



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

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

Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im
Adoptionsdreieck : zur Revision der Bestimmungen des Schweizerischen
Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis

Cottier, Michelle

How to cite

COTTIER, Michelle. Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck : zur Revision der Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis. In: Brennpunkt Familienrecht : Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag. Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Ed.). Zürich : Dike, 2017. p. 151–168.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:101959>

Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck

Zur Revision der Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis

MICHELLE COTTIER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	151
II.	Die bisherige Rechtsentwicklung in der Schweiz	153
	A. Die Einführung des Prinzips der Inkognito-Adoption 1973	153
	B. Die Entwicklung eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis der Identität seiner Geburtse Eltern	154
	C. Zunehmende Wahrnehmung der Interessen der Geburtse Eltern	157
	D. Offene Adoptionsformen als Alternative zur geheimen Adoption	159
III.	Das neue Recht	160
	A. Aktualisierung des Prinzips des Adoptionsgeheimnisses (Art. 268b Abs. 1 nZGB)	160
	B. Gegenseitige Suche von Adoptivkind und Herkunftsfamilie	161
	1. Ansprüche der Herkunftsfamilie (Art. 268b Abs. 2 und 3 nZGB)	161
	2. Ansprüche des Adoptivkindes (Art. 268c nZGB)	162
	3. Kantonale Auskunftsstelle und Suchdienste (Art. 268d nZGB)	164
	C. Vereinbarung einer (halb)offenen Adoptionsform (Art. 268e nZGB)	165
	D. Besonderheiten bei der internationalen Adoption	167
	E. Übergangsrecht	168
IV.	Fazit	168

I. Einleitung

Bis in die 1970er Jahre wurden in der Schweiz junge Frauen im Fall einer vorehelichen Schwangerschaft wegen «liederlichen Lebenswandels» mittels einer administrativen Verfügung in verschiedenen Anstalten, u.a. auch in Strafanstalten, untergebracht. Dieses düstere Kapitel der Schweizer Geschichte bildet nicht nur Gegenstand einer laufenden wissenschaftlichen und politischen Aufarbeitung, und von Bemü-

hungen der Wiedergutmachung,¹ sondern hat auch Anlass zu einem parlamentarischen Gesetzgebungsauftrag zur Revision des Adoptionsrechts gegeben. In einer Motion JACQUELINE FEHR² wurde 2010 auf das Schicksal der jungen Frauen Bezug genommen, die im Rahmen der «Administrativen Versorgungen» oftmals unter grossem Druck der Anstaltsleitung ihre Neugeborenen zur Adoption freigaben³. Gesuche dieser Frauen, Auskunft über die Identität und Aufenthalt ihres Kindes zu erhalten, sind gemäss Motionstext bisher mit Hinweis auf das Adoptionsgeheimnis abgewiesen worden.⁴ Das Parlament gab infolgedessen dem Bundesrat den Auftrag, die Bestimmungen zum Adoptionsgeheimnis dahingehend zu revidieren, dass die leiblichen Eltern einen Anspruch auf Kenntnis der Personalien ihrer adoptierten Kinder erhalten, wenn diese die Volljährigkeit erreicht und ihr Einverständnis für die Kontaktaufnahme gegeben haben. Diesem Auftrag ist der Bundesrat im Rahmen der vor Kurzem abgeschlossenen Revision des Adoptionsrechts nachgekommen.⁵ Am 1. Januar 2018 treten, wie das gesamte teilrevidierte Adoptionsrecht, die neuen Bestimmungen zum Adoptionsgeheimnis, zu den Suchanfragen von Adoptivkindern und leiblichen Eltern, und zur Vereinbarung einer offenen Adoption in Kraft (Art. 268b–268e nZGB).⁶

Der vorliegende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die Rechtsentwicklung in der Schweiz, von der Einführung des Prinzips der Inkognito-Adoption im Jahr 1973 (II. A.), über die Entwicklung eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis der Identität seiner Geburtselementer um die Jahrtausendwende (II. B.), und die zunehmende Wahrnehmung der Interessen der Geburtselementer (II. C.) bis hin zum Aufkommen von offenen Adoptionsformen als Alternative zur geheimen Adoption (II. D.). In einem zweiten Teil werden die Bestimmungen des revidierten Rechts im Einzelnen dargestellt und diskutiert. Abschliessend wird ein Fazit gezogen im Hin-

¹ Vgl. die Unabhängige Expertenkommission Administrative Versorgungen (<http://www.uek-administrative-versorgungen.ch>, abgerufen am 20. Juli 2017), das Nationale Forschungsprogramm 76 «Fürsorge und Zwang» (<http://www.nfp76.ch>, abgerufen am 20. Juli 2017) und den Runden Tisch für eine umfassende Aufarbeitung von Leid und Unrecht der Opfer von fürsorgerischen Zwangsmassnahmen (<http://www.fuersorgerischezwangsmassnahmen.ch/>, abgerufen am 20. Juli 2017).

² Motion JACQUELINE FEHR 09.4107 Adoptionsgeheimnis, am 19. März 2010 vom Nationalrat, am 10. März 2011 vom Ständerat angenommen.

³ So auch MARTIN LENGWILER et al., Bestandsaufnahme der bestehenden Forschungsprojekte in Sachen Verding- und Heimkinder. Bericht zuhanden des Bundesamts für Justiz EJPD, Basel 2013, 11.

⁴ Vgl. dazu auch Bericht und Massnahmenvorschläge des Runden Tisches für die Opfer von fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 vom 1. Juli 2014, EJPD, Bern 2014.

⁵ Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBl 2015 877 ff., 912 ff., 953 ff.; Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Adoption), Änderung vom 17. Juni 2016, BBl 2016 4925 ff.

⁶ Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. Juli 2017.

blick auf die neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck⁷ Kind – leibliche Eltern – Adoptiveltern.

II. Die bisherige Rechtsentwicklung in der Schweiz

A. Die Einführung des Prinzips der Inkognito-Adoption 1973

Im Einklang mit internationalen Entwicklungen⁸ hat die Schweiz mit der Revision des Adoptionsrechts, die am 1. April 1973 in Kraft trat, die Volladoption als einzige Adoptionsform eingeführt.⁹ Die Volladoption lässt bei der Fremdkindadoption das Kindesverhältnis zu den leiblichen Eltern und damit jegliche rechtliche Verwandtschaft zur Herkunftsfamilie im Sinne eines «clean break» erlöschen, um damit die vollständige Integration in die Adoptivfamilie zu garantieren.¹⁰ Die Schweiz kennt im Gegensatz etwa zu Frankreich daneben keine «einfache» Adoption, welche die rechtliche Verbindung zur Herkunftsfamilie nicht auflösen, und gewisse unterhalts- und erbrechtliche Rechte und Pflichten bestehen lassen würde.¹¹

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Volladoption notwendigerweise nicht nur mit einer rechtlichen, sondern auch mit einer informationellen Trennung zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern und damit der Geheimhaltung der Identität der Adoptivfamilie einhergehen müsse. Der Bundesrat erläuterte in der Botschaft die Gründe für dieses Prinzip der Inkognito-Adoption: «Die Fremdadoption steht und fällt nach den Erfahrungen der Praxis mit der Wahrung des Adoptionsgeheimnisses. Damit soll namentlich verhütet werden, dass die leiblichen Eltern sich nachträglich in das Verhältnis zwischen dem Kind und seinen Adoptiveltern einmischen

⁷ Vgl. ARTHUR D. SOROSKY/ANNETTE BARAN/REUBEN PANNOR, *The Adoption Triangle. The Effects of the Sealed Records on Adoptees, Birth Parents and Adoptive Parents*, New York 1978.

