufiges Verfahren präsentiert. In einem ersten Schritt, der oben erwähnten «Kernvorlage», würden insbesondere das Zivilgesetzbuch, die Zivilstandsverordnung und das Bürgerrechtsgesetz revidiert. So sollen die Ehe geöffnet und alle Verheirateten zur Adoption zugelassen, jedoch verheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin oder zur Hinterlassenenrente erst in einem zweiten Schritt ermöglicht werden. In Bezug auf das verfassungsmässige «Recht auf Ehe und Familie» (Art. 14 BV)<sup>9</sup> kam das BJ bereits in seiner Auslegeordnung gestützt auf die überwiegende Mehrheit in der berufsaktiven Lehre zum Schluss, dass der Gesetzgeber nicht daran gehindert werde, sich auf seine zivilrechtliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 122 BV zu stützen und die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ohne Verfassungsänderung zu öffnen. Die Ehe wird in der Schweiz im ZGB geregelt.

Hinsichtlich der Verfassungsmässigkeit des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin von gleichgeschlechtlichen Frauenpaaren nach Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV wurde die Frage damals gestützt auf sich widersprechende Ansichten in Lehre und Berichten vom BJ offengelassen, weil man von der «Kernvorlage» ohne Fortpflanzungsmedizin ausgegangen war.<sup>10</sup> Ob aber damals wirklich der «überwiegende Teil der Lehre»

<sup>8</sup> 13.469 n Pa. Iv. Ehe für alle. Auslegeordnung betreffend Auswirkungen der Öffnung der Ehe in den verschiedenen Rechtsbereichen vom 27.3.2018 des Bundesamtes für Justiz zuhanden der Rechtskommission des Nationalrats, 7 ff., <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/arbeitspapier-mm-rk-n-2018-07-06-d.pdf>> (zuletzt besucht am 5.10.2020).

<sup>9</sup> SR 101.; zu Ehe und Diskriminierungsverbot s. jüngst *Benjamin Märkli*, Ehe gegen alle? Zur Öffnung der Ehe ohne Verfassungsänderung, AJP 2020 466ff., 472; s.a. Votum BR Karin Keller-Suter, AB, vom 1.12.2020 Ständerat 2. Sitzung v; a.A. Gutachten *Isabel Häner/Livio Bundi*, 4.11.2020, welches offenbar einer historischen Auslegung der Verfassung vor der geltungszeitlichen den Vorzug gibt.

<sup>10</sup> Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV «Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nur angewendet werden, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann»; s.a. Editorial «Ehe für alle», *Gender Law Newsletter* 2018/4, unter <<http://www.genderlaw.ch/deutsch/fri/newsletter/editorial/editoriale-archiv/newsletter-20184-editorial.html>> (zuletzt besucht am 5.10.2020).

den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Fortpflanzungsmedizin nach [Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV](#) beabsichtigte, weil dem Terminus «Unfruchtbarkeit» ein medizinisch enges Verständnis zugrundeliegt,<sup>11</sup> kann hier offenbleiben. Fakt ist: Seither ist *wieder viel Zeit* verstrichen und die Meinungen, dass der Terminus «Unfruchtbarkeit» nicht gesetzlich definiert ist und infolgedessen *in einem erweiterten Sinne einer ungewollten Kinderlosigkeit verstanden* werden kann, hat sich in der jüngeren Doktrin durchgesetzt.<sup>12</sup>

Daraus folgt, dass auch gleichgeschlechtliche Paare (und Singles) ohne Verfassungsänderung zur Fortpflanzungsmedizin zugelassen werden können. Da die Leihmutterschaft (neben der Embryonenspende) aufgrund der Verfassung ([Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV](#)) verboten bleibt, bedeutet dies nach geltender Verfassung und geltendem Fortpflanzungsmedizingesetz, dass de iure nur gleichgeschlechtliche Frauenpaare und Single-Frauen zum Empfang einer *Samenspende* zugelassen werden können. Für eine Zulassung von Frauen zur *Eizellenspende* bedürfte es einer Gesetzesänderung – und die Leihmutterschaft ist für *alle Personen* von Verfassungs wegen ausgeschlossen.

Konkret schlägt die Kommission des Ständerates in Ergänzung zum zitierten Art. 252 Abs. 2 nZGB vor, die «Elternschaft der Ehefrau» Art. 255a Abs. 1 nZGB ex lege auf sog. ordentliche Samenspenden nach FMedG zu beschränken:

«Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet und wurde das Kind nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes vom 18. Dezember

### SJZ 117/2021 S. 22, 26

1998 durch eine Samenspende gezeugt, so gilt die Ehefrau der Mutter als der andere Elternteil.»

Das ist ein interessanter Vorschlag, denn aus Sicht des Kindesrechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung (Art. 7 UN-KRK) sollte es künftig keine anonymen Samenspenden mehr geben.

