

Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch

ROLAND FANKHAUSER*

* Prof. Dr. iur., Advokat, LL.M. (Europainstitut ZH), Professor an der Universität Basel. Grösster Dank gebührt Frau B.A. und stud. iur. Julia Burkart, welche insb. die gesamte Literaturrecherche sowie die Leitung der Vorbereitungsarbeiten übernommen hat. Frau Burkart sowie Frau MLaw Anna Bleichenbacher und stud. iur. Noémie Neuhaus haben die Redaktion massgeblicher Textteile und -entwürfe übernommen. Frau lic. phil. und MLaw Nadja Fischer danke ich ebenfalls für wertvolle Hinweise.

Inhaltsverzeichnis

[Das Inhaltsverzeichnis wird vom Verlag erstellt]

A.	Einleitung	■
I.	Dolore dolores duo eirmod eos erat	■
1.	Magna aliquyam erat	■
a.	Lorem ipsum dolor sit amet.....	■
aa.	Illum dolore eu feugiat nulla facilisis	■
aaa.	Duis autem vel eum iriure dolor.....	■
II.	Hendrerit in vulputate velit esse molestie consequat.....	■
B.	Literatur.....	■

A. Einleitende Bemerkungen

Es ist für einen Autor und sein mitwirkendes Team gleichsam frustrierend wie auch beklemmend, einen solchen Beitrag just in einem Jahr zu verfassen, in dem in eklatanter Weise die Europäischen Menschenrechte in der Ukraine mit Füßen getreten werden. Die Worte von RIETIKER im Jahre 2015, ein Jahr nach der Annexion der Krim durch Russland, zum 40-jährigen Beitritt der Schweiz zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹ (nachfolgend EMRK) gewinnen damit leider erneut an dramatischer Aktualität: Fluchtbewegungen können zu deutlicher Geschäftszunahme am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend EGMR) führen und mit den von Russland beanspruchten gewaltsamen Gebietsveränderungen könnten sich in der Folge zusätzlich weitere hohe Hürden, Menschenrechtsverletzungen vor Gerichte zu bringen, ergeben². Seit Jahren sind Vorwürfe von EMRK-Verletzungen im Umgang mit Geflüchteten, insbesondere bezüglich illegaler Push-backs, Misshandlungen und unmenschlichen Aufenthaltsbedingungen, Gegenstand von gerichtlichen Verfahren.³

Der Fokus der vorliegenden Abhandlung soll aber nicht auf aktuellen und zukünftigen Problemen, sondern auf der Vergangenheit liegen. Mit der Einladung zu diesem Referat verbunden ist nichts

¹ SR 0.101.

² RIETIKER, S. 236 f.

³ ACHERMANN/HEMMI, weshalb der Europarat im Jahr 2015 auf den Schutz der Rechte von Geflüchteten einen Hauptfokus legte; Verurteilung Italiens wegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK im Urteil des EGMR vom 23. Februar 2014 (Nr. 27765/09) *Hirsi Jamaa und andere gegen Italien*; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2019 BVGer E-4211/2019 E. 3.3 und 3.4 bezüglich Vorwürfen zu Push-Backs in Kroatien und möglichen EMRK-Verletzungen.

weniger als eine Analyse, wie die EMRK das schweizerische Zivilrecht beeinflusst hat. Dies ruft nach Begrenzung, und diese erfolgt in mehrfacher Hinsicht. Einerseits erfolgt die Untersuchung durch einen Zivilrechtswissenschaftler, der sich vornehmlich mit der Materie des Schweizerischen Zivilgesetzbuches auseinandersetzt. Zur Vermeidung eines (an sich ohnehin bereits vorliegenden) Übernahmeverschuldens⁴ wird der Bereich des Schuld- bzw. Obligationenrechts gänzlich ausgeklammert. Auch auf die privatrechtlichen Aspekte des Ausländerrechts, der internationalen Kindesentführung und der Sterbehilfe kann nicht näher eingegangen werden. Der Fokus liegt zur Hauptsache auf den klassischen Materien des Zivilgesetzbuches, insbesondere des Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrechts, wobei ausgewählte materiell verwandte Gebiete, mögen sie auch in Spezialgesetzen und nicht im ZGB geregelt sein⁵, zwar miteinbezogen werden, letztlich die Betrachtung aber punktuell ist. Aus Ressourcengründen muss ferner der Bereich des Zivilprozessrechts ausgeklammert bleiben, wobei vereinzelt auch auf mit dem materiellen Zivilrecht konnexe Verfahrensaspekte beleuchtet werden. Andererseits befassen sich die nachfolgenden Überlegungen und Befunde hauptsächlich mit der Frage, wie die EMRK das geltende Gesetzesrecht beeinflusst hat, weniger also mit einer Betrachtung, wie die bundesgerichtliche (und kantonale⁶) Rechtsprechung von der Rechtsprechung des EGMR beeinflusst ist. Gefragt wird demzufolge danach, wieviel EMRK (bzw. EGMR-Rechtsprechung) steckt eigentlich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch⁷. Dabei wird auch näher betrachtet werden müssen, ob und wie gradlinig oder auf gewundenen Wegen die EMRK ihren Weg in das ZGB findet. Der Fokus liegt damit auf dem eigentlichen Transformations- bzw. Implementierungsprozess, was bedingt, dass die Historie von Revisionen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches detailliert betrachtet werden. Der Rückblick soll zu einem Verständnis führen, wie sich Auswirkungen der EMRK auf das Zivilrecht zeigen, eine Grundlage zur Bewertung dieses Prozesses verschaffen und schliesslich einen Ausblick ermöglichen, wie in Zukunft allenfalls die Impulsgebung und Orientierung durch die EGMR-Rechtsprechung dergestalt genutzt werden kann, damit der Gesetzgeber auch mit diesem Instrument in die Lage gebracht wird, bei Revisionen jeweils ein ZGB der Zukunft zu gestalten. Zum Abschluss dieser

⁴ Selbst für langjährige Mitarbeiter:innen des EGMR scheint es nicht einfach zu sein, den Überblick über die verschiedenen Urteile und die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR zu bewahren, RIETIKER, S. 242.

⁵ Vgl. BREITSCHMID, *RabelsZ* 2008, S. 686, 690; ausführlich zu den Tendenzen der Dekodifikation GENNER SUSANNE, *Dekodifikation, Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht*, Basel 2006.

⁶ Selbstverständlich sind sämtliche rechtsanwendenden Behörden gehalten, die EMRK anzuwenden und haben damit auch die Möglichkeit, dagegen verstossendes schweizerisches Recht nicht anzuwenden, SEILER, *ZBJV* 2014, S. 265, 308.

⁷ Angelehnt an den Titel einer Abschiedsvorlesung an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, vgl. BRÜCKNER CHRISTIAN, *Das Schweizerische im Schweizer Recht*, *BJM* 2007, S. 153 ff.

einleitenden Bemerkungen sei eingeräumt, dass mit den nachfolgenden Betrachtungen nicht verbunden werden kann, die kaum mehr überblickbare Literatur zur Schweiz und der EMRK erschöpfend zu verarbeiten. Meine Überlegungen gleichen eher einem essayistischen Versuch, das Thema anzugehen und für weitere, berufenere Kenner:innen der Materie zur Inspiration, Reflexion oder Kritik zu dienen.

Der erste Teil des Beitrags (B. Die Schweiz und die EMRK) wird die Geschichte des Beitritts der Schweiz zur EMRK Revue passieren lassen, das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz thematisieren und einen Blick auf die sog. dynamische Auslegung der EMRK und die daran geäußerte Kritik werfen. Der zweite Teil (C. Variationen der Einflussnahme der EMRK) wird sich kurz in allgemeiner Weise damit auseinandersetzen, welche Erscheinungsformen Auswirkungen durch die EMRK haben können. Im eigentlichen Hauptteil (D.) wird der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB untersucht und im letzten Teil (E.) sollen die Erkenntnisse des vorangegangenen Teils in Form von Thesen zusammengefasst werden.

B. Die Schweiz und die EMRK

I. Der Beitritt der Schweiz zur EMRK⁸

Obwohl die Europäische Menschenrechtskonvention bereits 1950 abgeschlossen, für Deutschland im Jahr 1953⁹ und für Österreich im Jahr 1958 in Kraft trat,¹⁰ wurde sie von der Schweiz erst 1974 ratifiziert. THURNHERR bezeichnete den Umgang der Schweiz mit der EMRK im Vergleich zu Österreich als «sehr zurückhaltend und widerwillig», begründete das Vorgehen jedoch mit den verschiedenen Vorbereitungsschritten, welche die Schweiz vor der Ratifizierung machte, um die Vereinbarkeit der nationalen Rechtsordnung und der Konvention sicherzustellen,¹¹ und den Bedenken zur Vereinbarkeit der Konvention mit der Schweizer Neutralität.¹² Bereits 1962 fragte Nationalrat FURGLER während der parlamentarischen Debatte zum Europarat nach einem Beitritt der Schweiz zur EMRK.¹³ Dabei merkte er an, dass die Verwirklichung der Grundrechte eines der Hauptziele des

⁸ Vgl. dazu ausführlich KLEY/SGRIST, S. 17 ff.

⁹ DE, BGBl. 1954 II S. 14

¹⁰ Ö, BGBl. Nr. 210/1958

¹¹ THURNHERR, S. 323.

¹² THURNHERR, S. 316.

¹³ Amtl. Bull. 1962 N 684 vom 10. Dezember 1962.

Europarates¹⁴ und die Beachtung der Menschenrechte eine «*conditio sine qua non jedes europäischen Zusammenschlusses*» sei.¹⁵ Allerdings waren die Widersprüche zwischen der damaligen schweizerischen Rechtsordnung und der EMRK unübersehbar. Der Schweiz fehlte es am Frauenstimm- und Wahlrecht, die Bundesverfassung enthielt noch konfessionelle Ausnahmebestimmungen (Art. 51 und Art. 52 aBV, sog. *Jesuitenartikel* und Klosterneu Gründungsverbot) und die Bestimmungen zu den fürsorgerischen Zwangsmassnahmen versties gegen Art. 5 EMRK.¹⁶ In einem Bericht vom 31. Dezember 1968 ging der Bundesrat auf die EMRK und einen möglichen Beitritt der Schweiz ein und befürwortete den Beitritt unter gewissen Vorbehalten.¹⁷ Dabei erwog er, dass es sich bei der Konvention um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, der nicht wie ein Einheitsgesetz «*darauf abzielt, die in den Einzelstaaten getroffenen Regelungen auf dem Gebiet der Menschenrechte zu ersetzen*», sondern als zwischenstaatliches Abkommen einen «Minimalstandard» festlegen sollte.¹⁸ Von den Räten wurde der Beitritt damals noch abgelehnt, weshalb der Bundesrat 1972 mit einem Ergänzungsbericht¹⁹ einen weiteren Versuch wagte und darin festhielt, die damalige Absicht, die EMRK und alle fünf Protokolle zu unterzeichnen sei «zu ehrgeizig» gewesen, weshalb der neue Vorschlag nur die Konvention und die Protokolle Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 5 umfasste.²⁰ Dabei betonte der Bundesrat auch, dass die Konvention bereits damals direkt und indirekt die schweizerische Gesetzgebung beeinflusste.²¹ Auch das Bundesgericht hatte die Konvention bereits vor dem Beitritt der Schweiz in seine Rechtsprechung einbezogen, weil sich Beschwerdeschriften ab 1969 auf die EMRK bezogen²² und aus ihr «*allgemeine rechtsstaatliche Gedanken*» abzuleiten versuchten.²³ Die EMRK diente damit vor dem Beitritt der Schweiz als eine Art «soft law».²⁴ Schliesslich wurde die Europäische Menschenrechtskonvention am 21. Dezember 1972 unter Vorbehalt der Ratifizierung unterzeichnet²⁵ und trat für die Schweiz am 28. November

¹⁴ Amtl. Bull. 1962 N 684 vom 10. Dezember 1962, S. 689.

¹⁵ Amtl. Bull. 1962 N 684 vom 10. Dezember 1962, S. 690.

¹⁶ KLEY/SIGRIST, S. 35.

¹⁷ BBl 1968 II 1057.

¹⁸ BBl 1968 II 1057, 1068.

¹⁹ BBl 1972 I 989.

²⁰ BBl 1972 I 989, 999.

²¹ BBl 1972 I 989, 997 f.

²² KLEY/SIGRIST, S. 41; BGE 97 I 45 E. 4.

²³ BGE 95 IV 45 E. 1; auch in BGE 97 I 45 E. 4 und BGE 98 Ia 226 E. 7 fand die EMRK Erwähnung, wobei das Bundesgericht betonte, die Schweiz sei der Konvention bisher nicht beigetreten, weshalb sie nicht daran gebunden sei.

²⁴ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 35.

²⁵ BBl 1974 I 1035, 1035.

1974 in Kraft.²⁶ Weil die schweizerische Rechtsordnung dem Konventionsstandard nicht genüge,²⁷ ratifizierte die Schweiz die EMRK mit einem Vorbehalt zu Art. 5 EMRK (fürsorgerische Zwangsmassnahmen), einem Vorbehalt zu Art. 6 EMRK (Öffentlichkeit des Verfahrens) und zwei auslegenden Erklärungen zu Art. 6 EMRK (Zugang zum Gericht, Unentgeltlichkeit von Übersetzer:innen und amtlichen Verteidiger:innen).²⁸ Weitere Vorbehalte wurden insbesondere dadurch verhindert, dass die Konvention erst nach der Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts auf Bundesebene (1971) und der Abschaffung der konfessionellen Ausnahmebestimmungen (1973) ratifiziert wurde.²⁹ In einer ersten Phase nach dem Beitritt der Schweiz, wurde die Konvention nur mit Zurückhaltung zur Kenntnis genommen, insbesondere auch, weil es kaum Schweizer Fälle in Strassburg gab.³⁰ Ab Ende der 1980er Jahre begann das Bundesgericht jedoch die Konvention systematisch anzuwenden.³¹ Grund für dieses Umdenken waren nicht zuletzt die ersten Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR und das wachsende Interesse in der Lehre.³² Trotz dieser doch recht langen Anlaufphase der Schweiz im Umgang mit der EMRK bilanzierte der Bundesrat in seinem Bericht zum 40-jährigen EMRK-Beitritt der Schweiz, die Konvention sei „*Massstab für die gesetzgebenden [...] Behörden*“,³³ gewisse Urteile hätten Anpassungen der Gesetzgebung notwendig gemacht und resümiert, die Schweiz habe historisch schon immer eine Pionierrolle bei der Entwicklung der Menschenrechte gespielt.³⁴ Nicht gänzlich ohne Widerspruch beiläufig der Bundesrat gleichenorts aber festzustellen, selbstverständlich sei die Änderung des innerstaatlichen Rechts nicht erfolgt, „*weil «Strassburg» das so verlangt, sondern in der Überzeugung, eine in der Sache vernünftige Lösung getroffen zu haben.*“³⁵

²⁶ AS 1974 2151.

²⁷ HERTIG RANDALL, S. 121 f.

²⁸ KLEY/SIGRIST, S. 46 f.

²⁹ BBI 1974 I 1035, 1037; BBI 1972 I 989, 1000.

³⁰ AEMISEGGER, S. 202.

³¹ HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 41, m.w.H. auf BGE in Fn. 36.

³² HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 39.

³³ Bericht des Bundesrates 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 (fortan Bericht 40 Jahre EMRK), BBI 2015 357, 408.

³⁴ Bericht 40 Jahre EMRK, BBI 2015 357, 420.

³⁵ Bericht 40 Jahre EMRK, BBI 2015 357, 408, wobei die betreffende Formulierung ganz offensichtlich gegen die kritischen Stimmen gerichtet war; Formulierung (ohne Quellenhinweis) aufgenommen bei SCHÜRMANN, 40 Jahre EMRK, S. 184.

II. Das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz

Urteile des EGMR haben keine kassatorische Wirkung, der Gerichtshof stellt einzig eine Verletzung der EMRK fest und spricht dem Opfer gemäss Art. 41 EMRK eine gerechte Entschädigung zu.³⁶ Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, Verurteilungen durch den EGMR (Art. 46 Ziff. 1 EMRK) und gütliche Einigungen (Art. 39 Ziff. 4 EMRK) zu befolgen. Die Umsetzung der nötigen Massnahmen wird vom Ministerkomitee des Europarats beaufsichtigt (Art. 46 Ziff. 2 EMRK).³⁷ Überwacht wird einerseits die Auszahlung der finanziellen Entschädigungen und Wiedergutmachungen, im Rahmen der Monitoring-Verfahren können andererseits auch der Aktionsplan («*action plan*») eines verurteilten Staates zur Umsetzung des Urteils und dessen tatsächliche Ausführung überprüft werden.³⁸ Die EMRK wird erst durch die Kontrolle der Umsetzung von Verurteilungen tatsächlich bindend für Mitgliedstaaten, weshalb das Kontrollsystem einen wichtigen Bestandteil der Konvention bildet.³⁹ Dabei beschränkt sich die Kontrolle nicht auf die Auszahlung der finanziellen Entschädigung, sondern umfasst weiter die Massnahmen zur Verhinderung einer neuen Verurteilung – insbesondere durch Praxis- und Gesetzesänderung.⁴⁰

Auf der individuell-konkreten Ebene stellt das schweizerische Recht seit 1991 mit dem expliziten Revisionsgrund von Art. 122 BGG⁴¹ ein Instrument zur Verfügung, um die innerstaatliche Umsetzung der EGMR-Urteile zu garantieren.⁴² Das Bundesamt für Justiz, welches die Schweiz vor dem EGMR vertritt, ist nach einem Urteil auch für die Koordination zuständig. So informiert das Bundesamt für Justiz in der Regel das Bundesgericht und die betroffenen Kantone.⁴³ Eine wichtige Vermittlungsfunktion nehmen ferner die EMRK-interessierte Rechtswissenschaft und bspw. juristische Zeitschriften ein, welche ebenfalls auf Entscheide hinweisen bzw. diese kontextualisieren und einordnen und deren Bedeutung analysieren.⁴⁴ Die Umsetzung von EGMR-Urteilen hat in der Schweiz bisher keine grösseren Probleme bereitet.⁴⁵ Nicht selten werden statt einer Gesetzesrevision

³⁶ BREITENMOSER/WEYENETH, N 1699; MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 375.

³⁷ [https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process - {"59551776":\[\]};](https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process-%7B%2259551776%22%7D%7B%7D) SCHEIDEGGER, S. 295.

³⁸ [https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process - {"59551776":\[\]};](https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process-%7B%2259551776%22%7D%7B%7D) SCHEIDEGGER, S. 296.

³⁹ SCHEIDEGGER, S. 305.

⁴⁰ SCHEIDEGGER, S. 305.

⁴¹ SR 173.110; vormals Art. 143 aOG; zur Praxis des Bundesgerichts bei diesem Revisionsgrund ausführlich BIEDERMANN, S. 31 ff.

⁴² BSK BGG-ESCHER, Art. 122 N 1.

⁴³ SCHEIDEGGER, S. 298; THURNHERR, S. 381.

⁴⁴ THURNHERR, S. 381 ff.

⁴⁵ MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390.

meist Praxis- bzw. Rechtsprechungsänderungen angestrebt, weil diese schneller umgesetzt werden können und politisch weniger Risiken bergen.⁴⁶ Gemeinhin gilt die Überzeugung, sowohl das Bundesamt für Justiz, die Gerichte und – soweit notwendig – auch der Gesetzgeber hätten EGMR-Urteile schnell umgesetzt und damit eine wiederholte Verurteilung verhindert.⁴⁷

Auf der gesetzgeberischen Ebene gibt es zwar keinen Automatismus, der nach EGMR-Urteilen eine allfällig notwendige Gesetzesrevision prüft. Allerdings sieht der Bundesrat in der Beobachtung der EGMR-Urteile auch ein Element der sog. präventiven Rechtskontrolle⁴⁸, der systematischen Überprüfung der Vereinbarkeit von Erlassentwürfen mit übergeordnetem Recht.⁴⁹ Im Detail obliegt dies den einzelnen, für die betreffende Thematik zuständigen Dienststellen, wobei ihnen ein grosser Gestaltungsspielraum in der Organisation des Vorgehens zukommt.⁵⁰ Das Bundesamt für Justiz nimmt dabei eine zentrale Rolle ein⁵¹ und deren Fachbereich für Rechtsetzungsbegleitung sowie (in dem hier interessierenden Zusammenhang) Fachbereich internationaler Menschenrechtsschutz nehmen die Funktion der sogenannten Rechtsetzungsbegleitung wahr.⁵² Die Schwächen dieser so ausgestalteten Kontrolle liegen in den sehr knappen finanziellen Ressourcen⁵³ und der zuweilen sehr summarischen Prüfung.⁵⁴ Die erwähnte präventive Rechtskontrolle mündet in die in Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG⁵⁵ festgehaltene Vorgabe, Botschaften hätten die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht zu erläutern.

⁴⁶ BESSON, S. 159.

⁴⁷ MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390; Ausnahme bildet das Namensrecht, in welchem die Schweiz aufgrund der Verzögerungen der Gesetzesrevision ein zweites Mal verurteilt wurde, COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 103, Vgl. auch unten **Ziff. XXX.**

⁴⁸ Bericht des Bundesrates vom 5. Mai 2010 zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle (fortan Bericht präventive Rechtskontrolle), BBl 2010 2187, 2202; HERTIG RANDALL, S. 118.

⁴⁹ BIAGGINI, ZBl 2022, S. 59, 87 f.; BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 310.

⁵⁰ Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2203.