⁸ Die Einführung des Grundsatzes des Adoptionsgeheimnisses basierte auf dem Europäischen Übereinkommen über die Adoption von Kindern vom 24. April 1967, SR 0.211.221.310. Dieses sieht in Art. 20 Ziff. 1 vor: «Es sind Anordnungen zu treffen, damit ein Kind angenommen werden kann, ohne dass seiner Familie aufgedeckt wird, wer der Annehmende ist».

⁹ AS 1972 2819 ff.; BBl 1971 I 1200 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 267 ff. ZGB. Ein Bestehen bzw. Fortdauern wesentlicher Beziehungen zu den leiblichen Eltern bzw. zu einem Elternteil steht deshalb laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel einer Adoption im Weg, vgl. BGE 136 III 423, E. 3.3; BGE 119 II 1, E. 3; BGer 5A.35/2004 vom 4. Februar 2005, E. 4.2.

¹¹ Vgl. Art. 360 ff. Code Civil français. SUZETTE SANDOZ schlägt die Wiedereinführung der einfachen Adoption vor, nicht zuletzt da diese das Recht auf Kenntnis der Abstammung besser zu wahren vermöge, vgl. SUZETTE SANDOZ, *Faut-il réintroduire l'adoption simple?*, in: Leuba/Papaux van Delden/Foëx (Hrsg.), *Le droit en question. Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Zürich 2017, 233 ff.

und damit das soziale Gelingen der Adoption gefährden oder beeinträchtigen.»¹² Die Absolutheit der Trennung lässt sich dadurch erklären, dass mit der Volladoption die biologische Elternschaft «fingiert» werden soll, entsprechend einem bürgerlichen Familienideal, das zentral auf Ehe und biologischer Elternschaft beruht.¹³ Gleichzeitig sollte das Adoptivkind vor dem damals noch herrschenden Stigma der ausser-ehelichen Geburt geschützt werden,¹⁴ das wie einleitend erwähnt noch in den 1970er Jahren oftmals den Grund der leiblichen Mutter für die unter behördlichem Druck erteilte Einwilligung zur Adoption bildete.¹⁵

Gemäss dem vom 1. Januar 1973 bis 31. Dezember 2017 geltenden Art. 268b ZGB darf die Identität der Adoptiveltern ohne ihre Zustimmung den Geburtseletern des Kindes nicht bekannt gegeben werden. Über den Gesetzeswortlaut von Art. 268b ZGB hinaus umfasst das Adoptionsgeheimnis ebenfalls eine Schweigepflicht gegenüber *Dritten* über die Tatsache der Adoption.¹⁶ Schliesslich schützt das Adoptionsgeheimnis auch die leiblichen Eltern vor der Offenlegung ihrer Identität.¹⁷ Nach h.L. kann das Adoptionsgeheimnis dagegen dem Kind nicht entgegengehalten werden,¹⁸ dies vor dem Hintergrund der Anerkennung eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis der Identität seiner Geburtseletern, dessen Entwicklung im Folgenden nachgezeichnet wird.

B. Die Entwicklung eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis der Identität seiner Geburtseletern

Im Rahmen der Adoptionsreform der 1970er Jahre wurde der Anspruch des Adoptivkindes auf Auskunft über seine Herkunft nicht explizit geregelt und es war an der

¹² Botschaft vom 12. Mai 1971 zum Adoptionsrecht, BBl 1971 I 1200 ff., 1238.

¹³ MICHELLE COTTIER, Austausch von Informationen im Adoptionsdreieck. Das Adoptionsgeheimnis und die Macht der Leiblichkeit, in: Cottier/Rüetschi/Sahlfeld (Hrsg.), *Information & Recht*, Basel/Genf/München 2002, 31, 34 ff.; vgl. auch MONIKA PFAFFINGER, *Geheime und offene Formen der Adoption. Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck*, Diss. Zürich 2007, 128 ff.

¹⁴ BBl 1971 I 1200 ff., 1211.

¹⁵ LENGWILER et al. (Fn. 3), 11.

¹⁶ Vgl. FRANZ WERRO, *Das Adoptionsgeheimnis – Ausgewählte Fragen*, ZZW 1995, 359 ff., 360.

¹⁷ Vgl. BK-HEGNAUER, Art. 268b ZGB N 13 ff.; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 7; KuKo-PFAFFINGER, Art. 268b ZGB N 9.

¹⁸ Vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 5; CYRIL HEGNAUER, *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 13.11; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 5. Aufl., Genf 2014, Rz. 404; KuKo-PFAFFINGER, Art. 268b ZGB N 5.

Rechtsprechung, Leitlinien dazu zu entwickeln.¹⁹ Bis zur Jahrtausendwende bestand der bundesgerichtliche Ansatz in einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Kindes auf Einsicht und den Geheimhaltungsinteressen der leiblichen Eltern und insbesondere der Geburtsmutter.²⁰

Im Jahr 2002 liess das Bundesgericht das Pendel zugunsten der Interessen des erwachsenen Adoptivkindes ausschlagen. Es anerkannte in einem Urteil vom 4. März 2002 erstmals einen grund- und menschenrechtlichen Anspruch des Kindes auf Kenntnis der Abstammung.²¹ Demnach ist das Recht des Adoptivkindes, seine leiblichen Eltern zu kennen, als Aspekt des verfassungsrechtlichen und staatsvertraglichen Persönlichkeitsschutzes bzw. der persönlichen Freiheit anzuerkennen. Der Anspruch, die leiblichen Eltern zu kennen, steht dem volljährigen Adoptivkind von Verfassungs wegen unabhängig von einer Abwägung mit entgegenstehenden Interessen, insbesondere der leiblichen Eltern, zu und ist entsprechend unbeding; es handelt sich um ein unverzichtbares und nicht verwirkbares Recht.²² Grundlage bilden Art. 10 BV, Art. 8 EMRK, Art. 7 UN-KRK²³ und Art. 30 HAÜ²⁴. Das Bundesgericht zog zudem eine Analogie zum bereits anerkannten absoluten Recht des Kindes, das aufgrund einer heterologen Insemination geboren wurde, die Identität des Samenspenders zu kennen (Art. 119 Abs. 2 lit. g BV und Art. 27 FMedG²⁵).²⁶

Im Jahr 2003 trat sodann Art. 268c ZGB in Kraft. Die Bestimmung hält im Sinne des unbedingten Rechts auf Kenntnis der Abstammung fest, dass das Kind, hat es das 18. Lebensjahr vollendet, jederzeit Auskunft über die Personalien seiner leiblichen Eltern verlangen kann. Vorher kann es Auskunft verlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse hat. Laut Bundesgericht handelte es sich im Moment der Inkraftsetzung nicht um eine Neuerung, sondern um eine Konkretisierung einer dem Grundsatz nach bereits gegebenen Rechtslage.²⁷ Art. 268c Abs. 3 ZGB bestimmt zudem, dass die Kantone eine geeignete Stelle bezeichnen, welche das Kind auf Wunsch beratend

¹⁹ Vgl. dazu SAMANTHA BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, ZSR 2005 I, 39 ff., 46 ff.

