



Article scientifique

Article

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf

Crevoisier Abdel Aziz, Cécile; Cottier, Michelle

How to cite

CREVOISIER ABDEL AZIZ, Cécile, COTTIER, Michelle. Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf. In: La pratique du droit de la famille, 2021, n° 2, p. 286–339.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:152928>

Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare

Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf

Cécile Crevoisier, Dr. iur., Assoziierte Forscherin, Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), Universität Genf

Michelle Cottier, Prof. Dr. iur., Direktorin des Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), Universität Genf

Stichwörter: *Stiefkindadoption, gleichgeschlechtliche Partnerschaft, originäre Elternschaft, Revision Adoptionsrecht, Adoptionsverfahren, Diskriminierungsverbot, Kindeswohl, Kindesverhältnis, Wirkungen des Kindesverhältnisses, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Öffnung der Ehe.*

Mots-clés: *Adoption de l'enfant du partenaire ou du conjoint, partenariat entre personnes du même sexe, parentalité originaire, révision du droit de l'adoption, procédure d'adoption, interdiction de discrimination, bien de l'enfant, filiation, effets de la filiation, droit de connaître ses origines, ouverture du mariage.*

I. Einleitung

In den letzten Jahren hat in der Schweiz ein ganz grundlegender Wandel hin zur besseren gesellschaftlichen Akzeptanz gemeinsamer Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare stattgefunden, der sich auch in rechtlichen Reformen widerspiegelt: Mit der Einführung der Möglichkeit der «Stiefkindadoption» durch die gleichgeschlechtliche Partnerin oder den gleichgeschlechtlichen Partner des rechtlichen Elternteils des Kindes per 1. Januar 2018¹ wurde in der Schweiz erstmals die Elternschaft zweier Mütter oder zweier Väter gesetzlich anerkannt. Im Rahmen der am 18. Dezember 2020 verabschiedeten Vorlage zur «Öffnung der Ehe für alle»² soll zukünftig zudem für Kinder, die in der Ehe zweier Frauen mittels Samenspende im Rahmen einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung in der Schweiz gezeugt wurden, die originäre Elternschaft der Ehepartnerin der gebärenden Frau im Sinne der Entstehung des Kindesverhältnisses im Augenblick der Geburt anerkannt werden. Es fragt sich, ob damit alle rechtlichen Benachteiligungen beseitigt sind, die Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern im Vergleich zu Kindern verschiedengeschlechtlicher Eltern treffen.

1 Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 (Adoption), in Kraft seit 1. Januar 2018, AS 2017 3699 ff.

2 Änderung des Zivilgesetzbuchs vom 18. Dezember 2020 (Ehe für alle), BBl 2020 9913 ff. (Referendumsfrist: 10. April 2021).

Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage nach und beleuchtet die aktuelle und zukünftige Rechtslage aus der Perspektive des in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geborenen Kindes: In einem ersten Schritt soll auf die gesellschaftliche Realität gemeinsam geplanter Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare eingegangen werden (II.) Nach einem Überblick über die jüngere Rechtsentwicklung betreffend gleichgeschlechtliche Elternschaft in der Schweiz (III.) wird im Anschluss erläutert, wie de lege lata die Kinderbelange in der Partnerschaft vor bzw. ohne eine Stiefkindadoption geregelt sind (IV.). Im Weiteren werden die Voraussetzungen der Stiefkindadoption, das Adoptionsverfahren und die Wirkungen der Adoption in den Blick genommen (V.). Sodann wird die zukünftige originäre Elternschaft der Mitmutter nach Samenspende in der Ehe zweier Frauen dargestellt (VI.) Abschliessend werden die wichtigsten Erkenntnisse in einem Fazit festgehalten und wird mit Ausblick auf die Entwicklungen im Ausland erörtert, welcher Reformbedarf nach wie vor besteht (VII.).

II. Gesellschaftliche Realität gemeinsam geplanter Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare

Die Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare mit Kindern ist längst gesellschaftliche Realität.³ Die meisten gleichgeschlechtlichen Elternpaare planen, zeugen, bekommen und erziehen heute ihre Kinder gemeinsam und leben damit die gemeinsame Elternschaft von der Geburt des Kindes an.⁴ Immer weniger häufig handelt es sich damit um Kinder, die aus früheren heterosexuellen Beziehungen stammen,⁵ und die «echte» Stiefkindadoption dürfte in Zukunft an Bedeutung verlieren, so wie auch Stiefkindadoptionen in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften selten sind.⁶ Bereits die Ergebnisse einer deutschen Studie aus dem Jahr 2009 zeigten auf,

3 Vgl. BECK-GERNSHEIM, Was kommt nach der Familie? Alte Leitbilder und neue Familienformen, 3. Aufl., München 2010, 18 ff.

4 NAY, Die heterosexuelle Familie als Norm, Sozial Extra 2019, 2; RUPP, Wie kommt der Regenbogen in die Familie? Entstehungszusammenhang und Alltag in Regenbogenfamilien, in: FUNCKE/THORN (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, Bielefeld 2010, 61 ff., 63.

5 Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von «abgeleiteter» gleichgeschlechtlicher Elternschaft, vgl. FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 6 ff.

6 So REUSSER, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: FANKHAUSER/REUSSER/SCHWANDER (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 431 ff., 438. Gemäss der Botschaft zum Adoptionsrecht waren von den insgesamt 425 Adoptionen im Jahr 2013 in der Schweiz lediglich 192 Stiefkindadoptionen, Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, 14.094, BBl 2015 877 ff., 891.

dass 94% der adoptierten «Stiefkinder» in der aktuellen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geboren wurden.⁷

Zur genauen Anzahl gleichgeschlechtlicher Paare mit Kindern in der Schweiz bestehen keine verlässlichen Angaben. Fachpersonen schätzen, dass bis zu 30000 Kinder in sogenannten Regenbogenfamilien⁸ aufwachsen.⁹ Auch die Zahl gleichgeschlechtlicher Partnerschaften ist unbekannt. Nur die Zahl der eingetragenen Partnerschaften wird erhoben: Gemäss Bundesamt für Statistik lebten im Jahr 2018 in der Schweiz 11 531 Männer und 5861 Frauen in eingetragener Partnerschaft und 1431 Männer sowie 874 Frauen in aufgelöster Partnerschaft.¹⁰

Zur Erfüllung des Kinderwunsches schlagen gleichgeschlechtliche Paare unterschiedliche Wege ein:

Für *Frauenpaare* stellen ausländische Samenbanken eine Option dar, wobei in gewissen Ländern nur die anonyme Samenspende möglich ist.¹¹ Über die sogenannte reziproke In-vitro-Fertilisation ist es medizinisch zudem möglich, dass eine mit dem Spendersamen befruchtete Eizelle der einen Partnerin der anderen Partnerin eingepflanzt wird.¹² Das Frauenpaar teilt sich auf diesem Wege die genetische und die bio-

7 RUPP, Die Lebenssituation von Kindern in der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft, Köln 2009, 285.

8 Unter Regenbogenfamilien werden in der Regel Gemeinschaften verstanden, in denen LGBTQ (Lesben, Schwule, Bisexuelle, Trans*Personen und geschlechtsuneindeutige, sogenannt genderqueere Menschen) mit Kindern zusammenleben, vgl. NAY, Que(e)r zum Recht?, FamPra.ch 2013, 365 f.

9 Über die Zahl der Regenbogenfamilien in der Schweiz liegen keine verlässlichen statistischen Zahlen vor, NAY, Eine kritische Zusammenschau der Forschung zu «Regenbogenfamilien», Basel 2018, 4. Für Deutschland liegen Berechnungen vor, die zeigen, dass 0,5% aller Kinder mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwachsen, s. EGGEN, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften ohne und mit Kindern: Soziale Strukturen und künftige Entwicklungen, in: FUNCKE/THORN (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, Bielefeld, 2010, 37 ff. Für Frankreich wird geschätzt, dass zwischen 24000 und 40000 Kinder in einem Haushalt mit gleichgeschlechtlichen Paaren aufwachsen; vgl. NAY, FamPra.ch 2013, 366 ff., 370, m. w. H.

10 Im Jahr 2018 wurden 40716 Ehen geschlossen und 700 Partnerschaften eingetragen. 16542 Scheidungen vollzogen und 206 Partnerschaften aufgelöst, vgl. Statistik BFS, Die Bevölkerung in der Schweiz 2018, Neuchâtel 2019.

11 In der Schweiz sind nur verschiedengeschlechtliche Ehepaare zur medizinisch assistierten Samenspende zugelassen. Vgl. Art. 3 Abs. 3 und Art. 23 FMedG; ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG, N 40 f.

12 So beispielsweise zulässig im englischen und niederländischen Recht, vgl. zum Ganzen REUSS, Möglichkeiten gemeinsamer rechtlicher Elternschaft von zwei Frauen in Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, FamPra.ch 2015, 858 ff., 860 f.; DETHLOFF, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, FS Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, 41 ff.

logische Mutterschaft.¹³ Genauso bietet sich aber auch der Weg der privat organisierten Samenspende an, beispielsweise aus dem Bekanntenkreis des Paares. In der Schweiz kann allerdings nach geltendem Recht zwischen der Co-Mutter und dem Kind nicht bereits mit der Geburt eine rechtlich gesicherte Beziehung entstehen. Eine rechtliche Elternschaft kann ausschliesslich auf dem Weg der «Stiefkindadoption» gemäss Art. 264c ZGB begründet werden. Dies soll sich nun mit der Änderung des Zivilgesetzbuches zur «Ehe für alle» ändern, indem für Kinder, die in der Ehe zweier Frauen mittels Samenspende und im Rahmen einer fortpflanzungsmedizinischen Behandlung in der Schweiz gezeugt wurden, die originäre Elternschaft der Ehepartnerin der gebärenden Frau anerkannt werden soll.¹⁴

Männerpaare können eine gemeinsame Elternschaft ab Geburt mithilfe einer Leihmutter leben. In der Schweiz ist allerdings die Leihmutterschaft unzulässig.¹⁵ Wunscheltern reisen daher in Länder, welche die Leihmutterschaft ganz oder zumindest teilweise zulassen,¹⁶ und begründen dort oftmals wirksam ihre Elternschaft nach ausländischem Recht.¹⁷ Die Leihmutter trägt im Interesse einer genetischen Verbindung in der Regel ein Kind aus, das mittels einer gespendeten Eizelle und des Samens des einen Partners gezeugt wurde. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) muss der genetische Vater in der Schweiz als rechtlicher Elternteil anerkannt werden.¹⁸ Adoptiert in der Folge der Co-Vater und Lebenspartner des rechtlichen Vaters das gemein-

13 Vgl. zur geteilten biologischen Mutterschaft auch FUNCKE/THORN, Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern, Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, Bielefeld 2010, 13.

14 Siehe unten III. 4. und VI.

15 Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 FMedG.

16 In erster Linie sind das Georgien, Indien, die Ukraine und die USA, vgl. Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, 11.

17 Für einen rechtsvergleichenden Überblick zur Leihmutterschaft vgl. DETHLOFF, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 923 ff.; HELMS, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114, 115 ff.; COTTIER, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: SCHWENZER/BÜCHLER/FANKHAUSER (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2014, 3, 19 ff.

18 BGE 141 III 312, E. 6.2; EGMR, *Labassee gegen Frankreich*, Nr. 65941/11, Urteil vom 16. 6. 2014, Ziff. 75 ff.; EGMR, *Menesson gegen Frankreich*, Nr. 65192/11, Urteil vom 26. 6. 2014, Ziff. 96 ff.; Vgl. dazu BÜCHLER/MARANTA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, 354 ff.; BOILLET/DE LUZE, Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse: analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: BOILLET/ROCA I ESCODA/DE LUZE (Hrsg.), La gestation pour autrui: approches juridiques internationales, Limal/Basel 2018, 143 ff.

same Kind, auch hier wieder im Rahmen einer «Stiefkindadoption», erhält er die Stellung des zweiten rechtlichen Elternteils.¹⁹

Gemeinsame Elternschaft ab Geburt wird schliesslich auch in verschiedenen Konstellationen der Mehrelternfamilien begründet, die auf privater Absprache beruhen: Beispielsweise schliessen sich gleichgeschlechtliche Paare mit einem potenziellen Vater oder einer potenziellen Mutter zusammen und bilden Dreielternfamilien – oder sogar Vierelternfamilien.²⁰ Das Schweizer Recht sieht allerdings aktuell keine Möglichkeit der Begründung von mehr als zwei Kindesverhältnissen pro Kind vor.

Gleichgeschlechtliche Paare sind damit zur Verwirklichung ihres Kinderwunsches zumindest bei der Zeugung auf die Mitwirkung einer dritten, geschlechtsverschiedenen Person angewiesen.²¹ Auch wenn der Nachwuchs genetisch naturgemäss in der Regel immer (noch) nur von einem Elternteil abstammt,²² handelt es sich um gemeinsame Kinder, die auf gemeinsame Absprache des Paares hin zur Welt kommen oder adoptiert werden, genauso wie auch verschiedengeschlechtliche Paare mit der Hilfe von Fortpflanzungsmedizin gemeinsam Eltern werden können.²³

19 Vgl. auch den Avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Nr. P16-2018-011). Laut diesem im Jahr 2019 auf Vorlage der französischen Cour de cassation ergangenen Gutachten des EGMR verlangt Art. 8 EMRK, dass das innerstaatliche Recht eine Möglichkeit der Anerkennung eines Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und der in der ausländischen Geburtsurkunde rechtmässig als «gesetzliche Mutter» angegebenen Wunschmutter schafft, wobei dies durch die Adoption des Kindes seitens der Wunschmutter geschehen könne. Dies muss u.E. auch für den zweiten, nicht genetisch mit dem Kind verbundenen Wunschvater gelten, der in der ausländischen Geburtsurkunde als zweiter Elternteil eingetragen ist.

20 Es haben sich in den letzten Jahrzehnten unter dem Begriff der Regenbogenfamilie zahlreiche Familienformen etabliert, wie diese aussehen und wer dazugehört, wird von jeder Familie individuell definiert, vgl. DETHLOFF, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Politik und Gesellschaft, Berlin 2015, 12 m. w. H.

21 JÜRGENSEN, «Ohne Mann geht es nicht», NZZ vom 21. September 2012, 13.

22 Vgl. aber oben Fn. 12 und Fn. 13 zur geteilten genetischen (und biologischen) Mutterschaft.

23 COPUR, Die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, in: ZIEGLER/MONTINI/COPUR (Hrsg.), LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2015, 455, Rz. 9 ff.; vgl. auch BUGERT/LÄHNEMANN, Kinderwunsch – Wunschkind, in: Senatsverwaltung für Schule, Jugend und Sport (Hrsg.), Regenbogenfamilien. Wenn Eltern lesbisch, schwul, bi- oder transsexuell sind, Berlin 2000, 32 ff.

Gleichgeschlechtlichen Elternpaaren ist es ein grosses Bedürfnis, ihre gelebte Familiensituation auch rechtlich abzusichern.²⁴ Fachleute der Pädiatrie und der Kinderpsychologie unterstreichen zudem, dass die fehlende Absicherung der Elternschaft ein Risiko für das Kindeswohl darstellt.²⁵ Es fragt sich, ob die geltende Rechtslage, die gleichgeschlechtliche Paare auf die Stiefkindadoption verweist, und das zukünftige Recht, das für verheiratete Frauenpaare nur unter der Bedingung der medizinisch assistierten Zeugung durch Samenspende in der Schweiz die gemeinsame Elternschaft ab Geburt anerkennt, eine genügende rechtliche Absicherung darstellt. Dies soll im vorliegenden Beitrag geklärt werden. Dabei richtet sich der Fokus auf die Rechtssituation des Kindes gleichgeschlechtlicher Eltern. Weiterführende Fragen zur rechtlichen Absicherung der Mehrelternfamilie²⁶ sowie Rechtsfragen, die sich speziell bei der Elternschaft von Trans- und Intersexmenschen stellen,²⁷ werden dagegen nicht behandelt.

III. Jüngere Rechtsentwicklung in der Schweiz

1. «Status» als Diskriminierungsgrund in der Entwicklung des Familienrechts

Vor dem Hintergrund der Pluralisierung der Familienformen hat das Schweizer Familienrecht in den letzten Jahrzehnten verschiedene Reformen erfahren, die insbesondere auch die Stärkung der Rechtsstellung von Kindern zum Ziel hatten.²⁸ Richtungsweisend waren die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben zum Diskrimi-

24 Gemäss der nationalen Umfrage «Regenbogenfamilien in der Schweiz 2017» geben bei der Frage nach ihren Befürchtungen 75% der Betroffenen «fehlende rechtliche Anerkennung des Bezugs zu meinem Kind» an, www.regenbogenfamilien.ch/nationale-umfrage/ (7.3.2021); vgl. dazu FamKomm PartG/BÜCHLER/SCHWENZER, Vorb. zu Art. 27 und Art. 28 PartG, N 8, sowie BUBA/BECKER, Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare. Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Köln 2001, 22.

25 Vgl. PERRIN/SIEGEL/Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian, *Pediatrics* 2013, 131 (4), e1374 ss.

26 Vgl. dazu DUTTA, Mehrelternschaft jenseits der elterlichen Verantwortung – wenn ja, mit welchen Rechtsfolgen?, FS Breitschmid, Zürich/Basel/Genf 2019, 131 ff.; RÖTHEL, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: HILBIG-LUGANI/HUBER (Hrsg.), *Moderne Familienformen. Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester*, Berlin/Boston 2019, 129 ff.; SANDERS, *Mehrelternschaft*, Tübingen 2018, passim.

27 Vgl. dazu BÜCHLER/COTTIER, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade, *FamPra.ch* 2020, 875 ff.

28 So Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (12.3607), *Modernisierung des Familienrechts*, März 2015, 35; Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9087; Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 529 ff., 550; Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 878.

nierungsschutz und zum Recht auf Familienleben (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK, Art. 2 UN-KRK).²⁹ Dabei standen die Änderungen jeweils unter dem massgeblichen Einfluss der Rechtsprechung des EGMR.³⁰

Mit dem Wandel der Familienformen wurde in erster Linie die nachteilige Rechtsstellung unverheirateter (verschiedengeschlechtlicher) Elternpaare und ihrer Kinder schrittweise verbessert. Die bei der ursprünglichen Konzipierung des Zivilgesetzbuches³¹ noch vorherrschende Auffassung der Illegitimität ausserehelicher Kinder³² entspricht heute längst nicht mehr der gesellschaftlichen und politischen Wertung. Mit der grossen Kindesrechtsreform von 1976³³ wurde die grundlegende Zweiteilung des ehelichen und ausserehelichen Kindesrechts aufgehoben. Damit war aber noch keine durchgängige Gleichstellung von ehelichen und ausserehelichen Kindern hergestellt.³⁴ Erst im Jahr 2014 folgte die Revision des Rechts der elterlichen Sorge: Sie führte den Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge auch für unverheiratete Eltern ein und hob die Ausserehelichenbeistandschaft gemäss aArt. 309 ZGB³⁵ auf.³⁶ Im Jahr 2017 wurde sodann der Betreuungsunterhalt (Art. 276 Abs. 2, Art. 285 Abs. 2 ZGB) eingeführt, um bestehende Nachteile von Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern im Bereich des Kindesunterhalts zu beheben.³⁷ Schliesslich trat im Januar 2018 die Revision des Adoptionsrechts in Kraft, welche die Stiefkindadoption für faktische Lebensgemeinschaften und eingetragene Partnerschaften öffnete.³⁸

29 Vgl. dazu insbesondere CREVOISIER, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, Bern 2014, 156 ff.; 311 ff.

30 Wegweisende Urteile sind für das Familienrecht insbesondere in den Bereichen des Abstammungsrechts, des Adoptionsrechts, des Rechts der elterlichen Sorge sowie auch des Rechts der Kenntnis der eigenen genetischen Herkunft ergangen, vgl. ausführlich dazu COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, 75 ff.

31 Das Zivilgesetzbuch als erste nationale Kodifikation des Zivilrechts trat 1912 in Kraft, vgl. AS 24 233; BBl 1904 IV 1, BBl 1907 VI 367.

32 Vgl. dazu SAUTHIER/COTTIER, L'impact des droits humains en matière de placement de l'enfant en droit civil suisse (première partie), FamPra.ch 2020, 890, 901.

33 Bundesgesetz vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978; AS 1977 237 ff.; BBl 1974 II 1 ff.

34 SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra.ch 2014, 966 ff., 970, 973.

35 Dem Kind einer unverheirateten Mutter wurde zwingend ein Beistand zur Feststellung des Kindesverhältnisses bestellt, Art. a309 ZGB. Vgl. allerdings BGE 142 III 545 zu Art. 308 Abs. 2 ZGB, wonach auch nach der Reform die Kindesschutzbehörde dem Kind im Grundsatz einen Beistand bestellen muss, um die Zweckmässigkeit einer Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu prüfen, wenn die unverheiratete Mutter sich weigert, die Identität des Vaters bekannt zu geben.

36 Vgl. Botschaft elterliche Sorge (Fn. 28), 9077.

37 Neben den direkten Kinderkosten werden auch die finanziellen Einbussen wegen persönlicher Betreuung durch einen Elternteil von der Unterhaltspflicht des anderen Elternteils erfasst. Mit der Revision wurde das Recht des Kindes auf Unterhalt unabhängig vom Zivilstand der Eltern des Kindes gestärkt, vgl. dazu die Botschaft Unterhaltsrecht (Fn. 28), 529 ff., 540 f.; 551 ff. und unten IV. 1. a.

38 Ausführlich zur Revision unten 3.

Mit der Revision von 2018 wurde erstmals die Rechtslage auch zugunsten von Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern geändert – bei der Einführung des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare³⁹ war noch bewusst auf die Regelung der Elternschaft verzichtet worden.