⁵¹ BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 312.

⁵² Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2207; THURNHERR, S. 368, 381; auch der Gesetzgebungsleitfaden des Bundes, 3. Auflage 2007, Rz. 467, sieht die Prüfung eines Erlassentwurfs auf seine Übereinstimmung mit dem internationalen Recht vor und betont auch die Wichtigkeit der EMRK als zu beachtende Rechtsquelle (Rz. 451 ff.).

⁵³ BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 313, 315, geht kapazitätsmässig von einer «vorprogrammierten Überforderung» aus (S. 313).

⁵⁴ Bericht präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2213.

⁵⁵ SR 171.10; kritisch zur Frage, wie ernsthaft die Botschaften des Bundesrates die Vorgaben des ParlG einhalten, vgl. FANKHAUSER, FS Sutter-Somm, S. 796 ff.

Seit 2018⁵⁶ besteht zudem die Vorgabe, Angaben über die Nutzung des Handlungsspielraums bei der Übernahme bzw. Angleichung von internationalem Recht zu machen, worunter wohl auch die Vereinbarkeit mit der EMRK zu verstehen ist.⁵⁷ Die explizite Pflicht, internationale Verpflichtungen quasi nur als Minimalstandard zu begreifen und den Spielraum bis (nur) an diese Grenze auszuloten, geht zurück auf die parlamentarische Initiative VOGT⁵⁸, um die Internationalisierung des Rechts (sic!) und den Hang zum sog. Swiss Finish zu bremsen.⁵⁹

Schon diese wenigen kursorischen Ausführungen lassen erahnen, dass der Einfluss der EMRK auf die Schweiz auf gesetzgeberischer Ebene bereits systemisch bedingt einen zurückhaltenden Einschlag hat. Die vorgesehenen Kontrollinstrumente sind reaktiv, retrospektiv und defensiv ausgerichtet. Wenn der Gesetzgeber internationale Tendenzen als Minimalvorgaben zu verstehen hat und jene Spielräume aufzeigen (und damit nutzen) soll, wie sich die Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen gerade noch herstellen lässt, kann er keine prospektive, aktive und gestalterische⁶⁰ Rolle einnehmen.⁶¹ Er läuft damit notgedrungen Gefahr, ein die EGMR-Urteile bestenfalls nachvollziehender Akteur zu sein, statt die EGMR-Rechtsprechung gleichsam als legislatorischer Trend-Barometer vorausschauend zu nutzen. BIAGGINI weist im Kontext der sog. präventiven Rechtskontrolle denn auch darauf hin, dass diese stark zeitgebunden und kaum in der Lage sei, späteren Wandel in der Auslegung des übergeordneten Rechts, namentlich im Bereich der Grundrechte, zu erfassen und zu verarbeiten.⁶² Gerade die dynamische Rechtsprechung des EGMR kann deshalb nur schwer im Rahmen gesetzgeberischer Überlegungen eingefangen werden.

⁵⁶ AS 2018 3461, in Kraft seit 26. November 2018.

⁵⁷ Vgl. Botschaftsleitfaden August 2020, S. 47, Ziff. 7.2, wonach all diese Vorgaben in Zusammenhang mit der Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen stehen.

⁵⁸ Parl. Initiative Nr. 16.440 *Überregulierung stoppen! Die Internationalisierung des Rechts, die Übernahme von EU-Recht und den Hang zum Swiss Finish bremsen* vom 6. Juni 2016. Aus dem Initiativtext geht hervor, dass es nicht nur um die Übernahme, sondern auch Angleichung an internationales Recht geht. Die Angleichung an die Rechtsprechung zur EMRK wurde nicht erwähnt, im Vordergrund standen internationale Vorgaben im Bereich des Wirtschaftsrechts.

⁵⁹ Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 18. August 2017 zu verschiedenen Änderungen des Parlamentsrechts, vgl. BBl 2017 6797, 6827.

⁶⁰ Visionär und innovativ wäre sicherlich auch ein Attribut, das jedem Gesetzgebungsorgan gut anstehen würde.

⁶¹ Siehe auch BELSER, S. 69, 82, welche diesen Zustand kritisiert und als Belastung für das System der EMRK bezeichnet, weil er eine «grundrechtliche Innovation von unten» verhindert.

⁶² BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 316.

III. Die dynamische Auslegung und die Kritik daran

Seit den 1980er Jahren vertritt der EGMR die Auffassung, die EMRK müsse als «living instrument» verstanden werden, welche gegenwärtige Vorstellungen in modernen Demokratien widerspiegelt.⁶³ In dem die Auslegung der Konvention an sich wandelnde gesellschaftliche Umstände angelehnt wird, erhält sie eine Ausweitung auf nicht traditionell menschenrechtliche Bereiche, und zieht den Vorwurf auf sich, sie entgleite damit auch der Kontrolle demokratisch legitimierter Organe.⁶⁴ Dank der dynamischen Auslegung konnte der EGMR bspw. Fragen der Transsexualität und der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare beurteilen, die vom ursprünglichen Anwendungsbereich der EMRK – so wie sie 1950 verfasst wurde – nicht erfasst gewesen wären.⁶⁵ Es erstaunt daher nicht, dass gerade bei dem für familienrechtliche Fragestellungen⁶⁶ relevanten Art. 8 EMRK die dynamische Rechtsprechung sehr stark zum Tragen kommt.⁶⁷ Dabei stützt sich der EGMR oftmals auf das Bestehen eines europäischen Konsenses und schränkt damit den Ermessensspielraum der Vertragsstaaten ein.⁶⁸ Der Beurteilungsspielraum der Staaten ist damit immer dann am grössten, wenn sich noch kein europäischer Konsens herausgebildet hat und es um sensible Fragen der Moral und Ethik geht.⁶⁹ Es liegt auf der Hand, dass sich dies vor allem für jene Vertragsstaaten auswirken kann, bei welchen gesellschaftliche Entwicklungen durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung nicht

⁶³ Vgl. bereits früh in der Schweiz darauf hinweisend THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 381 f. m.w.H.; grundlegend die Urteile EGMR vom 25. April 1978 (Nr. 5856/72) *Tyrer gegen Vereinigtes Königreich*, § 31, und EGMR vom 18. Dezember 1986 (Nr. 9697/82) *Johnston gegen Irland*, § 53; seither ständige Praxis, statt vieler EGMR vom 7. Juli 2011 (Nr. 23459/03) *Bayatyan gegen Armenien*, § 102; vgl. auch IntKomm EMRK-FASTENRATH, Art. 1 N 23 ff., mit uneingeschränkter Zustimmung in N 27.

⁶⁴ Siehe dazu in jüngerer Zeit ausführlich MÖCKLI, ZBl 2018, S. 74, 78 f. sowie seine zahlreichen Literaturhinweise zur dynamischen Auslegung in Fn. 2 a.a.O.; vgl. auch THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 385, wonach sich die dynamische Auslegung der EMRK eher einer Verfassungsrechtsprechung, denn einer Auslegung völkerrechtlicher Verträge annähere.

⁶⁵ RIETIKER, S. 248.

⁶⁶ Vgl. DETHLOFF, ZEuP 2007, S. 992, 1002 f. m.w.H., wonach die EGMR-Rechtsprechung von zentraler Bedeutung sei und diese die Konturen eines europäischen Familien- und Erbrechts mitgestalte; ebenso RIXE, FPR 2008, S. 222, 229 f.

⁶⁷ Vgl. LEVINET, S. 57; PAPAUX VAN DELDEN, S. 187; COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75.

⁶⁸ WITTINGER, FamPra.ch 2009 S. 84, 96.

⁶⁹ EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 («Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider.»); WITTINGER, FamPra.ch 2009 S. 84, 96; MEIER, FamPra.ch 2012, S. 255, 263; kritisch und erhellend zur Protektion tradierter moralischer Vorstellungen, WILLEMS, S. 306 ff.

genügend nachvollzogen werden und die einer bereits ausgeprägten gesamteuropäischen Tendenz nachhinken. Die Verhinderung eines «Swiss Finish» oder die Begrenzung der Gesetzesanpassungen auf das durch die EGMR-Rechtsprechung Notwendigste kann sich dementsprechend als kurzsichtig erweisen.⁷⁰ Anders gewendet würde die dynamische Rechtsprechung des EGMR für den nationalen Gesetzgeber Anreize schaffen, die Entwicklung der europäischen Rechtsetzung mitzuprägen und weiterzuentwickeln.⁷¹

Die dynamische Auslegung stellt eine der am häufigsten geäußerten Kritik gegenüber dem EGMR dar,⁷² wobei diese auch in der Schweiz zu hören ist⁷³ und in der rechtswissenschaftlichen Lehre auffallend häufig von Bundesrichtern angebracht wird.⁷⁴ Die Entwicklung hin zu kleiner werdenden Ermessensspielräumen veranlasste die Vertragsstaaten im Jahr 2012 mit dem Zusatzprotokoll Nr. 15 zu einer Änderung der Präambel der EMRK.⁷⁵ Die Anpassung der Präambel, die am 1. August 2021 zwischen einigen Mitgliedsstaaten – darunter die Schweiz – in Kraft trat,⁷⁶ verankert das Prinzip der Subsidiarität und des Ermessensspielraums der Vertragsstaaten explizit in der Präambel.⁷⁷ Dabei kommt der Präambel als feierliche Erklärung bezüglich der grundlegenden Ziele und Motive für eine Konvention nur eine geringe rechtliche Bedeutung zu.⁷⁸ Politisch ist es aber ein Hinweis der unterzeichnenden Vertragsstaaten an den EGMR, bezüglich dynamischer Auslegung der EMRK

⁷⁰ Politisch betrachtet führt eine solche Gesetzgebung genau zum Gegenteil dessen, was von den Urhebern dieses Systems beabsichtigt wurde, dass nämlich die Gesetzgebungsrevision stets von aussen aufgedrängt wirken, weil eine weitsichtige Legiferierung, welche das Risiko eines Verstosses gegen die EMRK reduzieren würde, verhindert wird.

⁷¹ HERTIG RANDALL, S. 119, dort allerdings auf die Rechtsprechung gemünzt.

⁷² RIETIKER, S. 247; generell zur (politischen) Kritik aus der Schweiz GREWE, S. 10; zur (bestehenden) Akzeptanz der EMRK als living instrument in Liechtenstein, vgl. SCHIESS RÜTIMANN, LJZ 2018, S. 143, 150.

⁷³ Sich mit überzeugenden Argumenten dieser Kritik entgegensetzend DUMERMUTH, SJZ 2014, S. 597, 598 ff.; vgl. auch PAPAUX VAN DELDEN, S. 4, wonach das Ziel der EMRK gemäss ihrer Präambel die Wahrung und Entwicklung von Menschenrechten sei, was indiziere, dass die Rechtsprechung dynamisch sein müsse. Vgl. auch jüngst die Motion NYDEGGER Nr. 21.3397 vom 19. März 2021 «Die Schweiz nicht länger Verurteilungen aufgrund einer exorbitanten Auslegung von Artikel 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) aussetzen».

⁷⁴ Vgl. MEYER, BJM 2016, S. 269, 278 f.; SEILER, ZBJV 2014, S. 265, 310; AEMISEGGER, S. 209, der die Kritik als teilweise nachvollziehbar und berechtigt erachtet, dann sich allerdings v.a. auf die Einzelfallbeurteilungen bezieht, welche die «EGMR-Rechtsprechung prägen und ihr ihren dynamischen Gehalt vermitteln» würden; vgl. auch Bunderichter SCHUBARTH, Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich verrannt, NZZ vom 2. November 2017.

⁷⁵ IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 18 f.

⁷⁶ AS 2021 461.

⁷⁷ RIETIKER, S. 247.

⁷⁸ IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 3.

Zurückhaltung walten zu lassen.⁷⁹ Damit bleibt es auch in Zukunft Aufgabe des EGMR, ein ständiges Gleichgewicht zwischen Subsidiarität und supranationaler Kontrolle zu wahren.⁸⁰

Anzumerken bleibt von einem EMRK-unbefangenen Juristen, wie dem Autor, das durchaus auch das schweizerische ZGB mit seinen zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen (man denke nur an den Begriff der Persönlichkeit in Art. 28 ZGB) und seiner eher statischen Struktur mit wenigen Revisionen ohne rechtsfortbildende Rechtsprechung nie hätte einigermaßen à-jour gehalten werden können.⁸¹

C. Variationen der Auswirkungen der EMRK

I. Einleitende Bemerkungen

Nachfolgend soll angelehnt an die von HERTIG RANDALL dargelegte Typologie⁸² übersichtsartig aufgezeigt werden, welche Wirkungsformen EGMR-Urteile in den entsprechenden Vertragsstaaten entfalten können. Dabei kann es nicht darum gehen, anschliessend die analysierten Einflussnahmen der jeweiligen Rechtsgebiete passgenau in diese Typisierungen einzuordnen. Vielmehr soll damit das Verständnis geschaffen werden, in welchen vielfältigen Variationen sich (die) Auswirkungen manifestieren können. Ganz bewusst wird hier von Variationen gesprochen, weil die Grenzen der einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen wohl fließend sind. Wahlweise wird hier ohne dahinterstehende Absichten von Auswirkungen oder auch Einflüssen bzw. Einflussnahme gesprochen, im Wissen darum, dass die Begriffe zwar das Gleiche beschreiben, aber doch unterschiedlich konnotiert sind.⁸³

⁷⁹ IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 19, der auch darauf hinweist, dass die Einfügung in die Präambel einen Kompromiss darstellte.

⁸⁰ GREWE, S. 7.

⁸¹ Vgl. auch DUMERMUTH, SJZ 2014, S. 597, 598, wonach es schweizerischer Rechtstradition nicht fremd sei, Grundrechte (zu ergänzen wäre, auch Gesetzesrecht) rechtsfortbildend zu konkretisieren; aufschlussreich in diesem Zusammenhang auch THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 382, die dynamische Auslegung bzw. die Praxis des living instrument als teleologisch-zentrierte Auslegung offener Begriffe umschreibt, was durchaus auch für die Auslegung verschiedenster Begriffe im ZGB gelten dürfte.

⁸² HERTIG RANDALL, S. 117 ff.

⁸³ Der Begriff der Auswirkungen wirkt neutral, der Terminus Einflussnahme suggeriert (verpönte?) Fremdbestimmung, würde aber doch auch abbilden, dass die EMRK höherrangiges Recht darstellt und die EGMR-Entscheide umzusetzen sind. Die Sorge um die Konnotation erscheint wohl auch einem (in gewissen politischen Kreisen ausgeprägten) schweizerischen, vielleicht sogar menschlichen Reflex zu entspringen, als ja nicht beeinflusst

II. Zu den einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen

1. Auswirkungen auf den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber kann reaktiv oder präventiv auf die EGMR-Rechtsprechung reagieren. Reaktiv handelt er, wenn er angestossen durch einzelne Verurteilungen durch den EGMR Gesetzänderungen vornimmt, um die festgestellte Konventionswidrigkeit zu beseitigen. Ein dergestalt reaktives Handeln erfolgt typischerweise bei EGMR-Urteilen, welche den betreffenden Vertragsstaat betreffen. Ein Handeln des Gesetzgebers, weil ein anderer Vertragsstaat verurteilt wurde, dessen Rechtsordnung im betreffenden Bereich gleich oder ähnlich ausgestaltet ist, ist nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls reaktiv.⁸⁴ Allerdings wird damit einer eigenen Verurteilung zuvorgekommen, weshalb das Handeln auch einen präventiven Charakter aufweist (erga omnes-Wirkung der EGMR-Urteile⁸⁵). Schon präventiv agiere der Gesetzgeber nach tradierter Auffassung, wenn er bestrebt ist, sein Landesrecht so auszugestalten, dass es nicht mit bestehenden EGMR-Urteilen in Konflikt kommt.⁸⁶ Die Übergänge zwischen diesen beiden Handlungstypologien sind wohl fließend. M.E. verdeutlicht sich die präventive Auswirkung aber insbesondere dann, wenn zwar die Konventionswidrigkeit durch die EGMR-Rechtsprechung nicht manifest ist, aber eine solche bestehen könnte und der Gesetzgeber vorausschauend sein Recht bereits so ausgestaltet, dass eine spätere Verurteilung sehr unwahrscheinlich ist. So verstanden würde die genaue Analyse der EGMR-Rechtsprechung einem eigentlichen Frühwarnsystem gleichen. Und schliesslich würde der Gesetzgeber auch präventiv agieren, wenn er eine sich mehr oder weniger abzeichnende Rechtsprechungsentwicklung vorwegnimmt, weil zwar ein allgemeiner europäischer Konsens in einer bestimmten Frage noch nicht besteht, aber sich ein solcher in naher Zukunft ergeben könnte.⁸⁷ Diesfalls würde der Gesetzgeber die

oder sogar fremdbestimmt zu gelten. Naheliegende Lösung wäre, was rechtlich ja zutreffend ist, die EMRK als Bestandteil der eigenen Rechtsordnung und den Gerichtshof als «eigenes» Gericht zu verstehen, womit eine eigentliche Fremd-Bestimmung nicht vorliegt. So verstanden könnte Einflussnahme im besten Falls als verkürzten Begriff für einen komplexen, diskursiven Dialog stehen, zum dialogischen Charakter des europäischen Grundrechtsschutzes, HERTIG RANDALL, S. 120 m.w.H. in Fn. 10.

⁸⁴ Bei HERTIG RANDALL, S. 118, scheint der Begriff des reaktiven Handelns nur Reaktionen auf eigene Verurteilungen zu umfassen; ebenso BESSON, S. 138.

⁸⁵ Zur Rechtsgrundlage dieser Wirkung, BESSON, S. 140.

⁸⁶ HERTIG RANDALL, S. 118; vgl. auch BVerfGE 111, 307, Rz. 39 «Die Entscheidungen des Gerichtshofs in Verfahren gegen andere Vertragsparteien geben den nicht beteiligten Staaten lediglich Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu orientieren».

⁸⁷ Dies ist umso notwendiger, als in der Schweiz die Tendenz bzw. Vorgabe gilt, nicht weiter zu gehen, als es die

EGMR-Rechtsprechung gleichsam einem legislatorischen Trend-Barometer nutzen,⁸⁸ um sein eigenes Recht für die anstehenden Entwicklungen «fit» zu machen. Zugewiesen werden der EGMR-Rechtsprechung damit Orientierungs-⁸⁹ bzw. normative Leitfunktion,⁹⁰ Anstossfunktion oder der stimulierende Charakter⁹¹ oder auch die Aufgabe eines Motors⁹² der nationalen Gesetzgebung.

2. Auswirkungen auf die Rechtsprechung

Vorliegend nicht weiter untersucht wird, inwiefern die Rechtsprechung des EGMR in die Rechtsprechung des Bundesgerichts, der kantonalen Gerichte oder auch die Verwaltungspraxis einfließt. Auch dies kann einerseits dadurch erfolgen, dass ein konkretes Urteil gegenüber der Schweiz umgesetzt wird und dementsprechend eine bestimmte Norm anders oder beispielsweise gar nicht mehr angewendet wird. Andererseits ist auch denkbar, dass gestützt auf die nicht die Schweiz betreffende EGMR-Rechtsprechung im konkreten Anwendungsfall eine andere Auslegung erfolgt.⁹³ Die Geltendmachung der EMRK-Verletzung im nationalen Instanzenzug ist grundsätzlich notwendig (Art. 35 EMRK, Art. 47 Abs. 1 lit. f und g Verfahrensordnung EMRK⁹⁴), weshalb beschwerdeführende Personen und berufsmässige Vertreter:innen angehalten sind, mit bereits ergangenen EGMR-Entscheiden die Konventionswidrigkeit des zu behandelnden Falles zu begründen, was die Auseinandersetzung und Rezeption der EGMR-Rechtsprechung an den Gerichten weiter fördert. Einzugestehen ist, dass einerseits die EMRK-Sensitivität bei einzelnen spezialisierten Rechtsanwält:innen zwar sehr hoch sein kann, allgemein gesehen sich aber eher auf einem noch optimierbaren Niveau bewegen dürfte.⁹⁵ Andererseits dürften auch prozessökonomische Zwänge viele abhalten, Verfahren (die meist auch noch in Bereichen angesiedelt sind, wo häufig mit der unentgeltlichen Rechtspflege prozessiert wird) mit zusätzlichen EMRK-Argumenten zu überfrachten oder bis zur letzten Instanz durchzuprozessieren.

EGMR-Rechtsprechung gerade noch fordert, siehe oben B. II.

⁸⁸ Siehe dazu oben Ziff. B. II.

⁸⁹ SCHUMANN, S. 168, mit Verweis auf den bereits angeführten BVerfGE 111, 307.

⁹⁰ SCHUMANN, S. 167.

⁹¹ Vgl. PINTENS, ZEuP 2001, S. 628, 635.

⁹² In Bezug auf das Familienrecht RIXE, S. 222 ff.

⁹³ HERTIG RANDALL, S. 119.

⁹⁴ SR 0.101.2

⁹⁵ Damit wird auch das wichtige Element einer auch die Rechtsprechung des EGMR beinhaltenden Juristinnen- und Juristenausbildung angesprochen, die ebenfalls ein bedeutsamer Aspekt des Umsetzungsprozesses darstellt, THURNHERR, S. XXX.