²⁰ Siehe BGE 125 I 257 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch grundlegend THOMAS COTTIER, Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte, Beihefte zur ZSR 1987 VI, 44 ff.

²¹ BGE 128 I 63 ff.

²² BGE 128 I 63, E. 5.

²³ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-KRK), SR 0.107.

²⁴ (Haager) Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993 (HKsÜ), SR 0.211.221.311.

²⁵ Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG), SR 810.11.

²⁶ Vgl. zu dieser Analogie MONIKA PFAFFINGER, The Past Future of Adoption. The Impact of Biotechnology on an Old Institution, *Ancilla Juris* 2016, 49 ff.; JEANINE DE VRIES REILINGH, Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance, *AJP* 2003, 363 ff., 365.

²⁷ BGE 128 I 63, E. 4.4.

unterstützt. Eine Liste der zuständigen Behörden für die Herkunftssuche ist auf der Website des Bundesamts für Justiz zugänglich.²⁸

Die Schweizer Rechtsprechung und Gesetzgebung gehen mit der Anerkennung eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis der Abstammung weiter als die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). So stellte der Strassburger Gerichtshof in seinem Urteil *Jäggi* gegen die Schweiz aus dem Jahr 2006²⁹ zwar fest, dass das Interesse, die Wahrheit über die eigene genetische Abstammung zu erfahren, ein wichtiger Aspekt der Identität einer Person darstellt, der unter dem Titel von Art. 8 EMRK zu schützen ist. Gleichzeitig hat er auch die Möglichkeit anerkannt, dass Interessen Dritter überwiegen können. Auch im Fall *Odièvre* gegen Frankreich³⁰ betreffend «accouchement sous x» (anonyme Geburt) wurde aus der EMRK kein unbedingtes Recht auf Kenntnis der Abstammung abgeleitet. Der EGMR stellt einen Interessenkonflikt fest, in dem sich das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Herkunft (abgeleitet aus Art. 8 EMRK) auf der einen Seite und die Geheimhaltungsinteressen der leiblichen Mutter und ihr Interesse, unter angemessenen medizinischen Bedingungen gebären zu können, auf der anderen Seite gegenüberstehen. Nach dem EGMR sorgte Frankreich für ein ausgewogenes Gleichgewicht der verschiedenen Interessen: Die anonym geborene Person hatte Zugang zu gewissen nicht identifizierenden Informationen über die Umstände der eigenen Geburt, und Frankreich hatte in der Zwischenzeit einen nationalen Rat für den Zugang zu Angaben über die persönliche Abstammung geschaffen, welcher auf Gesuch hin der anonym geborenen Person die Identität der leiblichen Eltern mitteilt, wenn diese damit einverstanden sind, und aktiv um das Einverständnis der Eltern nachsucht. Eine Verletzung von Art. 8 EMRK wurde deshalb nicht festgestellt.³¹ Anders war das Ergebnis im Fall *Godelli* gegen Italien: Der Beschwerdeführerin standen weder nicht identifizierende Informationen über ihre Geburt noch ein mit der französischen Lösung vergleichbares Verfahren zur Verfügung, um das Einholen des Einverständnisses der Geburtsmutter zur Bekanntgabe ihrer Identität zu ermöglichen.³²

In Fragen der Kenntnis der Abstammung ausserhalb des Bereichs der Adoption geht das Bundesgericht nicht von einem unbedingten Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung aus, sondern nimmt nach dem Vorbild des EGMR eine Abwä-

²⁸ <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/adoption/herkunftssuche.html>, abgerufen am 20. Juli 2017.

²⁹ EGMR *Jäggi v. Switzerland*, 58757/00 (2006).

³⁰ EGMR *Odièvre c. France*, 42326/98 (2002).

³¹ EGMR *Odièvre c. France*, 42326/98 (2002), Ziff. 49.

³² EGMR *Godelli c. Italie*, 33783/09 (2013).

gung zwischen dem Interesse des Kindes und entgegenstehenden Interessen vor.³³ Es begründet dies durch die Verschiedenheit der Situationen. So unterscheide sich etwa das Interesse einer erwachsenen Frau, anhand einer DNA-Analyse Klarheit über die Vaterschaft bzw. die Nichtvaterschaft ihres rechtlichen Vaters, des Ehemannes ihrer Mutter zum Zeitpunkt der Geburt, zu schaffen, von derjenigen des Adoptivkindes, denn es lägen keine Daten im Zivilstandsregister oder bei Behörden vor, sondern diese müssten von den involvierten Personen eingebracht werden, womit ihre grundrechtlichen Interessen stärker tangiert seien.³⁴

C. Zunehmende Wahrnehmung der Interessen der Geburtselementer

Das unbedingte Recht des Kindes auf Kenntnis der Identität seiner Geburtselementer des Schweizer Rechts bedeutet nicht, dass die Interessen der leiblichen Eltern nicht auch Berücksichtigung finden würden. Art. 268c Abs. 2 ZGB in seiner bisherigen Fassung verlangt, dass die Behörde oder Stelle, welche über die gewünschten Angaben verfügt, bevor sie Auskunft erteilt, wenn möglich die leiblichen Eltern informiert. Lehnen diese den persönlichen Kontakt ab, so ist das Kind darüber zu informieren und auf die Persönlichkeitsrechte der leiblichen Eltern aufmerksam zu machen. Der Anspruch gemäss Art. 268c Abs. 1 beinhaltet kein Recht auf Kontakt.³⁵

Leibliche Eltern haben jedoch nach bisherigem Schweizer Recht weder Anspruch auf identifizierende Informationen über das Kind, das sie zur Adoption frei gegeben haben, noch auf Kontakt mit ihm. Ein Anspruch der leiblichen Eltern ergibt sich auch nicht aus der EMRK, wie der EGMR im Fall *I.S.* gegen Deutschland deutlich machte. Die Beschwerdeführerin in diesem Fall hatte ihre zwei in einer ausser-ehelichen Beziehung entstandenen Zwillingstöchter zur Adoption freigegeben und ersuchte nun um Auskunft und Kontakt mit den Kindern. Der Gerichtshof hielt die Entscheidung der deutschen Behörden, der Privatsphäre und den familiären Interessen der Adoptivfamilie mehr Gewicht beizumessen, für verhältnismässig. Da die Kinder als Neugeborene adoptiert wurden und zum Zeitpunkt des innerstaatlichen Verfahrens noch sehr klein waren, zudem die Rechte der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre leiblichen Kinder als Ergebnis von Handlungen erloschen, die sie

³³ BGE 134 III 241; vgl. dazu ANDREA BÜCHLER/NADINE RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, 1 ff., 15 f.