## III. Zum rechtlichen und gesellschaftlichen Kontext

### A. Ein weiterer rechtlicher Entwicklungsschritt in Richtung Gleichstellung

Seit 1992 das Zivilgesetzbuch in Kraft getreten ist, ging es im Ehe- und Familienrecht um die sukzessive Förderung der Gleichstellung der Beteiligten: Zunächst wurde die Gleichstellung von Mann und Frau auf politischer Ebene (1971) und etwas später jene von Vater und Mutter etabliert, indem der Begriff des «Familienoberhaupts» abgeschafft wurde (1988). Die vollständige Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern erfolgte 1978. Ein weiterer Meilenstein war die Aufgabe der Unterscheidung zwischen schuldhafter und nicht schuldhafter Scheidung (2000). Im Jahre 2014 erfolgte schliesslich die Gleichstellung unverheirateter und verheirateter Eltern in Bezug auf die elterliche Sorge und 2017 wurde das Recht auf Kindesunterhalt vom Zivilstand der Eltern gelöst.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Die Auslegeordnung stützt sich hierbei auf ein internes Gutachten vom 7.7.2016, 8 f. des Direktionsbereichs Öffentliches Recht des BJ, Beilage 2 zum Arbeitspapier BJ vom 20.4.2017; richtig betrachtet sind es aber gar nicht so viele Meinungen, die für ein enges Verständnis stehen, sondern nur der St. Galler Kommentar *Reusser/Schweizer*, 2013, [Art. 119 BV](#) N 34 und *Giovanni Biaggini*, [BV](#) Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Zürich 2017, Art. 119 N 14; ebenso Gutachten *Häner/Livio* (Fn. 9); für ein weites Verständnis von Unfruchtbarkeit standen damals und heute schon mindestens zwei Autorinnen: *Eva Maria Belser/Eva Molinari*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epinay, Bundesverfassung, Basel 2015, [Art. 119 BV](#) N 30; dafür, dass historisch für das Verständnis von [Art. 119 BV](#) nicht die Botschaften zum FMedG oder [PartG](#) entscheidend sein können, sondern vielmehr die Materialien zu [Art. 119 BV](#) zu konsultieren sind, s. nachfolgend Fn. 12.

<sup>12</sup> *Bernhard Rüetsche/Dario Picocchi*, [Art. 119 BV](#) N 69 f. klärend zur historisch-systematischen Auslegung der Verfassungsmaterialien in: Andrea Büchler/Bernhard Rüetsche (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetz, Bern 2020; *Alexander R. Ziegler*, Ehe für alle und Fortpflanzungsmedizin, Warum die schweizerische Bundesverfassung bereits heute auch gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin garantiert, in: Jusletter vom 8.4.2019, Rz. 28 ff.; *ders.*, Gutachten vom 19.1.2019 für die Lesbenorganisation Schweiz (LOS), Rz. 54; s.a. *Alexandra Jungo/Eva Maria Belser*, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, ZSR 2016 I, Heft 3, 191.

<sup>13</sup> *Peter Tuor/Bernhard Schnyer/Jörg Schmid/Alexandra Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich 2015.

Mit der Einführung der eingetragenen Partnerschaft im Jahre 2007<sup>14</sup> ist für eingetragene gleichgeschlechtliche Paare ein besonderer Zivilstand geschaffen worden, der damals als Fortschritt betrachtet wurde, heute aber für sich genommen als stigmatisierend angesehen wird (z.B. bei Angabe des Zivilstands im Arbeits- und Mietverhältnis).

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat dies in seiner Argumentation zur Frage der Einführung der «Ehe für alle» 2017 treffend formuliert:<sup>15</sup> Die «*Differenzierung in zwei Rechtsinstitute [Ehe und eingetragene Partnerschaft] lässt sich heute nicht aufrechterhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren*». Allein die Tatsache, dass zwei verschiedene Rechtsinstitute und Termini bestünden, würde bereits eine Diskriminierung darstellen.<sup>16</sup>

Eingetragene Partner\_innen sind bis heute in der Schweiz in einer Reihe von Rechtsbereichen gegenüber verheirateten Paaren benachteiligt geblieben. Insbesondere im Bereich des Familienrechts, namentlich im Abstammungsrecht, zeigt sich diese Ungleichbehandlung deutlich, da die Kinder- bzw. Elternfrage im Partnerschaftsgesetz unregelt blieb. Das am Ende der 1990er-Jahre entstandene Gesetz ging noch von der Idee aus, dass gleichgeschlechtliche Partner\_innen keine Kinder haben können,<sup>17</sup> da ihm noch Vorstellungen zugrunde lagen wie jene, dass ein Kind zur gesunden Entwicklung «eine Mutter und einen Vater brauche».<sup>18</sup> Die Folge war u.a., dass keine Adoptionen für gleichgeschlechtliche Paare und damit auch keine Doppelmutter- oder -vaterschaft in der Schweiz vorgesehen wurden ([Art. 28 PartG](#)).

Diese Vorstellungen haben *sich über die letzten 20 Jahre grundlegend gewandelt*. Ein klares Zeichen für den Wandel des gesellschaftlichen Konsenses hin zu einer diskriminierungsfreien Regelung des Familienlebens war die Einführung der Stiefkindadoption im schweizerischen Abstammungsrecht nach [Art. 264c ZGB](#) unter verheirateten, partnerschaftlich eingetragenen Paaren sowie unter Paaren, die eine faktische Lebensgemeinschaft führen. Die Regelung trat am 1. Januar 2018 in Kraft. Eine grosse Mehrheit im Parlament trat im Mai 2016 dafür ein (im Nationalrat mit 127 gegen 60 Stimmen).<sup>19</sup> In der Botschaft zur Adoptionsrevision vom Jahre 2014 finden sich klare Worte, welche die noch zehn Jahre früher in der Botschaft zum Partnerschaftsgesetz vertretene «Natur-

#### SJZ 117/2021 S. 22, 27

Hypothese» entkräften.<sup>20</sup> In der besagten Adoptionsrevision wurde auch darauf hingewiesen, dass faktische Schwierigkeiten, die etwa in einem Herkunftsland aufgrund der sexuellen Orientierung der Adoptionswilligen entstehen könnten, *nicht mit der Aufrechterhaltung einer Diskriminierung verwechselt werden dürfen*.<sup>21</sup> Auch hatte das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2015 festgehalten, dass eine Doppelvaterschaft, die im Ausland rechtens begründet worden ist, für sich genommen noch kein Grund für eine Ordre-public-Widrigkeit darstelle.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> Partnerschaftsgesetz ([PartG](#)) vom 18.6.2004, in Kraft getreten am 1.1.2007 (SR 211.231).