3. Rezeption in der Lehre

Die Lehre, hier verstanden als Wissenschaft, hat einen ganz massgeblichen Einfluss auf die Umsetzung der EMRK in den jeweiligen Vertragsstaaten.⁹⁶ Sie hat die Aufgabe, entsprechende Urteile wahrzunehmen, sie zu analysieren und einzuordnen, ihren Einfluss auf das nationale Recht abzuschätzen, gegebenenfalls Postulate zu formulieren und dies in erster Linie wissenschaftlich, aber je nach Bedeutung auch bei Akteuren der Zivilgesellschaft und der Politik, öffentlich zu machen. Durch diesen Wissenstransfer können Anstösse durch EGMR-Urteile von Behörden⁹⁷ oder Parlamentarier:innen in den Gesetzgebungsprozess eingebracht werden, was dessen Fähigkeiten erhöht, auf europäische Entwicklungen und neue, international schon aufscheinenden Herausforderungen agil und vorausschauend mittels Gesetzesrevisionen zu reagieren.

D. Der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB

I. Einleitende Bemerkungen und Übersicht

Nachfolgend wird der Versuch unternommen, anhand der vom ZGB verwendeten Systematik für die einzelnen Teilbereiche zu analysieren, inwiefern die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR einen Einfluss auf die Gesetzgebung hatten. Eine Gesamtsicht ist nicht zu leisten, zumal bereits auf verschiedene ausführliche Abhandlungen in diesem Bereich, namentlich dem Familienrecht, zurückgegriffen werden kann. Die Auswahl orientiert sich grösstenteils am materiellen Zivilrecht und konzentriert sich damit auf die Art. 8, Art. 11 und Art. 12 EMRK, teilweise in Verbindung mit Art. 14 EMRK. Verfahrensrecht, das nicht selten mit den Garantien von Art. 6 EMRK in Konflikt kam und kommt, muss grösstenteils zurückstehen, der Bezug beschränkt sich auf verschiedentliche Verweise. Die Auswahl mag willkürlich erscheinen, folgt aber den Marksteinen bisheriger⁹⁸ Revisionen des ZGB, denen ein möglicher Konnex mit der Rechtsprechung des EGMR bzw. den Garantien der EMRK innewohnt. Zu erhoffen ist mit den exemplarischen Einblicken das Erkennen von Mustern und Entwicklungen, wie die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR Eingang ins ZGB gefunden haben und wie diese Vorgänge zu bewerten sind.

⁹⁶ THURNHERR, S. XXX.

⁹⁷ Vgl. Zu den begrenzten Ressourcen der rechtsbegleitenden Behörden, diese Aufgabe eigenständig zu übernehmen siehe oben, Ziff. B. II.

⁹⁸ Zukünftige Revisionen können nur punktuell angesprochen werden.

II. Personenrecht

*1. Persönlichkeitsrecht / Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*⁹⁹

Nicht selten wird im Kontext des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung die Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Fall *Jäggi gegen die Schweiz*¹⁰⁰ aus dem Jahr 2006 angeführt und erwähnt, seither habe das Bundesgericht mit BGE 134 III 341 das Recht auf Kenntnis der Abstammung anerkannt¹⁰¹ bzw. die Rechtsprechung des EGMR habe zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel in diesem Bereich geführt¹⁰² oder der Entscheid sei ein Meilenstein beim Anspruch auf Kenntnis der Abstammung.¹⁰³ Auch das Bundesgericht bezog sich (wie bereits die kantonale Vorinstanz) in seinem Leitentscheid BGE 134 III 241 aus dem Jahr 2008 prominent auf den Entscheid *Jäggi*,¹⁰⁴ dann allerdings auch darauf hinwies, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung dieses Rechts für das volljährige Adoptivkind bereits bejaht habe und sich eine unterschiedliche Behandlung von Adoptivkindern und anderen Kindern nicht rechtfertige.¹⁰⁵ Gestützt auf die Vorgaben des EGMR hielt es das Bundesgericht auch für richtig, eine Interessenabwägung vorzunehmen und keinen absoluten Anspruch mehr vorzusehen,¹⁰⁶ welcher dem volljährigen Adoptivkind seit dem Jahr 2002 mit BGE 128 I 63 eingeräumt wurde.¹⁰⁷

Der EGMR leitete das Recht auf Identität und darin mitenthalten das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem Recht auf Privatleben i.S.v. Art. 8 EMRK ab.¹⁰⁸ Das Bundesgericht sah Art. 28 ZGB als Grundlage des mit BGE 134 III 241 bzw. dem EGMR-Urteil *Jäggi gegen die Schweiz* „geschaffenen“ Anspruchs. Nicht zu verkennen ist aber, dass der eigentliche Ursprung des Rechts auf

⁹⁹ Dazu auch BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, S. 1 ff. m.w.H.

¹⁰⁰ EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*.

¹⁰¹ SCHEIDEGGER, S. 304

¹⁰² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER [2012], Rz. 13.53; weitaus weniger auf den EGMR beziehend nunmehr HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 762 ff.; differenzierend AEBI-MÜLLER, Jusletter 2. Oktober 2006, Rz. 5.

¹⁰³ COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 95; vgl. die weiteren Literaturhinweise in BGE 134 III 241 E. 5.2, welche sich mit dem Entscheid *Jäggi gegen die Schweiz* auseinandersetzen.

¹⁰⁴ BGE 134 III 241 E. 5.2.1 beginnt mit «Nach dem Urteil des EGMR [...]».

¹⁰⁵ BGE 134 III 241 E. 5.2.2.

¹⁰⁶ Dazu ausführlich COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 94 ff.; HERTIG RANDALL, S. 103 f., spricht denn auch davon, der EGMR habe mit dem Urteil *Jäggi gegen die Schweiz* Leitplanken zum Recht auf Kenntnis der Abstammung gesetzt.

¹⁰⁷ COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 96.

¹⁰⁸ EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*, § 37; EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98) *Odièvre gegen Frankreich*, § 29.

Kenntnis der eigenen Abstammung wohl in der 1992 eingeführten Verfassungsbestimmung Art. 24^{novies} Abs. 2 lit. g aBV, die bei der Totalrevision der BV in Art. 119 Abs. 2 lit. g BV überführt wurde, sowie Art. 27 des am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Fortpflanzungsmedizingesetzes, der den verfassungsmässigen Anspruch auf Zugang zu den Daten der Abstammung zu einem Auskunftsrecht des durch Samenspende gezeugten Kindes konkretisierte,¹⁰⁹ liegt. Die ausstrahlende Wirkungsmacht dieser neuen Bestimmungen für den Bereich des Fortpflanzungsmedizinrecht zeigte sich einerseits darin, dass bereits zwei Jahre später auch für das Adoptivkind mit Art. 268c aZGB ein Art. 27 FMedG nachgebildetes Auskunftsrecht in Kraft trat.¹¹⁰ Andererseits bezog sich das Bundesgericht im bereits erwähnten Leitentscheid BGE 134 III 241 auf diese Kaskade und argumentierte, wenn dieses Auskunftsrecht bereits für durch Samenspende gezeugte und Adoptivkinder gelte, müsse dies grundsätzlich allen Kinder zustehen. Der Weg des Adoptivkindes zu einem Recht auf Kenntnis der Abstammung war deshalb bereits durch innerstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung vorgezeichnet, die EGMR-Rechtsprechung wirkte eher bestätigend, denn impulsgebend und hatte lediglich einen Einfluss auf die Ausdehnung dieses Rechts auf alle Kinder.¹¹¹

2. Geschlechtsänderung

a) Ausgangslage / Entwicklung in der Schweiz

Seit dem 1. Januar 2022¹¹² kann in der Schweiz gestützt auf Art. 30b ZGB jede Person das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht ändern lassen, wenn sie erklärt, innerlich fest davon überzeugt zu sein, nicht diesem Geschlecht zuzugehören. Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern, z.B. Schweden, Deutschland oder Niederlande, kannte die Schweiz nie ein Spezialgesetz zur Beantwortung der Fragen zur Transsexualität. Dennoch wurde bereits relativ früh die neue Geschlechtsidentität einer transsexuellen Person in Bezug auf die Beantragung einer Registeränderung in diversen kantonalen Urteilen anerkannt.¹¹³ Gemäss der früheren schweizerischen

¹⁰⁹ Zur Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin siehe auch unten Ziff. D. III. 5.

¹¹⁰ AS 2002 3988; der Zusammenhang erschliesst sich bereits aus der Botschaft Fortpflanzungsmedizingesetz, BBl 1996 205, 271, wonach das in der BV für die Fortpflanzungsmedizin verankerte unbedingte Auskunftsrecht sich auch auf das Adoptionsrecht auswirke und dort gleich gelten müsse, was BGE 128 I 63 noch vor Inkrafttreten von Art. 268c ZGB mit Verweis auf diese Stelle in der Botschaft anerkannte.

¹¹¹ Deshalb ist es eher befremdlich, wenn die Botschaft Adoption BBl 2014, 877, 897 f. im Kontext dieses Rechts auf Kenntnis der Abstammung zahlreiche EGMR-Entscheide zitiert und darlegt.

¹¹² AS 2021 668.

¹¹³ BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 33, mit zahlreichen Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung in Fn. 78); vgl. auch die Hinweise in BGE 119 II 264 E. 6b.

Praxis konnte eine Registeränderung von Geschlecht und Vornamen (und unter Umständen auch Familiennamen) nur veranlasst werden, wenn die betroffene Person unverheiratet und sterilisiert war und sich einer Geschlechtsumwandlungsoperation unterzogen hatte. Dementsprechend verlangte das Bundesgericht 1993 in BGE 119 II 264 für die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung ein gerichtliches Verfahren und als Grundlage einen irreversiblen Geschlechtswechsel, denn die Änderung des Personenstands könne nicht dem persönlichen Empfinden des betroffenen Transsexuellen überlassen werden.¹¹⁴ Dieses Erfordernis führte allerdings zu einem Dilemma: Betroffene mussten sich zwischen zwei Grundrechten entscheiden. Entweder entschied sich eine transsexuelle Person für das Recht auf Geschlechtsidentität unter Inkaufnahme des Verlustes der Reproduktionsfähigkeit, oder aber sie verzichtete auf eine Änderung des Geschlechts, was mit erheblichem psychischen Leidensdruck verbunden sein konnte. Mit anderen Worten standen sich die Ausübung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit gegenüber.¹¹⁵ In den letzten zehn Jahren wandelte sich die schweizerische Rechtsprechung. Auf die Voraussetzung der Geschlechtsumwandlung für eine Änderung des Registereintrags wurde im Jahr 2011 zum ersten Mal vom Obergericht Zürich verzichtet.¹¹⁶ Darauf folgten weitere Gerichte dieser Ansicht, unter anderem durch Rezeption der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, und in jüngsten kantonalen Entscheiden wurde weder eine operative Geschlechtsanpassung noch der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit als Erfordernis zur Anerkennung betrachtet.¹¹⁷ Ein Jahr später sprach sich das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (EAZW), in einer Rechtauskunft vom 1. Februar 2012 "*gegen die Forderung nach chirurgischen Eingriffen zur Sterilisation oder zur Konstruktion von Genitalien des gewünschten Geschlechts als Voraussetzung für eine Geschlechtsumwandlung*" aus, was

¹¹⁴ BGE 119 II 264, 270; vgl. auch Botschaft vom 6. Dezember 2019 zur Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister (fortan Botschaft Geschlechtsänderung), BBl 2020 799, 808; diese irreversible Unfruchtbarkeit stellte auch in im deutschen Spezialgesetz eine erforderliche Voraussetzung dar (vgl. § 8 Abs. 1 Ziff. 3 Transsexuellengesetz [TSG]), wurde aber durch diverse Urteile des Bundesverfassungsgerichts als verfassungswidrig anerkannt, vgl. zum Ganzen COESTER-WALTJEN, FamPra.ch 2021, 374, 381 ff. (Fn. 46); BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 36.

¹¹⁵ BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 876; Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 820.

¹¹⁶ OGer ZH vom 1. Februar 2011, E. 3.4, ZKE 2012, S. 55 ff.

¹¹⁷ Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2015, 196, 198 f.; Zivilgericht BS, FamPra.ch 2015, 671, 676 ff.; BezGer ZH, FamPra.ch 2017, 289, 290 ff.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2017, 286, 287 f.; Regionalgericht Oberland Bern, FamPra.ch 2018, 204, 206 f.; zusammenfassend in PATRY, S. 103 ff.; siehe auch die Urteilsbesprechung von COTTIER MICHELLE, zum Bezirksgericht Einsiedeln, Einzelrichter, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, AJP 2020, S. 942, 946; Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 11. Januar 2011 (1 BvR3295/07).

erfreulicherweise von den Gerichten so übernommen wurde.¹¹⁸ Zu einer Gelegenheit, diese Praxis höchstrichterlich durch das Bundesgericht zu beurteilen, kam es nicht. Anzunehmen ist, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung den kantonalen Gerichten angepasst hätte, auch um einer Verurteilung durch den EGMR zu entgehen.¹¹⁹

Trotz der Erleichterung der Voraussetzung für die Änderung des Registergeschlechts blieb problematisch, dass die Änderung des Geschlechtseintrags nur durch ein administratives oder gerichtliches Verfahren (vgl. Art. 42 und 43 ZGB) berichtigt werden konnte.¹²⁰ Auf gesetzgeberischer Ebene¹²¹ wurde die Problematik bereits 2013 in einer Fragestunde des Parlaments aufgeworfen und vom Bundesrat Massnahmen zur Verringerung des administrativen Aufwands und die Sensibilisierung der Zivilstandsbehörden gefordert, welche der Bundesrat unter Bezugnahme auf die Empfehlung der Nationalen Ethikkommission (NAK) zusicherte.¹²² Jene hatte nämlich in ihrer Stellungnahme Nr. 20/2012 empfohlen, das Registergeschlecht solle unbürokratisch aufgrund einer nachvollziehbaren Selbsteinschätzung geändert werden können.¹²³ Am 1. Februar 2014 erfolgte zur vom Bundesrat versprochenen Sensibilisierung eine Weisung des Eidgenössischen Amtes für Zivilstandswesens.¹²⁴ Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) verlangte in seiner im Juli 2015 veröffentlichten Studie ebenfalls eine nachhaltige Lösung zur einfachen Änderung des Registergeschlechts.¹²⁵ Der Bundesrat wiederum stellte in seinem Bericht vom 25. Mai 2016 zum Postulat NAEF in Aussicht, ein einfaches Verfahren zur Änderung des Geschlechts im Zivilstandsregister auf Gesetzesstufe einzuführen.¹²⁶ Mit der Einführung von Art. 30b ZGB wurde dies umgesetzt.¹²⁷ Trotz dieser Änderung verbleibt die gesetzliche Regelung einem

¹¹⁸ PATRY, S. 104.

¹¹⁹ PATRY, S. 105.

¹²⁰ BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 878.

¹²¹ Vgl. zur Entwicklung auch Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 831 f.

¹²² Curia Vista Nr. 13.5300, Frage JOHN-CALAME vom 12. September 2013.

¹²³ Stellungnahme NEK Nr. 20/2012 vom November 2012 zum Umgang mit Varianten der Geschlechtsentwicklung Stellungnahme, Ethische Fragen zur «Intersexualität», S. 20, Empfehlung Nr. 11.

¹²⁴ Amtliche Mitteilungen EAZW Nr. 140.15 vom 1. Februar 2014; die Weisung brachte m.E. neben der Sensibilisierung wenig, denn weiterhin wurde – mit Ausnahme von «irrtümlichen» Geburtsmeldungen – auf die gerichtliche Änderung und BGE 119 II 264 verwiesen, die zum damaligen Zeitpunkt durch die kantonale Rechtsprechung bereits überholt war.

¹²⁵ Synthesebericht des SKMR vom Juli 2015 «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen», S. 20, Ziff. 3.5, unter Bezugnahme auf die Weisung des EAZW, ohne zu erkennen, dass diese eigentlich nur den status quo schilderte und ebenfalls im Regelfall eine gerichtliche Änderung verlangte.

¹²⁶ Bericht des Bundesrates vom 25. Mai 2016 zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung in Erfüllung des Postulats NAEF 12.3543, S. 25; die Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich wird nur am Rande vermerkt.

¹²⁷ Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 807.

System der Zweigeschlechtlichkeit verhaftet, womit stets eine Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht zu erfolgen hat.¹²⁸ Ein drittes Geschlecht wurde noch nicht eingeführt, doch prüft der Bundesrat derzeit die allfällige Einführung einer dritten Geschlechtskategorie oder der gänzliche Verzicht auf die Eintragung des Geschlechts.¹²⁹ Dies hat die NEK jüngst in ihrer Stellungnahme Nr. 36/2020¹³⁰ dezidiert empfohlen, weil die heutige (binäre) Regelung und Praxis der amtlichen Registrierung des Geschlechts unbefriedigend sei. Sie trage der Vielfalt von Geschlechtsidentitäten ungenügend Rechnung und lasse fundamentale Interessen von Menschen mit nichtbinärer Geschlechtsidentität sowie von transidenten und intergeschlechtlichen Menschen ausser Acht.

b) Rechtsprechung des EGMR und Auswirkungen in der Schweiz

An sich bestand bereits vor dreissig Jahren in der Schweiz die höchstrichterliche Erkenntnis, dass Fragen der Geschlechtsidentität auch den Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangieren können, denn in BGE 119 II 264, mit welchem das Bundesgericht für eine Änderung des Registergeschlechts eine operative Geschlechtsumwandlung verlangte, wurde die Vereinbarkeit mit der EMRK thematisiert und bejaht.¹³¹

Da die neue Geschlechtsidentität einer Transperson in vielen Ländern nicht oder zumindest nicht unter denselben Voraussetzungen anerkannt war¹³², kam es in den letzten Jahrzehnten in ganz Europa zu diversen nationalen Urteilen, woraufhin die betroffenen Personen eine Verletzung der EMRK geltend gemacht haben. Das Recht auf geschlechtliche Identität fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK.¹³³ Allerdings leitete der EGMR früher daraus keine Handlungspflicht im Sinne

¹²⁸ BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2020, S. 875, 878; in internationalen Sachverhalten kann es jedoch dazu kommen, dass ein fehlender Geschlechtereintrag anzuerkennen ist, vgl. OGer AG vom 29. März 2021, abrufbar unter https://mcusercontent.com/d73952ab7f346daa87bfce51/files/bfc2db1d-a870-49bd-a7ec-d2af67080ed6/21_03_29_Entscheid_anonymisiert_1_.pdf (besucht am 10. März 2022), erstmals erwähnt in Tweet @JurBSFankhauser vom 15 April 2021; nun auch GEISER, AJP 2021, S. 844, 845 Fn. 4.

¹²⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Oktober 2021, wonach dieser Bericht in Erfüllung der Postulate ARSLAN (Nr. 17.4121) vom 13. Dezember 2017 und RUIZ (Nr. 17.4185) vom 14. Februar 2018 erarbeitet wurde. Zur Forderung der Verabschiedung vom zweigeschlechtlichen System schon früh und grundlegend BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 45 ff.

¹³⁰ Stellungnahme Nr. 36/2020 «Die amtliche Registrierung des Geschlechts, Ethische Erwägung zum Umgang mit dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister» vom 5. Oktober 2020.

¹³¹ BGE 119 II 264 E. 5.

¹³² Vgl. <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2021/12/tgeu-lgr-factsheet-en-01.pdf> (besucht am 11.03.2022).

¹³³ KARPENSTEIN/MAYER/PÄTZOLD, Art. 8 EMRK N 13 m.w.H. auf EGMR-Urteile.

einer rechtlichen Anerkennung des Geschlechts der transsexuellen Person nach einer Geschlechtsumwandlung ab. Dementsprechend belies der EGMR den Staaten in diesem Bereich einen erheblichen Ermessensspielraum, auch weil in den Konventionsstaaten bezüglich Fragen zur Transsexualität kein ausreichend breiter Konsens bestand.¹³⁴ In den älteren Fällen wurde eine Verletzung der EMRK oftmals in einem knappen Ergebnis durch den EGMR verneint, da sich der Gerichtshof in den Grundsatzfragen uneinig war.¹³⁵ Hingegen wurde im Entscheid *B. gegen Frankreich* vom 25. März 1992¹³⁶ eine Verletzung der EMRK bejaht und die bisherige Rechtsprechung betreffend den Ermessensspielraum und die Handlungspflicht der Mitgliedstaaten relativiert. Frankreich verweigerte nach einer Geschlechtsumwandlung ein Anspruch auf Änderung des Vornamens und anderen Identitätspapieren. Dies qualifizierte der EGMR als Verstoss gegen Art. 8 EMRK. Daraufhin änderte Frankreich seine Praxis und ermöglichte die Änderung des Personenstandes.¹³⁷ Seit dem Urteil *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* vom 11. Juli 2002¹³⁸ hält der EGMR regelmässig fest, dass die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität von transsexuellen Personen eine Verletzung des Rechts auf Privatleben aus Art. 8 EMRK darstellt. Seither haben sich in den europäischen Staaten die Rechtsprechung und Gesetze verändert hin zur vermehrten Selbstbestimmung transsexueller Personen.¹³⁹ Im Entscheid *Y.Y. gegen die Türkei*¹⁴⁰ musste sich der EGMR im Jahr 2015 zum ersten Mal mit der Frage eines nicht geschlechtsangleichend operierten Transsexuellen befassen. Der Gerichtshof hielt fest, dass die bisher entwickelten Konzepte der Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden konnten und daher neue Grundsätze für nicht operierte Transsexuelle entwickelt werden mussten.¹⁴¹ Die türkischen Behörden verweigerten eine Genehmigung einer geschlechtsangleichenden Operation, weil die betroffene Person das Kriterium der Unfruchtbarkeit (vgl. Art. 40 des türkischen Zivilgesetzbuches) nicht erfüllte. Der Gerichtshof stellte fest, dass das Erfordernis der Sterilisation

¹³⁴ Ausführlich BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20, 30 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die EGMR-Rechtsprechung.