³⁴ BGE 134 III 241, 244, E. 5.2.2; im konkreten Fall kam das Bundesgericht in der Interessenabwägung zum Schluss, dass das persönlichkeitsrechtliche Interesse der Tochter auf Kenntnis der eigenen Abstammung gegenüber den Interessen des rechtlichen Vaters überwog. Es leitete deshalb aus Art. 28 ZGB eine Verpflichtung des rechtlichen Vaters ab, eine DNA-Analyse über sich ergehen zu lassen.

³⁵ KuKo-PFAFFINGER, Art. 268c ZGB N 3; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 6.

in vollständiger Kenntnis der rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen vorgenommen hatte, überwog das Interesse der Adoptivfamilie daran, zusammen mit den Kindern ein Familienleben aufzubauen und zu geniessen, ohne durch Versuche der leiblichen Mutter der Kinder, den Kontakt wiederherzustellen, gestört zu werden.³⁶

Die Verstärkung des im Schweizer Recht bisher schwachen Schutzes der Interessen der Geburtse Eltern, ihrerseits Auskunft über das Adoptivkind zu erhalten, ist Ziel des einleitend erwähnten parlamentarischen Gesetzgebungsauftrages aus dem Jahr 2010, der im Kontext der Aufarbeitung der «Administrativen Versorgung» von ledigen Müttern und der damit einhergehenden unter Druck zustande gekommenen Adoptionen eingereicht wurde.³⁷ Wie erwähnt gab die Motion dem Bundesrat den konkreten Auftrag, einen Gesetzesentwurf vorzulegen, der den leiblichen Eltern einen neuen Anspruch auf Kenntnis der Personalien ihrer adoptierten Kinder zuerkennt, wenn Letztere die Volljährigkeit erreicht und ihr Einverständnis für die Kontaktaufnahme gegeben haben.

In seinem *Vorentwurf* zur Reform des Adoptionsrechts von 2013³⁸ setzte der Bundesrat den Auftrag der Motion auch unter Bezugnahme auf Stimmen in der Lehre, die die schwache Stellung der Geburtse Eltern kritisieren,³⁹ durch weitgehende neue Rechte der leiblichen Eltern um: Beim *urteilsunfähigen minderjährigen* Kind sollten neu identifizierende Informationen über das adoptierte minderjährige Kind oder über seine Adoptiveltern den leiblichen Eltern (oder Dritten) nur bei Zustimmung der Adoptiveltern bekannt gegeben werden dürfen, wobei das Kind dazu angehört werden sollte (Art. 268b Abs. 1 VE-ZGB). Beim *urteilsfähigen minderjährigen* Kind sollte die Bekanntgabe mit Zustimmung der Adoptiveltern und des Kindes stattfinden (Art. 268b Abs. 1 *in fine* VE-ZGB), bei *volljährigen Adoptierten* nur mit deren ausdrücklicher Zustimmung (Art. 268b Abs. 2 VE-ZGB). Schliesslich war vorgesehen, dass unabhängig vom Alter oder von der Zustimmung des Kindes die leiblichen Eltern Anspruch auf Bekanntgabe nicht identifizierender Informationen über die Lebenssituation des Kindes haben, wenn dadurch dessen Interessen nicht gefährdet werden (Art. 268b Abs. 3 VE-ZGB).

Im Rahmen des *Vernehmlassungsverfahrens* wurde allerdings deutlich, dass sich sehr viel mehr Organisationen für die Interessen von Adoptierten engagieren als für die

³⁶ EGMR I.S. v. Germany, 31021/08 (2014), Ziff. 86.

³⁷ Motion FEHR (Fn. 2).

³⁸ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoptionsrecht) vom 29. November 2013.

³⁹ Vgl. COTTIER (Fn. 13), 31 ff., 47; MONIKA PFAFFINGER, Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen, FamPra.ch 2008, 19 ff., 44; ANDREAS PH. LEUKART, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, AJP 2009, 584 ff., 587.

Interessen von Geburtseletern und insbesondere der Geburtsmütter. Dazu kamen die Bedenken der Kantone gegenüber neuem administrativem Aufwand, der durch die Durchsetzung neuer Informationsansprüche der Geburtseletern entstehen würde. Laut Auswertung der Vernehmlassungsantworten durch das Bundesamt für Justiz wurde lediglich die Möglichkeit allgemein befürwortet, dass identifizierende Informationen bekannt gegeben werden, wenn das adoptierte Kind der Bekanntgabe seiner Personalien vorgängig zugestimmt hat.⁴⁰ Insbesondere von Fachstellen für Adoption wurde das unbedingte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung betont, das nicht auf dieselbe Stufe gestellt werden könne wie die Informationswünsche der leiblichen Eltern, die weiterhin nur ein bedingtes Recht auf Information erhalten sollten.⁴¹ Abgelehnt wurde auch der in Art. 268b Abs. 3 VE-ZGB-2013 vorgesehene Anspruch der leiblichen Eltern auf Bekanntgabe nicht identifizierender Informationen über die Lebenssituation des Kindes – in erster Linie aus Gründen der Kosten der Erhebung dieser Informationen durch die Behörden.⁴² Der dem Parlament im November 2014 vorgelegte Entwurf enthielt entsprechend das Recht der Geburtseletern auf nicht identifizierende Informationen nicht mehr.⁴³

D. Offene Adoptionsformen als Alternative zur geheimen Adoption

Ausgehend von Entwicklungen in den USA ab den 1970er Jahren, die von Adoptierten und Geburtsmüttern angestossen wurden, die das Adoptionsgeheimnis als schwere Belastung empfanden,⁴⁴ hat auch in Europa der Gedanke der offenen Adoption zunehmend Unterstützung gefunden.⁴⁵ Idee dieser Vereinbarung zwischen Adoptiveltern und leiblichen Eltern ist es, dass die doppelte Elternschaft offen gelebt wird. Praktiziert werden unterschiedliche Formen, die bezüglich der Intensität und Form der gepflegten Kontakte variieren.⁴⁶ Die offene Adoption ist in der Schweiz bereits seit Einführung der Volladoption mit dem Einverständnis von Adoptivel-

⁴⁰ Änderung des Zivilgesetzbuchs (Adoption), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, November 2014, 16; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBl 2015 877 ff., 899.

⁴¹ Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 40), 17 mit Hinweis auf die Stellungnahmen der Schweizerischen Fachstelle für Adoption und der Schweizerischen Stiftung des Internationalen Sozialdienstes.

⁴² Botschaft Adoption (Fn. 40), 899; Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 40), 17.

⁴³ Botschaft Adoption (Fn. 40), 913 ff. (Art. 268b E-ZGB).

⁴⁴ Vgl. zur Geschichte der Idee der «open adoption» in den USA E. WAYNE CARP, *Family matters: secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge Mass./London 1998, 196 ff.