<sup>15</sup> G 258-259/2017-9.

<sup>16</sup> A.a.O., Rz. 12.

<sup>17</sup> Obergericht Bern, Urteil vom 26.2.2020, Rz. 12; das zivilrechtliche Konzept der Ehe knüpft freilich noch an eine Vielzahl von weiteren wichtigen Rechten und Pflichten an, etwa das Erbrecht, das Bürger- und Aufenthaltsrecht, das Sozialversicherungsrecht (Witwenrente) sowie das Steuerrecht. Diese werden nicht Gegenstand dieses Beitrags sein. – Einzig vorgesehen war eine Unterstützungspflicht des\_der eingetragenen Partner\_in in Sachen Unterhalt eines vorbestehenden Kindes sowie das explizite Verbot von Adoption und Zulassung zur Fortpflanzungsmedizin (Ar. 28 [PartG](#)).

<sup>18</sup> Botschaft zum Partnerschaftsgesetz vom 29.11.2002, BBI 2003 1288–1377, 1320.

<sup>19</sup> Mit der Einführung der Stiefkindadoption wurde [Art. 27a PartG](#) entsprechend geändert, sodass die Stiefkindadoption heute auch in der eingetragenen Partnerschaft explizit zulässig ist.

<sup>20</sup> Botschaft zur Adoptionsrevision, BBI 2014 877 ff.; zwar wurde festgehalten, dass in der Bevölkerung auch noch gewisse Bedenken gegen das Aufwachsen von Kindern ohne einen Elternteil des anderen Geschlechts bestünden, allerdings werde mit der (damals schon bestehenden) Zulassung der Einzeladoption bereits das Fehlen des jeweils gegengeschlechtlichen Elternteils in Kauf genommen. Seit der Revision werden adoptionswillige Personen, unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung zur Einzeladoption zugelassen.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> [BGE 141 II 312 E. 5.2.](#); s.a. den Willen des Gesetzgebers nach Botschaft zum [PartG](#), BBI 2003 1288, 1359.

An dieser Entwicklung zeigt sich, dass sich heute *de iure* und *de facto* eine Ansicht durchgesetzt hat, die auch durch zahlreiche ausserrechtliche Studien belegt wird:<sup>23</sup> Ein Kind kann bei gleichgeschlechtlichen Eltern gut und gesund aufwachsen. Dies deutet darauf hin, dass die Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung kaum noch Vorbehalte gegen gleichgeschlechtliche Paare und Eltern hegt. [Art. 264c ZGB](#) ist insofern eine Bestimmung mit Signalwirkung. Mit der Öffnung der Ehe gibt es in Zukunft keine haltbaren Gründe mehr, die gegen die Elternschaft von verheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren sprechen: Das betrifft sowohl den künftigen Zugang für *alle* Verheirateten zur gemeinschaftlichen Adoption als auch die Behandlung der «Elternschafts» -vermutung, -anerkennung und -feststellung im Zusammenhang mit Mutter- und Vaterschaft nach Art. 252 E-[ZGB](#).

## B. Wie rasch sich die Einstellung der Bevölkerung gewandelt hat – in Zahlen

### 1. Seit 2013 noch einmal ein klarer Einstellungswandel

Ende 2019 publizierte Zahlen des Bundesamts für Statistik zeigen, dass sich die Einstellung in der Bevölkerung zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft sowie zu Familien mit zwei Müttern oder Vätern mit Kindern *gerade seit Einreichung der Parlamentarischen Initiative 13.468 «Ehe für alle» im Jahre 2013 noch einmal sehr stark verändert hat*.<sup>24</sup>

Zwei Drittel der Frauen (65%) und die Mehrheit der Männer in der Schweiz (53%) waren damals bereits der Ansicht, dass gleichgeschlechtliche Paare die gleichen Rechte haben sollen wie heterosexuelle Paare. Das zeigt, dass sich das Ehebild in der Schweiz innerhalb kürzester Zeit stark gewandelt hat.

Zudem gab eine klare Mehrheit der Frauen (58%) und 43% der Männer an, der Meinung zu sein, dass ein Kind auch bei einem gleichgeschlechtlichen Paar glücklich aufwachsen kann. Diesem veränderten Familienbild standen 2019 nur noch 19% der Frauen und 34% der Männer ablehnend gegenüber, während diese Zahlen fünf Jahre zuvor noch deutlich höher gewesen waren.<sup>25</sup>

Auch die steigende *Anzahl von Kindern*, die nicht in traditionellen Familien bestehend aus Mutter, Vater und Kindern leben, ist ein Indiz für ein neues Familienbild in der Schweiz: In Fachkreisen geht man von 6000 bis 30 000 in Regenbogenfamilien lebenden Kindern aus.<sup>26</sup> Während es sich früher noch um Kinder aus heterosexuellen Erstbeziehungen handelte,<sup>27</sup> steht *heute die gemeinsam geplante originäre Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren im Vordergrund*. Eine für die Schweiz repräsentative Umfrage des Dachverbands der Regenbogenfamilien aus dem Jahre 2017 zeigt bei 884 Teilnehmenden, von denen 54% jünger als 50 Jahre alt sind und von denen

#### SJZ 117/2021 S. 22, 28

32% eine faktische Lebensgemeinschaft führen, dass lediglich noch 31% der Kinder in Regenbogenfamilien aus vorangegangenen heterosexuellen Beziehungen stammen. Das heisst, in der Hälfte der Fälle sind die Kinder mittels Samenspende gezeugt worden: 33% der Samenspenden gehen auf solche im Ausland zurück, 17% sind privat erfolgt.<sup>28</sup> Im Dezember 2019 hat entsprechend die *Nationale Ethikkommission*