¹³⁵ Es handelte sich um Fälle, in welchen die fehlende Möglichkeit der Änderung von Geburtsregistern und anderen Dokumenten nach einer Geschlechtsumwandlung, die darauf basierende Verweigerung des Eheschlusses mit einer Person des nunmehr anderen Geschlechts sowie die Verweigerung der Anerkennung der Vaterschaft eines transsexuellen Mannes für sein durch künstliche Befruchtung gezeugtes Kind kritisiert wurde; BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, 20, 30 (Fn. 56).

¹³⁶ EGMR vom 25. März 1992 (Nr. 13343/87) *B. gegen Frankreich*, § 59 ff.

¹³⁷ Cour de Cassation, Assemblée plénière, Entscheid vom 11.12.1992: J.C.P. 1993, II, 21991.

¹³⁸ EGMR vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95) *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*.

¹³⁹ RECHER, FamPra.ch 2015, S. 623, 625 f.

¹⁴⁰ EGMR vom 10. März 2015 (Nr. 14793/08) *Y.Y. gegen die Türkei*.

¹⁴¹ EGMR vom 10. März 2015 (Nr. 14793/08) *Y.Y. gegen die Türkei*, § 61 f.

für den Zugang zu einer Geschlechtsumwandlungsoperation mit den Garantien von Art. 8 EMRK nicht vereinbar sei. Im Anschluss an dieses EGMR-Urteil bezweifelte die schweizerische Lehre, dass das Anknüpfen an die Fortpflanzungsunfähigkeit bzw. Sterilisation für die registerrechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung noch vereinbar mit der EMRK war.¹⁴² Klärung brachte dann der EGMR-Entscheid *A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich* vom 6. April 2017¹⁴³, der festhielt, für eine Änderung des amtlichen Geschlechts dürfen keine Eingriffe oder Behandlungen vorausgesetzt werden, welche die dauerhafte Unfruchtbarkeit mit sich bringen.¹⁴⁴ Dieser neuste Entscheid wurde umgehend in der schweizerischen (französischsprachigen) Lehre¹⁴⁵ rezipiert und fand – mit etwas Verspätung – auch Eingang in die kantonale Rechtsprechung.¹⁴⁶ In Europa ist mittlerweile auch bezüglich der Frage der Anerkennung eines nicht-binären Geschlechts eine Dynamik zu erkennen.¹⁴⁷ Bisher musste sich der EGMR noch nicht dazu äussern, ob auch ein Anspruch aus Art. 8 EMRK abzuleiten ist, registerrechtlich als non-binär anerkannt zu werden, doch sprechen gute Gründe dafür.¹⁴⁸ Offenbar ist derzeit aber vor dem EGMR ein entsprechendes Verfahren hängig,¹⁴⁹ so dass es in absehbarer Zeit zu einem Entscheid kommen dürfte.

Wie bereits dargelegt, entwickelte sich parallel zu dieser europäischen Rechtsprechungsentwicklung in der Schweiz seit 2011 eine Überzeugung an den unterinstanzlichen Gerichten, in der Lehre und bei verschiedenen Akteuren der Zivilgesellschaft und der Gesetzgebung, dass es einer neuen Konzeption bzw. Regelung bedarf, wie Änderungen des Registergeschlechts einfacher, unbürokratischer und den Betroffenen gegenüber nicht diskriminierend bewerkstelligt werden können. Weder die Impulse aus dem Parlament noch die Berichte des Bundesrates oder auch die Stellungnahmen der NEK bezogen sich auf die Rechtsprechung des EGMR oder die mangelnde Vereinbarkeit mit der EMRK.¹⁵⁰ Auch die bundesrätliche Botschaft zur Einführung von Art. 30b ZGB verwies auf entsprechende Impulse

¹⁴² PATRY, S. 92 ff., 96 ff.

¹⁴³ EGMR vom 6. April 2017 (Nr. 79885/12) *A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich*.

¹⁴⁴ EGMR vom 6. April 2017 (Nr. 79885/12) *A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich*, § 126 ff., 135; zulässig wäre wohl das Verlangen einer vorangehenden medizinischen Untersuchung.

¹⁴⁵ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2017, S. 913, 920; MONTINI, FS Geiser, S. 422.

¹⁴⁶ OGer ZH vom 19. September 2019, ZR 2020 Nr. 3, E. 2.3, 2.5.

¹⁴⁷ SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 66 ff. m.w.H. auf die Rechtsentwicklungen in verschiedenen europäischen Ländern.

¹⁴⁸ SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 74 ff.; anders allerdings der UK Supreme Court in seinem Urteil vom 15. Dezember 2021, FamRZ 2022, S. 366.

¹⁴⁹ Verfahren *Y gegen Frankreich* (Nr. 76888/17); Hinweis in den Urteilsanmerkungen von SCHULZ, FamRZ 2022, S. 367.

¹⁵⁰ Vgl. die Hinweise a.a.O. Selbst der Synthesebericht des SKMR vom Juli 2015 «Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen» kam ohne Referenzen an die Rechtsprechung des EGMR aus.

durch parlamentarische Vorstösse, die Stellungnahme der NEK, die Empfehlungen des SKMR und Resolutionen des Europarates,¹⁵¹ die EGMR-Rechtsprechung wurde lediglich im Kontext des „Pflichttraktandums“¹⁵² Verhältnis zum europäischen Recht erwähnt.¹⁵³ Die jüngsten Vorstösse zur Überwindung des binären Eintragungssystem konnten sich nicht auf die EMRK-Rechtsprechung beziehen, weil diese in Ermangelung entsprechender Urteile noch nicht als Referenz dienen kann, hingegen wurde mit einem einschlägigen Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts argumentiert,¹⁵⁴ der aufgrund der zeitlichen Koinzidenz mit den Vorstössen wohl auch als Auslöser betrachtet werden muss.¹⁵⁵

c) Fazit

Die vorangehenden Ausführungen über die Entstehungsgeschichte von Art. 30b ZGB zeigen, dass eine Fortentwicklung des positiven Rechts und dessen Anpassung an geänderte gesellschaftliche Realitäten durchaus auch „binnenursächlich“ sein kann, wobei nicht genug betont werden kann, dass die ersten diesbezüglichen in der Rechtswissenschaft geäusserten Postulate wohl ganz wesentlich von interdisziplinären und feministischen Arbeiten inspiriert wurden und damit einen Diskurs aufnahmen, der in den Sozial- und Genderwissenschaften schon weit fortgeschritten war¹⁵⁶. Es bleibt bei dieser Thematik die Erkenntnis haften, dass einerseits die Modernisierung des ZGB nicht zwingend durch die EGMR-Rechtsprechung erst angestossen werden muss. Andererseits steht der Werdegang dieser Bestimmung auch für die für schweizerische Verhältnisse wenig überraschende Feststellung, dass die Mühlen der Revisionsgesetzgebung mitunter sehr lange mahlen. Abschliessend ist zu vermerken, soweit es um die Frage eines registerrechtlichen non-binären Geschlechts geht, scheint sich das Bild einer parallelen, ähnlich dynamischen Entwicklung der schweizerischen Gesetzgebung einerseits und der EGMR-Rechtsprechung andererseits abzuzeichnen.

¹⁵¹ Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 834.

¹⁵² Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG.

¹⁵³ Botschaft Geschlechtsänderung, BBl 2020 799, 819 f.

¹⁵⁴ Vgl. Postulate ARSLAN (Nr. 17.4121) vom 13. Dezember 2017 und RUIZ (Nr. 17.4185) vom 14. Februar 2018, beide auf BVerfGE 147, 1 (2019/16) vom 10. Oktober 2017, vgl. dazu SCHULZ, ZEuP 2021, S. 64, 67 f.

¹⁵⁵ Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts fand auch Aufnahme in die Stellungnahme der NEK Nr. 36/2020 (Die amtliche Registrierung des Geschlechts, Ethische Erwägung zum Umgang mit dem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister) vom 5. Oktober 2020, S. 17.

¹⁵⁶ BÜCHLER/COTTIER, FamPra.ch 2002, S. 20 ff., bspw. Hinweise in Fn. 1 und 5; zur herausragenden Bedeutung der Interdisziplinarität im Familienrecht bzw. der Familienwissenschaft SCHWENZER/AESCHLIMANN, FS Giger, S. 501, 505 ff. sowie COTTIER, FamPra.ch 2012, S. 65 ff.

3. Vereinsrecht

Zu einer Verurteilung der Schweiz kam es in jüngerer Zeit im Vereinsrecht.¹⁵⁷ Der Verein Rhino¹⁵⁸ bezweckte gemäss seinen Statuten u.a. auch sich zu bemühen, „*die von ihm besetzten Liegenschaften dem Liegenschaftsmarkt und der Spekulation zu entziehen.*“ Das Bundesgericht bestätigte 2007 in BGE 133 III 593 im Wesentlichen die vorinstanzlichen Auffassungen, dass damit ein massgeblicher Teilzweck des Vereins widerrechtlich sei, was zwingend zur Auflösung des Vereins auf Klage hin gemäss Art. 78 ZGB führen müsse. Vor Bundesgericht riefen die Beschwerdeführer auch Art. 11 EMRK an. Das Bundesgericht hielt fest, die Auflösung des Vereins könne sich auf eine klare gesetzliche Grundlage stützen und es liege – weil Auflösung wegen widerrechtlichem Zweck – ein Anwendungsfall einer zulässigen Einschränkung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 EMRK vor. Die vom EGMR im Entscheid *Refah Partisi*¹⁵⁹ angemahnte Zurückhaltung gelte nur für politische Vereine¹⁶⁰ bzw. Parteien und eine solche Situation liege nicht vor¹⁶¹. Unbeachtet liess das Bundesgericht einen Entscheid des EGMR aus dem Jahr 2004, welcher erahnen liess, dass die Ausnahmen gemäss Art. 11 Abs. 2 EMRK allgemein eng auszulegen sind und der Gerichtshof die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips streng prüft.¹⁶² Die Berufung der Beschwerdeführer auf die EMRK ist bemerkenswert, fand sich doch damals in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung kein

¹⁵⁷ Die frühere Kommission war 1978 bereits mit dem ebenfalls Art. 11 Abs. 2 EMRK sich befassenden Entscheid vom 10. Oktober 1979 (Nr. 8191/78) *Rassemblement jurassien gegen die Schweiz* befasst (s. auch VILLIGER, Handbuch, Rz. 839).

¹⁵⁸ Das Akronym RHINO soll gemäss BGE 133 III 593 bzw. Pra 2008 Nr. 53 soll gleichzeitig zwei Bedeutungen haben, nämlich «Retour des Habitants dans les Immeubles Non Occupés» (Rückkehr der Bewohner in die leerstehenden Liegenschaften) und «Restons Habitants dans les Immeubles que Nous Occupons» («Bleiben wir Bewohner in den von uns besetzten Liegenschaften»).

¹⁵⁹ EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 41340/98) *Refah Partisi gegen die Türkei*.

¹⁶⁰ Das Bundesgericht verweist nur allgemein auf den Entscheid des EGMR. Die konkrete Stelle dürfte § 100 sein. Zwar wird dort tatsächlich ausgeführt, die Ausnahmen gemäss Art. 11 Abs. 2 EMRK seien bei politischen Parteien eng auszulegen, doch könnte die Passage betreffend Auflösung durchaus auch verallgemeinernd in dem Sinne gelesen werden («*Drastic measures, such as the dissolution of an entire political party [...] may be taken only in the most serious cases*»), dass eine Auflösung eine drastische Massnahme darstelle, welche nur in den schwerwiegendsten Fällen zulässig sei.

¹⁶¹ BGE 133 III 593 E. 5.3.

¹⁶² Vgl. EGMR vom 17. Februar 2004 (Nr. 44158/98), *Gorzelik gegen Polen* der (und zwar in allgemeiner Weise) auf die enge Auslegung und das Verhältnismässigkeitsprinzip hinwies: “*that only convincing and compelling reasons can justify restrictions on that freedom. All such restrictions are subject to a rigorous supervision by the Court*” (§ 88) bzw. “*it must look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”*” (§ 96).

Hinweis darauf, dass die Anwendung von Art. 78 ZGB einen Verstoß gegen Art. 11 EMRK darstellen könnte bzw. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Eingriffs verletzen könnte.¹⁶³ 2011 erfolgte die Verurteilung durch den EGMR in dieser Angelegenheit¹⁶⁴ und dabei wurde auf den bereits erwähnten Entscheid aus dem Jahr 2004 hingewiesen¹⁶⁵ und festgehalten, es sei der Schweiz nicht gelungen aufzuzeigen, dass eine weniger einschneidende Massnahme nicht zum Ziel geführt hätte, weshalb der Eingriff nicht mehr als verhältnismässig qualifiziert werden könne.¹⁶⁶

Bemerkenswert ist, dass der Entscheid weder in der schweizerischen Lehre¹⁶⁷ noch in der Öffentlichkeit¹⁶⁸ hohe Wellen geschlagen hat. Die besondere Bedeutung wurde höchstens darin gesehen, dass es damit zum ersten Mal zu einer Verurteilung der Schweiz wegen einer Verletzung von Art. 11 EMRK gekommen sei.¹⁶⁹ Die zivil- bzw. vereinsrechtliche Lehre wiederum scheint im Entscheid *Rhino* keine Veranlassung zu sehen, diesbezüglich eine Revision des ZGB zu fordern, obwohl der Wortlaut von Art. 78 ZGB keine andere Massnahme als die Aufhebung des Vereins zulässt und damit durchaus ein Anstoss gesehen werden könnte.¹⁷⁰ Auch finden sich keine Stimmen, die ein differenzierteres zivilrechtliches Sanktionssystem als Reaktion auf eine widerrechtliche Zweckverfolgung verlangen oder sogar die grundsätzliche Tauglichkeit dieser zivilrechtlichen Sanktion diskutieren. Der Entscheid des EGMR wird zwar erwähnt,¹⁷¹ aber Auswirkungen scheint er

¹⁶³ Vgl. statt vieler BSK ZGB I [2006]-HEINI/SCHERRER, Art. 78 N 1 ff.; BK [1990]-RIEMER, Art. 78 N 29 ff.

¹⁶⁴ EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*.

¹⁶⁵ EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*, § 61.

¹⁶⁶ EGMR vom 11. Oktober 2011 (Nr. 48848/07) *Association Rhino gegen die Schweiz*, § 65 f.; ebenfalls zur ratio decidendi gehörte das Argument, dass mit der juristischen Auflösung des Vereins das Ende der Hausbesetzung gar nicht hätte erreicht werden können und diese Besetzung schon lange andauerte; vgl. die Besprechung des Urteils bei DIETIKER, AJP 2012, S. 539, 563 ff.

¹⁶⁷ Vgl. die etwas ausführlichere Besprechung bei DIETIKER, AJP 2012, S. 539, 563 ff.; die Kritik von SCHÜRER, ZBl 2016, S. 171, 181 f., der sich daran stösst, dass die zivilrechtlichen Abteilungen gestützt auf Art. 190 BV nicht bereit waren, die Verhältnismässigkeit genauer zu prüfen und die Massgeblichkeit von Art. 78 ZGB in Frage zu stellen; die Begründung des BGer als «*mager*» bezeichnend SEILER, ZBl 2012, S. 223, 256; SCHUBARTH, Anwaltsrevue 2013, S. 366, 370, der den Entscheid als «*Beispiel richterlicher Selbstherrlichkeit*» brandmarkt; siehe auch HERTIG RANDALL, S. 136, wonach das Urteil von beschränkter Anwendung sei.

¹⁶⁸ Abgesehen davon, dass MARTIN SCHUBARTH und LUDWIG A. MINELLI in der NZZ (vom 13.5.2013 bzw. 17.5.2013) deswegen die Klagen kreuzten, wobei der Entscheid eher als Aufhänger für die kritisierte bzw. befürwortete dynamische Rechtsprechung des EGMR diene.

¹⁶⁹ JAKOB/DARDEL/UHL, S. 18.

¹⁷⁰ A.M. HERTIG RANDALL, a.a.O., wonach «*dieses Urteil keine Gesetzesänderung erfordert*»; denkbar wäre allenfalls die Teilnichtigkeit, wobei auch diesfalls der vom EGMR erhobene Einwand seine Gültigkeit hätte, dass mit dieser Massnahme der verfolgte Zweck (Nichtbesetzung der Häuser) nicht hätte erreicht werden können.

¹⁷¹ Vgl. statt vieler BSK ZGB I-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 78 N 3; HAUSHERR/AEBI-MÜLLER, Rz. 78 Fn. 954 mit dem

aus Sicht der zivilrechtlichen Lehre keine zu haben. Der Unterschied zur Verurteilung der Schweiz im Bereich des Namensrechts, der zu jahrzehntelangen Befassungen des Gesetzgebers geführt hat¹⁷², scheint wohl einerseits in der geringfügigen praktischen Relevanz¹⁷³ und andererseits in der geringeren politisch-gesellschaftlichen Bedeutung der Problematik zu liegen. Vereinsauflösungen nach Art. 78 ZGB dürften sehr selten sein und Rechtsunterworfenen damit kaum je damit konfrontiert sein, während die Frage des Familiennamens nach der Heirat einen ganz wesentlichen Teil der Gesellschaft konkret tangiert und die Namensgebung und -wahl von erheblicher persönlicher emotionaler Bedeutung¹⁷⁴ ist.

III. Familienrecht

1) Eherechtschliessungsrecht

a) Wartefrist nach der Scheidung für den schuldhaften Ehegatten (Art. 150 aZGB)

Die erste Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Bereich des Familienrechts erfolgte im Jahr 1987 aufgrund einer Verletzung des Rechts auf Eheschliessung (Art. 12 EMRK).¹⁷⁵ Das Gericht befasste sich im Urteil *F. gegen die Schweiz*¹⁷⁶ mit einem dreijährigen Eheverbot, welches dem beschwerdeführenden Ehemann gestützt auf den damaligen Art. 150 ZGB auferlegt wurde. Der damalige Art. 150 Abs. 1 ZGB sah vor, dass im Scheidungsverfahren, «[...] dem schuldigen Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe auf ein bis zwei Jahre und im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs auf ein bis drei Jahre zu untersagen [ist].» Das Recht auf Ehe garantierten damals die Art. 54 Abs. 1 und 2 aBV (Art. 14 BV) sowie Art. 12 EMRK. Dieses beinhaltet insbesondere den Schutz Privater gegen staatliche Einschränkungen der Möglichkeit zu heiraten, jedoch auch die freie Partnerwahl.¹⁷⁷ Eheschliessverbote und Ehehindernisse bedeuteten Einschränkungen dieses Rechts,¹⁷⁸ wobei diese zulässig sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, durch ein

Hinweis, auch die Massnahme nach Art. 78 ZGB habe den Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs zu genügen.

¹⁷² Siehe dazu unten Ziff. D. III. 2.

¹⁷³ Geschlossen wird dies daraus, dass – soweit ersichtlich – kaum publizierte oberinstanzliche Entscheide über derartige Verfahren existieren, seit dem Entscheid BGE 133 III 593 kein einziger, vgl. aber BGE 115 II 401 (Sud Provizel AG) und BGE 112 II 1 (Wohnbau AG Giswil), welche beide Aktiengesellschaften betrafen.

¹⁷⁴ Vgl. auch BREITSCHMID, *RabelsZ* 2008, S. 686, 709, wonach diese «emotionale Aura» des Namensrechts mit ein Grund sei, weshalb sich die Reformgesetzgebung als schwierig erweise.

¹⁷⁵ HERTIG RANDALL, S. 132.

¹⁷⁶ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*.

¹⁷⁷ PAPAUX VAN DELDEN, *FamPra.ch* 2011, S. 321, 322.

¹⁷⁸ BBl 1996 I 1, 12.

überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sind und das Prinzip der Verhältnismässigkeit wahren.¹⁷⁹ Die Wartefrist aus Art. 150 ZGB war ein aufschiebendes Ehehindernis gemäss damaligem Art. 104 Abs. 1 ZGB.¹⁸⁰ Die Vorschrift des Art. 150 ZGB stellte eine zivilrechtliche Sanktion dar, welche dem Schutz des Instituts der Ehe und damit der öffentlichen Ordnung dienen sollte.¹⁸¹ Das Bundesgericht wandte Art. 150 ZGB bereits seit 1912 mit Zurückhaltung an, da es in der Norm einen erheblichen Eingriff in die Freiheit des Einzelnen feststellte, welcher der Garantie der Ehefreiheit widerspräche.¹⁸² 1981 verschärfte das Bundesgericht die Rechtsprechung; neu sollte ein Eheverbot nur ausgesprochen werden, wenn ein «*ausserordentlich schweres Verschulden*» vorlag und dieses für die Zerrüttung der Ehe «*eine massgebende Rolle*» spielte.¹⁸³ Dabei war die Wartefrist jedoch stets von Amtes wegen anzuordnen.¹⁸⁴

In casu erachtete das Bundesgericht das Verschulden des Ehemannes sowohl als ausserordentlich schwer als auch massgebend für die Zerrüttung der Ehe. Der Beschwerdeführer hatte zwischen 1963 und 1987 vier Mal geheiratet. Mit seiner dritten Frau war er nur einige Tage verheiratet, bevor er ihr ohne Erklärung mitteilte, er wolle sich scheiden lassen.¹⁸⁵ Das Bundesgericht bezeichnete sein Verhalten deshalb als verächtlich und grausam.¹⁸⁶ Der EGMR anerkannte zwar, dass es ein legitimes öffentliches Interesse bestünde, das Institut der Ehe zu stärken, bezweifelte jedoch, dass sich die Ausgestaltung von Art. 150 ZGB dazu eigne.¹⁸⁷ Des Weiteren hielt der EGMR fest, das Wiederverheiratsverbot hindere auch den anderen Ehegatten, der selbst nicht mit einer Wartefrist belegt ist und u.U. auch innerhalb der Verbotsfrist geborene Kinder, die das Stigma der unehelichen Geburt zu tragen hätten.¹⁸⁸ Ausserdem hielt der EGMR fest, die gesetzgeberische Hoffnung, der Betroffene würde durch das Wiederverheiratsverbot reflektierter werden, genüge nicht, um einen solchen Eingriff in den Persönlichkeitsbereich einer erwachsenen und urteilsfähigen Person zu rechtfertigen.¹⁸⁹ Das Gericht befand, Art. 150 ZGB stosse an die Substanz des garantierten Rechts auf Ehe und sei damit zum verfolgten Ziel des Gesetzgebers unverhältnismässig, weshalb das Gericht

¹⁷⁹ PAPAUX VAN DELDEN, S. 27

¹⁸⁰ BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 5.