⁴⁵ Vgl. PFAFFINGER, (Fn. 13), 166 ff. m.w.Nachw.

⁴⁶ COTTIER (Fn. 13), 41 m.w.Nachw.

tern und leiblichen Eltern möglich.⁴⁷ Über den Wortlaut der Motion JACQUELINE FEHR⁴⁸ hinaus sah bereits der Vorentwurf vor, diese Praxis explizit zu regeln, um insbesondere zu erreichen, dass die Vereinbarung nicht einseitig abgeändert oder aufgehoben werden kann (Art. 268f VE ZGB 2013). Die bisherige kantonale Rechtsprechung hatte dagegen angenommen, dass der Untergang des Besuchsrechts der leiblichen Eltern bei Platzierung im Hinblick auf eine Adoption nach Art. 274 Abs. 3 resp. Art. 267 Abs. 2 ZGB zwingend sei und nicht durch Vereinbarung oder Vorbehalt ausschliessbar.⁴⁹

III. Das neue Recht

A. Aktualisierung des Prinzips des Adoptionsgeheimnisses (Art. 268b Abs. 1 nZGB)

Der neue, ab 1. Januar 2018 geltende Wortlaut von Art. 268b Abs. 1 nZGB statuiert das Adoptionsgeheimnis in einer nunmehr deutlicheren Form: «Das Adoptivkind und die Adoptiveltern haben Anspruch auf Wahrung des Adoptionsgeheimnisses». Die Bestimmung bleibt allerdings lückenhaft. Nach wie vor muss gelten, was die Lehre zum bisherigen Recht festhält: Das Adoptionsgeheimnis schützt über den Wortlaut hinaus auch die leiblichen Eltern vor der Offenlegung ihrer Identität gegenüber Dritten, wie auch gegenüber den Adoptiveltern und dem Adoptivkind, wenn die Voraussetzungen für die Auskunftserteilung gemäss Art. 268c Abs. 2 und 3 nZGB nicht erfüllt sind.⁵⁰ Das Adoptionsgeheimnis richtet sich umfassend an staatliche Behörden, an als Hilfs- und Auskunftspersonen in das Adoptionsverfahren involvierte Personen, wie auch an Dritte, die vom Umstand der Adoption Kenntnis erlangen.⁵¹

⁴⁷ Vgl. PFAFFINGER (Fn. 13), 241 ff.; Botschaft Adoption (Fn. 40), 915.

⁴⁸ Vgl. Fn. 2.

⁴⁹ Vgl. Obergericht Luzern, Entscheid vom 20. Juli 2004, FamPra.ch 2005, 390, 393, E. 5.1 mit Verweis auf HEGNAUER, Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter, ZVW 1979, 132 ff., 133; kritisch dazu PFAFFINGER (Fn. 13), 242 ff.

⁵⁰ Vgl. BK-HEGNAUER, Art. 268b ZGB N 13 ff.; KuKo-PFAFFINGER, Art. 268b ZGB N 9; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 7.

⁵¹ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 3.

B. Gegenseitige Suche von Adoptivkind und Herkunftsfamilie

1. Ansprüche der Herkunftsfamilie (Art. 268b Abs. 2 und 3 nZGB)

Entsprechend dem Gesetzgebungsauftrag der Motion JACQUELINE FEHR⁵² erhalten die leiblichen Eltern und deren Nachkommen neu die Möglichkeit, ein Gesuch um Auskunft über die Identität des Adoptivkindes zu stellen. Dieser Anspruch ist, anders als das unbedingte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, insofern beschränkt, als die Auskunftserteilung von der Zustimmung des betroffenen Adoptivkindes abhängig ist. Die Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung liegt gemäss Botschaft des Bundesrats einerseits im Primat des Kindeswohls (Art. 3, Art. 21 UN-KRK) begründet, sowie andererseits darin, dass den leiblichen Eltern – anders als dem adoptierten Kind – kein verfassungsmässiges Recht auf Mitteilung der entsprechenden Daten zusteht.⁵³

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem minderjährigen und dem volljährigen Kind:

Gemäss Art. 268b Abs. 2 nZGB dürfen identifizierende Informationen über das *minderjährige* Kind oder über seine Adoptiveltern den leiblichen Eltern nur bekannt gegeben werden, wenn das Kind urteilsfähig ist (Art. 16 ZGB)⁵⁴ und die Adoptiveltern sowie das Kind der Bekanntgabe zugestimmt haben. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung richtet sich diese Bestimmung nur an staatliche Behörden, die über Informationen über das Adoptivkind und die Adoptiveltern verfügen und nicht an die Eltern des minderjährigen Kindes. So sollen nach dem Willen des Gesetzgebers offene Adoptionen vereinbart werden können, die auch die gegenseitige Offenlegung der Identität umfassen.⁵⁵ Bereits nach bisherigem Recht ist anerkannt, dass das Adoptionsgeheimnis dann nicht gilt, wenn die Geburts- und Adoptiveltern eine offene Adoption vereinbaren.⁵⁶ Die Regelung lässt sich entsprechend so interpretieren, dass ein absolut höchstpersönliches, zustimmungsbedürftiges Recht⁵⁷ des

⁵² Oben I.

⁵³ Botschaft Adoption (Fn. 40), 914; vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte im Übrigen oben II. C.

⁵⁴ Analog zur Rechtsprechung im Bereich des Besuchsrechts kann die Urteilsfähigkeit ungefähr ab dem 12. Altersjahr angenommen werden, vgl. etwa BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015; BGer 5A_200/2015 vom 22. September 2015.

⁵⁵ Botschaft Adoption (Fn. 40), 934.

⁵⁶ Vgl. WERRO (Fn. 16), 359, 360; COTTIER (Fn. 13), 33; PFAFFINGER (Fn. 13), 241 ff.

⁵⁷ Absolut höchstpersönliche Rechte sind Rechte, welche eine Vertretung ausschliessen und deshalb von urteilsunfähigen Minderjährigen nicht ausgeübt werden können (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Zustimmungsbefürftige höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die neben dem Handeln der urteilsfähigen Minderjährigen zusätzlich der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung bedürfen (Art. 19c Abs. 1, 2. Halbsatz ZGB); vgl. BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 19c N 3 f.; KuKo-HOTZ, Art. 19c ZGB N 3 ff.

Kindes auf Zustimmung zur Bekanntgabe identifizierender Informationen über das Adoptivkind durch staatliche Behörden (aber nicht durch die Adoptiveltern) an die leiblichen Eltern eingeführt wird. Zu bemerken ist schliesslich, dass die Bestimmung, indem sie bereits die Zustimmung des urteilsfähigen minderjährigen Kindes gelten lässt, weiter geht als die Motion JACQUELINE FEHR, die eine Suchanfrage erst ab Erreichen der *Volljährigkeit* des Adoptivkindes möglich gemacht hätte.⁵⁸

Beim *volljährigen* Kind dürfen laut Art. 268b Abs. 3 nZGB den leiblichen Eltern sowie deren direkten Nachkommen identifizierende Informationen über das Kind bekannt gegeben werden, wenn die betroffene adoptierte Person der Bekanntgabe zugestimmt hat. Im Unterschied zur Zeit der Minderjährigkeit des Kindes kommen ab Volljährigkeit auch die direkten Nachkommen der leiblichen Eltern als mögliche Gesuchsteller in Frage.⁵⁹ Keine Informationen kann die Herkunftsfamilie ab Volljährigkeit des Adoptivkindes über die Adoptiveltern erhalten, eine Zustimmung der Letzteren ist ausserdem nicht mehr notwendig.