<sup>23</sup> Nach allem, was wir heute aus repräsentativen Studien wissen, gibt es keine Unterschiede in Gesundheit und emotionaler Entwicklung von Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern: vgl. Längzeitstudien von *Henny Bos et al.* (nachfolgend Fn. 89) und von *Susan Golombok/Rachel H. Farr*, Does parental sexual orientation matter? A longitudinal follow-up of adoptive families with school-age children, *Developmental Psychology* 2017 53 (2), 252ff. bei einem N = 76 Paare und vergleichbaren Resultaten 2013; auch sind keine Unterschiede erkennbar in ihrem geschlechtstypischen Verhalten; s.a. *Sandra Schröder*, Wer hat das Recht zur rechtlichen Vaterschaft? Hamburg 2015, 21 ff.; *Christian Iten/Karin Hochl*, Argumentarium Ehe für alle, 28.4.2019, s. Schweizer Verband Regenbogenfamilien, <[https://wilsch.lgbt/roweb\\_dokumente/182/Argumentarium-Ehe-fuer-alle-all-inclusive.pdf](https://wilsch.lgbt/roweb_dokumente/182/Argumentarium-Ehe-fuer-alle-all-inclusive.pdf)> (zuletzt besucht am 3.12.2020).

<sup>24</sup> Am 4.11.2019 veröffentlichte das Bundesamt für Statistik die jüngsten Zahlen zu Familienformen, Paarformen und Kinderwünschen (besucht am 10.9.2020), nachfolgend Familienbericht 2019; s.a. *Doing Family*, Hintergrundbericht zur Verbesserung der Familienpolitik, heute und morgen, Projekt der Metropolitankonferenz und des Amtes für Jugend- und Berufsberatung des Kantons Zürich, Zürich 2019, 16 ff.

<sup>25</sup> Familienbericht 2019 (Fn. 24) 29, Abb. G 25; schon bei einer Umfrage von gfs. Zürich im April 2016 befürworteten 69% der Befragten die Eheöffnung, und eine Tamedia-Themenumfrage vom Dezember 2017 zeigte, dass nur noch 24% der Befragten die Eheöffnung ablehnen.

<sup>26</sup> Vgl. Zahlen in der Vernehmlassung des Verbandes Regenbogenfamilien Schweiz; s. bereits *Christina Caprez/Alecs Recher*, Rechte für Kinder, die das Recht nicht vorgesehen hat, in: Bettina Bannwart, Michelle Cottier et al. (Hrsg.), Keine Zeit für Utopien? Zürich 2013, 219 ff., 226 m.w.H.

<sup>27</sup> *Caprez/Recher* (Fn. 26) Fn. 9 m.w.H.

<sup>28</sup> <<https://www.regenbogenfamilien.ch/nationale-umfrage/>> (zuletzt besucht am 10.7.2020).

(NEK) der Schweiz die Öffnung der Samenspende für Single-Frauen und Frauenpaare sowie unverheiratete Paare in der Schweiz empfohlen.<sup>29</sup>

*Das legt nahe*, dass das Volk wohl für eine Ehe für alle und den Zugang für Frauen zur Fortpflanzungsmedizin stimmen würde, auch bei einem allfälligen Referendum gegen die Vorlage.

## 2. Bleibender Konnex zwischen Ehe- und Kinderfrage

Die aktuellen Zahlen zeigen aber auch, *dass es allen voran hauptsächlich Eltern sind, die ein besonders hohes Bedürfnis zeigen, zu heiraten*: Die meisten Paare, die heute in der Schweiz länger zusammenleben und heiraten können, tun dies früher oder später. Nur 5% der 25–80-jährigen Paare, die über zwei Jahre zusammenleben und ein Kind haben, bleiben unverheiratet. Und je mehr Kinder ein Paar hat, umso unwahrscheinlicher wird, dass das Paar unverheiratet bleibt.<sup>30</sup> Dass die Ehe bei Eltern nach wie vor so stark verbreitet ist, steht u.a. im Zusammenhang mit der weitverbreiteten traditionellen Rollenteilung von Paaren in der Schweiz und dem rechtlichen sowie finanziell notwendigen Schutz der Ehe namentlich für die weniger entgeltlich arbeitende, haushaltsführende und kinderbetreuende Person.<sup>31</sup> Hinzu kommt, dass nur eine Minderheit in der Schweiz überhaupt kinderlos bleiben will, nämlich lediglich 9% aller Befragten. Damit lautet die entscheidende Frage in Bezug auf die 1,2% gleichgeschlechtlichen Paare, denen absehbar die Ehe offensteht und die mehrheitlich eben auch nicht (mehr) kinderlos sein wollen:

*Wieso sollte diese offensichtliche Verknüpfung zwischen der Wahl des Zivilstandes Ehe und dem Elternsein bei gleichgeschlechtlichen Paaren für sie nicht gelten?*<sup>32</sup>

Selbst wenn sehr optimistisch davon ausgegangen würde, dass unter gleichgeschlechtlichen Paaren die Partnerschaften etwas «überlegter» eingegangen und/oder «weniger geschlechterhierarchisch» gelebt werden, so bleiben doch in einer Mehrheit aller Familien in der Schweiz traditionelle Rollenverteilungen in Bezug auf Familien- und Erwerbsarbeit bestehen und der rechtliche Schutz der hauptsächlich haushaltsführenden und kindererziehenden Person bleibt damit in jeder Familienkonstellation nötig; wengleich nicht im selben Umfang.<sup>33</sup> Zudem spielen auch für das Kind in jedem Fall Fragen seiner Identität, Ansprüche auf elterliche Sorge- und Umgangs- sowie Unterhaltsrechte eine zentrale Rolle.