Betrachtet man die Bedeutung des Zivilstands und des Status⁴⁰ in der Entwicklung des Familienrechts, lässt sich somit feststellen, dass die Gleichstellung von Kindern unabhängig vom Bestehen einer Ehe zwischen ihren verschiedengeschlechtlichen Eltern über die Jahre angegangen und umgesetzt wurde.⁴¹ Dasselbe gesellschaftliche Bewusstsein für die familienrechtliche Diskriminierung von Kindern *gleichgeschlechtlicher* Eltern fehlte jedoch bislang,⁴² obwohl die Diskriminierungsverbote der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen auch sie unter den Schutz vor Benachteiligungen stellen, die ihnen aufgrund ihres familienrechtlichen Status widerfahren.⁴³ Im Zuge der Revision des Adoptionsrechts hat mit der Einführung der Stiefkindadoption eine erste Angleichung der Rechte in Bezug auf die Herstellung des Kindesverhältnisses und die daran anknüpfenden Wirkungen stattgefunden.⁴⁴ Ein weiterer Schritt auf dem Weg der Gleichstellung der Kinder wird mit der Öffnung der Ehe folgen. Aus der Warte des Diskriminierungsschutzes betrachtet, besteht jedoch nach wie vor Reformbedarf.⁴⁵

39 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004, AS 2005 5685, BBl 2003 1288; vgl. dazu unten ausführlich 2.

40 Vgl. dazu RÖTHEL, Lebensform – Status – Personenstand rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, Das StA 2006, 34 ff.

41 Im Bericht zur Modernisierung des Familienrechts wird festgestellt, dass «*das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern modernisiert worden sei, so dass der Zivilstand der Eltern grundsätzlich keine Auswirkungen mehr auf das Kindesverhältnis habe*», Bericht Modernisierung des Familienrechts, 13. Etwas später wird dann eingeräumt, dass mit Blick auf die Begründung des Kindesverhältnisses die besondere Stellung des Ehemannes der Mutter einer sorgfältigen und vertieften Prüfung bedürfe. Es wird die Frage aufgeworfen, ob es denn noch zeitgemäss sei, dass das Kind die Vaterschaft des Ehemannes nur dann anfechten dürfe, wenn die Ehe während seiner Minderjährigkeit aufgelöst worden sei. Aus Gründen der Kohärenz wären sodann auch die Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber dem unverheirateten Vater einer kritischen Prüfung zu unterziehen, Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (Fn. 28), 17.

42 Kritisch dazu: BÜCHLER/MICHEL, Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare im Überblick, in: WOLF (Hrsg.), Das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Bern 2006, 43; ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG, N 3, 25.

43 Dazu gehören insbesondere das Verbot ungerechtfertigter Differenzierungen anhand der Merkmale der «Geburt und des sonstigen Status» in Art. 14 EMRK sowie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Status der Eltern des Art. 2 UN-KRK. Vgl. dazu insbesondere CREVOISIER (Fn. 29), 315 f. m. w. H.

44 Zur bestehenden nachteiligen Rechtssituation vgl. unten IV.

45 Vgl. dazu unten VII.2.

2. Einführung des Partnerschaftsgesetzes

Ein Blick zurück in die jüngere Rechtsgeschichte zeigt, dass die rechtliche Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare erstmals anlässlich der Einführung des Partnerschaftsgesetzes diskutiert wird.⁴⁶ Im umfangreichen Vernehmlassungsverfahren stehen punktuelle Verbesserungsvorschläge bis hin zur Öffnung der Ehe zur Diskussion.⁴⁷ Schliesslich wird mit der eingetragenen Partnerschaft ein eigenständiges familienrechtliches Institut geschaffen und ein separates Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG)⁴⁸ erlassen, das nur Teilregelungen für einzelne Rechtsbereiche enthält.⁴⁹ Die Ausgliederung aus dem Zivilgesetzbuch wird unter anderem damit begründet, dass die eingetragene Partnerschaft keine Grundlage für eine Familiengründung darstelle.⁵⁰ Es wird davon ausgegangen, dass ein gesellschaftlicher Konsens darüber bestehe, dass die gemeinsame Elternschaft nicht zum Wesensgehalt der eingetragenen Partnerschaft zähle,⁵¹ da gleichgeschlechtliche Paare keine gemeinsamen Kinder haben könnten und sie sich in diesem zentralen Aspekt von verheirateten Paaren unterscheiden würden.⁵² Das Vorhandensein von Kindern, insbesondere von gemeinsamen Kindern, wird bewusst ausgeklammert.⁵³ Dieser Entscheid stösst in der Literatur wie auch teilweise in der Vernehmlassung auf Kritik.⁵⁴

Das in aArt. 28 PartG verankerte Adoptionsverbot und der Ausschluss von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren für eingetragene gleichgeschlechtliche Paare orientieren sich an den damals geltenden Grundsätzen des Abstammungsrechts so-

46 Vgl. dazu insbesondere ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG, N 4 ff.

47 Ausführlich hierzu COPUR, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, Diss. Bern 2008, 78 f.

48 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004, SR 211.231.

49 Zur Entstehungsgeschichte des PartG vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 42), 10.

50 Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288, 1309.

51 So der Bundesrat in der Botschaft PartG (Fn. 50), 1319 ff; ausführlich hierzu COPUR (Fn. 47), 25.

52 Botschaft PartG (Fn. 50), 1311; ausführlich dazu CREVOISIER (Fn. 29), 321.

53 Botschaft PartG (Fn. 50), 1310 f. In Art. 27 PartG, der marginalen Bestimmung zu den kindesrechtlichen Aspekten im PartG, wird regelungstechnisch insbesondere kein Unterschied danach gemacht, ob es sich um vorpartnerschaftliche oder um gemeinsame Kinder handelt. Botschaft PartG (Fn. 50), 1310 f.

54 HOCHL, Gleichheit – Verschiedenheit. Die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe, St. Gallen 2002, 45 f.; SCHWENZER, Registrierte Partnerschaft: Der Schweizer Weg, FamPra.ch 2002, 223, 225; Vernehmlassungsergebnisse, Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, Februar 2002, 10; dazu COTTIER, Registered Partnership for Same-Sex Couples in Switzerland: Constructing a New Model of Family Relationships, in: MACLEAN (Hrsg.), Family Law and Family Values, Oxford 2005, 181 ff.

wie des Fortpflanzungsmedizingesetzes,⁵⁵ werden aber während des Gesetzgebungsverfahrens neu diskutiert.⁵⁶ Im Vernehmlassungsverfahren wird die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung der Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare von einer Mehrheit unterstützt.⁵⁷ Vereinzelt wird gefordert, eingetragenen Paaren zumindest die Stiefkindadoption zugänglich zu machen, wie es beispielsweise in Deutschland bereits der Fall ist.⁵⁸ Das vollständige Adoptionsverbot wird teilweise als nicht gerechtfertigt und diskriminierend erachtet.⁵⁹ Die Verweigerung des Zugangs zur Reproduktionsmedizin stösst in der Vernehmlassung hingegen auf breite Akzeptanz.⁶⁰

Die Botschaft zum Entwurf des Partnerschaftsgesetzes argumentiert, dass die schweizerische Rechtsordnung darum bemüht sei, jedem Kind rechtlich einen Vater und eine Mutter zuzuordnen, die – von der Natur vorgegeben – je für das Kind ihre spezifische Bedeutung hätten. Das Abstammungsrecht versuche dementsprechend der Polarität der Geschlechter Rechnung zu tragen.⁶¹ Den Ausschluss von der Fortpflanzungsmedizin begründet sie gestützt auf die Bundesverfassung. Nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV (Art. 24^{novies} aBV) sei Voraussetzung für den Zugang zu reproduktionsmedizinischen Techniken grundsätzlich «Unfruchtbarkeit», das heisst ungewollte Kinderlosigkeit während einer bestimmten Zeit trotz regelmässigem ungeschütztem Geschlechtsverkehr. Deshalb seien lesbische Frauen, die in der Regel fruchtbar seien, grundsätzlich auszuschliessen. In Bezug auf die Elternschaft von Männerpaaren vertritt die Botschaft, dass das Verbot bereits aus Art. 119 Abs. 2 lit. d BV folge, wonach alle Arten von Leihmutterchaften untersagt sind.⁶²

Ebenso werden grundsätzliche Bedenken gegen die Stiefkindadoption vorgebracht und ausführlich erörtert.⁶³ Es liesse sich beim damaligen Kenntnisstand und unter den geltenden gesellschaftlichen Bedingungen sagen, dass die möglichen Vorteile einer Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren geringer seien als die

55 Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG. Gemäss der Botschaft zum FMedG aus dem Jahr 1997 sollten nicht mithilfe der Reproduktionsmedizin Familienverhältnisse geschaffen werden, die von dem, was sonst natürlicherweise möglich ist, abweichen. Botschaft des Bundesrats über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG) vom 26. Juni 1996, BBl 1996 205 ff., 254; FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 11 ff.

56 Botschaft PartG (Fn. 50), 1306; ZürcherKomm/PULVER, Einleitung, N 14; vgl. unten zur Öffnung der Stiefkindadoption 3.

57 Vgl. dazu FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 2, 13.

58 Vernehmlassungsergebnisse PartG (Fn. 54), 13; AmtlBull. NR 2003, 1823 ff.; CREVOISIER (Fn. 29), 321.

59 Vernehmlassungsergebnisse PartG (Fn. 54), 12.

60 Botschaft PartG (Fn. 50), 1320, zur Kritik vgl. Vernehmlassungsergebnisse PartG (Fn. 54), 12 f.

61 Botschaft PartG (Fn. 50), 1320, kritisch SCHWENZER, FamPra.ch 2002, 223, 231 f.

62 Botschaft PartG (Fn. 50), 1324.

63 Vgl. Botschaft PartG (Fn. 50), 1220 ff.; AmtlBull. NR 2003, 1825 f.

möglichen Nachteile.⁶⁴ Mit der Ausklammerung der Regelung der rechtlichen Elternschaft im Partnerschaftsgesetz wird einer Regelung der Vorzug gegeben, die deutlich im Widerspruch zu den Entwicklungen im Ausland steht, um so die Grenzen des politisch Machbaren nicht zu überschreiten.⁶⁵ Der Wortlaut von aArt. 28 PartG bleibt schliesslich während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens unverändert. Die Gesetzesvorlage wird in einer Volksabstimmung mit 58% der Stimmen angenommen.⁶⁶

Die gesetzliche Verweigerung der Anerkennung der Interessen der Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften wird auch von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Jahr 2011 bestätigt. Das Bundesgericht hat die Beschwerde einer Frau zu beurteilen, die ihre in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geborene Tochter adoptieren will.⁶⁷ Das Gericht bezieht sich in seinem Urteil auf die Ähnlichkeit und Unterschiede der eingetragenen Partnerschaft zur Ehe, äussert sich aber nicht zur Frage der Gleichbehandlung heterosexueller und homosexueller Eltern, geschweige denn zur Gleichbehandlung der Kinder.⁶⁸ Es lehnt die Beschwerde ab und begründet formalistisch, dass das Paar die Voraussetzung nicht erfülle, wonach die Stiefkindadoption erst nach fünf Jahren Ehedauer möglich sei. Da die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Adoptionsgesuches jedoch erst seit drei Jahren in eingetragener Partnerschaft lebte, erfülle sie die Voraussetzung nicht, die auch für Ehepaare gelten würde. Das Urteil des Bundesgerichts stösst auf Kritik, unter anderem weil das Partnerschaftsgesetz erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft steht und die Partnerschaft der beiden Frauen aus diesem Grund zum Zeitpunkt der Einreichung des Adoptionsgesuches keine fünf Jahre betragen kann.⁶⁹

3. *Revision des Adoptionsrechts*

Die nächste Etappe stellt die Revision des Adoptionsrechts dar,⁷⁰ die im Jahr 2010 durch eine Petition des Vereins für Familienchancen unter dem Slogan «Gleiche Chancen für alle Familien» angestossen wird. Diese führt zu einem parlamentarischen Vorstoss, der die Zulassung der Stiefkindadoption auch für eingetragene Paare und für hetero- und homosexuelle Paare in faktischen Lebensgemeinschaften

64 Botschaft PartG (Fn. 50), 1323.

65 Im Vergleich zur damaligen Rechtslage in Deutschland SIEGFRIED, Kinder vom anderen Ufer, FPR 2005, 120 ff.; HOPPE, Ein Kind seiner Zeit – Lebenspartnerschaft und Adoption, StAZ 2010, 107 ff.

66 Aufgrund des Referendums gegen das neue Gesetz kam es am 5. Juni 2005 zur Volksabstimmung mit einer überdurchschnittlich hohen Stimmbeteiligung von 56,5%.

67 BGE 137 III 241 ff.

68 Ebd. E. 2

69 Kritisch zum Entscheid NAGUIB, Stiefkindadoption in eingetragener Partnerschaft verweigert, in: Digitaler Rechtsprechungskommentar, publiziert am 3. August 2011, Rz. 6.

70 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Adoption), Änderung vom 17. Juni 2016, BBl 2016 4925 ff.

fordert, wenn die Adoption für das Kindeswohl die beste Lösung darstellt.⁷¹ Der Bundesrat legt im November 2013 einen Vorentwurf mit Begleitbericht vor.⁷² Wichtige Elemente der Revision sollen die Öffnung der Stiefkindadoption für alle Partnerschaften ungeachtet des Zivilstandes oder der sexuellen Orientierung wie auch die Öffnung der Einzeladoption für eingetragene Partner darstellen. Im Vernehmlassungsverfahren finden beide breite Zustimmung.⁷³ Es wird aber auch kritisiert, dass mit der Revision lediglich ein Schritt auf dem Weg zu einer vollständigen Gleichstellung zwischen Paaren gleichen und verschiedenen Geschlechts getätigt werde.⁷⁴ Insbesondere seien Kinder, die in den Partnerschaften geboren werden, rechtlich benachteiligt. Aus diesem Grund wird verschiedentlich anstelle der Adoption die Möglichkeit einer Kindeserkennung vorgeschlagen.⁷⁵

In der vom Bundesrat im November 2014 verabschiedeten Botschaft und im Entwurf sind die Öffnung der Stiefkindadoption auch für Paare in eingetragenen Partnerschaften oder in faktischen Lebensgemeinschaften⁷⁶ und die Zulassung der Einzeladoption – unter den gleichen Bedingungen wie für verheiratete Personen – auch für eingetragene Partnerinnen und Partner⁷⁷ vorgesehen. Weiterhin Ehepaaren vorbehalten bleiben soll hingegen die gemeinschaftliche Adoption.⁷⁸ Erklärtes Ziel ist es zudem, über die angeregten Änderungen hinaus, die Voraussetzungen der Adop-

71 Vgl. Motion RK StR 11.4046 «Adoptionsrecht. Gleiche Chancen für alle Familien» sowie Motion Prelicz-Huber (09.3026). Ferner wurden mit zwei weiteren Motionen die Senkung des Adoptionsalters sowie die erforderliche Dauer der Ehe oder der faktischen Lebensgemeinschaft vor der Adoption von nicht mehr als drei Jahren sowie eine gewisse Öffnung des Adoptionsgeheimnisses verlangt: «Adoption ab dem zurückgelegten 30. Lebensjahr»; Motion Jacqueline Fehr, 09.4107 «Adoptionsgeheimnis».

72 Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht) vom 29. November 2013.

73 Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoption), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom November 2014, 10, 12.

74 Ebd. 2.

75 Ebd. 12.

76 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 909 ff.

77 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 906 f. Die Botschaft verweist in diesem Zusammenhang auf EGMR, *E. B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02, Urteil vom 22. 1. 2008, wonach homosexuelle Personen nicht allein aufgrund ihrer sexuellen Orientierung von der Einzeladoption ausgeschlossen werden dürfen. Vgl. dazu auch PAPAUX, *Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH: analyse de lege lata et ferenda*, FS Baddeley, 187, 215.

78 Ebd. 916 ff. Gemäss dem Sachstandsbericht des Deutschen Bundestages, *Gesetzliche Regelungen der Elternschaft: Ein Überblick über Regelungen der Elternschaft und die Möglichkeit einer Mehr- elternschaft in verschiedenen Rechtsordnungen*, 28. August 2018, ist die gemeinsame Adoption gleichgeschlechtlicher Ehepaare oder Lebenspartner in Kanada, Finnland, Norwegen, Schweden, Portugal und Malta möglich. Nicht möglich ist sie in Polen, Griechenland, in der Tschechischen Republik, in Ungarn, Litauen, Lettland, Estland, Rumänien und in der Schweiz.

tion neu zu definieren und flexibler zu gestalten.⁷⁹ In der Botschaft werden die im internationalen Vergleich hohen Anforderungen in Bezug auf die Ehedauer bzw. Beziehungsdauer sowie die verlangte Dauer des Pflegekindverhältnisses als zu streng beurteilt und in der Revisionsvorlage gekürzt.⁸⁰ Neu sieht die Vorlage zudem eine Konkretisierung und Lockerung des Adoptionsgeheimnisses vor. Schliesslich wird auch die Anhörung des Kindes im Adoptionsverfahren ausdrücklich geregelt (268a^{bis} ZGB), um die Mitbeteiligung des Kindes im Verfahren zu fördern.⁸¹

Weiter wird ausgeführt, dass die zunehmende Zahl faktischer Lebensgemeinschaften sowie die fortschrittlicheren Gesetzgebungen im umliegenden Ausland deutlich machten, dass das Adoptionsrecht nicht mehr den Anforderungen der Zeit entspräche.⁸² Ebenso sei die Rechtsprechung des EGMR ein bedeutender und richtungweisender Anstoss für die Revision des Adoptionsrechts.⁸³ Erwähnenswert sind an dieser Stelle insbesondere die im Zusammenhang mit der Stiefkindadoption innerhalb von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften erlassenen Urteile. Der EGMR hält im bedeutenden Urteil *Schalk und Kopf gegen Österreich* aus dem Jahr 2010 erstmals fest, dass sich Personen, die in stabilen gleichgeschlechtlichen Beziehungen leben, nicht nur auf das Recht auf Privatleben, sondern genauso wie verschiedengeschlechtliche Paare auch auf das Recht auf Familienleben berufen können.⁸⁴ Im Urteil *X. u. a. gegen Österreich* aus dem Jahr 2013⁸⁵ erachtet der EGMR die Regelung, wonach ein gleichgeschlechtliches Paar in einer stabilen nicht formalisierten Partnerschaft in Bezug auf die Frage der Stiefkindadoption anders als ein unverheiratetes verschiedengeschlechtliches Paar behandelt wird, als eine Verletzung von Art. 14

79 Für die Stiefkindadoption ist neu kein Mindestalter mehr vorgesehen (Art. 264c ZGB). Vgl. für eine Gesamtübersicht der Änderungen REUSSER (Fn. 6), 432 ff.

80 Die Beziehungsdauer wurde von fünf auf drei Jahre gekürzt, vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 901 ff., 908.

81 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 911 ff.; vgl. dazu auch unten V.2. d.

82 Im Vergleich zur Schweiz waren die Stiefkindadoption sowie auch die gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare bereits zugelassen in Belgien, Dänemark, Island, den Niederlanden, Norwegen, Spanien, Schweden, Grossbritannien, in Deutschland und Finnland nur die Stiefkindadoption, vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 919, sowie dazu auch REUSS, FamPra.ch 2015, 858 ff.

83 Vgl. dazu auch die detaillierte Analyse der Rechtsprechung in der Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 894 ff.; Vgl. auch PAPAUX, FS Baddeley, 187 ff.

84 EGMR, *Schalk und Kopf gegen Österreich*, Nr. 20141/04, Urteil vom 22.11.2010; vgl. zur Praxisänderung und zur Bedeutung des Urteils für die Frage der Adoption in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften GUERRERO, Gleichgeschlechtliche Familien. Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext, *juridikum* 2010, 391 ff., 392 f.

85 EGMR, *X. u. a. gegen Österreich*, Nr. 19010/07, Urteil vom 19.2.2013.

i. V. m. Art. 8 EMRK.⁸⁶ Mit dem Urteil wird für die Schweiz vorgegeben, dass eine Öffnung der Stiefkindadoption nur für unverheiratete Paare verschiedenen, nicht aber gleichen Geschlechts, mit besonders gewichtigen und überzeugenden Gründen zu rechtfertigen wäre.⁸⁷ In einem früheren Urteil des EGMR, *Emonet u. a. gegen die Schweiz* aus dem Jahr 2010, steht insbesondere die Frage der Verpflichtung der Schweiz zur Diskussion, die Stiefkindadoption unverheirateten Paaren unter denselben Bedingungen und Rechtsfolgen wie bei verheirateten Paaren zugänglich zu machen.⁸⁸ Aufgrund der unterschiedlich tradierten sozialen und kulturellen Wertvorstellungen hat es der EGMR bis anhin jedoch abgelehnt, die Vertragsstaaten der EMRK zu verpflichten, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.⁸⁹

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wird wiederum deutlich, dass die Stiefkindadoption als solche teilweise sehr umstritten ist, da sie für das Kind im Einzelfall unvorteilhaft sein könne und deshalb immer im Fokus des Kindeswohls zu beurteilen sei.⁹⁰ Die Kritik richtet sich in erster Linie gegen die Stiefkindadoption in der Fortsetzungsfamilie: In dieser Familienkonstellation entspreche es nicht in jedem Fall den Kindesinteressen, die rechtliche Verbindung zum ursprünglichen Elternteil aufzulösen, da es häufig auch in der neu gebildeten Familie wieder zur Scheidung oder Trennung kommen könne.⁹¹ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird in diesem Zusammenhang verschiedentlich auf Lösungsvorschläge verwiesen, die eine rechtliche Verbindung zwischen dem Stiefelternteil und dem Stiefkind vorsehen, die kein Kindesverhältnis im Sinn des Abstammungsrechts entstehen lässt.⁹²

86 Damit bestätigte der Gerichtshof die Rechtsprechung im Urteil des EGMR, *Gas und Dubois gegen Frankreich*, Nr. 25951/01, Urteil vom 15.3.2012, wonach die Vertragsstaaten nicht verpflichtet sind, homosexuellen Paaren den Zugang zur Ehe oder zu besonderen, nur Ehepaaren vorbehaltenen Rechten insbesondere im Bereich der Adoption zu gewähren.