2. Ansprüche des Adoptivkindes (Art. 268c nZGB)

Schon nach bisherigem Recht 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.⁶⁰ Nach dem neuen, ab 2018 geltenden Recht haben die Adoptiveltern nun explizit die Pflicht, das Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über die Tatsache seiner Adoption in Kenntnis zu setzen (Art. 268c Abs. 1 nZGB). Die Bestimmung war im Vorentwurf noch nicht enthalten und wurde aufgrund von Anregungen im Vernehmlassungsverfahren eingefügt.⁶¹ Sie knüpft keine Rechtsfolgen an ihre Nichtbeachtung, sondern appelliert laut Botschaft an die Verantwortung der Adoptiveltern gegenüber dem adoptierten Kind.⁶²

Im Weiteren regelt Art. 268c nZGB die Frage der Ansprüche des Adoptivkindes auf Auskunft über die leiblichen Eltern. Dabei unterscheidet das neue Recht wiederum zwischen dem minderjährigen und dem volljährigen Kind:

⁵⁸ Motion FEHR (Fn. 2).

⁵⁹ Mit dem Begriff der direkten Nachkommen sind Geschwister und Halbgeschwister des Adoptivkindes gemeint. So jedenfalls die Zusammenfassung der Anregungen im Vernehmlassungsverfahren, auf welche die Erweiterung der Bestimmung zurückgeht, vgl. Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 40), 18.

⁶⁰ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 265 N 10; BK-HEGNAUER, Art. 265 ZGB N 12; MEIER/STETTLER (Fn. 18), Rz. 412.

⁶¹ Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 40), 18.

⁶² Botschaft Adoption (Fn. 40), 933.

Das *minderjährige* Kind hat gemäss Art. 268c Abs. 2 nZGB 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. Es stellt sich die Frage der Rechtsnatur des Rechts, ein Gesuch um Auskunft über die leiblichen Eltern zu stellen. Anders als Art. 268b Abs. 2 nZGB verlangt das Gesetz nicht die Urteilsfähigkeit des Kindes. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um ein *relativ höchstpersönliches Recht* des Kindes, das ab Urteilsfähigkeit durch das Kind selbst (Art. 19c Abs. 1 ZGB), vor Erreichen der Urteilsfähigkeit durch die gesetzlichen Vertreter ausgeübt wird, also im Regelfall die Adoptiveltern des Kindes (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Die Qualifizierung als relativ und nicht absolut höchstpersönliches Recht lässt sich damit begründen, dass der Gesetzgeber auch bei noch nicht urteilsfähigen Kindern offene Adoptionen ermöglichen wollte.⁶³ Ein schutzwürdiges Interesse, die Identität der leiblichen Eltern zu erfahren, kann bei der vertretungsweisen Ausübung des Informationsrechts des Kindes durch die Eltern denn auch insbesondere darin bestehen, dass die Adoptiveltern nachträglich eine offene Adoption vereinbaren möchten.⁶⁴ Die Eltern müssen in jedem Fall aber beim Entscheid über das Auskunftsgesuch im Sinne von Art. 301 Abs. 2 ZGB auf die Meinung des noch urteilsunfähigen Kindes Rücksicht nehmen.

Das *volljährige* Kind kann wie bisher jederzeit verlangen, dass ihm die Personalien seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden (Art. 268c Abs. 3 Satz 1 nZGB). Dies entspricht der bisherigen Konzeption eines absoluten Rechts des Adoptivkindes auf Kenntnis seiner Abstammung, das ohne Abwägung mit den Interessen der Geburtseltern gewährt wird.⁶⁵ Das Recht auf Kenntnis der Abstammung umfasst die Personalien der leiblichen Eltern im Zeitpunkt der Geburt,⁶⁶ und nur wenn die leiblichen Eltern einer Kontaktaufnahme zustimmen, auch die aktuellen Personalien (Art. 268d Abs. 2 nZGB).⁶⁷

Neu ist, dass das Gesetz dem Kind zusätzlich den Anspruch auf Bekanntgabe weiterer Informationen über die leiblichen Eltern vermittelt (Art. 268c Abs. 3 Satz 1 *in fine* nZGB). Dieses Recht ist nicht vom absoluten Recht auf Kenntnis der Abstammung umfasst, und es muss deshalb m.E. wie bisher nach den Regeln über das Akteneinsichtsrecht in Bezug auf einzelne Informationen eine Interessenabwägung stattfinden und gegebenenfalls den Geheimhaltungsinteressen der Geburtseltern der Vorrang

⁶³ Botschaft Adoption (Fn. 40), 934.

⁶⁴ Was gemäss Übergangsrecht auch bei Adoptionen, die vor dem 1. Januar 2018 ausgesprochen oder noch hängig sind, möglich sein soll.

⁶⁵ Vgl. oben II. B.

⁶⁶ Botschaft Adoption (Fn. 40), 933.

⁶⁷ Vgl. sogleich unten III. B. 3.

gegeben werden.⁶⁸ Die Auskunft erstreckt sich selbstverständlich nur auf Informationen, die im Zusammenhang mit der Adoption stehen, also insbesondere Kindeschutz-, Pflegekind- und Adoptionsakten, nicht aber auf beliebige andere Akten, die von Schweizer Behörden über die leiblichen Eltern angelegt wurden.

Neu ist auch, dass das Adoptivkind verlangen kann, dass ihm Informationen über direkte Nachkommen⁶⁹ seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden. Das Gesetz geht diesbezüglich von einem bedingten Recht aus: Die Nachkommen müssen volljährig sein und der Bekanntgabe zugestimmt haben (Art. 268c Abs. 3. Satz 2 nZGB).

3. Kantonale Auskunftsstelle und Suchdienste (Art. 268d nZGB)

Auskunftsgesuche von Seiten des Adoptivkindes, der leiblichen Eltern oder deren direkten Nachkommen nimmt neu eine einzige kantonale Stelle entgegen. Sachlich zuständig ist die für das Adoptionsverfahren zuständige kantonale Behörde (Art. 268d Abs. 1 nZGB). Betreffend örtliche Zuständigkeit ist dem Gesetzestext nichts Explizites zu entnehmen. Ist die Adoption in der Schweiz erfolgt, so dachte der Gesetzgeber offensichtlich an die Behörde, die ursprünglich das Adoptionsverfahren durchgeführt hatte resp. deren Nachfolgebehörde. Laut Materialien nimmt der Gesetzgeber ebenfalls eine Zuständigkeit der Auskunftsstelle im Fall einer internationalen Adoption an.⁷⁰ In diesem Fall kann in Analogie zu anderen Bestimmungen des Kindesrechts⁷¹ die örtliche Zuständigkeit der Adoptionsbehörde am Schweizer Wohnsitz des Adoptivkindes angenommen werden.