*Daraus kann zweierlei geschlossen werden*: Aufgrund der sich rasant wandelnden Einstellung in der Bevölkerung ist davon auszugehen, dass sich die Entwicklung, vielfältigere Familienmodelle zu akzeptieren, in den nächsten zehn Jahren fortsetzen wird. Dies sollte schon bei der aktuellen Revision bedacht werden. Zugleich ist es eine Realität, dass in der Schweiz (und anderswo) der *Zivilstand der Ehe und das Elternsein bzw. der Kinderwunsch konnektiert sind*. Damit liegt die Vermutung nahe, dass auch gleichgeschlechtliche Paare nicht nur aus romantischen Gründen heiraten werden, sondern auch, weil die Ehe Beistand, Namen, Bürgerrecht, eheliche Wohnung, Unterhalt, Vertretungsrechte, Güter- und Erbrecht – also gegenseitige Verbindlichkeiten (sog. unmittelbare Ehwirkungen) – regelt. Die Ehe bietet mit anderen Worten *de lege lata* einen besseren Familien- und Kinderschutz und dient der Einigung über zentrale Fragen der Familiengründung. Deshalb muss die Gleichbehand-

**SJZ 117/2021 S. 22, 29**

lung aller Ehepaare auch die Familienfrage («Verwandtschaft») betreffen.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK): Stellungnahme zur Samenspende vom 12.12.2019, Stellungnahme Nr. 32/2019 (zit. NEK Samenspende 2019).

<sup>30</sup> Familien in der Schweiz, Statistischer Bericht Schweiz 2017, 19 f.; in der Schweiz kommen im europäischen Vergleich relativ wenig Kinder (knapp 25%) ausserhalb der Ehe zur Welt, der europäische Durchschnitt liegt bei 43%: Eurostat, Live Birth Outside Marriage 2016: <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/DDN-20180809-1>> (zuletzt besucht am 10.7.2020).

<sup>31</sup> In der Schweiz sind in zwei Dritteln der Haushalte mit Kindern die Frauen hauptsächlich für die Kinderbetreuung und den Haushalt zuständig: Familienbericht 2019 (Fn. 24).

<sup>32</sup> Nur noch vereinzelt: die Ehe sei explizit dafür da, um Kinder zu zeugen: *Ottfried Höffe*, NZZ vom 16.3.2019.

<sup>33</sup> *Maya S. Maier*, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Elternschaft, in: Günter Burkhardt (Hrsg.), Zukunft der Familien, Prognosen und Szenarien, Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2009, 195 ff., 200 f., geht von einer Angleichung des Beziehungsverhaltens aus.

<sup>34</sup> Hinzu kommt das Wissen, dass rechtliche Reformen wie diejenige zur «Ehe für alle» oder zu «abstammungsrechtlichen Regelungen für alle» ihrerseits wiederum Einfluss nehmen auf die gesellschaftlichen Einstellungen: Es existiert etwa eine Studie, die nahelegt, dass die Eheöffnung zu einem diskriminierungsfreieren Umgang mit Homosexuellen (oder: «gleichgeschlechtlichen Paaren») geführt hat: *Eugene K. Ofosu/Michelle K. Chambers/Jacqueline M. Chen/Eric Hehman*, Same-sex marriage legalization associated with reduced implicit and explicit antigay bias, Proceedings of the National Academy of Science (PNAS), April 30, 2019 116 (18) 8846–8851, <<https://www.pnas.org/content/116/18/8846>> (zuletzt besucht am 7.7.2020): Es wurden über N = 1 Million Befragte

## C. Blick über die Grenzen (Frankreich, Deutschland, Österreich, England und Belgien)

Wagt man einen Blick über die Schweizer Grenzen hinaus, kann man feststellen, dass sich die Einstellungen der Menschen und damit die Rechtsordnungen auch im restlichen europäischen Raum verändert haben. So haben etwa Frankreich, Deutschland, Österreich, England und Belgien in verschiedener Form die «Ehe für alle» bereits vor Jahren eingeführt.

### 1. Öffnung der Ehe – wie und wann?

Frankreich hat den Artikel 143 Code civil (CC) bereits per 19. Mai 2013 wie folgt geändert:<sup>35</sup> «*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.*»<sup>36</sup> Sehr ähnlich lautet § 1353 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) Deutschlands, der per 1. Oktober 2017 in Kraft getreten ist: «*Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.*»<sup>37</sup> Bemerkenswert an der deutschen Gesetzeslösung ist, dass mit Öffnung der Ehe gleichzeitig der Zivilstand «Lebenspartnerschaft» abgeschafft wurde, womit es im Gegensatz zu Frankreich<sup>38</sup> oder Österreich nur noch eine Form der gesetzlich geregelten Partnerschaft gibt, nämlich «die Ehe». Es ist dagegen zu begrüssen, dass der schweizerische Vorentwurf zur «Ehe für alle» das selbstbestimmte Beibehalten der eingetragenen Partnerschaft noch vorsieht, denn ein «Ehezwang» stünde nach der hier vertretenen Ansicht dem Ziel, mehr Selbstbestimmung zu erzielen, entgegen. Allerdings sollte das Bedürfnis nach einer rechtlichen Rahmenlösung für eine zivilrechtliche Partnerschaft («PACS»), so wie es die *Parlamentarische Initiative 13.468* noch vorschlug, in Zukunft nicht gänzlich vergessen gehen, denn längst nicht alle Personen befürworten den Status der Ehe, sondern möchten nur eine rechtlich verbindliche Regelung für ihre Beziehungs- und Familienform.