¹⁸¹ HEINZ, SJZ 1991, S. 201, 202.

¹⁸² HEINZ, SJZ 1991, S. 201, 202

¹⁸³ BGE 107 II 395.

¹⁸⁴ BGE 68 II 149; BGE 69 II 353; BGE 74 II 8.

¹⁸⁵ Zum Sachverhalt siehe auch HEINZ, SJZ 1991, S. 201.

¹⁸⁶ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 17.

¹⁸⁷ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 36.

¹⁸⁸ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 36.

¹⁸⁹ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 37.

eine Verletzung von Art. 12 EMRK feststellte.¹⁹⁰ Dies rechtfertigte der EGMR nicht zuletzt damit, dass Deutschland eine entsprechende Norm bereits 1976 und Österreich 1983 abschafften, sodass die Schweiz der einzige Vertragsstaat war, der eine solche Wartefrist noch kannte.¹⁹¹ Ausserdem hielt das Gericht fest, dass die EMRK zwar kein Recht auf Scheidung vorsieht,¹⁹² Art. 12 EMRK aber nicht zwischen Verheiratung und Wiederverheiratung unterscheidet, wenn das nationale Recht die Möglichkeit einer Scheidung normiert, weshalb dann das Recht auf Wiederverheiratung nicht eingeschränkt werden darf.¹⁹³ Innerhalb des Richterkollegiums waren die Meinungen aber durchaus geteilt, das Urteil wurde mit einer hauchdünnen Mehrheit, nämlich mit neun gegen acht Stimmen gefällt.¹⁹⁴ Die vom Urteil abweichenden Richter bekundeten auf der letzten Seite des Urteils, dass es sich im Rahmen von Art. 150 ZGB um eine zeitlich klar eingegrenzte Einschränkung der Ehefreiheit handelte, deren Anwendung im konkreten Fall weder willkürlich noch unvernünftig erschien. Die abweichenden Richter waren deshalb nicht der Meinung, Art. 150 ZGB stosse an den Kernbereich von Art. 12 EMRK.¹⁹⁵

Kritische Stimmen gegenüber Art. 150 ZGB waren in der Schweiz bereits seit Inkrafttreten des ZGB bzw. weit vor dem Urteil des EGMR zu hören. Bereits 1901 bezeichnete BURCKHARDT die Strafwartefrist – und damit den Entwurf von Art. 150 ZGB – als «unsachgemäss».¹⁹⁶ In den Siebzigerjahren bezweifelte HAUSHEER, ob die gewollte erzieherische Wirkung mit Art. 150 ZGB erzielt werden könne, weshalb sich eine «Pönalisierung» der Betroffenen sich kaum rechtfertigen liesse.¹⁹⁷ Insbesondere der Strafcharakter einer Norm im ZGB¹⁹⁸ und die Tatsache, dass die Wartefrist mit einer Heirat im Ausland umgangen werden konnte, wurden kritisiert.¹⁹⁹ Und auch in der Rechtsprechung war die Norm bereits vor 1987 umstritten und wurde in den Kantonen sehr unterschiedlich angewandt.²⁰⁰ Während das Kantonsgericht von Graubünden 1977 urteilte, Art. 150 ZGB verstosse nicht gegen Art. 12 EMRK, da er dem Betroffenen keine Rechte entziehe, sondern nur deren Ausübung für eine klar bestimmte Dauer sistiere,²⁰¹ konstatierte die Lehre bereits 1980, die

¹⁹⁰ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 40.

¹⁹¹ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 32.

¹⁹² EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 38.

¹⁹³ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 33.

¹⁹⁴ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 15.

¹⁹⁵ EGMR vom 18. Dezember 1987 (Nr. 11329/85) *F. gegen die Schweiz*, § 17.

¹⁹⁶ BURCKHARDT, ZSR 1901, S. 296.

¹⁹⁷ HAUSHEER, ZZW 1974, S. 333, 339 f.

¹⁹⁸ BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 31.

¹⁹⁹ HINDERLING, SJZ 1975, S. 253, 260.

²⁰⁰ GÖTZ, ZZW 1964, S. 335, 338.

²⁰¹ KGer GR, PKG 1977, S. 9, 10 ff.

Bestimmung sei „fast toter Buchstabe“,²⁰² und der Bundesrat bilanzierte 1989 rückblickend, die Strafwartefrist sei in der Praxis seit längerem – und damit auch schon vor dem EGMR-Urteil – kaum mehr angewendet worden.²⁰³ Bildlich gesprochen rannte das Urteil des EGMR in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre mehr oder weniger offene Türen ein. Bezeichnenderweise waren in der Lehre grossmehrheitlich keine kritischen Stimmen zu vernehmen.²⁰⁴ Dazu passend die Reaktion der Schweizerischen Juristenzeitung, welche sich veranlasst sah, einer das EGMR-Urteil kritisierenden und Art. 150 ZGB verteidigenden Urteilsbesprechung einen redaktionellen «Disclaimer» voranzustellen.²⁰⁵ Nach dem Urteil des EGMR war Art. 150 ZGB erst recht obsolet,²⁰⁶ denn das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement intervenierte offenbar einerseits bei der Expertenkommission zur Revision des Scheidungsrechts²⁰⁷ und bat 1989 andererseits die Gerichte, Art. 150 ZGB nicht mehr anzuwenden.²⁰⁸ Es vergingen dann aber noch rund elf Jahre, bis die Strafwartefrist mit der Revision des ZGB vom 26. Juni 1998 mit dem neuen Scheidungsrecht²⁰⁹ aufgehoben wurde.²¹⁰ Der Bundesrat betonte – auch unter Verweis auf den Entscheid des EGMR – in der Botschaft zu dieser Scheidungsrechts-Revision, die Eheverbote gründeten noch auf den gesellschaftlichen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts und seien daher nicht mehr zeitgemäss.²¹¹ Die Änderungen – und damit die endgültige Abschaffung der Strafwartefrist nach einer Scheidung – traten am 1. Januar 2000 in Kraft.

²⁰² BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 37 m.w.H.; HÄNNI, FS Schnyder, S. 373, bezeichnete ihn wegen des Urteils des EGMR dann 15 Jahre später als (ganz?) toten Buchstaben. Bei Lichte besehen war Art. 150 ZGB damit bereits vor der Verurteilung durch den EGMR in der letalen Phase.

²⁰³ Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 393, 425; siehe auch BBl 1996 I 1, 12; BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 5.

²⁰⁴ Vgl. bspw. JACOT-GUILLARMOD, ZBl 1986, S. 49, 62; THÜRER, ZBl 1988, S. 377, 399, Fn. 112; siehe aber die Kritik bei BSK ZGB I-LÜCHINGER/GEISER [1996], Art. 150 N 2.

²⁰⁵ Betroffen war die Urteilsbesprechung durch HEINZ, SJZ 1991, S. 201 («Die Redaktion nimmt den folgenden Abdruck zum Anlass, darauf hinzuweisen, dass die veröffentlichten Beiträge jeweils nur die Meinung des Autors und nicht notwendig die der Redaktion wiedergeben.»).

²⁰⁶ BBl 1996 I 1, 12.

²⁰⁷ Was wohl auch Wasser in den Rhein tragen bedeutete, denn bereits vorgängig wurde in den entsprechenden vorbereitenden Kommissionen die Streichung von Art. 150 ZGB vorgeschlagen, siehe die Hinw. bei BK-BÜHLER/SPÜHLER [1980], Art. 150 ZGB N 37.

²⁰⁸ Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 1989, S. 393, 425; MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 388.

²⁰⁹ Unzutreffend MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 388, wonach die Streichung «*dans le cadre de la réforme du droit du mariage*» erfolgte.

²¹⁰ AS 1999 1118

²¹¹ BBl 1996 I 1, 12.

Obgleich der Bundesrat in der Botschaft zur Revision des Scheidungsrechts die Abschaffung der Wartefrist auch mit dem EGMR-Urteil begründete,²¹² so wird aufgrund der vorstehenden Ausführungen klar, es bestand in Lehre und Rechtsprechung der Konsens, dass diese Bestimmung höchst problematisch war und kaum mehr angewendet wurde. In den vorbereitenden Expert:innengremien bestand bereits seit 1975 Einigkeit, der Artikel solle abgeschafft werden.²¹³ Der Umstand, dass der EGMR im Urteil *F. gegen die Schweiz* zum ersten Mal über eine familienrechtliche Angelegenheit der Schweiz urteilte, mag eine gewisse Überhöhung seiner Bedeutung erklären. Eine Einschätzung, der Entscheid habe einen Impuls zur Modernisierung des schweizerischen Familienrechts geleistet,²¹⁴ erscheint deshalb m.E. bedeutungsüberschiessend. Als erster familienrechtlicher Entscheid mag er aber auch Familienrechtler:innen für die Relevanz der EMRK im Bereich des Familienrechts sensibilisiert haben.

b) Wartefrist von 300 Tagen für Frauen (Art. 103 aZGB)

Auch wenn klar kritisiert,²¹⁵ so wurde in der Lehre nicht diskutiert, ob der damalige Art. 103 ZGB – die Frauenwartefrist – mit der EMRK vereinbar war.²¹⁶ Gemäss Art. 103 Abs. 1 ZGB war es Witwen und Frauen, deren Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt worden war, untersagt, vor Ablauf von dreihundert Tagen nach der Auflösung oder Ungültigerklärung der früheren Ehe eine neue Ehe einzugehen. Diese Wartefrist wurde damit begründet, dass gemäss Art. 252 ZGB ein Kind, welches innerhalb einer Frist von dreihundert Tage nach Auflösung der Ehe geboren wurde, als ehelich galt. Hätte eine Frau innerhalb dieser Frist wieder heiraten können, so wäre ein Kind, welches innert der Frist geboren wurde, sowohl das eheliche Kind des geschiedenen und des neuen Ehemannes gewesen.²¹⁷ Die Wartefrist konnte gemäss damaligem Art. 103 Abs. 3 ZGB nur gerichtlich gekürzt werden, wenn eine Schwangerschaft der Frau aus früherer Ehe ausgeschlossen war oder wenn sich die geschiedenen Ehegatten wieder miteinander verheirateten.²¹⁸ Lehre und Rechtsprechung entwickelten jedoch einen Vorrang der Vermutung der Vaterschaft des zweiten Ehemannes, welcher

²¹² BBl 1996 I 1, 67.

²¹³ HINDERLING, SJZ 1975, S. 253, 260.

²¹⁴ HERTIG RANDALL, S. 132.

²¹⁵ HEGNAUER, ZZW 1983, S. 65, 67, der einen Verstoß gegen die verfassungsmässige Ehefreiheit und Rechtsgleichheit annahm, die EMRK aber nicht erwähnte.

²¹⁶ Vgl. auch HÄNNI, FS Schnyder, S. 372 f., der in seinem Aufsatz von 1995 zwar Wartefristen thematisierte, diese gemäss Art. 103 aZGB aber nicht erwähnte.

²¹⁷ OGer ZH, SJZ 1971, S. 206.

²¹⁸ OGer ZH, SJZ 1971, S. 206; siehe auch HEUSSLER, Das Standesamt 2000, S. 4, 6.

mit der Einführung des neuen Kindesrechts in Art. 257 ZGB übernommen wurde.²¹⁹ Die neue Regel wurde am 25. Juni 1976 beschlossen und trat am 1. Januar 1978 in Kraft,²²⁰ womit Art. 103 ZGB eigentlich Sinn und Zweck verlor.²²¹ Trotzdem galt die Frauenwartefrist auch über die Revision des Kindesrechts hinaus²²² und wurde erst zusammen mit der Strafwartefrist nach Art. 150 ZGB aus dem ZGB entfernt.²²³ Der Bundesrat betonte in der Botschaft zur Scheidungsrechtsrevision, die Frauenwartefrist sei aufgrund des Art. 257 des revidierten Kindesrechts überholt und deshalb mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Frau und Mann (Art. 4 Abs. 2 BV) nicht vereinbar.²²⁴ Zwar führte der Bundesrat die EMRK-Widrigkeit nicht explizit als Grund an, doch wurde der betreffende Abschnitt mit einem Verweis auf Art. 12 EMRK eingeleitet und festgehalten, jedes Ehehindernis stelle eine Beeinträchtigung dieses Rechts dar.²²⁵ Obwohl sich die Frage vor dem EGMR nie stellte, kann nach den Ausführungen zu Art. 150 ZGB und den Worten des Bundesrates zur Gleichstellung der Geschlechter im Zusammenhang mit der Norm die Vereinbarkeit von Art. 103 ZGB mit Art. 12 EMRK und Art. 12 i.V.m. Art. 14 EMRK bezweifelt werden.

c) Absolutes Eheverbot für Geisteskranke (Art. 97 Abs. 2 aZGB)

Für Geisteskranke galt gemäss Art. 97 Abs. 2 aZGB ein absolutes Eheverbot, sie waren in keinem Fall ehefähig.²²⁶ Begründet wurde dies mit eugenischen Vorstellungen, Ziel war insbesondere die Verhütung der Vererbung von Geisteskrankheiten.²²⁷ Im Jahre 1944 fühlte sich EGGER in seinen dem Bundesrat erstatteten Gutachten zur rechtlichen Lage der Familie sogar bemüssigt, u.a. unter Verweis auf das deutsche Ehegesundheitsgesetz von 1935 die Bestimmung zu rechtfertigen, ihre zurückhaltende Anwendung in der Schweiz zu bedauern und eine konsequentere Umsetzung dieses Ehehinderungsgrundes zu fordern.²²⁸ Die Rechtsprechung ging aber bereits in den 1940er-Jahren

²¹⁹ OGer ZH, ZR 1983 Nr. 30; AppGer BS, SJZ 1960, S. 141 f.

²²⁰ AS 1977 237.

²²¹ OGer ZH, ZR 1983 Nr. 30.

²²² Und spielte offenbar in der Praxis eine erhebliche Rolle, vgl. WEBER, AJP 1999, S. 1633, 1635 Fn. 6.

²²³ AS 1999 1118.

²²⁴ BBl 1996 I 1, 12.

²²⁵ BBl 1996 I 1, 12.

²²⁶ HÄNNI, FS Schnyder, S. 368.

²²⁷ MINDER, S. 99; in BGE 109 II 273, 274 auch «erbbiologische Gründe» genannt.

²²⁸ Vgl. EGGER, Die rechtliche Lage der Familie, BBl 1944 I 1089, 1103 ff., dessen Ausführungen aus heutiger Sicht beklemmend sind (statt vieler: «Das qualitative Bevölkerungsproblem ist noch dringlicher als das quantitative») und ggf. Anstoss wären, nationalsozialistische Einflüsse in der schweizerischen Rechtswissenschaft zu untersuchen. Das Gutachten EGGER wurde vom Bundesrat für seinen Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie» vom 10. Oktober 1944, BBl 1944 I 865, eingeholt.

davon aus, dass Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 97 Abs. 1 ZGB immer schon dann vorlag, wenn die Verlobten in der Lage waren, das Wesen der Ehe und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten zu erkennen und sich dementsprechend zu verhalten.²²⁹ Im Jahr 1983 setzte sich das Bundesgericht dann mit der Kritik der Lehre zu Art. 97 Abs. 2 ZGB auseinander und hielt fest, dass eine strenge Anwendung von Art. 97 Abs. 2 ZGB in höchstpersönliche und verfassungsmässig geschützte Rechte eingreifen würde, ohne einem öffentlichen Interesse zu dienen oder für den Schutz des anderen Partners geboten zu sein.²³⁰ Trotzdem war das Eheverbot für Geisteskranke noch bis 1985 in einigen Kantonen im Rahmen von fürsorgerischen Zwangsmassnahmen auch mit einer Praxis der Zwangsterilisation von Geisteskranken verbunden.²³¹ Denn die Norm führte zu unerwünschter unehelicher Fortpflanzung von Geisteskranken, denen die Ehe verwehrt wurde, welche wiederum durch die Sterilisationen verhindert werden sollte.²³² Die strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts von 1983 wurde auch in der Botschaft des Bundesrates zur Scheidungsrechtsrevision erwähnt und festgehalten, die Bestimmung könne aufgrund der Verletzung von Art. 54 Abs. 1 und 2 BV und Art. 12 EMRK keine Gültigkeit mehr beanspruchen.²³³ Mit der 1998 beschlossenen Scheidungsrechtsrevision des ZGB wurde das Eheverbot für Geisteskranke ersatzlos gestrichen.²³⁴

d) Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung (Art. 99 Abs. 1 aZGB / Art. 94 Abs. 2 aZGB)

Art. 99 Abs. 1 aZGB (nach der Revision von 1998 Art. 94 Abs. 2 aZGB) sah vor, dass eine entmündigte Person zur Heirat der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzlichen Vertreterin bedurfte. Daran wurde auch in der 1998 beschlossenen Scheidungsrechtsrevision, welche zudem die Bestimmungen des Eheschlusses umfasste, festgehalten, obwohl die Norm im Vernehmlassungsverfahren kritisiert wurde. Der Bundesrat begründete diesen Entscheid damit, dass ohnehin die Tendenz bestehe, eine Entmündigung nur noch sehr zurückhaltend anzuordnen. Ausserdem verstosse Art. 94 Abs. 2 ZGB nicht gegen Art. 54 Abs. 2 BV oder Art. 12 EMRK, denn die gesetzlichen Vertreter:innen durften nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Eheschliessung nicht aus gemäss Art. 54 Abs. 2 BV unzulässigen Gründen verweigern.²³⁵ So war es nicht zulässig, dass sich die gesetzlichen Vertreter:innen auf die wirtschaftlichen Interessen der

²²⁹ BGE 77 II 105, 106.

²³⁰ BGE 109 II 273, 278.

²³¹ MINDER, S. 96 f.

²³² MINDER, S. 100.

²³³ Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 64.

²³⁴ HEGNAUER, FamPra.ch 2000, S. 1, 6.

²³⁵ Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

Heimatgemeinde berufen, um die Zustimmung zu verweigern. Berücksichtigt werden durften einzig ökonomische Interessen des Mündels selbst sowie gesundheitliche, geistige oder sittliche Gefahren, welche dem Mündel aus der Ehe erwachsen könnten.²³⁶ In der Lehre wurde allerdings die Konfliktrichtigkeit der Bestimmung hinsichtlich Art. 12 EMRK erkannt.²³⁷ Immerhin wurde mit der Scheidungsrechtsrevision neu vorgesehen, dass auf kantonaler Ebene gegen die Verweigerung der Zustimmung ein Gericht angerufen werden konnte.²³⁸ Der Bundesrat verwies in diesem Zusammenhang auf die höchstrichterliche Rechtsprechung und wies dabei nicht offen aus, dass das Bundesgericht es im angeführten Entscheid explizit als nicht mit Art. 6 EMRK vereinbar ansah, wenn gewisse vormundschaftliche Anordnungen über zivilrechtliche Ansprüche nur an eine vormundschaftliche Aufsichtsbehörde weitergezogen werden können.²³⁹ Die Voraussetzung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzlichen Vertreterin zur Eheschliessung wurde erst mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts mit Inkrafttreten am 1. Januar 2013 aufgehoben. Zur Begründung verwies die Botschaft des Bundesrates wiederum auf die grundsätzliche Vereinbarkeit mit der Ehefreiheit (allerdings von Art. 12 BV) je nach den Verweigerungsgründen und darauf, dass in der Praxis die Zustimmung nur in sehr seltenen Fällen verweigert würde. Ohne jegliche Erwähnung der EMRK oder sonstiger Gründe, weshalb die Bestimmung insgesamt problematisch sein könnte, beschied der Bundesrat, der Entwurf verzichte auf die Bestimmung.²⁴⁰

e) Eheverbot bei Stiefkindverhältnissen

Bis Ende 2005 bestand ein Ehehindernis zwischen Stiefeltern und Stiefkindern (Art. 95 Abs. 1 Ziff. 2 aZGB), das sogar die Auflösung der das Stiefkindverhältnis begründenden Ehe überdauerte. Gemeinsam²⁴¹ mit dem Gesetz über die eingetragene Partnerschaft wurde auch beschlossen, dieses Ehehindernis zu streichen, wobei diese Änderung ein Jahr vor Inkrafttreten des Partnerschaftsgesetzes in Kraft trat.²⁴² Bemerkenswert ist, dass der Anstoss zur Streichung dieses

²³⁶ BGE 106 II 177, 178.