Gesuche in Sachen Adoption an andere Behörden der Kantone sind von diesen an die in Art. 268d Abs. 1 nZGB bezeichnete kantonale Behörde weiterzuleiten.⁷²

Gemäss Art. 268d Abs. 2 nZGB informiert die Behörde die vom Auskunftsgesuch betroffene Person über das Gesuch und holt, wo nötig, deren Zustimmung zur Kon-

⁶⁸ Vgl. BGE 125 I 257, E. 3 f.; BGE 122 I 153, E. 6; eine Verweigerung der Einsicht in die Adoption dagegen nur in wenigen Ausnahmefällen befürwortend: MEIER/STETTLER (Fn. 18), Rz. 410.

⁶⁹ Zum Begriff vgl. oben III. B. 1.

⁷⁰ Botschaft Adoption (Fn. 40), 933 f.

⁷¹ Vgl. Art. 256d Abs. 1, 275 Abs. 1, Art. 298a Abs. 4, Art. 298b Abs. 1, Art. 315 Abs. 1 ZGB.

⁷² Botschaft Adoption (Fn. 40), 933.

taktaufnahme mit der gesuchstellenden Person ein. Sie kann diese Aufgaben an einen spezialisierten Suchdienst übertragen.⁷³

Art. 268d Abs. 3 nZGB hält wie der bisherige Art. 268c Abs. 2 ZGB fest, dass bei Ablehnung des persönlichen Kontakts durch die betroffene Person die Behörde oder der beauftragte Suchdienst die gesuchstellende Person darüber informiert und diese auf die Persönlichkeitsrechte der vom Auskunftsgesuch betroffenen Person aufmerksam macht. Das Adoptivkind hat also wie bis anhin keinen Anspruch auf Kontakt mit den leiblichen Eltern.⁷⁴ Art. 268d Abs. 4 nZGB verpflichtet schliesslich die Kantone, eine Stelle zu bezeichnen, welche die leiblichen Eltern, deren direkte Nachkommen sowie das Kind auf Wunsch beratend unterstützt.

C. Vereinbarung einer (halb)offenen Adoptionsform (Art. 268e nZGB)

In Aufweichung der bisherigen gesetzlichen Vermutung, dass das Adoptionsgeheimnis bei der Fremdkindadoption das Kindeswohl am besten verwirklicht, soll Art. 268e nZGB neu ermöglichen, «eine mehr oder weniger offene Form der Adoption» zu vereinbaren.⁷⁵ So sieht das Gesetz neu explizit vor, dass die Adoptiveltern und die leiblichen Eltern vereinbaren können, dass den leiblichen Eltern ein Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem minderjährigen Kind eingeräumt wird (Abs. 1 Satz 1).

Diese Vereinbarung sowie ihre Änderung sind der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zur Genehmigung zu unterbreiten (Abs. 1 Satz 2). Laut Botschaft ist die genehmigte Vereinbarung nicht mehr einseitig abänderbar,⁷⁶ womit die Genehmigung also offenbar Bedingung für die Verbindlichkeit der Vereinbarung ist, die Art. 274 Abs. 3 ZGB (Erlöschen des Besuchsrechts im Moment der Unterbringung

⁷³ Die explizite Nennung der Suchdienste (Art. 268e Abs. 2 VE ZGB 2013) war nicht mehr im Entwurf enthalten, da sie im Vernehmlassungsverfahren durch viele Kantone abgelehnt wurde, da sie die Kostenfolgen befürchteten. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde sie wieder eingefügt, vgl. Amtl. Bull. NR 2016 735 ff.; Amtl. Bull. SR 2016 370. In diesem Kontext wurden die folgenden Suchdienste durch die vorberatende nationalrätliche Kommission angehört: Internationales Komitee vom Roten Kreuz, Service Social international, Espace A und Schweizerische Fachstelle für Adoption (neu PACH Pflege- und Adoptivkinder Schweiz), vgl. Votum REBECCA RUIZ, Amtl. Bull. NR 2016 738.

⁷⁴ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 268b/268c N 6 nimmt eine qualifizierte, rechtlich geschützte Beziehung an und eine sinngemässe Anwendung von Art. 272 ZGB.

⁷⁵ Botschaft Adoption (Fn. 40), 934.

⁷⁶ Botschaft Adoption (Fn. 40), 915, 934.

zum Zweck der Adoption) auszuhebeln vermag.⁷⁷ M.E. kann die Genehmigung der Vereinbarung auch nachträglich, erst im Konfliktfall erfolgen, wenn die Kindesschutzbehörde aufgrund Art. 268e Abs. 2 nZGB angerufen wird, und die Partei, die sich darauf beruft, das Vorliegen der Vereinbarung beweisen kann (Art. 8 ZGB). Wenn die angerufene Behörde die Vereinbarung nicht als genehmigungsfähig betrachtet, so kann eine zwar nicht genehmigte, aber bereits gelebte und umgesetzte Vereinbarung trotzdem zur Annahme eines Besuchsrechts im Sinne von Art. 274a ZGB führen, der in diesem Fall Art. 274 Abs. 3 ZGB vorgeht.

Die Kindesschutzbehörde oder eine beauftragte Drittperson hört das Kind sodann vor dem Entscheid in geeigneter Weise persönlich an, sofern dessen Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegensprechen (Abs. 1 Satz 3). Insofern ist die Rechtsprechung zur Anhörung in familienrechtlichen Verfahren heranzuziehen, wonach das Kind in der Regel ab dem 6. Altersjahr angehört werden muss.⁷⁸

Ist das Kind urteilsfähig, so bedarf die Vereinbarung seiner Zustimmung (Abs. 1 Satz 4). Es besteht damit ein gewisses Spannungsverhältnis zu Art. 268b Abs. 2 nZGB: Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung darf wie oben ausgeführt die zuständige kantonale Auskunftsstelle die leiblichen Eltern über die Identität des Adoptivkindes und der Adoptivfamilie erst informieren, wenn das Kind urteilsfähig ist und der Mitteilung zugestimmt hat. Eine teleologische Auslegung von Art. 268e Abs. 1 nZGB ergibt dagegen, dass die Vereinbarung einer offenen Adoption gemäss Willen des Gesetzgebers unter gegenseitiger Offenlegung der Identität auch beim noch urteilsunfähigen Säugling oder Kleinkind ermöglicht werden sollte,⁷⁹ und die Zustimmung des Kindes erst ab dem Zeitpunkt seiner Urteilsfähigkeit notwendig ist. Aus diesem Grund wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass Art. 268b Abs. 2 nZGB nur staatliche Behörden bindet.⁸⁰ Die Adoption kann natürlich auch nur halbaffen erfolgen, was bedeutet, dass zwar persönliche Treffen stattfinden, die Anonymität der Parteien aber gewahrt bleibt,⁸¹ womit sich die Frage der Zustimmung des Kindes zur Offenlegung seiner Identität ohnehin nicht stellt.