Ungefähr zeitgleich mit Frankreich wurde durch den *Marriage Act (Same Sex Couples) 2013* die «Ehe für alle» in England und Wales eingeführt (13. März 2014).<sup>39</sup> Der Titel des Marriage Act 2013 Part 1 Sec. 1 lautet «*Extension of marriage to same sex couples*» und hält unter para. 1 fest: «*Marriage of same sex couples is lawful.*» Diese Bestimmung ist hier zu erwähnen, weil der Aufbau des Marriage Act 2013 interessant ist: Nachdem der erste Teil die Ehe und die «unmittelbaren Ehwirkungen» umschreibt, regelt der zweite Teil eine Reihe von zusätzlichen wichtigen Wirkungen der «Ehe für alle», was *ein Zeugnis einer gesamtheitlichen gesetzlichen Lösung darstellt* und für sich genommen bestechend ist. Zum Beispiel sind geregelt: der Umgang mit einer Geschlechtsumwandlung verheirateter Personen (Sec. 12), der rechtliche Umgang mit einer Heirat im Ausland (Sec. 13) oder die sozialversicherungsrechtlichen Folgen der «Ehe für alle» (Sec. 16).

---

in verschiedenen Staaten gruppiert gesammelt, wobei die grösste Gruppe aus 1000 Befragten bestand. Da die Daten auf Wahlergebnissen und damit auf menschlichen Beobachtungen beruhen, können sie nichts zu einer direkten Kausalität von Recht und Einstellungswandel aussagen, aber die Daten legen die gezogenen Schlussfolgerungen in erhöhter Weise nahe, s. entsprechende Hinweise aus Spanien bei *Caprez/Recher* (Fn. 26) 226.

<sup>35</sup> Zum Ganzen *Andrea Büchler/Antonella Schmucki*, Abstammungsrecht im Rechtsvergleich, [FamPra.ch 2020 1 ff.](#), 13 ff.

<sup>36</sup> Loi n° 2013–404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, in Kraft seit dem 19.5.2013: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id>> (zuletzt besucht am 7.11.2019).

<sup>37</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, Bundesgesetzblatt Teil I 2017 Nr. 52 vom 28.7.2017 (BGBl. I 2787, sog. Eheöffnungsgesetz) gestützt auf den Gesetzesentwurf 2015 (BT-Drs. 18/6665 v. 11.11.2015); ergänzt durch das Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, Bundesgesetzblatt Teil I 2018 Nr. 48 vom 21.12.2018 (BGBl. I, 2639).

<sup>38</sup> «Pacte civil de solidarité» (PACS), s. dazu anderenorts *Sandra Hotz*, Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu Liebe, Sex und Fortpflanzung, Bern 2018, 459 ff.; dieser Themenbereich wurde bewusst vom Gesetzgebungsverfahren abgekoppelt, aber dennoch ergibt der Vernehmlassungsbericht 2019, dass vertragliche Lebensgemeinschaften mit staatlich vorgegebenen Regelungen anzustreben seien, 11.

<sup>39</sup> The Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (Commencement N° 2 and Transitional Provision) Order 2014 art. 3 (a).

Seit Anfang 2019 können auch in Österreich zwei Frauen oder zwei Männer heiraten. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat mit dem Entscheid vom 4. Dezember 2017 die Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet.<sup>40</sup> § 44 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zum «Begriff Ehe» (so die Marginalie) lautet heute: «Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrag erklären zwei

**SJZ 117/2021 S. 22, 30**

*Personen gesetzmässig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.»* An der österreichischen Bestimmung fällt zunächst auf, dass sie im Gegensatz zur französischen, deutschen und britischen Regelung zur Umschreibung der Ehe ohne terminologischen Rückgriff oder Vergleich zwischen gleich- und gegengeschlechtlichen Partnerschaften auskommt. Das ist zu begrüßen und ist entsprechend von Art. 94 E-ZGB auch vorgesehen, denn mit jeder neuen Festschreibung von unterschiedlichen Ehepaaren respektive von Personen mit unterschiedlichen sexuellen Orientierungen werden nur wieder neue Differenzen betont, was dem Gesamtziel, nämlich der möglichst diskriminierungsfreien Gleichbehandlung von Bürger\_innen, widerspricht. Besonders bemerkenswert ist auch das weite Eheverständnis, welches die Kinderfrage schon selbstverständlich miteinschliesst. Das ist nach dem unter Ziff. III.B.2 Ausgeführten eine sehr realitätsnahe Lösung.

Bemerkenswert früh hat etwa Belgien die Zivilehe geöffnet (2003),<sup>41</sup> sodass heute nach offiziellen Angaben vom Scheidungs- über das Erbrecht bis zum belgischen Steuerrecht für alle verheirateten Personen die gleichen Regelungen gelten.<sup>42</sup>

Daraus folgt zunächst einmal, dass einige Rechtsordnungen in Europa die Eheöffnung schon vollzogen haben, weil sie die Diskriminierung zwischen «Ehepaaren» und «eingetragenen gleichgeschlechtlichen Paaren» ernsthaft abschaffen wollen und deshalb auch die nächsten logischen Schritte zur weiteren diskriminierungsfreien Regelung aller Ehepaare gegangen sind bzw. gehen. Dass dieser Schritt in den nächsten Jahren auch in der Schweiz angezeigt ist, wurde bereits in Ziff. III.B. dargelegt. Die verschiedenen Umsetzungen belegen, dass und wie die Einführung der «Ehe für alle» umgesetzt werden kann. Quasi überall folgt danach die Öffnung und Flexibilisierung des Abstammungsrechts sowie des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin (v.a. die Samenspende für Frauenpaare und Single-Frauen). Die nachfolgenden Beispiele Österreichs und Belgiens zeigen aber auch, dass die umgekehrte Reihenfolge gewählt werden kann, indem zuerst der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gewährt und anschliessend Zivilehe und Elternschaft geregelt werden. Zentral dabei ist einzig die Kohärenz.