87 So COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, 104.

88 EGMR, *Emonet u. a. gegen die Schweiz*, Nr. 39051/03, Urteil vom 13.12.2007, dazu auch die Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 894 f., 900.

89 So EGMR, *Oliari u. a. gegen Italien*, Nr. 18766/11 und Nr. 36030/11, Urteil vom 21.7.2015, sowie EGMR, *Schalk und Kopf gegen Österreich*, Nr. 20141/04, Urteil vom 24.6.2010.

90 Bericht zu den Vernehmlassungsergebnissen PartG (Fn. 54), 11; Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 907 ff.; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6. Aufl., Zürich 2019, N 314 ff.; kritisch SCHWENZER, FamPra.ch 2014, 966, 999; RUMO-JUNGO, *Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, FamPra.ch 2014, 838, 844.

91 SCHWENZER/BACHOFNER, *Familienbilder im Adoptionsrecht*, in: SCHWENZER (Hrsg.), *Internationale Adoptionen*, Bern 2009, 77, 89 m. w. Nachw.; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264b ZGB, N 10.

92 SCHWENZER schlägt eine Abkoppelung der elterlichen Sorge von der rechtlichen Elternschaft vor, vgl. SCHWENZER, *Plurale Elternschaft*, in: *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*, Essen 2016, München 2016, Band II, 27 f., 33; DIES. in FamPra.ch 2014, 966, 994 f., 999, 1002; vgl. ausserdem BÜCHLER, *AJP* 2004, 1175, 1183 f.; RUMO-JUNGO, FamPra.ch 2014, 838, 839; RUSCH, *Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Bern 2009, 138.

Bei Kindern, die in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geboren werden, handle es sich hingegen um eine andere Ausgangslage. Insbesondere die Bedenken, dass das Aufwachsen mit gleichgeschlechtlichen Eltern zu Schwierigkeiten in der Entwicklung führen könne, seien für die Frage der Zulassung der Adoption nicht von Bedeutung, da die Kinder faktisch in Regenbogenfamilien aufwüchsen.⁹³ Der Bundesrat verweist in der Botschaft auf eine in Deutschland durchgeführte Studie und zitiert daraus, dass sich Kinder in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften in ihrer Entwicklung nur wenig – und, wenn überhaupt, in einer positiven Art und Weise – von Kindern in anderen Familienformen unterscheiden. Nicht die Familienkonstellation sei bedeutsam, sondern die Beziehungsqualität in der Familie.⁹⁴ Im Vernehmlassungsverfahren wird aus diesem Grund auch vereinzelt angeregt, die Stiefkindadoption differenziert zu regeln: für Kinder, die rechtlich vaterlos sind, eine erleichterte Adoption zu schaffen, hingegen die Stiefkindadoption von Kindern, die in einer Beziehung zu beiden Eltern stehen, zu erschweren.⁹⁵ Der Bundesrat zieht es aufgrund des klaren parlamentarischen Auftrags jedoch vor, die Stiefkindadoption nicht zu schmälern oder gar abzuschaffen, sondern zu erweitern.⁹⁶ Der Bundesrat führt – ganz entgegen seiner früheren Haltung –⁹⁷ in der Botschaft weiter aus, dass eine Stiefkindadoption für Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in der Regel nur Vorteile bringe. Ein Kind dürfe keine rechtlichen und faktischen Nachteile durch den Umstand erleiden, dass seine Mutter mit einer Frau oder sein Vater mit einem Mann zusammenlebe (Art. 2 UN-KRK). Die Zulassung der Stiefkindadoption diene damit vor allem der Gleichbehandlung der Kinder und der Beseitigung

93 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 910; so ähnlich auch in den parlamentarischen Diskussionen, vgl. AmlBull StR 2016, 111.

94 So die Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 916 m. w. H.: Aus diesem Grund könne gefolgert werden, dass auch bei einer gemeinschaftlichen Adoption durch ein gleichgeschlechtliches Paar dem Kindeswohl entsprochen werden könne. Obschon sich anderslautende Vorschriften hartnäckig halten würden, fehle diesen jedoch jegliche wissenschaftliche Grundlage. Zu den Studien über die psychosoziale Entwicklung von Kindern in Regenbogenfamilien vgl. insbesondere NAY (Fn. 9); SCHNEIDER/VECHO, *Le développement des enfants adoptés par des familles homoparentales: une revue de la littérature*, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 2015, 401 ff.; LOMBARD, *La filiation pour les couples de même sexe sous l'angle du bien de l'enfant*, *FamPra.ch* 2017, 725 ff., 731 f.

95 Vgl. REUSSER (Fn. 6), 441 f. m. w. H. auf die Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KOKES) vom 31. März 2014.

96 So auch Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (Fn. 28), 45.

97 In der Botschaft zum PartG war der Bundesrat noch der Meinung, dass die gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare «contraire à l'ordre naturel des choses» sei, vgl. Conseil fédéral, *Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002* FF 2003 1192, 1222; vgl. dazu vorangehend III. 2.

unzulässiger Benachteiligungen.⁹⁸ Insbesondere die Senkung der verlangten vorangehenden Beziehungsdauer von fünf auf drei Jahre sei für Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften als positiv zu bewerten. Mit der Stiefkindadoption sei es möglich, stabilere rechtliche Verhältnisse zu schaffen, gerade wenn ein Kind in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft durch die Inanspruchnahme von fortpflanzungsmedizinischen Leistungen im Ausland entstanden sei.⁹⁹

Folgt man der Argumentation des Bundesrates, drängt sich die Frage auf, ob die angestrebte Regelung der Stiefkindadoption denn tatsächlich die faktischen und rechtlichen Nachteile von Kindern und ihren gleichgeschlechtlichen Eltern aufzuheben vermag oder ob es nicht vielmehr eine statusunabhängige Anknüpfung für die Herstellung des Kindesverhältnisses brauchen würde, um eine Gleichbehandlung der Familienformen herzustellen.¹⁰⁰ Auf diese Frage wird zurückzukommen sein.¹⁰¹

4. *Öffnung der Ehe für alle*

Die vorläufig letzte Phase der Rechtsentwicklung stellt die aktuelle Reform des Zivilgesetzbuches unter dem Titel «Ehe für alle» dar. Sie geht auf eine parlamentarische Initiative der Grünliberalen Fraktion im Nationalrat zurück.¹⁰² Die im Jahr 2013 eingereichte Initiative schlägt vor, das in der Verfassung gewährleistete Recht auf Ehe und Familie neu auf «Recht auf Ehe, Lebensgemeinschaft und Familie» zu erweitern (Art. 14 Abs. 1 E-BV). Die gesetzlich geregelten Lebensgemeinschaften sollen Paaren unabhängig von ihrem Geschlecht oder ihrer sexuellen Orientierung offenstehen (Art. 14 Abs. 2 E-BV). Nach der Annahme der Initiative durch beide Rechtskommissionen im Jahr 2015¹⁰³ kommt der nationalrätlichen Kommission die Aufgabe zu, einen Erlassentwurf auszuarbeiten. Nach einem längeren Aufschub der Behandlung des Geschäfts, der eine zweimalige Fristverlängerung notwendig macht,¹⁰⁴ trifft die Kommission am 5. Juli 2018, nach einem Bericht des Bundesamts

98 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 909.

99 Ebd. 909.

100 Vgl. zur statusunabhängigen Anknüpfung im Familienrecht insbesondere SCHWENZER, FamPra.ch 2014, 992 ff.; BÜCHLER, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften. Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements, FamPra.ch 2014, 797 ff., 802 ff.

101 Vgl. unten VII.

102 Parlamentarische Initiative 13.468, eingereicht von der Grünliberalen Fraktion am 5. Dezember 2013.

103 Die Rechtskommission des Nationalrats gibt der parlamentarischen Initiative am 20. Februar 2015 Folge. Ihre ständerätliche Schwesterkommission stimmt diesem Beschluss am 1. September 2015 zu, vgl. 13.468n Pa. Iv. Fraktion GL. Ehe für alle, Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 11. Mai 2017.

104 Berichte der Kommission für Rechtsfragen vom 11. Mai 2017 und vom 5. April 2019.

für Justiz in der Frage,¹⁰⁵ den Grundsatzentscheid, die Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts auf dem Wege der Gesetzesänderung, also ohne Verfassungsänderung, vorzunehmen.¹⁰⁶ Daraufhin führt die Kommission ein Vernehmlassungsverfahren zu einem Vorentwurf durch,¹⁰⁷ um am 30. August 2019 ihren Bericht und Entwurf vorzulegen.¹⁰⁸ Die Kommission hält dabei an der Öffnung der Ehe ohne Verfassungsrevision fest, spricht sich aber mehrheitlich gegen die Öffnung des Zugangs zur Samenspende für weibliche Ehepaare und gegen die Mutterschaftsvermutung der Ehefrau der Mutter aus,¹⁰⁹ wie sie in der Vernehmlassung noch als Variante diskutiert worden war¹¹⁰ und in der Kommission von einer Minderheit unterstützt wurde.¹¹¹ In seiner Stellungnahme vom 29. Januar 2020 zum Vorentwurf unterstützt der Bundesrat diese beiden Grundentscheide, wobei er in Bezug auf die Frage der Mutterschaftsvermutung vorbringt, dass sich die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Vermutung mit dem verfassungsrechtlich garantierten Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung stelle, etwa wenn die Samenspende in einem Land durchgeführt wurde, in dem eine anonyme Spende möglich ist, oder wenn die Zeugung auf natürlichem Weg erfolgt ist.¹¹²

105 Bundesamt für Justiz, Bericht an die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit, 7. Juli 2016, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/13-468-verfassungsmassigkeit-bj-2016-07-07-d.pdf>. Der Bericht schlägt vor, die folgende Argumentationslinie eines Teils der Schweizer Verfassungsrechtslehre zu bevorzugen: Art. 14 der Schweizer Bundesverfassung wird so ausgelegt, dass heute ausschliesslich die monogame Ehe zwischen einem Mann und einer Frau erfasst ist. Somit ist ausgeschlossen, dass sich ein gleichgeschlechtliches Paar auf das Recht auf Ehe berufen kann. Gemäss dieser Argumentation kann von der verfassungsrechtlichen Garantie jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, das Institut der Ehe der traditionellen Ehe vorzubehalten. Der Gesetzgeber ist demnach frei, das Rechtsinstitut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.

106 Vgl. 13.468 Parlamentarische Initiative «Ehe für alle». Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14. Februar 2019, [https://www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/sachbereichskommissionen/kommissionen-rk/vernehmlassung-rk-13-468\(27.2.2021\)](https://www.parlament.ch/de/organe/kommissionen/sachbereichskommissionen/kommissionen-rk/vernehmlassung-rk-13-468(27.2.2021)).

107 Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14. Februar 2019 (Fn. 106), 6.

108 13.468 Parlamentarische Initiative «Ehe für alle». Bericht und Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBl 2019 8595, 8641.

109 Bericht RK-N, BBl 2019 8595, 8610.

110 Art. 259a VE-ZGB.

111 Bericht RK-N, BBl 2019 8595, 8611.

112 Zu 13.468, Parlamentarische Initiative «Ehe für alle», Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Januar 2020, BBl 2020 1273, 1276.

Die Debatte in den beiden Räten erfolgt während der durch die Covid-19-Pandemie geprägten Zeit von Juni bis Dezember 2020. Kontrovers sind die Frage der Notwendigkeit einer Verfassungsrevision¹¹³ und der Zugang von Frauenpaaren zur Samenspende.¹¹⁴ Am 18. Dezember 2020 nehmen beide Kammern des Parlaments die Vorlage zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ohne Verfassungsänderung an. Neu soll Art. 94 ZGB einen geschlechtsneutralen Wortlaut haben: «Die Ehe kann von zwei Personen eingegangen werden, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und urteilsfähig sind.»¹¹⁵ Nach Inkrafttreten der Änderung sollen keine neuen eingetragenen Partnerschaften begründet werden können, und bereits eingetragenen Partnerinnen und Partnern steht die jederzeitige Umwandlung in eine Ehe frei.¹¹⁶ Verabschiedet wird schliesslich auch eine Bestimmung zur automatischen Erlangung der Stellung des zweiten Elternteils für die Ehefrau der gebärenden Mutter unter der auf einen Antrag der Rechtskommission des Ständerats zurückgehenden,¹¹⁷ einschränkenden Bedingung der Inanspruchnahme einer fortpflanzungsmedizinisch begleiteten Samenspende im Inland.¹¹⁸ Im Vordergrund steht bei dieser Beschränkung das Argument, dass – entsprechend den oben erwähnten Bedenken des Bundesrats – nur bei der Inlandspende der Zugang zu den Informationen über die Identität des Samenspenders für das Kind gewährleistet werden könne (Art. 27 FMedG).¹¹⁹ Mit der Elternschaftsvermutung der Ehefrau der Geburtsmutter wird auch die Samenspende für Frauenpaare geöffnet. Dies wird über eine Neuinterpretation von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV bewerkstelligt, wonach der verfassungsrechtliche Unfruchtbarkeitsbegriff dem unerfüllten Kinderwunsch entspricht und somit auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwendbar ist.¹²⁰ Damit bestätigt das Parlament die von der Lehre zunehmend vertretene Auffassung, wonach aus Art. 119 Abs. 2 lit. c BV kein grundsätzliches Verbot für den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für gleichge-

113 Vgl. Voten Yves Nidegger, AmtlBull NR 2020, 613 ff.; Stefan Engler, AmtlBull StR 2020, 1101 ff. (Minderheitsanträge betreffend Verfassungsrevision).

114 Vgl. Votum Christa Markwalder, AmtlBull NR 2020, 893 (Minderheitsantrag Flach betreffend Zugang zur Samenspende).

115 Art. 94 nZGB, BBl 2020 9913 (Ablauf der Referendumsfrist: 10. April 2021).

116 Art. 35 f. nPartG, BBl 2020 9919.

117 Vgl. AmtlBull StR 2020, 1114, und das Votum des Kommissionssprechers Carlo Sommaruga, AmtlBull StR 2020, 1100.

118 Art. 255a Abs. 1 nZGB, BBl 2020 9915 (Ablauf der Referendumsfrist: 10. April 2021): «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.» Vgl. dazu unten VI.

119 Vgl. Voten BR Karin Keller-Sutter, AmtlBull NR 2020, 889 f., 2414 f., AmtlBull StR 2020, 1110 f., 1114.

120 Vgl. Bericht RK-N, BBl 2019 8595, 8610 f.; Votum C. Sommaruga, AmtlBull StR 2020, 1099; Votum BR Karin Keller-Sutter, AmtlBull NR 2020, 2414 f.

schlechtliche Paare abgeleitet werden könne.¹²¹ Mit der Öffnung der Ehe werden schliesslich die Bestimmungen betreffend die gemeinschaftliche Adoption durch verheiratete Paare (Art. 264a Abs. 1 ZGB) sowohl auf verschieden- wie auf gleichgeschlechtliche Ehepaare Anwendung finden.¹²² Verschiedene Anpassungen betreffen zudem das internationale Privatrecht und das Fortpflanzungsmedizinengesetz.¹²³

IV. Regelung der Kinderbelange vor der Stiefkindadoption nach geltendem Recht

Werden zwei Personen gleichen Geschlechts Eltern, so kommt für die Herstellung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil wie oben dargelegt nach geltendem Recht nur die Stiefkindadoption infrage. Da die Adoption ein vorgängiges einjähriges Pflegeverhältnis voraussetzt und auch das Adoptionsverfahren wiederum ein bis zwei Jahre dauern kann, stellt sich in den ersten zwei bis drei Lebensjahren des Kindes die Frage, welche Rechtslage vor dem Vollzug der Adoption besteht. Dieser Frage gehen wir nachfolgend nach. Dabei muss danach unterschieden werden, ob das Paar in eingetragener Partnerschaft oder in faktischer Lebensgemeinschaft lebt. So bietet das Partnerschaftsgesetz einige (wenige) Anhaltspunkte in Bezug auf die Regelung der Kinderbelange. Hat ein gleichgeschlechtliches Paar mit Kind seine Partnerschaft nicht eintragen lassen, bestehen keinerlei gesetzliche Regelungen der Kinderbelange in Bezug auf den Co-Elternteil, und es kommt allenfalls eine analoge Anwendung der Bestimmungen für eingetragene Partnerinnen und Partner infrage.

1. Unterhaltsrecht

a) Kein eigener Unterhaltsanspruch des Kindes

Besteht ein Kindesverhältnis zu zwei Elternteilen, tragen die (rechtlichen) Eltern den Unterhalt des Kindes gemeinsam. Der Unterhalt wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 ZGB), wobei das Kind Anspruch

121 Vgl. ZIEGLER, «Ehe für alle» und Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, Jusletter 8. April 2019; BOILLET, Ouverture de la PMA aux couples de femmes: une (r)évolution qui s'impose, Jusletter 8. Juni 2020, Rz. 6; SHK-FMedG/RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, Art. 119 BV, N 70; ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG, N 1, N 35 ff.; FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 16 ff.; KUHN, Zugang zu Fortpflanzungsmedizin und Adoption für gleichgeschlechtliche Paare: Verfassungsrechtliche Aspekte, in: BANNWART/COTTIER/DURRER/KÜHLER/KÜNG (Hrsg.), Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht, Zürich 2013; a.M. St.GallerKomm/REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 BV, N 34.

122 Bericht und Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBl 2019 8595, 8610.

123 Vgl. zu Letzterem unten VI.

auf «gebührenden Unterhalt» hat (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Der gebührende Unterhalt beschlägt die Komponente des Geldunterhalts und bezieht sich sowohl auf den Barunterhalt als auch auf den mit der Revision des Unterhaltsrechts 2017 neu eingeführten Betreuungsunterhalt.¹²⁴ Das Bundesgericht hat jüngst als einheitliche Berechnungsmethode für den Geldunterhalt für die ganze Schweiz die zweistufige Methode mit Überschussverteilung vorgegeben.¹²⁵ Diese bedeutet, dass sich der Bedarf für alle Familienmitglieder nach dem familienrechtlichen Existenzminimum bestimmt.¹²⁶ Der Betreuungsunterhalt berechnet sich nach der Differenz zwischen dem Nettoverdienst aus der Erwerbstätigkeit und dem familienrechtlichen Existenzminimum («Lebenshaltungskosten») des betreuenden Elternteils.¹²⁷ Der Barunterhalt deckt das familienrechtliche Existenzminimum des Kindes, wobei bei guten finanziellen Verhältnissen über die Überschussverteilung ein darüber hinausgehender, höherer Unterhaltsbeitrag festgelegt werden kann.¹²⁸

Wird ein Kind in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geboren, finden *vor* einer Stiefkindadoption diese Bestimmungen zum Kindesunterhalt (Art. 276 ff. ZGB) mangels Kindesverhältnis zum Co-Elternteil allerdings keine Anwendung. Der Bedarf gemeinsamer Kinder kann einzig über den eigenen Unterhaltsanspruch des betreuenden Elternteils geltend gemacht werden, der nur in der eingetragenen Partnerschaft besteht, wie sich im Folgenden zeigen wird.

- b) In der eingetragenen Partnerschaft
 - aa) Während bestehender Partnerschaft

Art. 27 Abs. 1 PartG hält in Konkretisierung der allgemeinen partnerschaftlichen Beistandspflicht (Art. 12 PartG) fest, dass die Partnerin oder der Partner dem anderen in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind in angemessener Weise beizustehen hat. Vorbild der Regelung ist Art. 278 Abs. 2 ZGB, welche die Beistandspflicht des Stiefeltern regelt.¹²⁹ Unter dem Titel «Wirkungen der Partnerschaft» sieht Art. 13 PartG ausserdem vor, dass beide Partnerinnen oder Partner gemeinsam nach ihren Kräften für den gebührenden Unterhalt ihrer Gemeinschaft sorgen. Die Aufwendungen für das im gemeinsamen Haushalt lebende Kind gehören zum gebührenden Unterhalt der Gemeinschaft im Sinne von Art. 13 PartG.¹³⁰ Dies bedeutet, dass beide Partnerinnen bzw. beide Partner je nach Leistungsfähig-

124 Vgl. dazu BGE 144 III 377 ff.; Botschaft Unterhaltsrecht (Fn. 28), 551 ff.; JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, Der Betreuungsunterhalt, FamPra.ch 2017, 163 ff. SPYCHER, Betreuungsunterhalt, Zielsetzung, offene Fragen und Berechnungsthemen, FamPra.ch 2017, 198 ff.

125 BGer, 11. 11. 2020, 5A_311/2019, E. 6.6, E. 7 FamPra.ch 2021, 200 ff. (m. Bem. STOLL).

126 BGer, 11. 11. 2020, 5A_311/2019, E. 7.2, FamPra.ch 2021.

127 Vgl. bereits BGE 144 III 377, E. 7.

128 Vgl. BGer, 11. 11. 2020, 5A_311/2019, E. 7.2 f., FamPra.ch 2021, 200 ff.

129 ZürcherKomm PartG/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 5.

130 Ausführlich dazu FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 7 ff. m. w. H.

keit Beiträge an den Unterhalt der Gemeinschaft leisten, wozu auch die Unterhaltsbeiträge bzw. deren Surrogate für das Kind gehören.¹³¹ Der nach Art. 27 Abs. 1 PartG geschuldete Beistand ist auch in Form von Betreuungsarbeit möglich, so beispielsweise, wenn der beitragspflichtige Partner den Haushalt führt und das Kind betreut.¹³² Die Beistandspflicht kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Aufgrund der Rechtsunsicherheit wird sie in der Praxis aber häufig vertraglich konkretisiert oder ausgedehnt.¹³³ Analog zur Pflicht des Stiefelternteils im Eherecht ist die finanzielle Beistandspflicht des nicht rechtlichen Elternteils subsidiär und endet grundsätzlich mit der Auflösung der Partnerschaft.¹³⁴ Eine gemeinsame Tragung des Kindesunterhalts ist also nicht vorgesehen.