Art. 268e Abs. 2 nZGB bestimmt sodann, dass im Fall der Kindeswohlgefährdung oder der Uneinigkeit über die Umsetzung der Vereinbarung die Kindesschutzbe-

⁷⁷ Letztere Bestimmung wurde im Rahmen der Revision unverändert belassen, vgl. MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, *Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH*, in: Leuba/Papaux van Delden/Foëx (Hrsg.), *Le droit en question. Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Zürich 2017, 187 ff., 225; vgl. für eine Kritik von Art. 274 Abs. 3 ZGB im Licht von Art. 8 EMRK PFAFFINGER (Fn. 39), 39 ff.

⁷⁸ BGE 131 III 553, E. 1.2.2; BGer 5A_2/2016 vom 28. April 2016, E. 2.3.

⁷⁹ Botschaft Adoption (Fn. 40), 934.

⁸⁰ Vgl. oben III. B. 1.

⁸¹ PFAFFINGER (Fn. 39), 12.

hörde entscheidet. Die Botschaft nennt als Entscheidkriterium das «Kindeswohl».⁸² Es gilt m.E. der Massstab von Art. 274a ZGB, wonach die Besuche dann weitergeführt werden sollten, wenn ein Kontaktabbruch aufgrund der gewachsenen Beziehung zwischen dem Kind und den leiblichen Eltern dem Kindeswohl abträglich wäre.⁸³ Das Verfahren richtet sich nach Art. 314 ff. ZGB, womit die Bestimmungen über den Mediationsversuch (Art. 314 Abs. 2), die Kindesanhörung (Art. 314a) und die Kindesvertretung (Art. 314a^{bis}) zur Anwendung kommen.

Aufgrund Art. 268e Abs. 3 nZGB kann das Kind den Kontakt zu den leiblichen Eltern jederzeit verweigern, und gegen seinen Willen dürfen die Adoptiveltern keine Informationen an die leiblichen Eltern weitergeben. Gemäss Wortlaut gilt dies unabhängig von der Urteilsfähigkeit des Kindes, womit auch der «natürliche» Wille des Kindes massgeblich erscheint.

D. Besonderheiten bei der internationalen Adoption

Besonderheiten ergeben sich im Fall der internationalen Adoption. Als Aufnahmestaat muss die Schweiz laut Haager Adoptionsübereinkommen die ihr vorliegenden Angaben über die Herkunft des Kindes, insbesondere über die Identität seiner Eltern, sowie über die Krankheitsgeschichte des Kindes und seiner Familie aufbewahren (Art. 30 Abs. 1 HAÜ). Allerdings sieht das Abkommen keine Pflicht der abgebenden Staaten vor, identifizierende Daten zu den leiblichen Eltern zur Verfügung zu stellen. Es ist einzig ein Bericht verlangt, der namentlich Angaben über das soziale Umfeld des Kindes und seine persönliche und familiäre Entwicklung enthält (Art. 16 Abs. 1 lit. a HAÜ).

Die Vereinbarung einer offenen Adoption ist auch im internationalen Verhältnis möglich. Die Genehmigung der Vereinbarung im Sinne von Art. 268e Abs. 1 nZGB und die behördliche Entscheidung im Konfliktfall gemäss Art. 268e Abs. 2 ZGB fällt m.E. unter den Geltungsbereich des Haager Kindesschutzübereinkommens (persönlicher Verkehr Art. 3 lit. b HKsÜ).⁸⁴ Die Schweizer Kindesschutzbehörden sind bzgl. Fragen des persönlichen Verkehrs mit den leiblichen Eltern zuständig, wenn das Adoptivkind in der Schweiz seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ).

⁸² Botschaft Adoption (Fn. 40), 934.

⁸³ Vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 274a N 2, 5.

⁸⁴ Es geht dagegen nicht um Adoptionsentscheidungen und Massnahmen zur Vorbereitung einer Adoption sowie auf die Ungültigerklärung und den Widerruf der Adoption, auf die das HKsÜ nicht anwendbar ist (Art. 4 Abs. 1 lit. b HKsÜ).

E. Übergangsrecht

Nach Art. 12c nSchlT gelten die Bestimmungen über das Adoptionsgeheimnis, die Auskunft über die leiblichen Eltern und deren Nachkommen sowie die Möglichkeit der Vereinbarung eines persönlichen Verkehrs zwischen den leiblichen Eltern und dem Kind auch für Adoptionen, die vor dem Inkrafttreten der Revision ausgesprochen oder im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hängig sind. Für bis 1972 ausgesprochene und nicht dem ab 1973 geltenden Recht unterstellte Adoptionen⁸⁵ gilt das Adoptionsgeheimnis nicht,⁸⁶ womit sich die Identität aller Beteiligten ohne Weiteres den Zivilstandsdokumenten entnehmen lässt.⁸⁷

IV. Fazit

Die Reform des Adoptionsgeheimnisses ist in erster Linie motiviert vom Anliegen, die Position insbesondere von leiblichen Müttern zu stärken, die bis in die 1970er Jahre Opfer der aus heutiger Sicht grundrechtswidrigen Praxis der Administrativen Versorgung wurden, und deren Einwilligung zur Adoption ihres Kindes oftmals nur unter Druck zustande kam. Diesem Ziel entspricht der Gesetzgeber, indem er für leibliche Eltern und ihre direkten Nachkommen die neue Möglichkeit schafft, bei einer kantonalen Auskunftsstelle ein Gesuch um Auskunft über die Identität des Adoptivkindes zu stellen (Art. 268b Abs. 2 und 3 nZGB). Es ist deshalb zu erwarten, dass ab dem Jahr 2018 eine Reihe von Adoptierten mit einem Auskunftsgesuch und damit unter Umständen mit aufwühlenden oder schmerzhaften Aspekten ihrer Biographie konfrontiert werden. Den kantonalen Auskunftsstellen und durch sie beauftragten Suchdienste wird in diesem Rahmen eine wichtige Rolle bei der psychologischen Begleitung der Betroffenen und damit der individuellen Bewältigung (und Wiedergutmachung?) des erlittenen Leids zukommen. Darüber hinaus wird durch die gesetzliche Anerkennung offener Adoptionsformen, das Anfang 1970er Jahre aufgrund eines heute überholten bürgerlichen Familienideals etablierte Leitbild der absoluten, auch informationellen Trennung des Adoptivkindes von seiner Herkunftsfamilie zumindest aufgeweicht. Insgesamt wird damit mit der Reform eine verbesserte (wenn auch nicht vollständige) Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck erreicht.

⁸⁵ Diese war ohne Zustimmung der leiblichen Eltern innerhalb von 5 Jahren möglich, vgl. Art. 12b SchlT.

⁸⁶ Vgl. oben II. A.

⁸⁷ Bundesamt für Justiz, Aktennotiz vom 13. Februar 2014, (Fn. 1).