²³⁷ HÄNNI, S. 369; SUTTER-SOMM, ZZW 1994, S. 332, 339, Zweifel äussernd, aber offen gelassen.

²³⁸ Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

²³⁹ BGE 118 Ia 473.

²⁴⁰ Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7098.

²⁴¹ Beachtlich ist, dass in der diesbezüglichen Botschaft des Bundesrates zwar Ausführungen über die Eintragungshindernisse von Art. 4 PartG gemacht werden (und auch erörtert wurde, weshalb auf ein Eintragungshindernis Stiefeltern/Stiefkinder verzichtet wird), die im Anhang Ziff. 8 des PartG aber vorgesehene Neufassung von Art. 95 und 105 ZGB nirgends erwähnt wurde, BBl 2003 1288, 1331; vgl. auch FamKomm eingetragene Partnerschaft/BÜCHLER/MICHEL, Art. 4 PartG N 5

²⁴² AS 2005 5696.

Ehehindernisses durch die Motion JANIAK²⁴³ kam und in deren Begründung explizit darauf hingewiesen wurde, dieses Eheverbot sei weder zeitgemäss noch sei ein allgemein anerkanntes öffentliches Interesse erkennbar, obgleich das Verbot Art. 12 EMRK nicht verletzen möge bzw. unter dem Aspekt dieses Menschenrechts noch nicht unverhältnismässig sei. Der Bundesrat war im Übrigen ohne weitere Begründung für die Überweisung der Motion²⁴⁴ und auch im Parlament wurde diese ohne jegliche Opposition überwiesen.²⁴⁵ In der Lehre wird das ehemalige Eheverbot einstimmig als Verletzung von Art. 12 EMRK angesehen, auch wenn sich die Frage vor dem EGMR nie stellte.²⁴⁶

f) Fazit

Die älteren Bestimmungen zu den Ehehindernissen mit ihren die Ehefreiheit beschränkenden Wirkung waren allesamt im Lichte von Art. 12 EMRK problematisch. Auch wenn die erste Verurteilung der Schweiz im Bereich des Familienrechts die damalige Strafwartefrist von Art. 150 ZGB betraf, so ist zu konstatieren, dass bereits vorher die Streichung dieser umstrittenen Bestimmung geplant war, weshalb das betreffende EGMR-Urteil nicht als eigentlicher Impulsgeber bzw. Orientierungspunkt der diesbezüglichen Gesetzgebung gelten kann, mag es der totgesagten Bestimmung auch das letzte Lebensflämmchen ausgehaucht haben. Bei den sonstigen verdächtigen Bestimmungen ist eine Bandbreite zu erkennen, bei welcher am einen Ende klar zur Begründung der Streichung die EMRK angeführt wurde (Eheverbot für Geisteskranke) und am anderen Ende keinerlei offen deklariertes Bezug zu allfällig befürchteten Verurteilungen durch den EGMR besteht (Frauenwartefrist, Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung). Bemerkenswert sind schliesslich die folgenden zwei Aspekte: Zum Einen dürfte es beim Entscheid des EGMR *F. gegen die Schweiz* (Strafwartefrist) in der gesamten Ära seit Ratifizierung der EMRK durch die Schweiz singulär gewesen sein, dass die Bundesbehörden nach einer Verurteilung die Gerichte baten, deswegen die betreffende Bestimmung des ZGB nicht mehr anzuwenden. Zum anderen verlief die Aufhebung des Eheverbots zwischen Stiefelter und Stiefkind überraschend geräuschlos, obwohl (zumindest nach Ansicht des Bundesgerichts) keine Konventionswidrigkeit vorlag und dieser Optik folgend keine Notwendigkeit zur Korrektur bestand.

²⁴³ Motion JANIAK Nr. 02.3479 vom 25. September 2002. Die Motion war mutmasslich durch BGE 128 III 113 ausgelöst, welcher das Eheverbot von Stiefkind/Stiefeltern als mit Art. 12 EMRK vereinbar qualifizierte.

²⁴⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 13.11.2002.

²⁴⁵ Curia Vista, Nr. 02.3479, vgl. auch Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 2. September 2003.

²⁴⁶ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 619 verweist in Fn. 153 auf RHINOW, N 1325 f. und SCHEFER, S. 72 f.

Abschliessend ist zu vermerken, dass der EGMR die Ehe noch immer traditionell deutet und bezüglich Art. 12 EMRK – anders als bei Art. 8 EMRK – keine dynamische Auslegung der Konvention zu erkennen ist. Unverheiratete Paare können sich nicht auf Art. 12 EMRK berufen, de-facto-Ehen werden vom Schutzbereich nicht erfasst.²⁴⁷ Der EGMR hielt lange an der Rechtsprechung fest, Art. 12 EMRK schütze die traditionelle Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts.²⁴⁸ Von dieser Auffassung wich der Gerichtshof erst im Jahr 2002 ab, als er im Verbot für eine transsexuelle Person, eine Person ihres ursprünglichen Geschlechts zu heiraten, eine Verletzung von Art. 12 EMRK sah.²⁴⁹ Gemäss EGMR ist es jedoch noch immer zulässig, die Ehe gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften zu privilegieren, weil Art. 12 EMRK keinen Anspruch auf Zugang von gleichgeschlechtlichen Paaren zum Rechtsinstitut der Ehe noch zu deren Privilegien verleiht.²⁵⁰ Diese EGMR-Rechtsprechung steht im Kontrast zur Lehre, welche die Vereinbarkeit des Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit und Art. 12 EMRK bereits vor 25 Jahren bezweifelte.²⁵¹ Mit der *Ehe für alle* hat der schweizerische Gesetzgeber hier einen Weg gewählt, der nicht zwingend durch die Rechtsprechung des EGMR vorgezeichnet war.²⁵²

2) Familiennamensrecht

a) Ausgangslage

Hauptanliegen der grossen Eherechtsrevision in den Jahren 1979 (Botschaft) bzw. 1988 (Inkrafttreten) war die rechtliche Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe.²⁵³ Im Rahmen der Revisionsarbeiten schien klar, dass das Namensrecht hin zu mehr Gleichberechtigung modifiziert werden musste, allein die Frage des Wie war sehr umstritten und die Gesetzgebungsarbeiten glichen

²⁴⁷ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 321, 333.

²⁴⁸ EGMR vom 27. September 1990 (Nr. 10843/84) *Cossey gegen das Vereinigte Königreich*, § 43a; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 622.

²⁴⁹ EGMR vom 11. Juli 2002 (Nr. 28957/95) *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, § 80 und 100; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 622.

²⁵⁰ EGMR vom 21. Juli 2015 (Nr. 18766/11 und Nr. 36030/11) *Oliari u.a. gegen Italien*; EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X u.a. gegen Österreich*; COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 104 f.; bereits früh kritisch dazu PAPAUX VAN DELDEN, S. 415 ff.

²⁵¹ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011, S. 589, 623, mit Verweis auf VAN DIJK/VAN HOOF, *Theory and Practice of the ECHR*, La Haye, 3 e éd., 1998, 607.

²⁵² Siehe dazu auch unten Ziff. D III. 4. d.

²⁵³ Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1202.

bereits damals einem veritablen Zickzack- oder Schleuderkurs,²⁵⁴ was insofern nicht verwunderlich ist, als der Familienname als Element des Persönlichkeitsrechts mit dem (damals hoch gehaltenen) Prinzip der Familiennamenseinheit²⁵⁵ nur schwer miteinander in Einklang zu bringen war.²⁵⁶ Das im Vorentwurf noch zur Diskussion gestellte freie Wahlrecht wurde in der Vernehmlassung schlecht aufgenommen, weshalb der Bundesrat davon absah, dieses im Entwurf vorzusehen, wobei er unter anderem auch auf rechtstatsächliche Untersuchungen aus Deutschland verwies, wonach nur ein kleiner Teil von diesem Wahlrecht Gebrauch gemacht hätte.²⁵⁷ In jenem Stadium bestand noch keine zwingende Veranlassung, die Revision des Namensrechts unter dem Titel der Menschenrechtskonformität zu verhandeln. Dies auch deshalb, weil im Entscheid *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz* im Jahr 1977²⁵⁸ die frühere Kommission den Vorrang des Namens des Ehemannes und die Pflicht der Frau, ihren Ledignamen bei der Heirat aufzugeben, nicht als geschlechtsspezifische Diskriminierung angesehen hatte. Die Kommission entschied, die erleichterte Identifikation von Familienmitgliedern mit gemeinsamem Namen sei eine «vernünftige Begründung» für eine Ungleichbehandlung und die Norm daher konventionskonform.²⁵⁹ Der Bundesrat erwähnte in seiner Botschaft Art. 14 der EMRK zwar kurz in allgemeiner Weise (unter dem Titel „Internationale Bestrebungen“) beilegte sich aber zu relativieren, dieser verpflichtete die Staaten nicht, den Grundsatz der Gleichheit in den Gesetzen vorzusehen.²⁶⁰

b) Der Fall Burghartz

Das neue Eherecht war noch nicht einmal ein Jahr in Kraft, da sah sich das baselstädtische Zivilstandesamt bzw. das Justizdepartement damit konfrontiert, ein Gesuch von seit 1984 verheirateten Ehegatten zu behandeln, welche den Namen der Ehefrau (Burghartz) zum gemeinsamen Familiennamen erklärten, und der Ehemann darum ersuchte, seinen Ledignamen diesem

²⁵⁴ Zur Revisionsgeschichte im Kontext der Eherechtsrevision vgl. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 160 ZGB N 3 ff.; ebenfalls zur Geschichte des Namensrechts bei Heirat BADDELEY, FamPra.ch 2020, S. 613 ff.

²⁵⁵ Vgl. dazu auch BADDELEY, FamPra.ch 2020, 613, 619 f. («L'illusion de l'immutabilité du nom»).

²⁵⁶ HEGNAUER/BREITSCHMID, Rz. 13.05 m.w.H.

²⁵⁷ Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1242; BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 160 ZGB N 6, dort auch Österreich erwähnend, was in der Botschaft keine Stütze findet.

²⁵⁸ EGMR vom 15. Dezember 1977 (Nr. 8042/77) *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz*, auszugsweise abgedruckt in VPB 1983 Nr. 201.

²⁵⁹ EGMR vom 15. Dezember 1977 (Nr. 8042/77) *Hagmann-Hüsler gegen die Schweiz*; WITTINGER, FamPra.ch 2009, S. 84, 107 f.

²⁶⁰ Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1206.

voranzustellen (Schnyder Burghartz).²⁶¹ Zwar hatten Frauen nach der Eherechtsrevision mit Art. 160 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit, bei der Heirat zu erklären, dass ihr Ledigname dem gemeinsamen Familiennamen voranzustellen sei und neu war es bei achtenswerten Gründen ausserdem über den damaligen Art. 30 Abs. 2 ZGB möglich, den Ledignamen der Frau als gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen. Diesfalls sah das ZGB aber keine Möglichkeit vor, dass der Ehemann analog Art. 160 Abs. 2 ZGB seinen Namen voranstellen konnte. Im Hinblick auf diese neue Gesetzeslage versuchten die Ehegatten, über ein Namensänderungsgesuch die in Deutschland getroffene Namenswahl auch in der Schweiz anerkennen zu lassen.²⁶² Dafür gingen sie bis vor Bundesgericht, welches zwar eine Namensänderung gestützt auf Art. 30 Abs. 2 ZGB (aus übergangsrechtlichen Gründen) ablehnte, weil eine solche nur Paaren bei einer Heirat nach dem 1. Januar 1988, nicht jedoch bereits zuvor verheirateten Paaren zustünde. Den Urteilerwägungen ist greifbar zu entnehmen, wie das Ergebnis dem Bundesgericht unbefriedigend erschien. Als Ausweg gewährte es dem Paar einen gewöhnlichen Namenswechsel aus wichtigem Grund²⁶³ gestützt auf Art. 30 Abs. 1 ZGB. Damit erhielten beide Ehegatten den Ledignamen der Frau (Burghartz) zum Familiennamen.²⁶⁴ Dies stellte für die Ehegatten jedoch nur einen Teilerfolg dar, denn das Bundesgericht gestattete es dem Ehemann nicht, seinen angestammten Familiennamen voranzustellen (Schnyder Burghartz), weil diese Möglichkeit gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB ausdrücklich nur für die Frau vorgesehen wurde.²⁶⁵ Aus den publizierten Erwägungen ist nicht ersichtlich, ob sich die beschwerdeführenden Ehegatten auch auf die EMRK berufen hatten und das Bundesgericht sich damit auseinandersetzte. Die Ehegatten riefen jedenfalls den EGMR an und machten geltend, das schweizerische Namensrecht verstosse gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Sie argumentierten, die Möglichkeit des Ehemannes, den eigenen Ledignamen dem gemeinsamen Familiennamen

²⁶¹ Der Sachverhalt war insofern komplexer, als die Ehegatten bei der Heirat 1984 zwar den Namen der Ehefrau gemäss deutschem Recht als Familiennamen bestimmten, in der Schweiz wurde aber der Name des Mannes als Familienamen eingetragen, was dem geltenden Recht bis Ende 1987 entsprach. Ein 1984 gestelltes Namensänderungsgesuch, um den Familiennamen auf den Namen der Ehefrau zu wechseln, wurde abgewiesen; siehe Sachverhaltsschilderung in BGE 115 II 193, 194.

²⁶² EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 8.

²⁶³ Diese sah das Bundesgericht durch den Zusammenhang des Sachverhalts mit der Grenzstadt Basel (!) sowie durch «*das berufliche Wirkungsfeld der Eheleute*» (angespielt wird damit wohl auf den Umstand, dass beide als Wissenschaftler:innen tätig waren und unter ihrem Namen publizierten) als gegeben an.

²⁶⁴ BGE 115 II 193, 198; noch vor 1988 hatte es das Bundesgericht wiederholt abgelehnt, Art. 30 ZGB dazu zu verwenden, das schweizerische Namensrecht zu umgehen und im Ausland registrierte Familiennamen in der Schweiz zu registrieren zu lassen, BGE 108 II 161, 164 m.w.H. Unter dem neuen Namensrecht verlor diese Rechtsprechung gemäss Bundesgericht jedoch ihre wesentliche Grundlage.

²⁶⁵ BGE 115 II 193, S. 200 f.

voranzustellen, würde die Einheit der Familie nicht mehr bedrohen, als die in Art. 160 Abs. 2 ZGB für Frauen vorgesehene (umgekehrte) Möglichkeit.²⁶⁶ Die Schweiz wiederum berief sich vor dem EGMR insbesondere darauf, dass der Bundesrat bei der Ratifizierung des Zusatzprotokolls Nr. 7 der EMRK einen Vorbehalt zu Art. 5 angebracht hatte. Die Bestimmung, welche die Gleichstellung der Geschlechter in Zivilsachen vorsah, wurde durch die Schweiz aufgrund von Art. 160 ZGB explizit vorbehalten.²⁶⁷ Die Schweiz argumentierte, Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls habe *lex specialis*-Charakter zu Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK, weshalb sich der Vorbehalt auch auf diese beziehen würde.²⁶⁸ Zwar anerkannte die Schweiz, dass das neue Schweizer Ehegesetz bezüglich Bürgerrecht und Namensrecht der Ehegatten Frau und Mann ungleich behandelte, argumentierte jedoch, diese Ungleichbehandlung der Geschlechter basiere auf objektiven und verhältnismässigen Gründen, weshalb keine Diskriminierung im Sinne der Konvention vorläge.²⁶⁹ Obwohl die Gleichstellung von Mann und Frau bereits seit 1981 in der Verfassung festgehalten war²⁷⁰ und der Gesetzgeber mit der Revision des ZGB von 1984²⁷¹ diesen Grundsatz ebenso im Familienrecht verwirklichen wollte,²⁷² habe sich der schweizerische Gesetzgeber bewusst für ein traditionelles Namensrecht entschieden, welches die Einheit der Familie in einem gemeinsamen Familiennamen bewahre. Um der Gleichstellung der Geschlechter trotzdem Rechnung zu tragen, sei die Möglichkeit von Art. 160 Abs. 2 ZGB statuiert worden.²⁷³ Bezüglich des Vorbehalts der Schweiz zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls hielt der EGMR fest, dieser sei als Ergänzung der Konvention zu betrachten und könne den materiellen Anwendungsbereich von Art. 8 und Art. 14 EMRK nicht einschränken.²⁷⁴ Das Gericht betonte, die Gleichstellung der Geschlechter sei ein wichtiges Ziel der Vertragsstaaten, weshalb es zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der Geschlechter schwerwiegender Gründe bedürfe.²⁷⁵ Das Gericht sah nicht ein, inwiefern die Familieneinheit weniger geschützt sei, wenn der Ehemann – gleich wie eine Ehefrau – nach Art. 160 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit hätte, seinen Ledignamen voranzustellen. Ausserdem bezweifelte das Gericht, dass die aktuelle Gesetzeslage einer Tradition

²⁶⁶ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 25.

²⁶⁷ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 22; HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 189.

²⁶⁸ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 23; HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 73.

²⁶⁹ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 26.

²⁷⁰ Art. 4 Abs. 2 BV 1981.

²⁷¹ Revision 1984 in Kraft getreten 1988.

²⁷² BGE 115 II 193, 199 f.

²⁷³ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 26.

²⁷⁴ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 23.

²⁷⁵ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 27.

entspreche, da sie erst 1988 in Kraft getreten war.²⁷⁶ Mit fünf gegen vier Stimmen entschied das Gericht deshalb, die Ungleichbehandlung basiere nicht auf objektiven und verhältnismässigen Gründen und verurteilte die Schweiz aufgrund einer Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.²⁷⁷ Alle vier Richter mit abweichenden Meinungen befanden hingegen, Art. 8 EMRK sei nicht auf das gemeinsame Namensrecht von Ehegatten anwendbar.²⁷⁸ Sie hielten fest, der vorliegende Sachverhalt erreiche nicht die Erheblichkeit einer Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK und erwogen, dass die Vertragsstaaten im Bereich des Namensrecht über einen grossen Ermessensspielraum verfügten, da diesbezüglich kein europäischer Konsens vorläge.²⁷⁹

c) Auswirkungen in der Schweiz

In der Schweiz wurde das Urteil breit beachtet.²⁸⁰ Auf regulatorischer Stufe wurde der Bundesrat schnell aktiv und passte bereits drei Monate nach dem Urteil die Zivilstandsverordnung an und ergänzte die Möglichkeit des vorangestellten Ledignamens für den Ehemann in Art. 177a ZStV und Art. 188i ZStV.²⁸¹ Damit stand die Zivilstandsverordnung jedoch in formellem Widerspruch zum ZGB – dem höherrangigen Gesetzesrecht – und verletzte damit das Prinzip der Gewaltenteilung.²⁸² Ausserdem beseitigte die Regelung nicht sämtliche Diskriminierungen, da die Gesetzeslage noch immer den Namen des Ehegatten als Familiennamen bevorzugt behandelte, indem dieser ohne Erklärung gemäss damaligem Art. 30 Abs. 2 ZGB automatisch zum gemeinsamen Familiennamen der Ehegatten wurde.²⁸³ In der (zivilrechtlichen) Lehre waren vor allem Proteststimmen zu hören. So empörte sich HAUSHEER, mit der Hilfe der Gerichte in Lausanne und Strassburg würde deutsches Namensrecht ins schweizerische Recht eingeführt²⁸⁴ und kritisierte, mit der evolutiv-dynamischen Auslegung der EMRK beanspruche der EGMR selbst im Bereich des Familienrechts bis ins Detail

²⁷⁶ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 28.

²⁷⁷ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, § 29.

²⁷⁸ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, a.E., abweichende Meinung der Richter Thór Vilhjálmsson, Pettiti, Valticos und Russo.

²⁷⁹ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*, a.E., abweichende Meinung der Richter Pettiti und Valticos.

²⁸⁰ Sowohl in Rechtsprechungsübersichten juristischer Fachzeitschriften als auch in der Tagespresse (siehe NZZ vom 25.08.1993, Nr.196, sowie NZZ vom 23.02.1994, Nr. 45, S. 21).

²⁸¹ AS 1994 1384, die Änderung trat am 1. Juli 1994 in Kraft.

²⁸² HAUSHEER, FS Schnyder, S. 418; WYSS, recht 1999, S. 92, 102, begrüsst diese nicht «stufengerechte» Korrektur und mutmasste, diese sei schneller und politisch risikoloser zu erzielen gewesen, als eine Revision des ZGB; ebenfalls zustimmend, weil damit eine schnelle und passende Lösung gefunden wurde, SCHEIDEGGER, S. 302.

²⁸³ RUMO-JUNGO, ZVW 2001, S. 167, 172; COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 103.