Während Art. 278 Abs. 2 ZGB die Beistandspflicht explizit auf voreheliche Kinder beschränkt, bezieht sich Art. 27 PartG nicht nur auf vorpartnerschaftliche Kinder, sondern auch auf gemeinsame Kinder.¹³⁵ In der Botschaft wird dazu festgehalten, dass es sich von selbst verstehe, dass die Beistandspflicht eingetragener Partner nicht weitergehen könne als diejenige von Ehegatten.¹³⁶ Der Beistand des Stiefelternteils in der Ehe besteht oder erschöpft sich allerdings grundsätzlich darin, einen allfälligen Unterschied zwischen einem ungenügenden Unterhaltsbeitrag des allfälligen anderen rechtlichen Elternteils und dem Bedarf des Kindes auszugleichen und das Risiko für die Erbringlichkeit der Unterhaltsbeiträge zu tragen.¹³⁷ Die Botschaft blendet die Tatsache aus, dass bei gleichgeschlechtlichen Paaren, die ihre Elternschaft zusammen planen, zum Zeitpunkt der Zeugung und der Geburt ein übereinstimmender Wille bezüglich des gemeinsamen Kindes vorliegt. Diese Situation unterscheidet sich von einem Stiefkindverhältnis in der Ehe, wo oftmals noch ein zweiter rechtlicher Elternteil in der Unterhaltspflicht steht. Mit einem Teil der Lehre gehen wir deshalb davon aus, dass der angemessene Beistand bei gemeinsamer Elternschaft weiter gefasst werden muss, sodass der Co-Elternteil nicht nur subsidiär für den Unterhalt des Kindes aufzukommen hat.¹³⁸ Das heisst, die in Art. 27 Abs. 1 PartG geregelte unterhaltsrechtliche Beistandspflicht muss bei gemeinschaftlichem Willen für ein Kind so ausgelegt werden, dass die Eltern die Deckung des den Verhältnissen angemessenen Unterhaltsbedarfs des Kindes gemeinsam tragen, ein jeder Elternteil nach seiner Leistungsfähigkeit. BÜCHLER und MICHEL gehen zu Recht von

131 ZürcherKomm PartG/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 10 f.

132 ZürcherKomm PartG/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 11; FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 7.

133 Vgl. Urteil des KGer BL, 26.9.2017, 400 17 204.

134 Vgl. dazu BGer, 20.11.2014, 5A_440/2014, E. 4.3.2.2; BGE 120 II 285, E. 2b.; COPUR (Fn. 23), Rz. 23; FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 8 ff.

135 ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 1, 5; CHK PartG/BRÄNDLI, Art. 27 PartG, N 2.

136 Botschaft PartG (Fn. 50), 1344.

137 BaslerKomm/BREITSCHMID/FOUNTOLAKIS, Art. 278 ZGB, N 8.

138 So BÜCHLER/MICHEL (Fn. 42), 39 f.; GRÜTTER/SUMMERMATTER, Das Partnerschaftsgesetz, FamPra.ch 2004, 449, 463 f.; ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 7.

einer «vertraglich übernommenen Unterhaltspflicht als Ausfluss von Verantwortungsübernahme und Ausdruck der tatsächlichen Beziehung zum Kind» aus.¹³⁹ Dabei sollte das Kind auch nach einer Trennung weiterhin am Lebensstandard seines zweiten, sozialen Elternteils partizipieren können.¹⁴⁰

Bei einer faktischen Trennung können die Partnerinnen oder Partner zur Festlegung der Unterhaltsbeiträge ans Gericht gelangen: Unter der Marginalie «Aufhebung des Zusammenlebens» sieht Art. 17 Abs. 2 PartG analog zur Regelung der Unterhaltsbeiträge im Rahmen des Eheschutzes vor, dass das Gericht auf Antrag die Geldbeiträge festlegen muss, welche die Partnerinnen oder die Partner einander schulden (lit. a). Die Geldbeträge werden nach denselben Regeln bestimmt, wie sie in Art. 13 PartG gelten.¹⁴¹ Wie bei der Ehe ist auch bei der eingetragenen Partnerschaft die Verständigung der Partner über die gemeinsame Lebenshaltung, wie sie bisher tatsächlich gelebt wurde, Grundlage der Unterhaltsfestsetzung.¹⁴² Die konkrete Unterhaltsberechnung beurteilt sich sodann wie im Eheschutz gemäss Art. 163 ZGB (vgl. den Verweis in Art. 13 Abs. 1 PartG).¹⁴³ Reichen die verfügbaren Mittel, gilt der Grundsatz des Fortbestands der vereinbarten Aufgabenteilung weiter. Reichen die finanziellen Mittel für die Deckung der Kosten zweier Haushalte bei gleicher Lebenshaltung jedoch nicht aus, müssen beide Partnerinnen bzw. beide Partner Abstriche an der bisherigen Lebenshaltung in Kauf nehmen.¹⁴⁴ Bei der Festlegung des allfällig geschuldeten Geldbeitrages nach Art. 17 PartG ist auf der Grundlage von Art. 27 PartG auch vor einer Stiefkindadoption der Unterhaltsbedarf des in Hausgemeinschaft lebenden Kindes (Auslagen bzw. Betreuungssituation) mit einzubeziehen, ebenso die Unterhaltsleistungen eines allenfalls zweiten rechtlichen Elternteils.¹⁴⁵

139 BÜCHLER/MICHEL (Fn. 42), 40.

140 Entsprechend den Grundsätzen zur Unterhaltsberechnung vgl. insbesondere BaslerKomm/BREIT-SCHMID/FOUNTOULAKIS, Art. 285 ZGB, N 2, 32, und nun neu BGer, 11. 11. 2020, 5A_311/2019, FamPra.ch 2021, 200 ff. (zur Publikation bestimmt). Vgl. dazu auch oben IV.1. a.

141 MONTINI, Die eingetragene Partnerschaft: Abschluss, Auflösung und allgemeine Wirkungen, in ZIEGLER/MONTINI/COPUR, LGBT-Recht, Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2015, 311, Rz. 109; CHK/BRÄNDLI, Art. 17 PartG, N 3.

142 Vgl. BGer, 6. 10. 2020, 5A_427/2020, E. 5.2, FamPra.ch 2021, 117; KGer BL, 26. 9. 2017, 400 17 204, E. 3.5.

143 Der Verweis in Art. 13 Abs. 1 PartG auf Art. 163–165 ZGB wurde im Rahmen der Revision des Adoptionsrechts eingeführt, vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 936. Art. 163 ZGB ist die Grundnorm für die Festlegung der Unterhaltsbeiträge im Eheschutz- und Scheidungsverfahren sowie bei gerichtlicher Trennung, vgl. BaslerKomm/ISENRING/KESSLER, Art. 163 ZGB, N 3.

144 FamKomm PartG/BÜCHLER/VETTERLI, Art. 17 PartG, N 5; ZürcherKomm/FREIBURGHaus, Art. 17 PartG, N 16 f.

145 FamKomm PartG/BÜCHLER/VETTERLI, Art. 17 PartG, N 12; GRÜTTER/SUMMERMATTER, FamPra.ch 2004, 449, 464; vgl. auch KGer BL, 26. 9. 2017, 400 17 204, insbesondere E. 3.4, E. 6.2.

bb) Nach der gerichtlichen Auflösung der Partnerschaft

Nach der *gerichtlichen Auflösung* einer eingetragenen Partnerschaft sind die Partnerinnen bzw. die Partner gemäss Art. 34 Abs. 1 PartG grundsätzlich für den eigenen Unterhalt verantwortlich. Auch nach Ende der Partnerschaft kann aber eine Unterhaltspflicht bestehen, zum einen für die Dauer einer gemeinschaftsbedingten Erwerbseinbusse, bis der Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit gesichert werden kann (Art. 34 Abs. 2 PartG), zum anderen zur Behebung einer durch die Auflösung eingetretenen Bedürftigkeit (Art. 34 Abs. 3 PartG).

Das Kind selbst hat wie bereits erwähnt von Gesetzes wegen keinen (eigenen) Anspruch auf Kindesunterhalt (Art. 276 ff. ZGB) gegenüber dem Co-Elternteil. Ein Betreuungsunterhalt i. e. S. (Art. 276 Abs. 2, Art. 285 Abs. 2 ZGB)¹⁴⁶ kann entsprechend auch nicht geltend gemacht werden. Eine dem Betreuungsunterhalt entsprechende Funktion übernimmt aber der Unterhalt zum Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile (Art. 34 Abs. 2 PartG) auch vor einer Stiefkindadoption: Entscheiden sich Partnerinnen oder Partner dafür, in ihrer Gemeinschaft ein Kind aufzuziehen, so müssen die Konsequenzen einer aufgrund dieser Entscheidung erfolgten Aufgabenteilung gemeinsam getragen werden, unabhängig davon, welche Partnerin oder welcher Partner die genetische und/oder rechtliche Elternstellung einnimmt.¹⁴⁷ In Bezug auf die Zumutbarkeit der Erhöhung der Erwerbstätigkeit des hauptbetreuenden Elternteils kann sodann auf das Schulstufenmodell der neueren Rechtsprechung zurückgegriffen werden.¹⁴⁸

c) In der faktischen Lebensgemeinschaft

Bei gleichgeschlechtlichen Paaren mit Kind, die ihre Partnerschaft nicht haben eintragen lassen, bestehen keinerlei gesetzliche Bestimmungen zur Regelung der Kinderbelange in Bezug auf den Co-Elternteil. Da in der faktischen Partnerschaft keine gesetzliche Beistands- und Unterstützungspflicht besteht, müssen sich die Lebenspartner auch nicht bei der Erfüllung der Unterhaltspflichten gegenüber (aus rechtlicher Sicht) nicht gemeinsamen Kindern beistehen.¹⁴⁹ Eine unterhaltsrechtliche Beistandspflicht besteht in einer nicht formalisierten Partnerschaft auch bei verschiedengeschlechtlichen Paaren gemäss herrschender Lehre nur, wenn sie vertraglich vereinbart wurde.¹⁵⁰ Auch gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht in der nicht

146 Dazu oben IV.1. a.

147 So FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 34 PartG, N 14. Entsprechend der Funktion des Ehegattenunterhalts vor Einführung des Betreuungsunterhalts, vgl. Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB.

148 BGE 144 III 481, E. 4.7.6.

149 Kritisch SCHWENZER, FamPra.ch 2014, 966, 1003.

150 RUMO-JUNGO/LIATOWITSCH, Nichtehele Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, FamPra.ch 2004, 895, 897 f.; AEBI-MÜLLER/WIDMER, Die nichtehele Lebensgemeinschaft im Schweizer Recht, Jusletter 12. Januar 2009, Rz. 17 f.; COTTIER/CREVOISIER, Die nichtehele Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, 34 ff.

ehelichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich keine Unterhalts- oder Beistandspflicht gegenüber dem Lebenspartner und den nicht gemeinsamen Kindern:¹⁵¹ Art. 278 ZGB – der auf vorpartnerschaftliche, nicht gemeinsame Kinder beschränkt ist – findet keine analoge Anwendung auf unverheiratete (verschiedengeschlechtliche) Paare.¹⁵²

Kinder in faktischen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften sind in Bezug auf die Unterhaltsleistungen zu ihrem zweiten Elternteil vor einer Stiefkindadoption somit in keiner Form rechtlich abgesichert. Auch wird es im Fall der Trennung der Eltern aufgrund der fehlenden Rechtsverhältnisse nicht zu einer gerichtlichen Anordnung von Unterhaltsbeiträgen kommen. Es handelt sich somit um eine gesetzliche Lücke, die zu einer erheblichen Benachteiligung für die betroffenen Kinder führt und die es aus Sicht des Diskriminierungsschutzes und des Kindeswohls unbedingt zu schliessen gilt.

2. Elterliche Sorge

a) In der eingetragenen Partnerschaft (Art. 27 Abs. 1 PartG)

Die eingetragene Partnerin bzw. der eingetragene Partner, die bzw. den kein Kindesverhältnis mit dem (oftmals gemeinsamen) Kind verbindet, hat während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft den rechtlichen Elternteil gemäss Art. 27 Abs. 1 PartG in der Ausübung der elterlichen Sorge falls nötig zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern.¹⁵³ Ihr oder ihm kommt aber die elterliche Sorge selbst nicht zu.¹⁵⁴ Das Vertretungsrecht umfasst lediglich Entscheidungen, die keinen Aufschub erlauben.¹⁵⁵ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der rechtliche Elternteil aufgrund von Krankheit oder Abwesenheit verhindert ist, jedoch unverzüglich gehandelt werden muss.¹⁵⁶ Bei der Vertretung muss der Partner oder die Partnerin nach dem erklärten oder mutmasslichen Willen des sorgeberechtigten Elternteils handeln. Der Letztere kann den Partner bzw. die Partnerin ausserdem bevollmächtigen, ihn in der Ausübung der elterlichen Sorge im rechtsgeschäftlichen Bereich zu vertreten (Art. 32 ff. OR). Es ist eine ausdrückliche oder konkludente Bevollmächtigung anzunehmen, wenn der Co-Elternteil regelmässig gewisse Aufgaben übernimmt und die dazugehörigen Entscheidungen trifft.¹⁵⁷ Die Befugnis ergibt sich somit bereits aus der zwi-

151 BGE 112 Ia 251, E. 4b; vgl. aber auch BGE 129 I 1, E. 3.2.4. Das Bundesgericht kam in diesem Entscheid im Fall einer langjährigen eheähnlichen Lebensgemeinschaft zum Schluss, dass es dem Stiefelter zugemutet werden kann, zumindest vorübergehend den unterhaltspflichtigen Partner zu unterstützen.

152 BaslerKomm/BREITSCHMID/FOUNTOULAKIS, Art. 278 ZGB, N 6.

153 FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 15 ff.

154 Kritisch dazu BÜCHLER, AJP 2004, 1175, 1184.

155 FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 16.

156 ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 17.

157 FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 17.

schen den Partnern bzw. zwischen den Partnerinnen gelebten Aufgabenteilung und stützt sich direkt auf die gesetzliche Bestimmung.¹⁵⁸ In schulischen oder medizinischen Angelegenheiten wird in der Praxis oftmals jedoch nur Auskunft erteilt, wenn eine explizite Vollmacht oder ein gerichtliches Feststellungsinteresse vorliegt.¹⁵⁹

Mit dem in Art. 27 Abs. 1 PartG enthaltenen Vorbehalt, wonach «die Elternrechte in jedem Fall gewahrt werden sollen», wird hervorgehoben, was ohnehin Geltung hat: Rechtsgeschäfte, bei denen ausdrücklich die Zustimmung der rechtlichen Eltern verlangt wird,¹⁶⁰ bleiben den Letzteren vorbehalten und können vom Partner oder von der Partnerin nicht wahrgenommen werden.¹⁶¹

Wird die eingetragene Partnerschaft aufgelöst, enden die Beistandspflicht und das Vertretungsrecht des Co-Elternteils.¹⁶² Die faktische Elternstellung des Partners oder der Partnerin wird nur im Rahmen eines allfälligen Anspruchs auf persönlichen Verkehr berücksichtigt, wobei der Co-Elternteil als «Dritter» gilt (Art. 274a ZGB).¹⁶³ Der Entzug der elterlichen Sorge gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil und die Ernennung des Co-Elternteils zur Vormundin oder zum Vormund des Kindes (Art. 327a ZGB) ist nur im Sinne einer Kindesschutzmassnahme (Art. 311 f. ZGB) möglich, wofür eine massive Gefährdung des Kindeswohls vorliegen müsste.¹⁶⁴ Auch fehlt die rechtliche Grundlage für ein gemeinsames Sorgerecht, wie sie bei einer Scheidung der Elternehe der Regelfall ist.¹⁶⁵

Die unbefriedigende Rechtslage vor einer Adoption kommt für gleichgeschlechtliche Paare mit gemeinsamen Kindern folglich insbesondere bei Auflösung der Partnerschaft zum Tragen. Gerade wenn die Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen oder gänzlich von der Co-Mutter oder dem Co-Vater übernommen wurde und dies auch nach der Trennung der Fall sein soll, fehlt es an einer rechtlichen Handhabe. In diesem Fall ist eine dem Kindeswohl entsprechende Regelung der elterlichen Sorge nicht gesichert.¹⁶⁶

Wird die Partnerschaft aufgrund des Todes des allein sorgeberechtigten Elternteils aufgelöst, kann vor einer Stiefkindadoption die elterliche Sorge aufgrund des

158 KuKo/CANTIENI/VETTERLI, Art. 299 ZGB, N 4.

159 GRÜTTER/SUMMERMATTER, FamPra.ch 2004, 449, 463.

160 Vgl. Art. 90 Abs. 2, Art. 260 Abs. 2, Art. 265a Abs. 1 ZGB, dazu: BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 299 ZGB, N 6.

161 Vgl. Art. 299 ZGB, BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 299 ZGB, N 6; GRÜTTER/SUMMERMATTER, FamPra.ch 2004, 449, 463 f. Der Vorbehalt wurde von den eidgenössischen Räten ergänzt, um den Bedenken entgegenzuwirken, dass ein Vater seine Elternrechte zugunsten der Lebenspartnerin der Mutter verlieren könnte, AmtlBull NR, 1820, 1822.

162 Zur Auflösung Art. 29 f. PartG.

163 Vgl. unten 3.

164 Vgl. dazu KuKo/CANTIENI/VETTERLI, Art. 299 ZGB, N 6; FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 21.

165 BÜCHLER, AJP 2004, 1184; FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 30.

166 In diesem Sinne auch FamKomm PartG/SCHWENZER, Art. 28 PartG, N 13.

fehlenden Kindesverhältnisses nicht auf den Co-Elternteil übertragen werden.¹⁶⁷ Hier liegt es im Entscheid der Kindesschutzbehörde, zu prüfen, ob die Einsetzung des Co-Elternteils als Vormundin oder Vormund (Art. 297 Abs. 2 ZGB, Art. 327a ZGB) im Sinne des Kindeswohls ist. Von Bedeutung ist im Rahmen dieser Prüfung jeweils, ob das Kind zur betreffenden Person eine Eltern-Kind-Beziehung aufgebaut hat, die es zu erhalten gilt.¹⁶⁸ Davon ist auszugehen, wenn das Paar gemeinsam seinen Kinderwunsch umgesetzt hat und ein rechtliches Kindesverhältnis nur zum verstorbenen Elternteil bestand.¹⁶⁹

Der Inhaber bzw. die Inhaberin der elterlichen Sorge hat ausserdem die Möglichkeit, über eine Sorgerechtsverfügung zu Lebzeiten festzuhalten, dass der Partner oder die Partnerin bei Tod oder Entzug der elterlichen Sorge als Vormund für das gemeinsame Kind eingesetzt werden soll (Art. 297 Abs. 2 ZGB). Eine entsprechende Willensäußerung ist für die Behörde nicht verbindlich, jedoch ein wichtiges Indiz für die Abklärung des Kindeswohls.¹⁷⁰

b) In der faktischen Lebensgemeinschaft

In der Lehre wird davon ausgegangen, dass die Regeln über die Vertretungsbefugnisse nach Art. 27 Abs. 1 PartG analog auch auf faktische gleichgeschlechtliche Partnerschaften anzuwenden sind, so, wie auch Art. 299 ZGB auf nicht eheliche verschiedengeschlechtliche Partner übertragen werden kann.¹⁷¹

3. *Persönlicher Verkehr*

a) Nach Aufhebung des Zusammenlebens bzw. Auflösung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 27 Abs. 2 PartG)

Nach Aufhebung des Zusammenlebens bzw. nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft kann die Kindesschutzbehörde¹⁷² gemäss Art. 27 Abs. 2 PartG unter

167 Die elterliche Sorge setzt ein rechtliches Kindesverhältnis voraus, BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 9; BaslerKomm/LIENHARD/AFFOLTER, Art. 327a ZGB, N 25 m. w. H.

168 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 ZGB, N 4; GRÜTTER/SUMMERMATTER, FamPra.ch 2004, 449, 465.

169 Botschaft PartG (Fn. 50), 1323; vgl. auch BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 ZGB, N 4 m. w. H.

170 FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 22; BaslerKomm/LIENHARD/AFFOLTER, Art. 327a ZGB, N 33, vgl. auch MEIER, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, ZVW 2001, 61 ff.; PETERHANS, Wunschvormund für seine Kinder festlegen?, AJP 2018, 3 ff.; dazu auch unten 5.

171 Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 299 ZGB, N 1.