## 2. Öffnung zur Zuordnung der Co-Mutterschaft und zur Samenspende mit Einführung der «Ehe für alle» als gangbarer Weg

Während etwa Deutschland oder Frankreich bis jetzt einzig die *gemeinsame Adoption und die Stiefkindadoption als Abstammungsmöglichkeit für gleichgeschlechtliche Eltern anerkennen*, wurde in Deutschland ein erster Gesetzesentwurf zur *Anerkennung des Kindesverhältnisses bei einer Co-Mutterschaft ab Geburt* publiziert. Nach vielen Jahren Beratung und einem ersten Bericht des zuständigen Ministeriums im Jahre 2017<sup>43</sup> ist am 16. März 2019 ein Referententeilentwurf zu einer neuen abstammungsrechtlichen Bestimmung publiziert worden, der, unter dem neuen Marginalie «Vaterschaft und Mit-Mutterschaft», die *Mit-Mutter-Regelung in § 1592 Abs. 2 BGB aufnehmen will* – mit der Erklärung, dass diese Änderung neuen Familienkonstellationen Rechnung tragen will und dass «dies dem Regelungsbedarf entspricht, der durch die

<sup>40</sup> G 258-259/2017-9.

<sup>41</sup> «Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage. Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable.» Art. 315 CC: «L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari.»

<sup>42</sup> Das besagt die offizielle Seite der Regierung: «Sur le plan légal, le mariage entre deux personnes de même sexe équivaut à celui entre personnes de sexe opposé. La déclaration d'impôts, le droit de succession ou la procédure de divorce, la co-parentalité [...] tout est pareil.» (<[https://www.belgium.be/fr/famille/couple/mariage/mariage\\_homosexuel](https://www.belgium.be/fr/famille/couple/mariage/mariage_homosexuel)>, zuletzt besucht am 7.7.2020).

<sup>43</sup> Arbeitskreis Abstammungsrecht: Abschlussbericht, Empfehlungen für die Reform des Abstammungsrechts an das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, 2017 (nachfolgend zit. als Arbeitskreis Abstammungsrecht 2017).

Einführung der «Ehe für alle» entstanden ist».<sup>44</sup> Damit wird überall dort, wo das [BGB](#) *de lege lata* auf die rechtliche Vaterschaft abstellt, neu auch auf die Mit-Mutterschaft abzustellen sein. Zentral ist dabei [§ 1592 \(2\) BGB-E](#) mit dem neuen Titel «Vaterschaft und Mit-Mutterschaft», der den folgenden neuen Absatz 2 enthalten soll:

«(2) *Mit-Mutter eines Kindes ist die Frau, die zum Zeitpunkt der Geburt*

1. *mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,*
2. *die die Mit-Mutterschaft anerkannt hat oder*
3. *deren Mit-Mutterschaft nach den § § 1598a, 1598c oder nach § 182 Absatz 1 des Gesetzes u ber das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist.»*

Zudem soll geklärt werden, dass für die Feststellung der Elternschaft bei künstlicher Befruchtung nach

**SJZ 117/2021 S. 22, 31**

[§ 1598c BGB-E](#) kein Raum bleibt, wenn der Samenspender seinen Samen in einer Entnahmeeinrichtung oder ausserhalb zur Verfügung gestellt hat sowie in einem Samenregister eingetragen worden ist und auf seine Elternschaft verzichtet hat; gleichgestellt sind hingegen die Samenspender bei der Embryonenspende.<sup>45</sup>

Auch die Zivilgesetzbücher Österreichs oder Belgiens sehen entsprechende Lösungen vor, wobei es unterschiedliche Reformprozesse gibt:<sup>46</sup> Lange nachdem die Ehe schon geöffnet (2003) und der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gelockert worden war (2007),<sup>47</sup> wurden in Belgien im Jahre 2014 die Abstammungsregeln für die Co-Mutter («*de la coparente*») entsprechend angepasst:<sup>48</sup> «Art. 325/2. [1 *L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour coparente l'épouse.*» Damit gilt in Belgien die Elternschaftsvermutung auch für die Co-Mutter (§ 352/2 ff. CC belge). Interessant erscheint wiederum das Beispiel Österreichs, weil es bisher als einziges unmittelbares Nachbarland ein relativ junges Fortpflanzungsmedizingesetz (2015) vorweist. Danach sind seit einigen Jahren Samen-, Eizellen- sowie Embryonenspenden nach § 1 Abs. 2 FMedG<sup>49</sup> zulässig, und zwar zur Herbeiführung der Schwangerschaft bei einer Frau, die in Lebenspartnerschaft mit einer anderen Frau lebt (§ 2 Abs. 2 Ziff. 3 FMedG). Nach § 143 f. ABGB bleibt die *Mater-semper-certa-est*-Regel bestehen, aber nach § 144 Abs. 2 ABGB kann bei Anwendung von medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren auch die Co-Mutter kraft Ehe wie ein Ehemann vermutungsweise die zweite *rechtliche* Mutter werden; oder sie kann das Kind anerkennen – oder das Kindsverhältnis zur Co-Mutter kann per Urteil festgestellt werden:

«§ 144. ABGB (1) Vater des Kindes ist der Mann [...]