²⁸⁴ HAUSHEER, FS Schnyder, S. 410.

eine «vorausseilende Erziehungsfunktion».²⁸⁵ Und auch der damalige Bundesrichter SCHUBARTH monierte, der EGMR habe zu stark in die Kompetenzen des nationalen Gesetzgebers eingegriffen, denn der Entscheid müsse dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten bleiben, ob und in welchem Tempo ein überkommenes Namensrecht weiterentwickelt werde.²⁸⁶ Obwohl der damalige Art. 30 Abs. 2 ZGB sich in der Praxis zu einem eigentlichen Wahlrecht der Ehegatten entwickelte,²⁸⁷ wurde ein solches Prozedere bereits 1981 (sic!) von HEGNAUER als behördliche Schikane bezeichnet.²⁸⁸ Unmittelbar nach dem Entscheid *Burghartz* des EGMR und der Änderung der Zivilstandsverordnung musste auch der Gesetzgeber aktiv werden, weil Nationalrätin SANDOZ mittels Parlamentarischer Initiative vom 14. Dezember 1994 die Anpassung des ZGB zur Gewährleistung der Gleichstellung von Frau und Mann einreichte und dabei prominent auf den Entscheid *Burghartz* verwies.²⁸⁹ Erst 1998 unterbreitete die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eine erste Vorlage zur Gleichstellung der Geschlechter im Namensrecht²⁹⁰, welche 2001 von beiden Räten abgelehnt wurde.²⁹¹ Mit der Parlamentarischen Initiative LEUTENEGER OBERHOLZER²⁹² aus dem Jahre 2003 unternahm das Parlament einen nächsten Anlauf, um ein gleichberechtigtes Namensrecht auszuarbeiten. Aber auch dieser Versuch erlitt vorübergehend Schiffbruch, ging 2009 doch der Entwurf an die Rechtskommission des Nationalrates zurück, wobei dieser angewiesen wurde, «ausschliesslich die durch das EMRK-Urteil vom 22. Februar 1994 (*Burghartz gegen Schweiz*) absolut notwendigen Schritte vorzuschlagen».²⁹³ Nur einige Monate später legte die Kommission bereits einen neuen Entwurf zur Änderung des ZGB vor, welcher die Anpassungen der

²⁸⁵ HAUSHEER, FS Schnyder, S. 411 f.

²⁸⁶ SCHUBARTH, SJZ 1997, S. 387, der v.a. herausstrich, die Ehegatten hätten über das deutsche Recht den Namen des Mannes zum gemeinsamen Familiennamen erkoren und dieser Spezialfall hätte der Gesetzgeber nicht antizipieren müssen. Dabei übersah er, dass das Bundesgericht selbst mit BGE 115 II 193 gestützt auf schweizerisches Recht (Art. 30 Abs. 1 ZGB) den Ehegatten bzw. dem Ehegatten zubilligte, den Namen der Ehefrau zu tragen.

²⁸⁷ Bereits 1988 hielten BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 160 ZGB N 32 fest, es dürften nicht wichtige Gründe verlangt werden, sondern jede einsichtige Begründung müsse genügen.

²⁸⁸ HEGNAUER, SJZ 1981, S. 249, was dann 18 Jahre später auch BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISSER, Art. 160 ZGB N 33a, so sahen (allerdings ohne Bezug auf HEGNAUER).

²⁸⁹ Man wird den Eindruck nicht los, dass sich die Initiantin aber insbesondere auch daran stiess, dass die Korrektur über den Verordnungs- und nicht den Gesetzgeber erfolgte. Bemerkenswert auch, dass bei der Behandlung im Nationalrat der Berichterstatter der Rechtskommission den Entscheid des EGMR nur in einem Satz untergeordnet erwähnte, AB N 1995, 2182.

²⁹⁰ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 31. August 1998, BBl 1999, S. 4940 ff.

²⁹¹ AB 2001 N S. 951 mit 97 zu 77 Stimmen, der Ständerat lehnte mit 25 zu 16 Stimmen ab. Aus dem Votum von NR REGINE AEPPLI geht hervor, dass sich selbst die Initiantin SANDOZ gegen den Entwurf stellte.

²⁹² Geschäft 03.428.

²⁹³ AB 2009 N 275, 284.

Zivilstandsverordnung durch den Bundesrat von 1994 unverändert dem ZGB hinzufügen sollte.²⁹⁴ Erst zwei Jahre später im Jahr 2011 krepelte der Ständerat die Vorlage vollständig um und knüpfte wiederum an den ursprünglichen Entwurf der Rechtskommission des Nationalrates an²⁹⁵ und bahnte damit den Weg zur heutigen Gesetzesfassung.²⁹⁶

Bemerkt wurde im Gesetzgebungsprozess nur am Rande²⁹⁷ und in der Lehre nur vereinzelt²⁹⁸, dass sich mittlerweile die Rechtsprechung des EGMR weiter entwickelt hatte²⁹⁹ und damit eine Anpassung des ZGB an das EGMR-Urteil *Burghartz* von 1994 vor einer weiteren Verurteilung nicht geschützt hätte, denn der Gerichtshof hatte in der Zwischenzeit seine Rechtsprechung bereits erweitert, worauf HEGNAUER in der NZZ eindringlich hinwies.³⁰⁰ 2004 erging nämlich das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei*³⁰¹, in welchem der EGMR festhielt, dass sich ein europäischer Konsens abzeichne, welcher die Ehegatten im Namensrecht gleichstelle.³⁰² Das Gericht entschied einstimmig, es verstosse gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK, wenn die Ehefrau den Namen des Mannes als Familiennamen tragen muss, selbst wenn die Eheleute den Frauennamen nicht als gemeinsamen Namen tragen wollen.³⁰³ Das Urteil betraf damit auch die Schweiz, denn ohne die Zustimmung des Ehemannes zu einem Namensänderungsgesuch nach Art. 30 Abs. 2 ZGB musste die Ehefrau im Schweizer Namensrecht den Namen des Ehemannes als gemeinsamen Familiennamen annehmen.³⁰⁴ Dies hielt ebenso das Bundesgericht im Jahr 2010 in BGE 136 III 168 fest und schloss daraus, die eheliche Namensregelung des ZGB sei nicht mit der EMRK vereinbar.³⁰⁵ Allerdings hielt es weiter fest, der Nationalrat habe

²⁹⁴ Bericht und Entwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 27. August 2009, BBl 2009 7573 ff.

²⁹⁵ AB S 2011 477 (Votum BÜRGI); vgl. auch AEBI-MÜLLER, SJZ 2012, S. 449, 450.

²⁹⁶ Dabei wurde die seither weiter entwickelte Rechtsprechung des EGMR als Grund angeführt, nicht der „Schmalspurlösung“ des Nationalrates Folge zu leisten, Votum JANIÁK AB S 2011 477; ebenso Votum BRin SOMMARUGA, AB 2011 S 479.

²⁹⁷ Vgl. Bericht der Rechtskommission des Nationalrates vom 27. August 2009, BBl 2009, 7573 ff., wo lediglich in Fn. 16 das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei* erwähnt wurde; ebenso Votum BRin WIDMER SCHLUMPF, AB 2009 N 2284.

²⁹⁸ Vgl. die Hinweise in BGE 136 III 168, 171; ebenso Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427 ff., 1430.

²⁹⁹ Wobei bereits der Entscheid *Burghartz* als Ausgangspunkt angesehen wird, aus Sicht der EMRK gänzlich auf eine Namenseinheit in der Ehe zu verzichten, WITTINGER, FamPra.ch 2009, S. 84, 108.

³⁰⁰ HEGNAUER, NZZ vom 14.04.2009, Nr. 85, S. 11; darauf folgend AEMISEGGER, Jusletter 20. Juli 2009, Rz. 95.

³⁰¹ EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*.

³⁰² EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*, § 61.

³⁰³ EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*, a.E.

³⁰⁴ AEMISEGGER, Jusletter 20. Juli 2009, Rz. 95.

³⁰⁵ BGE 136 III 168, S. 171, E. 3.3.1; diesen Schluss vermochte das Bundesgericht fünf Jahre vorher noch nicht ziehen und hielt fest, eine über das Urteil *Burghartz* hinausgehende EMRK-Widrigkeit bestehe nicht, wobei es sich auf den Entscheid des EGMR vom 27. September 2001 (Nr. 36797/97) *G.M.B. und K.M. gegen die Schweiz* bezog.

mit seinem Rückweisungsbeschluss bewusst eine EMRK-widrige Gesetzeslage in Kauf genommen, weshalb das Bundesrecht weiterhin als massgeblich zu erachten sei.³⁰⁶ Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts billigte den konventionswidrigen Zustand daher und verzichtete darauf, den Gesetzgeber zu korrigieren.³⁰⁷ Damit folgte sie – anders als die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen zur damaligen Zeit – auch im Anwendungsbereich der EMRK der Schubert-Praxis.³⁰⁸ Ebenfalls im Jahre 2010 kam es zu einer weiteren (absehbaren³⁰⁹) Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Bereich des Namensrechts (*Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*).³¹⁰ Das ungarisch-schweizerische Ehepaar hatte in der Schweiz geheiratet und den Namen der Ehefrau (Rose) zum gemeinsamen Familiennamen gewählt,³¹¹ nachdem ihnen verwehrt wurde, dass beide nach ungarischem Recht ihren eigenen Namen behalten konnten.³¹² Das Bundesgericht verneinte im Jahre 2005 die EMRK-Widrigkeit, obschon es die entsprechende Regelung im ZGB als verfassungswidrig erachtete.³¹³ Die Beschwerdeführer sahen in der Tatsache, dass unter schweizerischem Namensrecht stets einer der Ehegatten den eigenen Ledignamen aufgeben müsse, eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK. Es handle sich um eine Ungleichbehandlung der Ehegatten ohne jegliche objektive und verhältnismässige Begründung.³¹⁴ Die Schweiz versuchte erneut, ihren Vorbehalt zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls einzubringen und damit die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK auszuschliessen.³¹⁵ Ausserdem argumentierte sie, seit dem Urteil *Burghartz gegen die Schweiz*³¹⁶ habe sie die Gesetzeslage so angepasst, dass nicht mehr einem Geschlecht mehr Möglichkeiten im Namensrecht zustünden als dem anderen; die Ehegatten würden gleich behandelt. Wiederum rechtfertigte die Schweiz, allfällige Ungleichbehandlungen der Ehegatten mit dem gesetzgeberischen Ziel der Einheit der Familie durch die Einheit des Familiennamens.³¹⁷ Der EGMR erwiderte bezüglich des Vorbehalts der Schweiz zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls, dass Art. 8 EMRK zwar den Namen nicht ausdrücklich als Teil des Anwendungsbereichs nenne, dieser jedoch als Mittel zur persönlichen Identifikation und

³⁰⁶ BGE 136 III 168, S. 172, E. 3.3.4

³⁰⁷ HERTIG RANDALL, S. 133 f.

³⁰⁸ SCHÖBI, recht 2010, S. 131, 133.

³⁰⁹ Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427, 1430.

³¹⁰ EGMR vom 9.11.2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*.

³¹¹ EGMR vom 9.11.2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 9.

³¹² EGMR vom 9.11.2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 6.

³¹³ BGer 5A.4/2005, E. 3.3.1; vgl. die scharfe und berechtigte Kritik in der Urteilsbesprechung BUCHER, AJP 2005, S. 1427 ff., 1430.

³¹⁴ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 30.

³¹⁵ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 22.

³¹⁶ EGMR vom 22. Februar 1994 (Nr. 16213/90) *Burghartz gegen die Schweiz*.

³¹⁷ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 45.

zur Symbolisierung von Familienzugehörigkeit im materiellen Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK zum Privat- und Familienleben enthalten sei.³¹⁸ Weiter prüfte der Gerichtshof, ob das Ziel der Einheit des Familiennamens in einem angemessenen Verhältnis zu den Rechtsfolgen stand. Dabei wiederholte der EGMR (unter Bezugnahme auf das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei*),³¹⁹ eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau bedürfe trotz Ermessensspielraum der Vertragsstaaten zwingende Gründe zur Rechtfertigung.³²⁰ Ausserdem hielt er fest, es herrsche mittlerweile ein europäischer Konsens im ehelichen Namensrecht, die Ehegatten gleich zu behandeln.³²¹ Die Tatsache, dass gemäss Schweizer Recht nach der Heirat nur einer der beiden Ehegatten seinen Ledignamen ohne Doppelname behalten durfte, betrachtete der EGMR damit einstimmig als Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.³²²

Einer weiteren Verurteilung kam die Schweiz zuvor, indem nach jahrzehntelangem Ringen um ein geschlechterneutrales Namensrecht der Ehegatten am 1. Januar 2013 die Revision des ZGB in Kraft trat, welche – gleich wie bereits das Partnerschaftsgesetz – auf dem «Prinzip der Unveränderbarkeit des Namens» basierte und bis heute gilt.³²³ Anzufügen wäre, dass sich bereits 1988 in den Vorbereitungsarbeiten der Eherechtsrevision beobachtete un stetige legislatorische Verlauf des ehelichen Namensrechts sich in jüngster Zeit fortsetzt. Ohne Anstoss einer EGMR-Rechtsprechung ist der Gesetzgeber geneigt, den durch die Revision 2013 verabschiedeten Doppelnamen wieder einzuführen,³²⁴ wobei er mittlerweile drei Varianten zur Diskussion stellen möchte (Doppelnamen bei gemeinsamen Familiennamen, Doppelnamen ohne gemeinsamen Familiennamen, Allianzname als amtlicher Name).

d) Fazit

Auch wenn der EGMR die Schweiz diesbezüglich zweimal verurteilte, zeigt die Entwicklung des Familiennamensrechts ein ambivalentes Bild, wenn es um die Frage geht, wie stark die EMRK bzw. EGMR-Rechtsprechung diese Entwicklung beeinflusst hat. Vorweg ist festzuhalten, dass die ersten Bemühungen eines geschlechtsindifferenten Namensrechts in der Eherechtsrevision ohne Bezugnahme zu den Garantien der EMRK getätigt wurden, was insofern nicht erstaunlich ist, als eine

³¹⁸ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 26.

³¹⁹ EGMR vom 16. November 2004 (Nr. 29865/96) *Ünal Tekeli gegen die Türkei*.

³²⁰ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 46.

³²¹ EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 47.

³²² EGMR vom 9. November 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*.

³²³ AS 2012 2569.

³²⁴ Siehe Parlamentarische Initiative STAMM bzw. WALLISER (17.523; Ermöglichung von Doppelnamen bei der Heirat); BADDELEY, FamPra.ch 2020, S. 635 ff.

entsprechende EMRK-Sensibilität ganz allgemein noch nicht gross vorhanden war. Manifest ist hingegen, dass die erste Verurteilung durch das Urteil *Burghartz* den Revisionsstein ins Rollen brachte. Ohne gestalterische Visionen zog sich der Gesetzgeber zwischenzeitlich auf die Linie der EGMR-Rechtsprechung zurück und betrachtete diese als Minimalstandard. Erst später Dank hartnäckiger parlamentarischer Interventionen und eigentlich nur am Rande auf die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR blickend wurde schliesslich eine „grosse“ Lösung verwirklicht. Der gesetzgeberische Irrlauf, der gleichzeitig einem Marathon glich, führte dazu, dass das Namensrecht einen der wenigen Bereiche darstellte, in denen die Schweiz ein Urteil des EGMR nicht schnell genug umsetzte, um eine zweite Verurteilung zu vermeiden.³²⁵ Leicht ironisch könnte konstatiert werden, der überaus langsame Gesetzgebungsprozess habe erst ermöglicht, die neuste EMRK-Rechtsprechung mitzubersichtigen (obwohl dies effektiv nur am Rande eine Rolle spielte). Anders gewendet wäre aber auch die Schlussfolgerung denkbar, hätte der Gesetzgeber die ersten Hinweise im Fall *Burghartz* beherzt visionär und konsequent an der Vorgabe der Gleichberechtigung und nicht nur zwischenzeitlich auf einen Minimalstandard zurechtgestutzt umgesetzt, hätte die zweite Verurteilung vermieden werden können. Gesamthaft und in gewisser Weise auch nüchtern betrachtet kann bilanziert werden, dass die zwei Verurteilungen durch den EGMR weder Initialzündung noch Beschleuniger des gemächlichen und sich zuweilen in Irrungen und Wirrungen verlierenden Reformprozesses waren. Vielmehr führten Sie den gesetzgebenden Akteuren vor Augen, dass die Schweiz bei der Anpassung des Rechts an den gesellschaftlichen Wandel im gesamteuropäischen Vergleich mehr und mehr ins Hintertreffen geriet und die Revision, deren Richtung allen seit Jahrzehnten klar war, überfällig war.

3) Abstammungsrecht

Die grosse Revision des Kindesrechts mit der Gleichstellung von ehelichen und nicht ehelichen Kindern erfolgte 1976/1978 und damit parallel zu den wichtigen Entwicklungen der EGMR-Rechtsprechung in diesem Bereich, namentlich dem Entscheid *Marckx gegen Belgien*.³²⁶ Das mit der Revision des Kindesrechts neu geregelte Abstammungsrecht und dabei namentlich die unterschiedlichen Möglichkeiten der Anfechtung der Vaterschaft standen ab den 90er-Jahren bzw. der Jahrtausendwende in der Kritik und unter dem (berechtigten) Vorwurf, gegen die Vorgaben der

³²⁵ MALINVERNI, LeGes 2016, S. 375, 390.

³²⁶ COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 78; EGMR vom 13. Juni 1979 (Nr. 6833/74) *Marckx gegen Belgien*.

EMRK zu verstossen.³²⁷ Freilich, zu einem verurteilenden Entscheid des EGMR kam es nie.³²⁸ Ebenso wenig wurde das Abstammungsrecht revidiert. Auslöser der jüngsten, nun umfassend angelegten Bestrebungen zur Revision des Abstammungsrechts³²⁹ waren hingegen bundesgerichtliche Entscheide ab dem Jahre 2017, die offen monierten, das Abstammungsrecht sei nicht mehr zeitgemäss und es sei Sache des Gesetzgebers hier tätig zu werden.³³⁰ Zwar liefert die EGMR-Rechtsprechung doch einige Orientierungspunkte,³³¹ insb. bei der Frage der Anfechtung durch den genetischen Vater, für das in Revision befindliche Abstammungsrecht, aber als impulsgebend oder prägend kann sie m.E. nicht bezeichnet werden, auch weil sie (derzeit noch) den Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum zugesteht.³³²

4) Adoptionsrecht

a) Allgemeines

Bereits die ersten Revisionsbestrebungen im Bereich des Adoptionsrechts (insb. die grosse Revision 1972) waren mitangestossen durch internationale Abkommen, denen die Schweiz beigetreten war bzw. beitreten sollte.³³³ Weitere punktuelle Revisionen erfolgten meist als Folge von konnexen nationalen Familienrechtsrevisionen. 2001 wurde im Hinblick auf die Ratifizierung des Haager

³²⁷ Vgl. bspw. SCHWENZER, AJP 1994, S. 817, 820, dort allerdings die unterschiedliche Anfechtungsmöglichkeit im Kontext der UN-Kinderrechtskonvention kritisierend; BSK ZGB I [2002]-SCHWENZER, Art. 256 N 6; BÜCHLER, FamPra.ch 2005, S. 437, 465; vgl. auch bereits SCHWENZER, FamRZ 1985, S. 1, 6 f., den Ausschluss der Mutter von der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes im deutschen Recht; vgl. auch die Hinweise bei COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 79 Fn. 24.

³²⁸ Vgl. COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 79 f. m.w.H., wonach der Ausschluss der Mutter vom Kreis der Anfechtungsberechtigten vom EGMR nicht als Verletzung von Art. 8 EMRK gesehen wird.

³²⁹ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. Dezember 2021 zum Reformbedarf im Abstammungsrecht sowie der Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021.

³³⁰ BGE 144 III 1 E. 4.4.1, der sich explizit auf das Gutachten SCHWENZER vom August 2013 zum Postulat FEHR (12.3607) bezieht; BGer 5A_541/2017 vom 10. Januar 2018 E. 4.3; jüngst BGE 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.7 nochmals eindringlich; vgl. auch bereits der Hinweis in BGE 143 III 624 E. 3.4.3., wonach der Gesetzgeber das Kindeswohl bei der Beurteilung der Aktivlegitimation unbeachtet lasse. Das Postulat Nr. 18.3714 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 21. August 2018, das am Anfang der laufenden Revision des Abstammungsrechts stand, verwies ausführlich auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts.

³³¹ Vgl. dazu ausführlich Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021, Rz. 72 ff.; ausführlich SCHUMANN, S. 197 ff. zur EGMR-Rechtsprechung über die Anfechtungsmöglichkeiten biologischer Väter.

³³² COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 80, m.w.H.

³³³ BBl 1971 I 1200, 1204, 1214.

Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption³³⁴ das ZGB geändert³³⁵ und das dazugehörige Bundesgesetz erlassen.³³⁶ Auch die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR hatten und haben einen massgeblichen Einfluss auf das Adoptionsrecht, wobei Art. 8 und Art. 14 EMRK im Vordergrund stehen. Bemerkenswert ist, dass der Bundesrat den Urteilen mit direktem Adoptionsbezug der Gesetzgebung im Adoptionsrecht geradezu „*richtungsweisende Funktion*“ zugesteht,³³⁷ was nichts anderes bedeutet, als dass der EGMR die Richtung für den Gesetzgeber vorgab.³³⁸ Diese impulsgebenden Entscheide und ihre Auswirkungen sollen nachfolgende näher betrachtet werden.

b) Der Entscheid Emonet

Primäre Bedeutung hatte der die Schweiz verurteilende Entscheid *Emonet* des EGMR³³⁹ aus dem Jahr 2007. In der Lehre wird konstatiert, mit diesem Urteil habe der EGMR zum ersten Mal unmittelbar Einfluss auf das schweizerische Adoptionsrecht ausgeübt.³⁴⁰ Das Urteil handelte von Herrn Emonet, der die querschnittsgelähmte volljährige Tochter, welche aus erster geschiedener Ehe seiner Partnerin stammte, adoptierte, worauf das Kindesverhältnis zur Mutter gestützt auf Art. 267 ZGB erlosch. Dies war deshalb zwingende Folge, weil das damalige schweizerische Recht die Stiefkindadoption auf verheiratete Paare beschränkte (Art. 264a Abs. 3 aZGB) und daher die Adoption als Einzeladoption (Art. 264b aZGB) durchgeführt wurde. Das Bundesgericht sah in seinem Urteil³⁴¹ weder eine Gesetzeslücke als gegeben noch befand es, die Bestimmung über die eheliche Stiefkindadoption könne analog angewendet werden.³⁴² Ausserdem sah es explizit keine Verletzung der EMRK und wies die Beschwerde ab. Das Bundesgerichtsurteil wurde in der schweizerischen Lehre kaum

³³⁴ SR 0.211.221.311, am 1. Januar 2003 in Kraft getreten.