172 Der Gesetzestext erwähnt die Vormundschaftsbehörde, die aber mit der Reform des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes durch die Kindesschutzbehörde ersetzt wurde, vgl. Art. 440 Abs. 3 ZGB, BG vom 19. Dezember 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in Kraft seit 1. Januar 2013 (AS 2011 725; BBl 2006 7001).

den Voraussetzungen von Art. 274a ZGB dem Co-Elternteil und dem Kind ein gegenseitiges Recht auf persönlichen Verkehr einräumen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.¹⁷³

Sachlich zuständig zur Anordnung des persönlichen Verkehrs nach Art. 27 Abs. 2 PartG ist die Kindesschutzbehörde. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn ein Verfahren betreffend Auflösung der eingetragenen Partnerschaft vor einem Zivilgericht hängig ist.¹⁷⁴

Anders als das Besuchsrecht des rechtlichen, nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteils, das nur eingeschränkt oder aufgehoben wird, wenn das Kindeswohl gefährdet ist,¹⁷⁵ wird der persönliche Verkehr zwischen «Stiefelternteil» und Kind nur festgelegt, wenn sich diese Kontakte positiv auf das Kind auswirken.¹⁷⁶ Neben dem Kindeswohl müssen zudem ausserordentliche Umstände vorliegen, die den Anspruch auf persönlichen Verkehr begründen.¹⁷⁷ Diese liegen zum nicht rechtlichen Elternteil in der eingetragenen Partnerschaft auf jeden Fall vor, wenn es sich um ein gemeinsam geplantes Kind handelt.¹⁷⁸ Eine gewachsene psychosoziale Eltern-Kind-Beziehung darf auch vermutet werden, wenn das Kind längere Zeit mit dem Partner oder der Partnerin des rechtlichen Elternteils in einer Hausgemeinschaft gelebt hat.¹⁷⁹ Umfang und Schranken des persönlichen Verkehrs ergeben sich sinngemäss aus Art. 273 und Art. 274 ZGB; massgebend dabei sollte die Betreuungssituation während der gelebten Partnerschaft sein.¹⁸⁰ Soweit sich der rechtliche Elternteil weigert, den persönlichen Verkehr zuzulassen, obschon das Kind ein Bedürfnis auf Weiterführung der Beziehung zum Co-Elternteil äussert, genügt dies allein nicht, um den

173 Vgl. FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 28, 33 ff.; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274a ZGB, N 2 ff.; Zum Anspruch des Kindes vgl. KILDE, Der persönliche Verkehr des Kindes mit Dritten, FamPra.ch 2012, 311, 321 ff.

174 Zur Kritik in der Lehre vgl. FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 44 ff. m.w.H. Gestützt auf die Kritik erachtete sich das Gericht in einem Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 3. September 2019 im Rahmen eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahme im Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft entgegen der Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 PartG für zuständig, auch das Besuchsrecht zwischen Co-Mutter und den Kindern der Partnerin zu regeln (Urteil wurde nicht publiziert).

175 Vgl. Art. 273 f. ZGB.

176 BGer, 16. 8. 2018, 5A_380/2018, E. 3.2, FamPra.ch 2018, 1051; BGer, 6. 4. 2017, 5A_990/2016, E. 2; BGer, 25. 5. 2009, 5A_100/2009, E. 2.3; ausführlich dazu: KILDE, FamPra.ch 2012, 311 ff.; BK ZGB-HEGNAUER, Art. 274a ZGB, N 15.

177 KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 274a ZGB, N 4.

178 Vgl. auch FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 29 ff.; Wyss, Der persönliche Verkehr Dritter: ein Recht auch für Kinder aus Fortsetzungsfamilien, FamPra.ch 2008, 494 ff.; vgl. auch Botschaft PartG (Fn. 50), 1345.

179 Vgl. dazu ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 19 f.

180 ZürcherKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 27 PartG, N 22 ff.

Anspruch nach Art. 27 Abs. 2 PartG abzulehnen. Der Wille des Kindes hat bei der Einräumung des Besuchsrechts vorrangige Bedeutung.¹⁸¹

Auch wenn das geltende Recht durch eine Auslegung von Art. 274a ZGB, die der gewachsenen Bindung Rechnung trägt, die Fortführung der Kontakte zwischen Co-Elternteil und Kind auch nach der Trennung der Eltern ermöglicht, werden doch die Behandlung dieses Elternteils als «Dritter»¹⁸² und die Ausgestaltung als Ausnahmeregelung insbesondere der gemeinsam geplanten Elternschaft nicht gerecht.

b) Nach Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft

Gemäss Praxis der Gerichte und Behörden kann über Art. 274a ZGB auch dem faktischen Stiefelternteil im Trennungsfall unter den oben beschriebenen Bedingungen ein Besuchsrecht eingeräumt werden,¹⁸³ da ausschlaggebend allein die enge Beziehung der «Drittperson» zum Kind ist, die auch nach einer Trennung aufrechterhalten bleiben soll.

4. Name des Kindes und Bürgerrecht

Die Normen zum Namen des Kindes unterscheiden nach dem Status der Eltern (verheiratet oder unverheiratet). Gemäss Art. 270a ZGB trägt das Kind unverheirateter Eltern den Ledignamen der Mutter. Haben sich zwei Frauen, die sich ihren Kinderwunsch gemeinsam erfüllen, bei der Eintragung der Partnerschaft für den Namen der nicht rechtlichen Co-Mutter entschieden,¹⁸⁴ wird das gemeinsame Kind vor einer Adoption nach Art. 270a ZGB den Ledignamen der Mutter tragen und somit anders als seine Eltern heissen. Es besteht jedoch gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB die Möglichkeit, ein Gesuch auf Namensänderung aus achtenswerten Gründen bei der Regierung des Wohnsitzkantons zu stellen. Diese liegen unter anderem vor, wenn das Kind zufolge der Regelung des Art. 270a ZGB einen anderen Namen als beide seiner Eltern hat, weil der namensgebende Elternteil nicht seinen Ledignamen führt.¹⁸⁵ In seiner jüngsten Praxis hat das Bundesgericht entschieden, dass im Grundsatz bereits das nachgewiesene Bedürfnis einer Übereinstimmung des Namens des Kindes mit demjenigen des Inhabers der elterlichen Sorge als achtenswerter Grund

181 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274a ZGB, N 6.

182 Vgl. Marginalie zu Art. 274a ZGB.

183 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274a ZGB, N 3.

184 Gemäss Art. 12a PartG behalten die Partner grundsätzlich ihren Namen bei Eintragung der Partnerschaft (Abs. 1). Sie können sich aber auch für einen gemeinsamen Namen entscheiden (Abs. 2).

185 Vgl. dazu BaslerKomm/BÜHLER, Art. 270a ZGB, N 16, Art. 30 ZGB, N 10. Es kann unter Umständen einfacher bzw. sogar angezeigt sein, bei (insbesondere älteren) Kindern einem schon während des Pflegeverhältnisses angestrebten Namensänderungsgesuch zu entsprechen, um nicht nach einer Adoption die Weiterführung eines bereits eingelebten früheren Namens bewilligen zu müssen, vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 267a ZGB, N 2.

anzusehen sei und zur Namensänderung nicht mehr vorausgesetzt werden könne, dass konkrete und ernsthafte Nachteile drohen.¹⁸⁶

Gemäss Art. 271 ZGB erhält das Kind das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Elternteils, dessen Namen es trägt.¹⁸⁷

5. *Tragweite vertraglicher Vereinbarungen*

Die aufgezeigten Lücken in Bezug auf die Regelung der Kinderbelange werden von gleichgeschlechtlichen Paaren häufig mithilfe von Partnerschaftsvereinbarungen abgedeckt. Bereits in der Botschaft zum PartG wurde festgehalten, dass die Parteien weitgehend frei sind, den Inhalt ihrer Partnerschaft vertraglich zu gestalten.¹⁸⁸ Die Partnerschaftsvereinbarung bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form. Aus beweisrechtlichen Gründen drängt sich die Schriftform jedoch auf. Wird ein Inventar in den Vertrag aufgenommen (Art. 20 PartG) oder handelt es sich um einen Vermögensvertrag, sind gemäss Art. 25 PartG zwingend die Formerfordernisse der öffentlichen Beurkundung einzuhalten. Hat die Verfügung testamentarischen oder gar erbvertraglichen Charakter, sind die Formerfordernisse von Art. 499 ff. ZGB bzw. 512 ZGB zu beachten.

Gegenstand der Vereinbarungen können der gemeinschaftliche Wille zur Zeugung der gemeinsamen Kinder, die Pflege, der Unterhalt, die Betreuung sowie auch die Namenswahl sein.¹⁸⁹ Dabei können Fragen der Mitverantwortung und des Mitspracherechts des Co-Elternteils im Rahmen der elterlichen Sorge von Bedeutung sein,¹⁹⁰ sowie Fragen zum gegenseitigen Vertretungsrecht, so auch im Fall der Unfähigkeit des Elternteils, sich um das Kind zu kümmern. Weiter sind die Beiträge an den Geldunterhalt und die Pflege und Erziehung des Kindes wichtige Punkte. Für den Fall einer möglichen Auflösung der Partnerschaft wird häufig auch eine Vereinbarung über die Rechte zur Weiterführung des persönlichen Kontakts zwischen dem Co-Elternteil und dem Kind getroffen.¹⁹¹

Die Verbindlichkeit der Vereinbarung im Konfliktfall hängt von der Rechtsnatur der vereinbarten Rechte und Pflichten ab: Von der Co-Mutter oder vom Co-Vater vertraglich übernommene Beiträge an den Unterhalt des gemeinsam geplanten Kin-

186 BGE 140 III 577, E. 3.3.4, ausführlich dazu CHK/ZEITER/SCHLUMPF, Art. 270a ZGB, N 22 f. m. w. H.

187 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 271 ZGB, N 4.

188 Botschaft PartG (Fn. 50), 1343.

189 Vgl. dazu FamKomm PartG/LIATOWITSCH, Teil 3, Musterverträge, N 17, N 57 ff., N 127 ff., m. w. H., sowie KGer BL, 26.9.2017, 400 17 204.

190 FamKomm PartG/LIATOWITSCH, Teil 3, Musterverträge, N 68.

191 Vgl. zum Partnerschaftsvertrag im weiteren Sinne MATEFI/LIATOWITSCH, Eingetragene Partnerschaften: Vermögens- und Partnerschaftsverträge, FamPra.ch 2006, 177 f., 180 ff.

des sind u. E. als gerichtlich durchsetzbare Ansprüche zu betrachten.¹⁹² Vertragliche Abmachungen in Bezug auf den persönlichen Verkehr werden von der zuständigen Kindesschutzbehörde im Rahmen von Art. 274a ZGB im Lichte des Kindeswohls geprüft.¹⁹³ Auch im Todesfall oder bei Entzug der elterlichen Sorge sind Vereinbarungen im Sinne einer Sorgerechtsklärung für die Kindesschutzbehörde aufgrund der *Offizialmaxime* nicht verbindlich.¹⁹⁴

Erfüllt sich ein Frauenpaar seinen Kinderwunsch mithilfe einer Samenspende, werden mit dem Spender oftmals Vereinbarungen aufgestellt, die auf den Verzicht der Einklagung von Unterhaltsbeiträgen lauten, sowie umgekehrt auf den Verzicht, eine rechtliche Elternstellung einnehmen zu wollen. Hierzu ist festzuhalten, dass entsprechende Vereinbarungen aufgrund der zwingenden Natur der kindesrechtlichen Unterhaltspflicht und ihre unbedingte Anknüpfung an das rechtliche Kindesverhältnis rechtlich nicht durchsetzbar sind. In der Praxis werden häufig Schuldübernahmeverträge zwischen dem Co-Elternteil und dem Samenspender geschlossen.¹⁹⁵ Wird die Auflösung der Partnerschaft als vertraglicher Beendigungsgrund für den Leistungsvertrag zwischen dem Co-Elternteil und dem Dritten qualifiziert, also in diesem Fall dem Erzeuger, so ist sich die Lehre einig, dass sich entsprechende Vereinbarungen nicht zulasten des Kindes auswirken dürfen. Das Kind kann gegen den leiblichen Elternteil für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung auf Unterhalt klagen (Art. 279 ZGB). In diesem Fall ist ausserdem von einer vertraglich übernommenen Unterhaltspflicht des Co-Elternteils auszugehen, die als Ausfluss der Verantwortungsübernahme für das Kind zu betrachten ist. Es handelt sich dabei nicht (nur) um eine Beistandspflicht gegenüber dem Partner, und die Leistungen dienen nicht nur der Kompensation unzureichender Beiträge des primär unterhaltspflichtigen rechtlichen Elternteils.¹⁹⁶

Für den Fall des Versterbens des rechtlichen Elternteils oder des Eintritts einer Urteilsunfähigkeit sehen gleichgeschlechtliche Paare oftmals sogenannte Sorgerechtsverfügungen bzw. Vorsorgevollmachten und erbvertragliche Vereinbarungen vor, um die gesetzlichen Lücken zu schliessen. Beim Vorversterben des rechtlichen Elternteils wird gewünscht, dass der faktische Elternteil als Vormund für das Kind eingesetzt wird, und für den Fall des Vorversterbens des Co-Elternteils soll das Kind erb-

192 Vgl. den analogen, vom deutschen Bundesgerichtshof entschiedenen Fall BGH, 23.9.2015, XII ZR 99/14: Den gemeinsam mit der Mutter in die heterologe Insemination mit Spendersamen einwilligenden Mann trifft für das daraus hervorgegangene Kind eine vertragliche Unterhaltspflicht, auch wenn er nicht mit der Mutter verheiratet ist und das Kind nicht anerkannt hat.

193 Vgl. oben 3.

194 Vgl. oben 2.

195 Wird die Erfüllung der Unterhaltspflicht durch eine Drittperson erfüllt, kann der leibliche Elternteil von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Kind rechtsgültig befreit werden, vgl. zum Schuldübernahmevertrag: FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 11 f., sowie FamKomm PartG/LIATOWITSCH, Teil 3, Musterverträge, N 127 ff.

196 FamKomm PartG/BOOS-HERSBERGER/BÜCHLER, Art. 27 PartG, N 12.

rechtlich begünstigt werden.¹⁹⁷ Diese Verträge können in gewissen Kantonen bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) hinterlegt werden. In Bezug auf die Bezeichnung des Co-Elternteils als Vormundin oder Vormund erlangen die Partnerschaftsvereinbarungen aufgrund der Offizialmaxime aber keine rechtliche Verbindlichkeit.¹⁹⁸ Aufgrund des fehlenden Kindesverhältnisses ergeben sich somit offene Fragen bzw. Nachteile, die auch nicht mit privatrechtlichen Vereinbarungen ausgeglichen werden können.

V. Die Stiefkindadoption und ihre Wirkungen

Entscheidet sich ein gleichgeschlechtliches Paar für eine gemeinsame Elternschaft, fehlt es nach geltendem Recht an einer Möglichkeit, ein originäres rechtliches Kindesverhältnis zwischen dem Co-Elternteil und dem Kind zum Zeitpunkt der Geburt zu begründen. Ein Kindesverhältnis kann nur mittels einer Stiefkindadoption erwirkt werden. Seit dem Jahr 2018 ist die Stiefkindadoption auch in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften möglich, gleichgültig ob die Partnerinnen oder Partner in eingetragener Partnerschaft leben (vgl. Art. 264c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, Art. 27a PartG) oder in einer faktischen Lebensgemeinschaft (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Im Folgenden sollen die Voraussetzungen der Stiefkindadoption, das Adoptionsverfahren und die Wirkungen der Adoption im Überblick dargestellt werden. Es wird dabei deutlich, dass auch bei gemeinsam geplanter Elternschaft auf dem Weg zur Adoption zahlreiche Hürden zu bewältigen sind.

1. Voraussetzungen der Stiefkindadoption

a) Kindeswohl (Art. 264 Abs. 1 ZGB)

Zunächst verlangt Art. 264 ZGB, wie auch Art. 3 AdoV¹⁹⁹, dass die Adoption aufgrund der gesamten Umstände dem gegenwärtigen und zukünftigen Kindeswohl dient. Der Massstab ist der Gleiche, unabhängig davon, ob es sich um eine Stiefkind-, Verwandten- oder Fremdkindadoption handelt: Dem Kind sollen in allen Entwicklungsstadien bis hin zum Erwachsenenalter eine gedeihliche psychische und physische Entfaltung sowie die Bildung tragfähiger emotionaler Bindungen ermöglicht werden. Es soll unter adäquaten wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen aufwach-

197 Formerfordernisse in Art. 499 ff. bzw. in Art. 512 ZGB geregelt. Vgl. ausführlich zum Ganzen inklusive Vertragsmuster FamKomm PartG/LIATOWITSCH, Teil 3, Musterverträge, N 17, N 57 ff.

198 Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 297 ZGB, N 4, sowie LIENHARD/AFFOLTER, Art. 327a ZGB, N 25; sowie oben 2.

199 Verordnung vom 29. Juni 2011 über die Adoption (Adoptionsverordnung, AdoV), SR 211.221.36.

sen und eine optimale Erziehung und Förderung geniessen können.²⁰⁰ Die Prüfung des Kindeswohls verlangt die Anwendung eines strengen Prüfungsmassstabs und eine individuelle Betrachtung des Einzelfalls.²⁰¹ Massgebliche Faktoren sind der Kindeswille, die Förderung seiner geistigen, körperlichen und sozialen Entwicklung und sein seelisches Wohlbefinden, die gesundheitliche Sorge, die elterliche Fürsorge und Zuneigung, die emotionalen inneren Bindungen, sowie auch die Aufrechterhaltung einer gewachsenen Eltern-Kind-Beziehung.²⁰² Sodann darf eine Adoption andere leibliche oder adoptierte Kinder der oder des Adoptierenden nicht unbillig zurücksetzen.²⁰³

Die Entwicklung von Kindern mit gleichgeschlechtlichen Eltern wird seit 40 Jahren erforscht. Die Studien zeigen, dass sie genauso gut verläuft wie bei Kindern aus Familien mit heterosexuellen Eltern. Entscheidend für das Befinden der Kinder sind die Beziehungsqualität zu den Eltern sowie das Klima in der Familie. Wichtig für die Kinder ist die Verfügbarkeit von mindestens einer konstanten Bezugsperson, die dem Kind emotionale Wärme und Halt gibt, ein tragfähiges soziales Umfeld schafft und es in seiner individuellen Entwicklung unterstützt.²⁰⁴ Mit der Revision des Adoptionsrechts und der Öffnung der Stiefkindadoption auch für gleichgeschlechtliche Paare wurde auf Gesetzesebene anerkannt und auch festgehalten, dass das Aufwachsen mit gleichgeschlechtlichen Eltern dem Kindeswohl nicht entgegensteht. Für anderslautende Vorurteile würde jegliche wissenschaftliche Grundlage fehlen.²⁰⁵

b) Pflegeverhältnis (Art. 264 Abs. 1 ZGB)

Ein minderjähriges Kind kann gemäss Art. 264 ZGB adoptiert werden, wenn ihm die adoptierende Person während wenigstens eines Jahres Pflege und Erziehung zukommen liess. Minderjährigkeit definiert sich e contrario aus Art. 14 ZGB und muss zum Zeitpunkt des Adoptionsgesuchs vorliegen (Art. 268 Abs. 3 ZGB).²⁰⁶ Das

200 GLOOR/UMBRICHT, Teil 4, Kinderbelange, N 11.80, in: FOUNTOLAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDEBOST/STECK, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2016.

201 Im Rahmen der Abklärung der sozialen Umstände und der Eignungsprüfung der adoptionswilligen Person (Art. 268a ZGB und Art. 5 Abs. 2 lit. d Ziff. 1 und 2 AdoV) findet die Kindeswohlprüfung statt, BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB, N 18 ff.; vgl. zum Verfahren V.2.

202 Zum Begriff des Kindeswohls im Kontext der Adoption ausführlich PFAFFINGER, Geheime und offene Formen der Adoption: Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zürich 2007, Rz. 75 ff.; vgl. auch BaslerKomm/BREITSCHMID 264 ZGB, N 18; COPUR (Fn. 47), 16.

203 KuKo ZGB/PFAFFINGER, Art. 264 ZGB, N 6.

204 Vgl. für eine Übersicht zu den Forschungsergebnissen NAY (Fn. 9), 1 ff.

205 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 910, 916, m. w. H. auf NAY, Forschungsergebnisse zu gleichgeschlechtlichen Familien/«Regenbogenfamilien» (Zusammenfassung), Basel 2011, 1 ff.; DETHLOFF, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, 195 ff., 199.

206 Vgl. unten 2. b.

mindestens einjährige Pflegeverhältnis bedingt grundsätzlich eine im Alltag gelebte Hausgemeinschaft, die jedoch nicht ununterbrochen anzudauern hat.²⁰⁷ Es handelt sich dabei um eine Art «Probezeit», mit dem Ziel, ein tragfähiges sozialpsychisches Verhältnis zwischen dem Adoptivelternteil und dem Kind aufzubauen.²⁰⁸ Auch Kinder, die in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft geboren werden, müssen zunächst ein Jahr mit dem Co-Elternteil zusammenleben, bevor überhaupt ein Adoptionsgesuch eingereicht werden kann.

c) Altersbeschränkungen (Art. 264 Abs. 2 ZGB) und Altersunterschied (Art. 264d ZGB)

Eine Adoption ist nur möglich, wenn die adoptionswillige Person aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse für das Kind voraussichtlich bis zu dessen Volljährigkeit sorgen kann (Art. 264 Abs. 2 ZGB).²⁰⁹ Zwischen dem Adoptivkind und dem zukünftigen Adoptivelternteil muss bei Einleitung des Adoptionsverfahrens zudem ein Altersunterschied von mindestens 16 und höchstens 45 Jahren vorliegen (Art. 264d Abs. 1 ZGB). Die Frage des Altersunterschieds wurde mit der jüngsten Revision des Adoptionsrechts flexibler geregelt.²¹⁰ So wurde auf eine starre Altersgrenze verzichtet, um im Einzelfall zugunsten des Kindeswohls entscheiden zu können.²¹¹ Eine Abweichung vom genannten Altersspektrum ist ausnahmsweise möglich, wenn sie im Interesse des Kindeswohls geboten erscheint.²¹² Die Erfüllung der Adoptionsvoraussetzungen durch die adoptierende Person wird im Rahmen der Eignungsabklärung überprüft.²¹³

d) Partnerschaft und gemeinsamer Haushalt (Art. 264c ZGB)

Eine Person darf gemäss der Bestimmung zur Stiefkindadoption (Art. 264c ZGB) das Kind adoptieren, mit dessen Mutter oder Vater sie verheiratet ist (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), in eingetragener Partnerschaft lebt (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt (Art. 264c Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Damit eine Stiefkindadoption möglich ist, muss das Paar gemäss Art. 264c Abs. 2 ZGB seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen. Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft dürfen weder verheiratet noch durch eine ein-

207 CHK ZGB-BIDERBOST, Art. 264 ZGB, N 20, und Art. 268a ZGB, N 5 f.

208 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB, N 7, N 13.