<sup>44</sup> Drucksache 19/2665; Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts vom 13.3.2019 des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, abrufbar unter <[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/031319\\_Reform\\_Abstamungsrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/031319_Reform_Abstamungsrecht.html)> (zuletzt besucht am 7.9.2020).

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Weitere Länderübersicht von ILGA Europe vom Januar 2019.

<sup>47</sup> *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, 6 Julliet 2007, in Kraft seit 27.7.2007, Stand 26.3.2018.

<sup>48</sup> *Code civil 21 mars 1804*; Änderungen vom 5.5.2014, in Kraft getreten am 1.1.2015; es sind dabei freilich weitere rechtliche Systemunterschiede zu berücksichtigen: Die romanischen Rechtsordnungen wie die französische oder belgische folgen nicht der *Mater-semper-certa-est*-Regel, sondern stellen einzig auf den Eintrag ins Geburtsregister für die Erstellung des Eltern-Kind-Verhältnisses ab: vgl. Art. 312 CC belge; der Registereintrag der Mutter kann nach der Anerkennungserklärung erfolgen (Art. 325/4 CC belge), aufgrund der gelebten Mutter-Kind-Beziehung (Art. 317 CC) oder per Urteil resp. auf Klage eines Elternteils hin (Art. 310–1 CC). Hinzu kommt die *Pater-est*-Regel. Dieser Unterschied bedeutet v.a. zweierlei: 1.) In den romanischen Rechtsordnungen war die *intentionale Elternschaftserklärung schon immer die Norm*; 2.) sowohl Mutter- als auch Vaterschaft konnten schon immer angefochten werden.

<sup>49</sup> Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (BGBl. I Rn. 35/2015, sog. Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz), vom 23.2.2015; vorangegangen waren die Erkenntnis des VfGH vom 10.12. 2013 (G 16/2013–16, G 44/2013–44 ) und das Urteil des EGMR, *S.H. and others v. Austria* (Nr. 57 813/00) vom 3.11.2011.

(2) Ist an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden, so ist die Frau Elternteil,

1. die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder
2. die Elternschaft anerkannt hat oder
3. deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist.»

Bei einer intentionalen Co-Mutterschaft und einer offiziellen Samenspende kann es auch direkt zu einer Zuweisung der rechtlichen Co-Mutterschaft kommen (§ 148 Abs. 4 ABGB).<sup>50</sup> Entsprechend sind gleichgeschlechtliche Paare nach österreichischem Recht auch zur gemeinsamen Adoption zugelassen (§ § 191, § 197 ABGB).

### 3. Zwischenergebnis

Die Schweiz hinkt im europäischen Vergleich hinterher, sowohl mit der Öffnung der Ehe als auch mit der Revision des Abstammungsrechts im Hinblick auf die Anerkennung einer Co-Mutterschaft sowie der Öffnung der Samenspende für Frauenpaare. Der allgemeine Verlauf scheint indes klar: Die umliegenden Nachbarländer in Europa (abgesehen von Italien), welche die Ehe schon früher geöffnet haben, haben auch die Bestimmungen zur *Vermutung der Co-Mutterschaft in der Ehe angepasst* (oder sehen dies vor), und zwar wie beim Vater, denn das erlaubt eine schnelle, eindeutige und unkomplizierte Zuordnung eines zweiten Elternteils (also der Co-Mutter) zum Kind und liegt damit zweifellos im Interesse des Kindes. Kohärenterweise kann die Co-Mutterschaft *auch durch Anerkennung oder Urteil festgestellt werden*. Bestehen Zweifel, kann die Vermutung der Co-Mutterschaft wie die Vaterschaft angefochten werden.

Während in Deutschland die Ehe per Verfassungsgerichtsentscheid geöffnet und zügig eine Reformkommission zum Abstammungsrecht eingesetzt wurde, zeigt das Beispiel Österreich, dass die *Entwicklung auch in einer anderen Reihenfolge* ablaufen kann. Hier erfolgte zuerst die Anpassung der Bestimmung zur Fortpflanzung

#### SJZ 117/2021 S. 22, 32

und zur Abstammung aufgrund von Verfassungs- und EGMR-Entscheiden. Erst anschliessend hat das Verfassungsgericht den Zugang zur Ehe für homosexuelle Paare geöffnet. Bezeichnend für die belgische Lösung ist, dass die Ehe derart (oder «so») früh geöffnet wurde und breit in allen Rechtsbereichen Angleichungen erfolgten, dass aber die Anerkennung der Co-Mutterschaft gestaffelt erfolgte. Der englische *Marriage Act 2013* besticht dagegen durch seine *systematische Regelung aller Wirkungen der Ehe*, was freilich auch darin begründet liegt, dass keine Zivilrechtskodifikation besteht. Interessant ist allerdings auch, was in den Nachbarrechtsordnungen *nicht* geändert wurde: am sogenannten *Zwei-Eltern-Prinzip* wird festgehalten – trotz allseits unbestreitbar gelebten Mehrelternschaften in Patchwork-Familien und dem möglicherweise gemeinsam vorhandenen Wunsch nach Elternrollen von über zwei Personen (z.B. von Co-Müttern mit dem biologischen Vater). Ebenso wenig wurde die Geburtsmutterstellung aufgegeben oder diskutiert, obschon die Rechtsordnung heute schon das Institut der *willensbezogenen Anerkennung kennt* (für die Vaterschaft) und es *de lege ferenda* im Rahmen der Gleichbehandlung der Co-Mutter hinsichtlich Anerkennung auch ein Thema sein wird.

---

<sup>50</sup> Anne Sanders, Mehrelternschaft, Tübingen 2018, 297.