209 Nicht ganz zu Unrecht kritisch REUSSER (Fn. 6), 435 f., wonach die Bestimmung aufgrund der Regeln zum Höchstaltersunterschied überflüssig ist.

210 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264d ZGB, N 1.

211 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 924 ff.

212 Der EGMR erachtet diese differenzierte Beurteilung als zulässig, vgl. EGMR, *Schwizgebel gegen die Schweiz*, Nr. 25762/07, Urteil vom 10. 6. 2010; vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 895; PAPAUX, FS Baddeley, 187, 213.

213 Art. 268a ZGB; Art. 5 Abs. 2 lit. d Ziff. 1 und 2 AdoV; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB, N 18 f.; vgl. auch unten 2. c.

getragene Partnerschaft gebunden sein (Abs. 3). Trennen sich der rechtliche und der soziale Elternteil vor Einreichung des Adoptionsgesuches oder während des Adoptionsverfahrens, ist eine Adoption ausgeschlossen. Im Fall des Versterbens oder des Eintritts der Urteilsunfähigkeit bei der adoptionswilligen Person nach Einreichung des Adoptionsgesuches wird das Verfahren nicht unterbrochen.

Die Anforderung des gemeinsamen Haushalts wirkt sich für Kinder mit gleichgeschlechtlichen Eltern, die sich vor oder während des Adoptionsverfahrens trennen, nachteilig aus. Die einzige Möglichkeit, ein Kindesverhältnis zum faktischen Elternteil einzugehen, wird ihnen verwehrt. Damit werden die betroffenen Kinder im Vergleich zu Kindern mit verschiedengeschlechtlichen Eltern rechtlich benachteiligt. De lege ferenda sollte eine Stiefkindadoption für diese Familienkonstellationen trotzdem möglich sein, bzw. es müsste eine Lösung gefunden werden, die eine rechtliche Absicherung der Eltern-Kind-Beziehung auf andere Weise ermöglicht.²¹⁴

e) Zustimmung des urteilsfähigen Kindes (Art. 265 ZGB)

Gemäss Art. 265 Abs. 1 ZGB ist die ausdrückliche Zustimmung des urteilsfähigen Kindes zur Adoption notwendig. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) unter gewöhnlichen Umständen ab dem 14. Altersjahr gegeben, kann aber in Bezug auf die Adoption auch bereits früher, das heisst ab dem 10. Altersjahr, vorliegen.²¹⁵ Die Urteilsfähigkeit wird von der Adoptionsbehörde im Rahmen der Anhörung des Kindes (Art. 268^{bis} ZGB) beurteilt.²¹⁶ Auch jüngere Kinder sind aber ihrem Alter entsprechend in das Adoptionsverfahren einzubeziehen und in angemessener Weise zu ihrer Adoption anzuhören.²¹⁷

f) Zustimmung des anderen rechtlichen Elternteils (Art. 265a–265d ZGB)

Gemäss Art. 265a ZGB müssen grundsätzlich die Zustimmungen derjenigen Personen vorliegen, die in einem rechtlichen Kindesverhältnis zum adoptierenden Kind stehen. Gemäss Art. 265a Abs. 1 ZGB sind das die rechtliche Mutter und, wo ein solcher vorhanden ist, auch der rechtliche Vater des Kindes. Es handelt sich dabei um ein höchstpersönliches Recht der Eltern, das mit dem Tod erlischt.²¹⁸ Zuständig für die Entgegennahme der Zustimmungserklärungen ist die Kinderschutzbehörde am Wohnsitz oder Aufenthaltsort des zustimmungsberechtigten Elternteils oder des Kindes. Die Zustimmung muss ausdrücklich, mündlich oder schriftlich er-

214 Vgl. auch Reusser (Fn. 6), 439. Vgl. auch den Erfahrungsbericht unter <https://www.regenbogenfamilien.ch/stiefkindadoption/#Erf3> (10.3.2021); vgl. zu alternativen Lösungen auch unten VII.

215 BGE 119 II 4; BGE 107 II 22; BaslerKomm/FANKHAUSER, Art. 16 ZGB, N 20.

216 Vgl. dazu unten 2. d.

217 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 265 ZGB, N 7; vgl. dazu unten 2. d.

218 BaslerKomm/FANKHAUSER, Art. 19c ZGB, N 5.

folgen und ist zu protokollieren (Art 265a Abs. 2 ZGB). Eine Begründung für eine Zustimmung oder eine Zustimmungsverweigerung ist nicht zwingend. Die Zustimmung kann frühestens sechs Wochen nach der Geburt erfolgen (Art. 265b Abs. 1 ZGB) und innert sechs Wochen nach erteilter Erklärung auch widerrufen werden (Art. 265b Abs. 2 ZGB).²¹⁹ Von der Zustimmung kann abgesehen werden, wenn die Einholung dieser objektiv unmöglich ist. So etwa, wenn ein Elternteil unbekannt, seit mehr als zwei Jahren mit unbekanntem Aufenthalt abwesend oder dauernd urteilsunfähig ist (Art. 265c ZGB). Ob von der Zustimmung abgesehen werden kann, entscheidet die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes (Art. 265d ZGB).

Grundsätzlich unbekannt sind insbesondere biologische Eltern, zu denen noch kein Kindesverhältnis im Rechtssinne hergestellt ist.²²⁰ Bei gemeinsam geplanter Elternschaft eines Frauenpaares ist eine Zustimmung des privaten Samenspenders zur Adoption daher nicht notwendig, wenn kein Kindesverhältnis besteht. Ist der genetische Vater den Behörden bekannt, so geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber grundsätzlich davon aus, dass dieser über die geplante Adoption informiert werden soll, damit er durch Anerkennung sein Zustimmungsrecht erwerben kann.²²¹ Ist der genetische Vater den Behörden hingegen unbekannt, lässt sich u. E. aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung²²² keine Pflicht zu behördlichen Nachforschungen zur Identität des privaten Samenspenders ableiten. Unzulässig wäre es auch, als Bedingung für die Adoption die Auskunft über die Identität des Samenspenders oder gar einen Nachweis über seine genetische Vaterschaft zu verlangen. Die Behörde sollte vielmehr ihre Bestrebungen darauf richten, dass die Informationen zur Identität des Samenspenders so hinterlegt werden, z. B. bei einer Notarin oder einem Notar, dass sie für das Kind verfügbar sind, sobald es sein Kenntnisrecht geltend machen möchte.²²³ Eine behördliche Dokumentation der Informationen ist nicht notwendig.

De lege ferenda könnte eine Regelung zum ausdrücklichen vorgeburtlichen Verzicht auf eine rechtliche Elternstellung durch den biologischen Vater die heute in der Praxis bestehenden Unsicherheiten beheben. Denkbar wäre beispielsweise, dass der Samenspender in einer Vereinbarung mit den beiden Müttern auf das Kindesverhältnis und damit auf das Zustimmungsrecht anlässlich der Adoption verzichten könnte.²²⁴

219 Vgl. dazu CHK ZGB-BIDERBOST, Art. 265a–d ZGB, N 5 ff.

220 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 265c ZGB, N 2; BK-HEGNAUER, Art. 265c ZGB, N 9 f., und Art. 265d ZGB, N 3 und N 3c; MEIER/STETTLER (Fn. 90), N 360; PAPAUX, FS Baddeley, 195; REUSSER (Fn. 6), 443. A. A.: WEIMAR, Die Zustimmung der Eltern zur Adoption, ZVW 2001, 124, 131.

221 BGE 137 I 154, E. 3.3.1; BGE 113 Ia 271, 275, E. 6 f.

222 Vgl. dazu unten 2. e.

223 Vgl. dazu unten 2. e.

224 Vgl. dazu unten VII.

2. Adoptionsverfahren i. e. S. (Art. 268 f. ZGB)

Die Stiefkindadoption wird von den kantonalen Behörden am Wohnsitz der adoptionswilligen Person durchgeführt (Art. 268 Abs. 1 ZGB). Dementsprechend regeln die Wohnsitzkantone den Ablauf des Verfahrens und die Zuständigkeit individuell.²²⁵ Teilweise wird die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde mit dieser Aufgabe betraut. In anderen Kantonen handelt es sich um die Fachstelle für Pflegekinder oder aber auch um Gerichtsbehörden. Gestützt auf die Untersuchung der wesentlichen Umstände (Art. 268a ZGB), der sogenannten *enquête sociale*²²⁶, hat die Behörde das Vorliegen der Voraussetzungen der Stiefkindadoption zu prüfen. Dazu gehört in formeller Hinsicht ein gültiges Adoptionsgesuch, eingereicht durch eine urteilsfähige, adoptionswillige Person (Art. 268 Abs. 1 ZGB). In sachlicher Hinsicht muss das Kindeswohl gewahrt sein, und in zeitlicher Hinsicht müssen die Voraussetzungen in Bezug auf das Alter des Kindes (Art. 264 bzw. Art. 266 ZGB), den Mindestaltersunterschied (Art. 264d ZGB), die Partnerschafts- bzw. Beziehungsdauer und das Mindestalter beim Adoptierenden (Art. 264c ZGB) erfüllt sein. Weiter müssen die Zustimmungen des Kindes (Art. 265 Abs. 1 ZGB), der Eltern (Art. 265a und Art. 265b ZGB) vorliegen oder Umstände (Art. 265c ZGB) bzw. der Entscheid der KESB (Art. 265d Abs. 1 ZGB), die es erlauben, davon abzusehen.

a) Unterschiede in der Praxis der kantonalen Adoptionsbehörden

Die zuständigen kantonalen Adoptionsbehörden sind seit der Öffnung der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im Januar 2018 mit Familienkonstellationen betraut, die sich von den Patchwork-Konstellationen unterscheiden, die üblicherweise zu einer Stiefkindadoption führen, und entsprechend neue Fragen in Bezug auf das Verfahren aufwerfen.

Die Praxis der Adoptionsbehörden ist noch nicht empirisch untersucht, aber Schilderungen von gleichgeschlechtlichen Elternpaaren, die seit Januar 2018 eine Stiefkindadoption beantragt haben, weisen auf grosse Praxisunterschiede hin. Die Verfahrenshürden scheinen in gewissen Kantonen höher zu sein als in anderen. Ausserdem wird berichtet, dass es den Behörden – jedenfalls kurz nach Einführung des neuen Rechts – teilweise an Wissen bezüglich der unterschiedlichen Formen von Regenbogenfamilien fehlte. Die kantonalen Behörden seien noch häufig davon ausgegangen, dass die Kinder aus früheren heterosexuellen Beziehungen stammen und

²²⁵ Die zentrale Behörde im Adoptionswesen jedes einzelnen Kantons und deren Kontaktangaben finden sich unter Bundesamt für Justiz, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/adoption/zentralbehörden.pdf> (26.5.2020).

²²⁶ Vgl. dazu unten c.

waren sich über die grosse Bedeutung gemeinsam geplanter Elternschaft nicht im Klaren.²²⁷

Unterschiede zeigen sich auch hinsichtlich der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zu den Anforderungen, die an die adoptionswillige Person gestellt werden.²²⁸ Die Abklärungen zur Familiensituation und Eignung der adoptionswilligen Person seien unterschiedlich intensiv, und die Anzahl der Hausbesuche und Befragungen der Kinder variierten ebenfalls.²²⁹ Entsprechend sei das Verfahren in manchen Kantonen innerhalb eines Jahres abgewickelt, in anderen Kantonen dauere es bis zu 18 Monate oder länger.²³⁰

b) Einleitung des Verfahrens mittels Adoptionsgesuch (Art. 268 ZGB)

Eingeleitet wird das Adoptionsverfahren i. e. S. durch das Adoptionsgesuch unter Beilage sämtlicher Belege.²³¹ Das Adoptionsgesuch ist bei der für Adoptionen zuständigen zentralen Behörde des Kantons einzureichen, in dem die Familie ihren Wohnsitz hat (Art. 268 Abs. 1 ZGB); die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht. Die Behörde nimmt das Verfahren anhand, wenn die zeitlichen Voraussetzungen²³² erfüllt sind, ansonsten ist das Gesuch abzuweisen (Art. 268 Abs. 2 ZGB).²³³ Kommt es zu Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse während des Verfahrens, so sind diese beim Entscheid über die Adoption insoweit zu berücksichtigen, als sie geeignet sind, das Kindeswohl zu beeinflussen. Der Tod oder der Eintritt der Urteilsunfähigkeit der adoptierenden Person während eines gültig anhängig gemachten Verfahrens hindern eine Adoption nicht, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 268 Abs. 3 ZGB).

227 «Regenbogenfamilien sorgen für Adoptionsboom – Hürden gibt es jedoch weiterhin», Aargauer Zeitung, 23. April 2018.

228 Vgl. dazu V. 1.

229 Im Kanton Zürich brauchte es laut einem Bericht der NZZ für das Dossier zum Adoptionsantrag einer Familie mit zwei Kindern rund 22 verschiedene Bestätigungen, die nicht älter als zwei Monate sein durften – zusammen mit den Formularen für die beiden Kinder waren es schliesslich 42 Dokumente. Es fanden diverse Hausbesuche und mehrmalige Befragungen der Kinder statt. Allein für das Adoptionsverfahren gab die Familie 5000 Franken aus, hinzu kamen weitere Kosten für die Beratungen und sehr viel zeitlicher Aufwand, vgl. BRÜGGER, In der Krise wiegt die Ungleichbehandlung homosexueller Paare umso schwerer, NZZ vom 2. Juni 2020. Zur kantonalen Praxis in Bezug auf die Eignungsprüfung vgl. insbesondere auch unten c.

230 FUSSINGER/KAPFERER, La situation juridique des familles homoparentales, REISO, Revue d'information sociale, 20. Dezember 2018, <https://www.reiso.org/document/3843> (7.6.2020).

231 KuKo/PFAFFINGER, Art. 268 ZGB, N 2.

232 Vgl. oben 1. c.

233 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 268 ZGB, N 11.

c) Untersuchung der wesentlichen Umstände und Eignungsabklärung
(Art. 268a ZGB und Art. 5 AdoV)

Gemäss Art. 268a ZGB sind alle bedeutenden Aspekte im Hinblick auf die Prüfung des Kindeswohls sorgfältig und umfassend abzuklären, sofern nötig unter Beizug von Sachverständigen. Der adoptionswillige Elternteil hat sich insbesondere einer Eignungsabklärung zu unterziehen.²³⁴ Dabei wird geprüft, ob der künftige Adoptivelternteil in Bezug auf seine Persönlichkeit, Gesundheit, zeitlichen Ressourcen, wirtschaftliche Lage und erzieherische Eignung sowie Wohnverhältnisse für gute Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes Gewähr bieten kann.²³⁵ Ist das zu adoptierende Kind bereits über vier Jahre alt, so werden an die Eignung der adoptionswilligen Person erhöhte Anforderungen gestellt (Art. 5 Abs. 3 AdoV). Abzustellen ist auf eine individuelle Würdigung des Einzelfalls. Dabei können die genannten Kriterien je nach den Umständen, wie etwa dem Alter des Kindes oder dem kulturelle Umfeld, unterschiedlich ins Gewicht fallen. In Bezug auf die Persönlichkeit stehen Lebenserfahrung und Charakter im Vordergrund; Ausbildung und Lebensumstände sind ausserdem von Bedeutung. Abzuklären sind auch die Beweggründe für den Adoptionswunsch.²³⁶

Das Verfahren untersteht der Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime, und das Vorgehen hat den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen zu folgen.²³⁷ Die Adoptionsbehörde kann im Rahmen der Untersuchung somit Befragungen durchführen, Berichte einholen, Begutachtungen durch Fachpersonen erstellen lassen oder auch sachverständige Dritte (z.B. Lehr- oder Betreuungspersonen) beiziehen.

Die konkreten Anforderungen, die an die adoptionswillige Person gestellt werden, sowie auch der Umfang der Prüfung, sind nach Wohnsitzkanton und insbesondere auch Sprachregion sehr unterschiedlich:²³⁸ So müssen die Paare Dossiers bzw. «Bewerbungsmappen» einreichen, die teils notariell beglaubigte Dokumente enthalten müssen. Darunter fallen Geburtsurkunden, Ausweispapiere, ärztliche Atteste, umfangreiche gesundheitliche Befragungen, die vom Hausarzt in einem mehrseitigen Formular ergänzt werden müssen; Strafregister und Betreuungsauszug, Offenlegung der finanziellen Verhältnisse, schriftliche Stellungnahme zu den Beweggründen der Adoption. Ausserdem muss eine Biografie der adoptierenden Person sowie des Kindes verfasst werden, hierbei werden teilweise auch religiöse und politische

234 S. a. Art. 5 Abs. 2 lit. d AdoV, BaslerKomm/HEGNAUER, Art. 268 ZGB, N 33 ff.

235 Vgl. Art. 268a Abs. 2 ZGB.

236 Vgl. dazu insbesondere BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 268a ZGB, N 4 ff.

237 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 268 ZGB, N 8, Art. 268a ZGB, N 11 ff. Verfahrensmängel können zur Anfechtung nach Art. 269a Abs. 1 ZGB führen.

238 So auch FUSSINGER/KAPFERER (Fn. 230), 1 ff.

Ansichten erfragt.²³⁹ Nach verlangter Entbindung von Arzt- und/oder Amtsgeheimnis werden Erkundigungen z. B. bei Polizei, Psychiatrie, Zivilgericht, KESB und Steuerbehörde eingeholt. Häufig erfolgen im Anschluss mehrere Gespräche, Hausbesuch(e) bei der Familie durch die zuständige Behörde, bei denen Fragen zur Biografie, zur aktuellen Lebenssituation, zur Partnerschaft, zur Beziehung zum Kind, zum Erziehungsstil und zu den gelebten Werten gestellt werden. Sämtliche Informationen werden sodann einem Gutachten zugeführt, das eine Einschätzung zur Eignung als Elternteil beinhaltet.

Gleichgeschlechtliche Paare befinden sich während dieser Zeit in einer Begutachtungssituation, die oft als unangenehm beschrieben wird. Das Verfahren an sich wird von den Eltern als teilweise stark belastend erlebt. Häufig fühlen sie sich als Familie nicht wahrgenommen und anerkannt.²⁴⁰ In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass nach dem oben Gesagten²⁴¹ bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft das Kindeswohl im Rahmen des Adoptionsverfahrens keinesfalls nach dem Bewertungsmassstab einer als «normal» betrachteten Familie mit verschiedengeschlechtlichen Eltern zu beurteilen ist. Fragen, die einen negativen Einfluss der gleichgeschlechtlichen Lebensweise der Eltern auf die kindliche Entwicklung implizieren und die den Eltern im Rahmen der Untersuchung oder dem Kind anlässlich der Anhörung gestellt werden, wären herabwürdigend und unzulässig.

d) Anhörung (Art. 268a^{bis} ZGB) und Vertretung (Art. 268a^{ter} ZGB) des Kindes

Art. 12 UN-KRK garantiert das Recht des Kindes auf Anhörung in allen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren, die es persönlich betreffen. Mit der Revision des Adoptionsrechts wurde die Anhörung des Kindes neu ausdrücklich in Art. 268a^{bis} ZGB geregelt.²⁴² Gemäss der Bestimmung wird das Kind durch die Adoptionsbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen (Art. 268a^{bis} Abs. 1 ZGB). Über die Anhörung ist Protokoll zu führen (Abs. 2). Weiter kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde an-

239 Vgl. Anforderungen an den Lebenslauf, Erfahrungsbericht Vorgespräch Adoptionsbehörde, <https://www.regenbogenfamilien.ch/stiefkindadoption/#Erf2> (27.5.2020).

240 Vgl. die Erfahrungsberichte auf <https://www.regenbogenfamilien.ch/stiefkindadoption/#Erf1> (27.5.2020); für die analoge Situation in Deutschland vgl. ARNS, Queere Familien einfach mitdenken, Diskriminierungserfahrungen von queeren Familien im pädagogischen Kontext, Sozial Extra 2019, 376 ff., 377.

241 Oben 1. a.

242 Vgl. auch Art. 314a ZGB (Anhörung des Kindes im Verfahren vor den Kinderschutzbehörden) und Art. 298 ZPO.

fechten (Abs. 3). Anhörungen finden in der Regel ab dem sechsten Lebensjahr statt.²⁴³ Ausserdem muss das Kind ab dem urteilsfähigen Alter von ungefähr 14 Jahren der Adoption zustimmen (Art. 265 Abs. 1 ZGB).²⁴⁴ Ziel der Anhörung ist es, die Einstellung des Kindes zu denjenigen Aspekten, die es aufgrund seines Alters bereits wahrzunehmen und zu würdigen vermag, abzuklären.²⁴⁵ Auf eine Anhörung kann bei Vorliegen wichtiger Gründe verzichtet werden. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegen diese vor, wenn die Anhörung eine übermässige Belastung und Gefährdung des Kindeswohls darstellt.²⁴⁶

Bei der Stiefkindadoption in der Fortsetzungsfamilie gewinnt das Kind einen neuen Elternteil dazu, weshalb mit der Adoption auch in rechtlicher Hinsicht neue Tatsachen geschaffen werden. Mit einer Anhörung des Kindes kann sichergestellt werden, dass das Kind über das Vorgehen informiert und in seinem Sinne gehandelt wird.

Wird ein gemeinsam geplantes Kind gleichgeschlechtlicher Eltern anlässlich des Adoptionsverfahrens angehört, so ist zu berücksichtigen, dass es sich aus der Perspektive des Kindes betrachtet nicht um eine Adoption handelt. Schliesslich hat es seit Geburt zwei Mütter oder zwei Väter. Eine Befragung kann daher unter Umständen negative Auswirkungen haben. Insbesondere Fragen zu den gelebten Familienverhältnissen können für ein Kind unter Umständen verunsichernd, ja sogar verstörend sein, wenn ein Misstrauen gegenüber seinen gleichgeschlechtlichen Eltern zum Ausdruck kommt.²⁴⁷ So muss ein Kind nicht über die bis anhin fehlende rechtliche Verbindung zu seinem faktischen Elternteil aufgeklärt werden, wenn es aufgrund seines Alters eine entsprechende Information nicht einzuordnen vermag. Ein Verzicht auf die Anhörung von gemeinsam geplanten Kindern von gleichgeschlechtlichen Eltern liegt nahe, da mit der Adoption keinerlei Veränderungen der Familienverhältnisse herbeigeführt wird.²⁴⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Elternschaft z. B. durch eine Inanspruchnahme einer Samenspende im Ausland oder durch einen privaten Samenspender im Inland realisiert wurde. In diesem Fall wird kein bestehendes Kindesverhältnis aufgelöst und kein sozialer Elternteil ersetzt. Unter den beschriebenen Gegebenheiten dient eine Anhörung nicht dem Kindeswohl, es steht diesem vielmehr entgegen.²⁴⁹

243 Vgl. BGE 131 III 553, 556 f.; BGer, 4.12.2017, 5A_457/2017.

244 Gemäss der Rechtsprechung ist die Urteilsfähigkeit unter gewöhnlichen Umständen ab dem 14. Altersjahr sicher gegeben, vgl. BGE 119 II 4; BGE 107 II 22.

245 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 268a ZGB, N 8 ff.

246 BGE 131 III 553, 558, E. 1.3.

247 So NAY, FamPra.ch 2013, 375.

248 Vgl. BÜCHLER/COTTIER/JAFFÉ/SIMONI, Empfehlungen zur Anhörung des Kindes im Verfahren der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, 4.6.2018, 6 m. w. H.

249 Kritisch auch NAY, FamPra.ch 2013, 373 f.; FUSSINGER/KAPFERER (Fn. 230), 1 ff.

Von einer Anhörung muss grundsätzlich immer dann abgesehen werden, wenn das Kind selbst die Anhörung ohne fremde Beeinflussung ablehnt.²⁵⁰ Die Anhörung dient der Wahrung der Rechte des Kindes und stellt keine Pflicht dar.²⁵¹ Aus diesem Grund darf auch keinerlei Druck auf das Kind oder seine Eltern ausgeübt werden, damit dieses einer Anhörung zustimmt. Ist das Kind aufgrund seines Alters noch urteilsunfähig in Bezug auf die Adoption, so darf eine Anhörung keinesfalls als Gültigkeitsvoraussetzung im Adoptionsverfahren gelten. Nur ein urteilsfähiges Kind muss der Adoption zustimmen (Art. 265 Abs. 1 ZGB).

Wird eine Anhörung durchgeführt, so soll sie «in geeigneter Weise» stattfinden. Es braucht somit vonseiten der Behörden eine gewisse Sensibilität gegenüber der Familiensituation.²⁵² Es sollte dem Kind überlassen werden, seine eigene Familie zu beschreiben, und es sollte darauf verzichtet werden, das Kind mit abstammungsrechtlichen Kategorisierungen zu konfrontieren, die es nicht kennt. Dazu ist auch die eigene genetische Abstammung zu zählen, insbesondere bei jüngeren Kindern. Demzufolge sollte die genetische Herkunft des Kindes nur erwähnt werden, wenn das Kind von sich aus darüber spricht.²⁵³

Art. 268a^{ter} ZGB sieht schliesslich vor, dass die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde wenn nötig die Vertretung des Kindes anordnet und als Vertretung eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person bezeichnet (Abs. 1). Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Vertretung, so ist diese anzuordnen (Abs. 2). Das urteilsfähige Kind kann die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten (Abs. 3). Die Botschaft stellt klar, dass es nicht notwendig scheint, jedem Kind, das adoptiert werden soll, automatisch eine Vertreterin oder einen Vertreter zur Seite zu stellen. Dagegen bestehe gerade bei Stiefkindadoptionen häufig eine erhebliche Konflikt- und Drucksituation zwischen den leiblichen Eltern sowie im Verhältnis zum Kind. Es erscheine deshalb richtig, dem Kind eine Vertreterin oder einen Vertreter zu bestellen.²⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Botschaft hier die Stiefkindadoption in der Patchworkfamilien-Konstellation im Blick hat und nicht die Adoption bei gemeinsam geplanter Elternschaft eines gleichgeschlechtlichen Paares, bei der es darum geht, die dem Kind seit Geburt vertraute Familiensituation rechtlich abzusichern. In letzterem Fall wird die Einsetzung einer Kindesvertretung aufgrund der Abwesenheit einer Konflikt- oder Drucksituation in der Regel nicht notwendig sein.

250 BGE 131 III 558, E. 1.3.1.

251 BGE 133 III 553, 558; FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Art. 298 ZPO, N 30.

252 Ausführlich dazu BÜCHLER/COTTIER/JAFFÉ/SIMONI (Fn. 248), 7.

253 Vgl. dazu sogleich unten e.

254 Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 908.

e) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (Art. 268c ZGB)

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung²⁵⁵ betrifft zwar nicht direkt das Adoptionsverfahren, aber wirft doch Fragen in diesem Zusammenhang auf.

Seit 2003 ist das absolute Recht des adoptierten Kindes, im Moment der Volljährigkeit seine leiblichen Eltern zu kennen, explizit in Art. 268c ZGB geregelt (heute: Art. 268c Abs. 3 ZGB)²⁵⁶ – analog zur Bestimmung von Art. 27 im FMedG, die bei einer Samenspende im Rahmen eines fortpflanzungsmedizinischen Verfahrens zur Anwendung kommt.²⁵⁷ Nach dem neuen, seit 2018 geltenden Recht haben die Eltern nun explizit die Pflicht, das Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über die Adoption aufzuklären (Art. 268c Abs. 1 ZGB).²⁵⁸ Weiter hat bereits das minderjährige Kind Anspruch auf Auskunft über seine leiblichen Eltern, soweit dadurch keine Rückschlüsse auf deren Identität möglich sind. Identifizierende Informationen erhält es nur, wenn es ein schutzwürdiges Interesse nachweisen kann (Art. 268c Abs. 2 ZGB). Schliesslich kann das volljährige Kind seit 2018 verlangen, dass ihm Informationen über direkte Nachkommen seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden, wenn die Nachkommen volljährig sind und der Bekanntgabe zugestimmt haben (Art. 268c Abs. 3 ZGB).

Da die Samenspende im fortpflanzungsmedizinischen Kontext in der Schweiz heute nur für verheiratete verschiedengeschlechtliche Paare zugänglich ist und Frauenpaare mit Kinderwunsch heute auf eine Samenspende im Ausland oder eine private Samenspende angewiesen sind, kann das Kind zweier Frauen die Daten zum genetischen Vater nicht einfach im schweizerischen Spenderdatenregister²⁵⁹ abrufen. Allerdings haben sozialwissenschaftliche Studien zu Kindern, die mithilfe einer Samenspende gezeugt wurden, gezeigt, dass gleichgeschlechtliche Eltern ihre Kinder häufiger über ihre Entstehungsgeschichte aufklären als verschiedengeschlechtliche, weil sich die Frage der genetischen Abstammung von selbst stellt.²⁶⁰ Es kann deshalb

255 Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist grund- und menschenrechtlich geschützt, gestützt auf Art. 7 Abs. 1 UN-KRK, Art. 8 EMRK, Art. 30 HAÜ, Art. 10, Art. 119 Abs. 2 lit. g BV. BGE 134 III 241 ff.; BGE 128 I 63 ff.; BGE 125 I 257, E. 3c/bb.

256 Vgl. im Einzelnen COTTIER, Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck. Zur Revision der Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 151 ff.

257 Vgl. dazu die Botschaft FMedG (Fn. 55), 271 ff., und SHK-COTTIER/CREVOISIER, Art. 27 FMedG, N 1 ff.

258 Schon vor der Revision nahm die Lehre gestützt auf das Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 28 ZGB), die Beistandspflicht (Art. 272 ZGB) und die Erziehungspflicht (Art. 302 Abs. 1 ZGB) eine Verpflichtung der Adoptiveltern an, das Kind über die Tatsache der Adoption aufzuklären, vgl. BernerKomm/HEGNAUER, Art. 265 ZGB, N 12.

259 Art. 26 FMedG, Art. 15 bis 20 FMedV, vgl. dazu SHK-COTTIER/CREVOISIER, Art. 26 FMedG, N 5 ff.

260 GOLOMBOK, *Modern Families*, Cambridge 2015, 114; FREEMAN ET AL., Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor, *Human Reproduction*, Volume 24, Issue 3, 1 March 2009, 505 ff.

darauf vertraut werden, dass die Eltern in der Regel in privatautonomer Weise im Interesse ihres Kindes die Informationen zum Samenspender selbst aufbewahren, und oftmals auch den Kontakt des Kindes mit ihm aktiv fördern.

Klarzustellen ist zunächst, dass die Bekanntgabe der Identität des Samenspenders an die Behörden keine Gültigkeitsvoraussetzung der Stiefkindadoption in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft zweier Frauen ist.²⁶¹ Zur Sicherung des Rechts des Kindes auf Kenntnis der Abstammung haben gewisse Kantone die angemessene Lösung gefunden, die beiden Mütter des Kindes aufzufordern, im Rahmen des Adoptionsverfahrens die Angaben zum Samenspender oder im Fall der anonymen Samenspende die Informationen zur ausländischen Klinik notariell zu hinterlegen.²⁶² Unverhältnismässig wäre aber die Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Feststellung der Vaterschaft mit dem einzigen Grund der Sicherstellung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung, da dieses Ziel wie erwähnt mit milderem Mitteln erreicht werden kann.²⁶³

Das Bedürfnis, der eigenen genetischen Abstammung nachzugehen, ist zudem nicht bei allen Personen gleichermaßen vorhanden.²⁶⁴ Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst daher auch das Recht, nicht über die eigene Herkunft informiert zu werden.²⁶⁵ Eine unaufgeforderte oder aufgezwungene Übermittlung der Informationen zur genetischen Herkunft an das Kind vonseiten der Adoptionsbehörde, z. B. im Rahmen der Kindesanhörung, würde deshalb dem diesbezüglichen Selbstbestimmungsrecht des Kindes zuwiderlaufen.

f) Entscheid (Art. 268 Abs. 5 ZGB)

Das Verfahren wird durch den Adoptionsentscheid abgeschlossen. Dieser muss sich zu den Gültigkeitsvoraussetzungen äussern, so insbesondere zum Kindeswohl und zu den Ermessensfragen, wie etwa dem Absehen von der elterlichen Zustimmung. Es gilt somit eine Begründungspflicht. Daraus folgt, dass die gebotenen Abklärungen und Anhörungen aufgezeichnet werden müssen. Der Entscheid ist sodann

261 Vgl. auch oben 1. f. zur Voraussetzung der Zustimmung des anderen Elternteils, die im Fall des genetischen Vaters nur besteht, wenn ein Kindesverhältnis besteht.

262 Vgl. auch FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, CANTIENI/BLUM, Rz. 15.13; KuKo/COTTIER, Art. 308 ZGB, N 4c.

263 Auch fehlt es an einem Interesse, das Kindesverhältnis zum Samenspender herzustellen, wenn dieses sogleich im Rahmen der Stiefkindadoption wieder aufgehoben würde. Vgl. zum Verzicht auf die Beistandschaft bei einer anstehenden Adoption BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 308 ZGB, N 40; KuKo/COTTIER, Art. 308 ZGB, N 4c.

264 SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizingesetz, Zürich 2013, 11; ZADEH ET AL., The perspectives of adolescents conceived using surrogacy, egg or sperm donation, Human reproduction, 2018, 1099 ff.

265 Vgl. zum Recht auf Nichtwissen als Anspruch, nicht ungefragt mit medizinischen und genetischen Daten zur eigenen Person konfrontiert zu werden CHK/AEBI-MÜLLER, Art. 28 ZGB, N 17. Vgl. auch ausdrücklich Art. 6 GUMG.

den persönlich Beteiligten, das heisst allenfalls auch einem bisherigen rechtlichen Elternteil, und den involvierten Stellen mitzuteilen. Gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zulässig (Art. 75 BGG).²⁶⁶

3. *Wirkungen der Adoption (Art. 267 f. ZGB)*

In Bezug auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses erhält das Adoptivkind die Rechtsstellung eines Kindes der adoptierenden Person (Art. 267 Abs. 1 ZGB). Mit der Stiefkindadoption wird ein gemeinschaftliches Kindesverhältnis des bisherigen rechtlichen Elternteils und dessen Partners bzw. deren Partnerin begründet (Art. 267 Abs. 3 Ziff. 2 und 3 ZGB).²⁶⁷ Ebenso wird in Art. 27a PartG für die Wirkungen des Kindesverhältnisses nach einer Stiefkindadoption in der eingetragenen Partnerschaft auf das Zivilrecht verwiesen: Art. 270–327c ZGB sind sinngemäss anwendbar.

Die Bestimmungen zu den Wirkungen des Kindesverhältnisses sowohl für verheiratete als auch unverheiratete Eltern sind somit auch auf gleichgeschlechtliche Eltern sinngemäss anwendbar, auch wenn das dem Zivilrecht zugrunde liegende bipolare Konzept von «Vater» und «Mutter», so insbesondere bei der Regelung der elterlichen Sorge,²⁶⁸ der Familiensituation von Kindern von gleichgeschlechtlichen Eltern nicht gerecht wird.²⁶⁹

Die Wirkungen des Kindesverhältnisses treten prinzipiell mit der rechtskräftigen Adoption ein. Sind Rechte und Pflichten betroffen, die bei einem natürlichen Kindesverhältnis auch vorgeburtlich hätten entstehen können, wie z. B. erbrechtliche Wirkungen, so ist der Zeitpunkt der Anhängigmachung des genehmigungsfähigen Gesuches massgebend.²⁷⁰

Das mit der Adoption begründete Kindesverhältnis hat Wirkungen in Bezug auf den Namen des Kindes (Art. 270 ZGB), sein Bürgerrecht (Art. 271 ZGB), den persönlichen Verkehr (Art. 273 ZGB), die Unterhaltspflicht der Eltern (Art. 276 ff. ZGB), die elterliche Sorge (Art. 296 ff. ZGB) und die Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 f. ZGB). Das Bestehen eines Kindesverhältnisses hat darüber hinaus auch Rechtsfolgen insbesondere im Erbrecht: Gemäss Art. 457 i. V. m. 471 Ziff. 1 ZGB gehören die Nachkommen zu den pflichtteilsgeschützten Erben, wobei auch hier auf das Vorliegen eines Kindesverhältnisses abgestellt wird. Im Weiteren hat das

266 Vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 268 ZGB, N 22 ff. m. w. H.

267 Das Kindesverhältnis wird im Personenstandsregister eingetragen (Art. 7 ZStV) und bildet die rechtliche Grundlage für alle Rechte und Pflichten innerhalb der Eltern-Kind-Beziehung wie auch für alle Wirkungen im Aussenverhältnis.

268 Vgl. nur Art. 296 Abs. 2 ZGB: Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter.

269 Vgl. zum Vorschlag einer geschlechtsneutralen Formulierung VII.2. b)..

270 Vgl. dazu BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 267 ZGB, N 4.

Kindesverhältnis auch öffentlich-rechtliche Wirkungen, so etwa das Entstehen von Zeugnisverweigerungsrechten, Ansprüchen auf Kinderzulagen und Steuerabzüge wie auch auf Sozialversicherungsleistungen wie etwa die Waisenrente im Todesfall des Elternteils.²⁷¹ Aufgrund der an das Kindesverhältnis anknüpfenden Rechtsfolgen ist es für Kinder und ihre Eltern daher nicht nur aus familienrechtlichen Gründen von Interesse, dass ihre Beziehung als rechtliches Kindesverhältnis anerkannt wird.

a) Namens- und Bürgerrecht des Kindes

Gemäss Art. 267a Abs. 2 ZGB bestimmt sich der Familienname des Kindes nach der Adoption in der eingetragenen Partnerschaft nach den Bestimmungen zu den Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB).²⁷² Demzufolge erhält das durch die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner adoptierte Kind den gemeinsamen Namen seiner Eltern (Art. 270 Abs. 3 ZGB analog) oder denjenigen ihrer Ledignamen, den sie zum Namen ihrer gemeinsamen Kinder bestimmen (Art. 270 Abs. 1 und 2 ZGB analog).²⁷³ Das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Kindes richtet sich nach demjenigen Elternteil, dessen Namen es trägt (Art. 267b ZGB i. V.m. Art. 271 ZGB).

Leben die Eltern in einer nicht formalisierten Partnerschaft und üben sie – was der Regelfall sein wird²⁷⁴ – nach der Adoption die elterliche Sorge gemeinsam aus, so bestimmen sie den Familiennamen des Kindes gemeinsam (Art. 270a Abs. 1 ZGB).²⁷⁵ Änderungen bei der Zuteilung der elterlichen Sorge bleiben ohne Auswirkungen auf den Namen (Art. 270a Abs. 4 ZGB).

b) Kindesunterhalt

Nach der Stiefkindadoption hat nun auch der zweite rechtliche Elternteil eine gesetzliche Pflicht, gemeinsam mit dem Partner oder der Partnerin für den gebührenden Unterhalt des Kindes zu sorgen. Die Eltern tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen neu gemeinsam (Art. 276 Abs. 2 ZGB).²⁷⁶

Bei einer Trennung ist danach zu unterscheiden, ob die Eltern in eingetragener Partnerschaft leben oder nicht:

271 CHK ZGB-BIDERBOST, Art. 267 ZGB, N 10.

272 So auch der Verweis in Art. 27a PartG; gemäss REUSSER (Fn. 6) wäre für die faktische gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft ein Verweis in Art. 267a Abs. 2 ZGB nützlich gewesen, 434.

273 Art. 267a Abs. 2 ZGB auf Art. 270 ZGB, vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 929.

274 Vgl. unten c.

275 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 267a ZGB, N 2.

276 Zur Bemessung des Unterhaltsbeitrages vgl. Art. 285 ZGB und die neu einheitliche Berechnungsmethode des Bundesgerichts: BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, E. 6 ff., FamPra.ch 2021, 200 ff. (m. Bem. STOLL). Vgl. auch oben IV.1.a.

Bei eingetragener Partnerschaft regelt das Gericht nach Aufhebung des Zusammenlebens auf Antrag auch die Elternrechte und -pflichten, insbesondere die Obhut, den persönlichen Verkehr bzw. die Betreuungsanteile und den Kindesunterhalt (Art. 17 Abs. 3^{bis} PartG).²⁷⁷ Im Fall der Auflösung der Partnerschaft ist Art. 133 ZGB über die Regelung der Kinderbelange bei Scheidung analog anwendbar (Art. 34 Abs. 4 PartG).²⁷⁸

Leben die Eltern nicht in einer eingetragenen Partnerschaft, so können sie im Fall einer Trennung zunächst eine (Unterhalts-)Vereinbarung abschliessen und von der KESB genehmigen lassen (Art. 287 Abs. 2 ZGB). Der KESB obliegt die Pflicht, die Eltern bei Bedarf zu beraten und zu unterstützen.²⁷⁹ Bei Uneinigkeit steht der Weg einer selbstständigen Unterhaltsklage offen (Art. 279 ZGB).

c) Elterliche Sorge

Mit der Stiefkindadoption erlangen die Eltern die gemeinsame elterliche Sorge (Art. 27a PartG i. V.m. Art. 296 Abs. 2 ZGB) von Gesetzes wegen im Moment der Entstehung des Kindesverhältnisses.²⁸⁰ Eine zusätzliche Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge ist daher nicht notwendig.²⁸¹ Gemäss Art. 298e ZGB richtet sich eine Änderung der Zuteilung der elterlichen Sorge nach der Adoption sowohl bei eingetragenen Paaren als auch bei faktischen Lebensgemeinschaften nach Art. 298d ZGB.²⁸²

d) Persönlicher Verkehr

Kommt es zu einer Trennung der Eltern, so steht gemäss Art. 273 ZGB dem Kind und dem nicht obhuts- oder sorgeberechtigten Elternteil ein gegenseitiges Recht auf persönlichen Verkehr zu.²⁸³

277 Vgl. den Verweis in Art. 17 Abs. 3^{bis} PartG auf Art. 270–327c ZGB.

278 Die Einordnung dieses Verweises in der Bestimmung über den nachpartnerschaftlichen Unterhalt erscheint uns systematisch verfehlt und der Verständlichkeit des Gesetzes nicht zuträglich.

279 Bericht des Bundesrats zum Postulat Fehr (Fn. 28), 36 f.

280 Vgl. BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 267 ZGB, N 17; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 8b.

281 So auch REUSSER (Fn. 6), 448, Fn. 45.

282 Der Verweis ist notwendig, weil Art. 298d ZGB gemäss Randtitel zu Art. 298a–298d ZGB auf die Entstehung des Kindesverhältnisses aufgrund von «Anerkennung und Vaterschaftsurteil» beschränkt ist. So wird klargestellt, auf welcher rechtlichen Grundlage Anpassungen der elterlichen Sorge nach einer Stiefkindadoption in der eingetragenen Partnerschaft oder der faktischen Lebensgemeinschaft erfolgen, vgl. Botschaft Adoptionsrecht 2014 (Fn. 6), 935; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 298e ZGB, N 1; kritisch aber REUSSER (Fn. 6), 448.

283 Vgl. dazu vorangehend IV.1.c.

VI. Künftige Regelung im Rahmen der Öffnung der Ehe für alle Geschlechter

Ein originäres, rechtliches Kindesverhältnis bei Frauenpaaren soll nun unter bestimmten Voraussetzungen auch in der Schweiz möglich werden: Gleichzeitig mit der Öffnung der Ehe für alle Paare, unabhängig von ihrem Geschlecht, hat das Parlament jüngst eine Änderung des Abstammungsrechts verabschiedet,²⁸⁴ wonach die mit der Mutter des Kindes verheiratete Frau als zweiter rechtlicher Elternteil des Kindes gilt, sofern dieses gemäss den Bestimmungen des FMedG durch eine Samenspende gezeugt wurde (Art. 255a Abs. 1 nZGB). 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 (Art. 255a Abs. 2 nZGB). Damit wird die Vermutung der Mitmutterchaft, eine automatische Anknüpfung der rechtlichen Elternschaft ab Geburt, gesetzlich verankert. Art. 252 Abs. 2 nZGB soll entsprechend so formuliert werden, dass neu das Kindesverhältnis auch kraft Ehe mit der Mutter zum weiblichen Elternteil entstehen kann.²⁸⁵

Nach Art. 23 Abs. 1 nFMedG soll entsprechend der Regelung bei verschiedenen geschlechtlichen Ehepaaren neu auch die Anfechtung der Elternschaft der Ehefrau der Mutter ausgeschlossen sein, wenn das Kind nach den Bestimmungen des FMedG durch eine Samenspende gezeugt wurde.

Mit der Vermutung der Elternschaft der Ehefrau der gebärenden Frau geht eine Neuinterpretation von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV einher, der für die Anwendung der Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung eine Unfruchtbarkeit (oder eine Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit) voraussetzt. Gemäss neuer Lesart entspricht der verfassungsrechtliche Unfruchtbarkeitsbegriff dem unerfüllten Kinderwunsch und ist somit auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwendbar.²⁸⁶ Auch Art. 5 lit. a FMedG wird in Zukunft entsprechend auszulegen sein. Art. 3 FMedG, wonach gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden dürfen, wird sich nach Inkrafttreten des neuen Rechts auch auf Frauenpaare beziehen.

Für ein unverheiratetes gleichgeschlechtliches Paar soll allerdings eine gemeinsame rechtliche Elternschaft ab dem Geburtszeitpunkt weiterhin nicht möglich sein. Unverheiratete Frauenpaare müssen auch unter den neuen Bestimmungen zunächst das Adoptionsverfahren beschreiten, um eine gemeinsame rechtliche Elternschaft zu erlangen. Dies gilt auch, wenn das Kind mittels Samenspende (die für unverheiratete Frauenpaare weiterhin nur im Ausland möglich sein wird) gezeugt und innerhalb der Partnerschaft geboren wurde. Gleiches gilt für Frauenpaare, die auf eine

284 BBl 2020 9915 (Ablauf der Referendumsfrist: 10. April 2021).

285 BBl 2020 9915 (Ablauf der Referendumsfrist: 10. April 2021).

286 Vgl. oben III.4.

private Samenspende zurückgreifen, etwa weil sie dem Kind den Kontakt mit dem Spender ermöglichen möchten.²⁸⁷

Wesentlich ist schliesslich, dass zukünftig auch die gemeinschaftliche Adoption durch verheiratete Paare (Art. 264a Abs. 1 ZGB) für gleichgeschlechtliche Ehepaare möglich sein wird.²⁸⁸

VII. Fazit und Reformbedarf

1. Fazit

Mit der Öffnung der Stiefkindadoption im Jahr 2018 hat der Schweizer Gesetzgeber für gleichgeschlechtliche Paare erstmals die Möglichkeit geschaffen, die gemeinsame Elternschaft in rechtlicher Hinsicht abzusichern. Damit wurde die Rechtslage für Regenbogenfamilien deutlich verbessert. Mit der anstehenden Öffnung der Ehe und dem Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren wird nun auch für die mit der gebärenden Mutter verheiratete Frau voraussichtlich die originäre rechtliche Elternschaft eingeführt. Ausserhalb der Ehe besteht allerdings für die Co-Mutter weder eine Vermutung der Elternschaft ab Geburt noch die Möglichkeit der Anerkennung des Kindes wie bei verschiedengeschlechtlichen unverheirateten Paaren. Während also in der Entwicklung des Familienrechts der letzten Jahre die Kinderbelange in Bezug auf verschiedengeschlechtliche Eltern zunehmend statusunabhängig geregelt werden, ist der familienrechtliche Status der Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern nach wie vor bedeutsam. Folgt man aber der Prämisse des Kindeswohls als Leitprinzip des Familienrechts und den Diskriminierungsverboten in Bundesverfassung und internationalen Menschenrechtsabkommen, dürfen die Gleichgeschlechtlichkeit und der damit verbundene rechtliche Status der Eltern nicht ausschlaggebend sein für eine ungleiche und benachteiligende Rechtsstellung der Kinder.

Kinder unverheirateter Frauenpaare, durch private Samenspende oder durch Samenspende im Ausland gezeugte Kinder unabhängig vom Status der beiden Mütter (verheiratet oder unverheiratet) sowie gemeinsam geplante Kinder von Männerpaaren, die durch Leihmutterchaft im Ausland geboren wurden, werden nach Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin in den ersten zwei bis drei Lebensjahren nur einen rechtlichen Elternteil haben: Mangels Elternschaft hat die Partnerin der Mut-

287 Im Rahmen der fortpflanzungsmedizinisch begleiteten Samenspende besteht nur ein Anspruch auf Kenntnis der Identität des Samenspenders und kein Anspruch auf persönlichen Kontakt, vgl. Art. 27 Abs. 3 FMedG und dazu SHK-COTTIER/CREVOISIER, Art. 27 FMedG, N 17.

288 Bericht und Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBl 2019 8595, 8610.

ter oder der Partner des Vaters keine elterlichen Rechte und Pflichten. Das Kind hat gegenüber seinem sozialen Elternteil keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche und gehört auch nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben. Für den Fall des Vorversterbens des rechtlichen Elternteils ist das Verbleiben des Kindes beim überlebenden Elternteil nicht gesichert. In den besagten zwei bis drei Jahren besteht ausserdem keine Garantie dafür, dass die Eltern noch als Paar zusammenleben bzw. dass nach wie vor Konsens über die Durchführung einer Adoption besteht. Bei Fehlen einer der gesetzlichen Voraussetzungen, wie namentlich des gemeinsamen Haushaltes, scheidet die Adoption, und die Co-Mutter oder der Co-Vater hat keinerlei Möglichkeit mehr, eine rechtliche Elternstellung zu erlangen. Da für jedes Kind ein neues Gesuch um Adoption gestellt und ein neues Verfahren eingeleitet werden muss, sind Geschwisterkinder zwangsläufig für eine gewisse Zeit – oder je nach dem für immer – rechtlich unterschiedlich abgesichert.

Das Adoptionsverfahren an sich wird von gleichgeschlechtlichen Paaren, die die Elternschaft gemeinsam geplant und realisiert haben, als benachteiligend erlebt, müssen sie sich doch einem sehr stark in die Privatsphäre eindringenden Verfahren unterziehen,²⁸⁹ während ein Vater in der verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft ohne weitere Abklärungen seiner Eignung als Elternteil das Kind unabhängig vom Vorliegen einer genetischen Abstammung mit einer einfachen Erklärung auf jedem Zivilstandsamt anerkennen kann.²⁹⁰

Auch besteht in Bezug auf die Rolle des privaten Samenspenders im Rahmen der Stiefkindadoption durch die Mitmutter heute eine gewisse Unsicherheit. Während manche kantonale Behörden auf eine Bekanntgabe der Identität des Spenders sowie auf dessen Anerkennung des Kindes und Zustimmung zur Adoption beharren, bevor eine Stiefkindadoption überhaupt möglich wird, akzeptieren andere die notarielle Hinterlegung seines Namens, um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes zu gewährleisten.²⁹¹

Unbefriedigend ist schliesslich, dass der achte Titel des Zivilgesetzbuches über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270–327c ZGB) nach wie vor zahlreiche Bestimmungen enthält, die von zwei verschiedengeschlechtlichen Eltern ausgehen, z.B. Art. 296 ZGB: «Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter.» Dies wird der Tatsache nicht gerecht, dass seit 2018 das Kind auch zwei Mütter oder zwei Väter haben kann. Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Beibehaltung der Kategorien «Vater» und «Mutter» angesichts der Tatsache, dass für die Änderung des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister heute nicht mehr die Fortpflanzungsunfähigkeit ver-

289 Dazu oben V.2.c.

290 Art. 260 ZGB.

291 So auch die vorliegend vertretene Meinung, vgl. oben V.1.f.

langt wird²⁹² und deshalb etwa ein als Mann eingetragene Person ein Kind gebären kann,²⁹³ noch für alle Geschlechtsidentitäten passend ist.

2. *Gemeinsame originäre Elternschaft unabhängig vom Status und Geschlecht der Eltern*

Die in der Einleitung gestellte Frage, ob mit der jüngsten Reform («Ehe für alle») alle rechtlichen Benachteiligungen beseitigt sind, die Kinder gleichgeschlechtlicher im Vergleich zu Kindern verschiedengeschlechtlicher Eltern treffen, kann somit klar mit Nein beantwortet werden. Im Hinblick auf eine dem Gleichbehandlungsgebot und dem Diskriminierungsverbot gerecht werdenden Regelung soll im Folgenden zunächst ein Blick ins Ausland erfolgen, um danach mit einem Ausblick für die Schweiz zu schliessen.

a) Ausländische Modelle

Eine wachsende Zahl von Rechtsordnungen regelt die Frage der Entstehung des Kindesverhältnisses bei gemeinsam geplanter Elternschaft von Frauenpaaren.²⁹⁴ In vielen Ländern erfolgt eine automatische Zuordnung des Kindes zur Mitmutter mittels Vermutung der Elternschaft bei Bestehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft. Entsprechende Regelungen wurden in Spanien bereits im Jahr 2006²⁹⁵ und im Vereinigten Königreich 2008²⁹⁶ eingeführt.

Richtungsweisend sind Lösungen wie die nachfolgend dargestellten aus dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden, die bei gemeinsam geplanter Elternschaft eine originäre Elternstellung auch für die Partnerin in der faktischen Lebensgemeinschaft ermöglichen und die zudem nicht nur die fortpflanzungsmedizinisch begleitete, sondern auch die private Samenspende einschliessen.

292 Vgl. zukünftig ausdrücklich Art. 30b nZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister), Änderung vom 18. Dezember 2020, BBl 2020 9931 (Referendumsfrist: 10. April 2021).

293 Dazu BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, 875, 886 f.

294 Vgl. für einen Überblick über die verschiedenen Regelungsoptionen BÜCHLER/PARIZER, Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART), Jusletter 17. September 2018; BÜCHLER/SCHMUCKI, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2020, 1, 47 ff.; DETHLOFF (Fn. 20), 32; REUSS, FamPra.ch 2015, 860 ff.; vgl. auch HOTZ, «Ehe für alle» – Wie weiter? Teil I, SJZ 2021, 22, 30 f.

295 Ley 14/2006 vom 26. Mai 2006: Sobre técnicas de reproducción humana asistida.

296 Vereinigtes Königreich: Sec. 42 Human Fertilisation and Embryology Act 2008. So auch in Belgien, Dänemark, Finnland, den Niederlanden, Norwegen, Österreich und Schweden. Vgl. DETHLOFF, Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: RÖTHEL/HEIDERHOFF (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt am Main 2016, 19 ff., 25; BÜCHLER/PARIZER, Jusletter 17. September 2018.

Gemäss britischem Recht ist bei verheirateten Frauenpaaren bei einer fortpflanzungsmedizinisch begleiteten Samenspende im Inland, aber auch bei einer Selbstinsemination nach privater Samenspende oder bei einer Zeugung in einer ausländischen Klinik eine automatische Zuordnung der Mitmuttertschaft möglich – bei natürlicher Zeugung wird diese aber ausgeschlossen.²⁹⁷ Zudem ist auch eine automatische Zuordnung der unverheirateten Partnerin der Geburtsmutter möglich, wobei im Vergleich zu verheirateten Paaren strengere Vorschriften gelten. So wird etwa vorausgesetzt, dass die Zeugung des Kindes in einer anerkannten Klinik erfolgte und die Zustimmung zum Verfahren beider Partnerinnen vorlag.²⁹⁸

Das niederländische Recht sieht die automatische Mutterzuordnung lediglich bei verheirateten/verpartnerten Paaren und bei medizinisch assistierter Reproduktion in einer Klinik – nicht daher bei Selbstinsemination oder natürlicher Zeugung – vor.²⁹⁹ Für die nicht eheliche Lebenspartnerin und Zweitmutter gilt keine automatische Zuordnung, sie kann das Kind jedoch anerkennen. Dies ist möglich für Kinder, die sowohl durch eine private als auch medizinisch assistierte Samenspende gezeugt wurden, sofern die verlangten Voraussetzungen vorliegen, wie insbesondere das Vorliegen des Verzichts des Rechts auf Elternstellung des Samenspenders bzw. des biologischen Vaters.³⁰⁰

b) Ausblick

Angesichts der im Rahmen des Fazits festgestellten Ungleichbehandlungen und der eben dargestellten Entwicklung im Ausland drängt sich für das Schweizer Abstammungsrecht eine Reform auf. Entsprechende Arbeiten haben nun begonnen: Mit der Überweisung des Postulats 18.3714 «Überprüfung des Abstammungsrechts» der Rechtskommission des Ständerats wurde der Bundesrat beauftragt, den Reformbedarf in diesem Rechtsbereich zu prüfen und dem Parlament in einem Bericht gegebenenfalls Empfehlungen für eine kohärente Gesamtreform zu unterbreiten. Eine externe interdisziplinäre Gruppe von Expertinnen und Experten wurde eingesetzt, die bis zum Sommer 2021 Empfehlungen formulieren wird.³⁰¹

Die Aufgabe für das Abstammungsrecht der Zukunft wird es sein, Regelungen zu schaffen, die es erlauben, die intentionale Elternschaft des Co-Elternteils im Sinne

297 Sec. 42 Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA 2008); dazu REUSS, FamPra.ch 2015, 866 m. w. H.

298 43 f. HFEA 2008, vgl. REUSS, FamPra.ch 2015, 866.

299 Art. 1: 198 (1) lit. b BW; vgl. REUSS, FamPra.ch 2015, 866.

300 Art. 1: 198 (1) lit. c i. V. m. Art. 1: 203 ff. Burgerlijk Wetboek. Vgl. für die weiteren Voraussetzungen insbesondere REUSS, FamPra.ch 2015, 667 ff.

301 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Januar 2020, BBl 2020 1276.

originärer Elternschaft unabhängig von Zivilstand und Geschlecht der Eltern ab der Geburt des Kindes rechtlich abzusichern.³⁰²

Zunächst einmal sollte auch für die nicht mit der gebärenden Mutter verheiratete Co-Mutter die Möglichkeit der Anerkennung des Kindes geschaffen werden, dies auch präkonzeptionell, das heisst bereits vor der Zeugung des Kindes.³⁰³ Zudem drängt sich auch die Frage auf, wie die private Samenspende behandelt werden soll. Die Lehre schlägt für den Fall, dass sich die Beteiligten von vornherein darüber einig sind, dass der private Spender keinerlei rechtliche Verpflichtungen tragen soll, zugunsten der Rechtssicherheit und der Interessen der Kinder eine Regelung zur Verzichtserklärung des Spenders vor.³⁰⁴ Vorgeschlagen wird auch eine damit verbundene Elternvereinbarung, welche die Einwilligung der Geburtsmutter und ihrer Partnerin in die Insemination, den ausdrücklichen Verzicht des Spenders auf die rechtliche Elternstellung sowie eine Anerkennungserklärung der Partnerin und die Zustimmung der Gebärenden (bzw. Absichtserklärungen hinsichtlich der Anerkennung) beinhalten.³⁰⁵ Eine entsprechende Regelung sollte auch für die fortpflanzungsmedizinisch begleitete Samenspende gelten, würde diese in Zukunft auch für unverheiratete Paare geöffnet, wobei der Verzicht des Samenspenders und die Vereinbarung in diesem Fall separat erfolgen würden.

Bei Männerpaaren ist eine originäre gemeinsame Elternschaft bei einer Leihmutter denkbar. In diesem Fall sollte die rechtliche Elternschaft beider Väter in der Schweiz anerkannt werden, wenn sie beide im Ausland als rechtliche Väter eingetragen sind.³⁰⁶

Bedeutung über den Themenbereich der gemeinsamen originären Elternschaft von Frauenpaaren hinaus hat schliesslich eine inklusivere Terminologie für die Elternpositionen im gesamten Kindesrecht: Eine geschlechtsneutrale Formulierung, die nur noch den Begriff der «Eltern» oder des «Elternteils» verwendet, drängt sich auf, nicht nur, um die rechtliche und gesellschaftliche Realität der Elternpaare glei-

302 Den Begriff der intentionalen Elternschaft hat INGEBORG SCHWENZER geprägt, vgl. SCHWENZER, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705, 722 f.; SCHWENZER, Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, in: SCHWENZER (Hrsg.), *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen/Oxford 2007, 1 ff.; SCHWENZER, *FamPra.ch* 2014, 966, 995; SCHWENZER/DIMSEY, *Model Family Code. From a Global Perspective*, Antwerpen/Oxford 2006, Art. 3.5; vgl. auch BÜCHLER/SCHMUCKI, *FamPra.ch* 2020, 1, 2 f.; 57.

303 Vgl. dazu insbesondere DETHLOFF (Fn. 20), 34 f.

304 Vgl. HELMS, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft*, Gutachten zum 71. DJT, 2016, F26; DETHLOFF, *Abstammung und Verantwortung. Elternschaft bei assistierter Reproduktion als Aufgabe der Rechtspolitik*, Berlin/Boston 2017, 16.

305 Vgl. DETHLOFF (Fn. 304), 16.

306 So BÜCHLER/SCHMUCKI, *FamPra.ch* 2020, 1, 54.

chen Geschlechts und ihrer Kinder anzuerkennen, sondern auch im Hinblick auf Eltern, deren Identität und Körper nicht mit den gängigen Normen betreffend Geschlecht und Fortpflanzung übereinstimmen.³⁰⁷

Zusammenfassung: *Der Beitrag stellt die Frage, ob mit der gesetzlichen Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Elternschaft durch die Öffnung der Stiefkindadoption per 1. Januar 2018 und der neuen automatischen Entstehung des Kindesverhältnisses zur Ehefrau der gebärenden Mutter, die am 18. Dezember 2020 im Rahmen der «Öffnung der Ehe für alle» verabschiedet wurde, alle rechtlichen Benachteiligungen beseitigt sein werden, die gemeinsam geplante Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern im Vergleich zu Kindern verschiedengeschlechtlicher Eltern treffen. Die Frage wird verneint, werden doch gemeinsam geplante Kinder unverheirateter Frauenpaare, durch private Samenspende oder durch Samenspende im Ausland gezeugte Kinder unabhängig vom Status der beiden Mütter (verheiratet oder unverheiratet) sowie gemeinsam geplante Kinder von Männerpaaren, die durch Leihmutterschaft im Ausland geboren wurden, nach Inkrafttreten des neuen Rechts weiterhin in den ersten zwei bis drei Lebensjahren nur einen rechtlichen Elternteil haben. Der Beitrag geht der lückenhaften Regelung der Kinderbelange vor einer Stiefkindadoption nach und stellt die zahlreichen Hürden dar, die im Rahmen des Adoptionsverfahrens zu überwinden sind, um zum Schluss zu kommen, dass es die Aufgabe für das Abstammungsrecht der Zukunft sein wird, Regelungen zu schaffen, die es erlauben, die intentionale Elternschaft des Co-Elternteils im Sinne originärer Elternschaft unabhängig von Zivilstand und Geschlecht der Eltern ab der Geburt des Kindes rechtlich abzusichern.*

Résumé: *L'article soulève la question de savoir si la reconnaissance légale de l'homoparentalité suite à l'ouverture de l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple, depuis le 1^{er} janvier 2018, et l'établissement automatique de la filiation avec l'épouse de la mère biologique, adopté le 18 décembre 2020 dans le cadre du « Mariage pour tous », permettra d'écarter tous les désavantages juridiques qui touchent les enfants que des parents de même sexe ont conjointement décidé d'avoir par rapport aux enfants de parents de sexe différent. Il faut y répondre par la négative, étant donné que les enfants planifiés en commun par des couples de femmes non mariées, conçus par don de sperme privé ou par don de sperme à l'étranger, et ce quel que soit le statut des deux mères (mariées ou non mariées), ainsi que les enfants planifiés en commun par des couples d'hommes, nés de mères porteuses à l'étranger, continueront de n'avoir, même après l'entrée en vigueur du nouveau droit, qu'un seul parent légal durant les*

307 Vgl. BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, 875, 889.

deux à trois premières années de vie. L'article examine la réglementation lacunaire des questions relatives à l'enfant avant son adoption par le conjoint ou partenaire et présente les nombreux obstacles qui doivent être surmontés dans le cadre d'une procédure d'adoption. Il parvient à la conclusion qu'il appartiendra au droit de la filiation de créer des règles qui permettront de garantir juridiquement la parentalité souhaitée par le co-parent, au sens d'une parentalité originäre, dès la naissance de l'enfant, et ce quel que soit l'état civil et le sexe des parents.