³³⁵ Insbesondere wurde die Mindestdauer des der Adoption vorangehenden Pflegeverhältnisses auf ein Jahr reduziert (Art. 264 ZGB). Ebenfalls wurde das Recht des Adoptivkindes auf Kenntnis der Abstammung neu in Art. 268c ZGB eingeführt, dies in Anlehnung an Art. 27 FMedG, s. STETTLER, FamPra.ch 2002, S. 1, 10.

³³⁶ Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ), SR 211.221.31.

³³⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014 (fortan: Botschaft Adoption), BBl 2015 877, 888.

³³⁸ Siehe auch MEIER, FamPra.ch 2012, S. 255, 308; COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 83.

³³⁹ EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*.

³⁴⁰ HERTIG RANDALL, S. 115, 135.

³⁴¹ BGE 129 III 656 = Pra 2004 Nr. 23; zum prozessualen Sachverhalt siehe auch SCHÜRMAN, ZBJV 2008, S. 262.

³⁴² BGE 129 III 656 E. 4.4.

diskutiert bzw. mit einer (heftig formulierten) Ausnahme³⁴³ begrüsst.³⁴⁴ Der EGMR hingegen sah dies in seinem nur drei Jahre später gefällten Urteil anders. Er lässt zum einen keinen Zweifel daran, dass die besonderen Umstände des Einzelfalles es rechtfertigen würden, mit der Auflösung des Kindesverhältnisses zur Mutter einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK anzunehmen. Die besonderen Verhältnisse sah der Gerichtshof³⁴⁵ in der Tatsache, dass es um eine behinderte Erwachsene ging, zu deren Adoption alle Beteiligten ihre freie und informierte Zustimmung gegeben hatten, und die besonderen Pflege und emotionale Unterstützung benötigte, und zu der Herr Emonet eine enge Bindung hatte. Es verletze deshalb Art. 8 EMRK, wenn die Mutter und ihr Partner die faktische Familie nicht realisieren konnten, ohne dass das Kindesverhältnis zur Mutter aufgelöst wurde. Neben dieser doch sehr einzelfallorientierten Betrachtungsweise bemerkte der Gerichtshof aber zum anderen in allgemeiner Weise, zwar müsse aus formellen Gründen die Verletzung von Art. 14 EMRK nicht geprüft werden, doch „*En revanche, aux yeux de la Cour, l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours.*“³⁴⁶

Diese beiden Erwägungen des Gerichtshofs führten in der schweizerischen Lehre auch zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Einerseits wurden die Besonderheiten des Einzelfalles hervorgehoben³⁴⁷, andererseits konstatiert, unterschiedliche Behandlungen zwischen faktischen und ehelichen sowie homo- und heterosexuellen Beziehungen im Adoptionsrecht seien nicht mehr in Einklang mit der EMRK zu bringen.³⁴⁸ Der Bundesrat wiederum machte sich im Jahr 2015 beide Argumentationslinien zu eigen, um bestimmte Anliegen der angestrebten Revision des Adoptionsrechts zu fundieren. So wurde hinsichtlich der Adoption durch faktische Lebenspartner einzig der Entscheid *Emonet* des EGMR und die oben ebenfalls wiedergegebene Erwägung zitiert, wonach sich die Ansicht grundlegend geändert habe, dass nur die Ehe als Garantin für die notwendige Stabilität einer Beziehung dienen könne.³⁴⁹ Im Widerspruch dazu schlug der Bundesrat aber lediglich bei der Stiefkindadoption eine Gleichstellung von ehelichen und faktischen Paaren vor, allerdings mit

³⁴³ Vgl. BUCHER, AJP 2005, S. 1430, der dem Bundesgericht Uneinsichtigkeit vorwarf und von einer offensichtlichen Verletzung von Art. 8 EMRK ausging, wobei er sich auch an der wenig einfühlsamen Urteilsbegründung stiess.

³⁴⁴ AEBI-MÜLLER, ZBJV 2005, S. 584 f., wenn auch im Ergebnis unbefriedigend bezeichnet.

³⁴⁵ EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*, § 80.

³⁴⁶ EGMR vom 13. Dezember 2007 (Nr. 39051/03) *Emonet und andere gegen die Schweiz*, § 81.

³⁴⁷ SCHÜRMAN, ZBJV 2008, S. 262, 266; MEIER/STETTLER [2014], Rz. 268 Fn. 526 m.w.H.

³⁴⁸ SCHWENZER, FamPra.ch 2008, S. 421 f. (Urteilsbemerkungen); weitere Hinweise bei COTTIER/WYTTEBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 85 Fn. 59; ähnlich, aber vorsichtiger und unter Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 22. Januar 2008 (Nr. 43546/02) *E.B. gegen Frankreich*, SCHÖBI, recht 2009, S. 99, 105 Fn. 18; PAPAUX VAN DELDEN, FS Baddeley, S. 208 f.

³⁴⁹ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 891.

dem vielsagenden Hinweis, damit halte er sich an die Vorgaben des Parlaments.³⁵⁰ Eine gewisse Beliebigkeit, die Rechtsprechung des EGMR je nach politischem Willen anzuführen oder zu ignorieren, ist nicht von der Hand zu weisen. Entlastend ist anzuführen, dass dem Entscheid *Emonet* mit seinen einzelfallorientierten Erwägungen, seinen Widersprüchlichkeiten und seinen allgemein gehaltenen, aber weitergehenden obiter dicta keine präzise Orientierungsfunktion zukam³⁵¹. M.E. ist nicht auszuschliessen, dass in der Beschränkung der gemeinschaftlichen Adoption auf Ehepaare eine Verletzung von Art. 14 EMRK gesehen werden könnte, es mithin zu einer weiteren Verurteilung kommen könnte.³⁵²

c) Weitere beeinflussende Entscheide des EGMR

Anstösse für die jüngste Revision des Adoptionsrechts bildeten aber noch weitere Entscheide des EGMR, welche in der Botschaft explizit erwähnt und geschildert wurden.³⁵³ Diese beeinflussten die Revision v.a. in dreierlei Hinsicht: Einerseits sollten allgemein die bisher eher starren Regeln der Adoptionsvoraussetzungen – unter Hinweis auf die Entscheide *Emonet* und *Schwizgebel*³⁵⁴ – flexibilisiert werden, damit durch den neu erhaltenen Ermessensspielraum die Gefahr einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR verringert werde.³⁵⁵ Breit referenziert hat die Botschaft andererseits auf Urteile des EGMR im Zusammenhang mit dem Adoptionsgeheimnis³⁵⁶, wobei

³⁵⁰ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 906; m.E. kann daraus nicht geschlossen werden, die *Regierung* leite deshalb aus der EGMR-Rechtsprechung keine Öffnung der Adoption für alle Paare ab, so aber COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 85.

³⁵¹ So als Fazit sogar allgemein für die Rechtsprechung des EGMR im Bereich des Familienrechts, SCHUMANN, S. 207.

³⁵² Vgl. KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 264b ZGB N 5; s. auch COESTER-WALTJEN, FamPra.ch 2021, S. 374, 394, allerdings nur in Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach dessen Ausführungen zur Stiefkindadoption auch für die Ermöglichung der Fremdadoption durch faktische Lebensgefährten Bedeutung beanspruchen können; s. auch URWYLER, S. 171, wonach das Urteil *Emonet* eine «klare Absage an eine Differenzierung der zulässigen Adoptionen aufgrund des Zivilstandes der Adoptierenden» sei. Auch HENRICH konstatiert in seiner Urteilsanmerkung, die Entscheidung nehme wahrscheinlich die künftige Rechtsentwicklung vorweg, was die Adoption durch faktische Lebenspartner angehe, FamRZ 2008, S. 379.

³⁵³ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 894 ff.;

³⁵⁴ Diese Flexibilitätsintention klingt an bei den Verweisen des Bundesrates auf das Urteil des EGMR vom 10. Juni 2010 (Nr. 25762/07) *Schwizgebel gegen die Schweiz*, BBl 2015 877, 895, aber auch beim Verweis auf den Entscheid *Emonet*, Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 894.

³⁵⁵ So explizit Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 900.

³⁵⁶ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 897 f. Verwiesen wird namentlich auf folgende Entscheide: Entscheid EGMR vom 13. Juli 2006 (Nr. 58757/00) *Jäggi gegen die Schweiz*, EGMR vom 25. September 2012 (Nr. 33783/09) *Godelli gegen Italien*, EGMR vom 13. Februar 2003 (Nr. 42326/98) *Odièvre gegen Frankreich* sowie EGMR vom 5. Juni 2014 (Nr. 31021/08) *I.S. gegen Deutschland*.

allerdings bei der Vorstellung der konkreten Umgestaltung der Bestimmungen über das Adoptionsgeheimnis auf die Rechtsprechung des EGMR kein Bezug genommen wurde, sondern die Änderungen insbesondere unter Verweis auf eine parlamentarische Motion und die in der schweizerischen Lehre getätigten Überlegungen begründet wurden.³⁵⁷ Schliesslich zog die Botschaft die Rechtsprechung des EGMR auch hinsichtlich der Frage der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare heran. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist bereits der Umgang des Bundesrates mit der EMRK rund fünf Jahre vor der hier thematisierten Revision. Noch in den Stellungnahmen des Bundesrates vom 15. Mai 2009 zur Interpellation FEHR³⁵⁸ und 8. September 2010 zur Motion PRELICZ-HUBER³⁵⁹ wurde nämlich die Rechtsprechung des EGMR vorgeschoben, um sich gegen die angeregte Aufhebung des Art. 28 PartG³⁶⁰ auszusprechen, weil aus dem Entscheid des EGMR von 2008 *E. B. gegen Frankreich*³⁶¹ nicht „voreilig“ der Schluss gezogen werden dürfe, dass ein Verbot der Adoption für gleichgeschlechtliche Paare in eingetragener Partnerschaft die EMRK verletze. In der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts hingegen erfolgte mit dem gleichen Entscheid des EGMR eher eine positiv konnotierte Kontextualisierung³⁶², und es wurde hervorgehoben, die Behörden hätten mit der Berücksichtigung der sexuellen Orientierung der einzeladoptierenden Wunschmutter eine gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK verstossende Differenzierung vorgenommen. Auch bei der Öffnung der Einzeladoption für Personen in eingetragener Partnerschaft (Abmilderung des Verbots in Art. 28 PartG) rekurrierte die Botschaft auf diesen Entscheid des EGMR.³⁶³ Dies war folgerichtig, denn wer Personen pauschal gestützt auf das formelle Kriterium des Bestehens einer eingetragenen Partnerschaft von der Einzeladoption ausschliesst, nimmt eine diskriminierende

³⁵⁷ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 912 ff. Erheblichen Einfluss auf die neue Möglichkeit der offenen Adoption ging von den Publikationen von PFAFFINGER aus, so wird insb. in der Botschaft auf PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, S. 1, 20, und PFAFFINGER, Rz. 230 aus, siehe die Verweise in der Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 915.

³⁵⁸ Curia Vista, Nr. 08.3157.

³⁵⁹ Curia Vista, Nr. 10.3444.

³⁶⁰ Gemäss Art. 28 aPartG waren eingetragene Partner und Partnerinnen allgemein von der Adoption ausgeschlossen, was die gemeinschaftliche Adoption, die Einzel- und die Stiefkindadoption umfasste. Gründe dieses Verbots waren realpolitische Befürchtungen für den Fall einer Referendumsabstimmung, vgl. ZK-SCHWEIGHAUSER, Art. 28 PartG N 1.

³⁶¹ EGMR vom 22. Januar 2008 (Nr. 43546/02) *E. B. gegen Frankreich*.

³⁶² Indem er dem Entscheid EGMR vom 26. Mai 2002 (Nr. 36515/97) *Fretté gegen Frankreich* entgegengestellt wurde, bei dem die Verweigerung einer Einzeladoption mit Hinweis auf die sexuelle Orientierung des Wunschvaters geschützt wurde, weil der Gerichtshof den nationalen Rechtsordnungen einen grossen Ermessensspielraum zubilligte, da es in der Wissenschaft noch umstritten sei, welche Auswirkungen auf das Kindeswohl dies habe.

³⁶³ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 906 f.; interessant ist, dass sich hier der Bundesrat auch auf die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates berief.

Differenzierung aufgrund der sexuellen Orientierung vor, was der Gerichtshof gerade ablehnte. Weiter zentral³⁶⁴ für den Revisionsentwurf des Bundesrates (mit der Zulassung der Stiefkindadoption auch bei gleichgeschlechtlichen faktischen und eingetragenen Paaren) war zudem der Entscheid des EGMR von 2013 im Fall *X gegen Österreich*³⁶⁵. Der Gerichtshof sah die Diskriminierung (wenig erstaunlich) darin, dass das österreichische Recht unverheirateten heterosexuellen Paaren die Stiefkindadoption ermöglichte, dies jedoch für gleichgeschlechtliche Paare rechtlich nicht möglich war. Damit ergab sich eine direkte Implikationslinie vom Entscheid *Emonet* (im Ergebnis Zulassung der Stiefkindadoption bei faktischen Lebenspartnern) und dem letztgenannten Entscheid des Gerichtshofes *X gegen Österreich* hin zur Einführung der Stiefkindadoption auch für faktische, gleichgeschlechtliche Lebenspartner. Die vollständige Öffnung der Adoption und damit die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption für gleichgeschlechtliche eingetragene Partner:innen lehnte der Bundesrat ab. Er berief sich dabei einerseits auf den politischen Willen, indem er auf die Motion der Rechtskommission des Ständerates vom 15. November 2011 («Adoptionsrecht. Gleiche Chancen für alle Familien»)³⁶⁶ verwies,³⁶⁷ die in der vom Nationalrat abgeänderten Form nur noch die Stiefkindadoption umfasste.³⁶⁸ Aber auch hinsichtlich dieser Begrenzung bzw. „Verteidigungslinie“ führte die Botschaft den EGMR an,³⁶⁹ wonach der Gerichtshof keine Pflicht sehe, gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen,³⁷⁰ und den nationalen Gesetzgebern ein weiter Ermessensspielraum zukomme, welche Rechten und Pflichten er bspw. eingetragenen Partnerschaften einräume (oder eben nicht). Diese Lösung, m.E. etwas pointiert durchaus als Minimallösung³⁷¹ zu bezeichnen, konnte zumindest in Anspruch nehmen, der EMRK und der

³⁶⁴ Vgl. auch Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 911, wo unmissverständlich festgestellt wird, «*Die Notwendigkeit einer Öffnung für alle Lebensgemeinschaften ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des EGMR*». Ebenso klar BBl 2015 877, 939, wonach die Rechtsprechung des EGMR es als angezeigt erscheinen (sic!) lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

³⁶⁵ EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

³⁶⁶ Curia Vista, Nr. 11.4046.

³⁶⁷ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 893.

³⁶⁸ Ausführlich und kritisch zur Stiefkindadoption in der eingetragenen Partnerschaft, REUSSER, FS Geiser, S. 431, 438 ff., HOTZ, SJZ 2021, S. 75, 76 f.

³⁶⁹ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 896, mit Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

³⁷⁰ Siehe dazu auch oben Ziff. D. III. 1. f.

³⁷¹ Zur seither geübten Praxis von Stiefkindadoptionen bei gleichgeschlechtlichen Paaren existieren (noch) keine empirischen Untersuchungen. Berichten von betroffenen gleichgeschlechtlichen Elternpaaren zufolge standen die kantonalen Adoptionsbehörden neuartigen Familienkonstellationen gegenüber und dementsprechend fehlte es an Wissen bezüglich den «Regenbogen-Familien». Folglich habe es erhebliche Praxisunterschiede gegeben und auch die Verfahrenshürden seien von Kanton zu Kanton unterschiedlich hoch, vgl. zum Ganzen CREVOISIER/COTTIER,

Rechtsprechung des EGMR nicht zu widersprechen.³⁷² Letztlich liess der Bundesrat aber keine Zweifel aufkommen, dass es aus wissenschaftlicher Sicht in Bezug auf das Kindeswohl keine gerechtfertigten Einwände gäbe,³⁷³ sondern Opportunitätsgründe entscheidend waren.³⁷⁴ Wenig kaschierend wurde ferner aufgezeigt,³⁷⁵ dass die Zulassung der gemeinschaftlichen Adoption durch verschiedengeschlechtliche, faktische Lebenspartner (die zumindest auch als durch den EGMR angestossen bezeichnet werden könnte³⁷⁶) unweigerlich – wiederum aufgrund der Rechtsprechung des EGMR³⁷⁷ – zur Folge haben müsste, dies den gleichgeschlechtlichen faktischen Lebenspartner:innen ebenfalls zu gewähren. Die gemeinschaftliche Adoption für heterosexuelle faktische Lebensgemeinschaften³⁷⁸ ist jener Dominostein, welcher der Bundesrat entfernt hat, damit nicht die gesamte Reihe an durch den EGMR aufgestellten Dominosteine hin zur gemeinschaftlichen Adoption für homosexuelle faktische Lebensgemeinschaften fällt. Diese Leerstelle bleibt auch nach Inkrafttreten der *Ehe für alle*, auf die nun noch kurz einzugehen ist.

d) *Ehe für alle*

An der Volksabstimmung vom 26. September 2021 wurde das Referendum gegen die Änderung vom 18. Dezember 2020 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (*Ehe für alle*) wuchtig abgelehnt. Die 64.1 % Ja-Stimmen³⁷⁹ machten die politischen Opportunitätsüberlegungen, welche bei der Revision des Adoptionsrechts noch zur Ablehnung einer gemeinschaftlichen Adoption für eingetragene Partner:innen führten, zur Makulatur. Die neuen Bestimmungen sind am 1. Juli 2022 in Kraft getreten.³⁸⁰ Ausgelöst wurde die Öffnung der *Ehe für alle* für gleichgeschlechtliche Paare im Jahr 2013 durch eine parlamentarische Initiative der grünliberalen Fraktion³⁸¹. Nach mehrmaliger Fristverlängerung zur Ausarbeitung eines Entwurfs legte die Rechtskommission des Nationalrates am 30. August 2019

FamPra.ch 2021, S. 286, 321 f.

³⁷² Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 943.

³⁷³ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916.

³⁷⁴ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916 f.

³⁷⁵ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 917.

³⁷⁶ Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 891 mit Verweis auf den Entscheid *Emonet*.

³⁷⁷ Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*.

³⁷⁸ Vgl. aber jüngst der Entscheid des österreichischen Verfassungsgerichts vom 6. Dezember 2021, der trotz entgegenstehender gesetzlicher Grundlage die Adoption auch für faktische Lebenspartner geöffnet hat, weil eine Beschränkung der Adoption auf Ehegatten gegen Art. 8/14 EMRK verstosse, VfGH vom 6. Dezember 2021 (G 247/2021), E. 2.5.3, iFamZ 2022, S. 6 f.

³⁷⁹ Vgl. <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210926/can647.html> (zuletzt besucht am 9. April 2022).

³⁸⁰ AS 2021 747; Art. 9g SchlT ZGB gilt bereits seit dem 1. Januar 2022.

³⁸¹ Curia Vista, Nr. 13.468.

ihren Bericht vor.³⁸² Da die Öffnung der Ehe zur Anwendung von Art. 264a Abs. 1 ZGB auch für gleichgeschlechtliche Ehepaare und damit zur gemeinschaftlichen Adoption führen würde, äusserte sich der Bericht dazu. Wenig erstaunlich³⁸³ wurde dabei kein expliziter Bezug zur EMRK genommen, sondern das Fundament der Begründung stellten die gewandelten gesellschaftlichen Überzeugungen dar.³⁸⁴ Die Einwände gegenüber gleichgeschlechtlichen Elternpaaren, wonach es ein Kind mit zwei Müttern oder Vätern in eine gesellschaftliche Ausnahmesituation bringen würde, seien nicht mehr zeitgemäss. Neben dem Hinweis, dass bei allen Ländern mit geöffneter Ehe zudem die gemeinschaftliche Adoption für die gleichgeschlechtlichen Ehepaare resultierte, untermauert dies der Bericht schliesslich auch mit dem Hinweis auf das seit dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende Adoptionsrecht, weil es damit über die Stiefkindadoption auch in der Schweiz zu solchen Konstellationen kommen könne.³⁸⁵ Die *Ehe für alle* wurde damit zwar nicht direkt durch die EMRK-Rechtsprechung angestossen, die mit ihr verbundene gemeinschaftliche Adoption ist aber indirekt durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes mitverursacht. Die durch die EGMR-Urteile mitgetragene Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren war ein massgeblicher Grund, mit der *Ehe für alle* kein diesbezügliches Verbot der gemeinschaftlichen Adoption bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren einzuführen. Die Reflexwirkungen aus dem Adoptionsrecht und damit der EGMR-Rechtsprechung sind bis in die *Ehe für alle* zu spüren.

e) Fazit

Der bereits mehrfach gestellte Befund,³⁸⁶ das schweizerische Adoptionsrecht sei massgeblich durch die EGMR-Rechtsprechung beeinflusst worden, kann hier wiederholt werden. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, sind die von der EGMR-Rechtsprechung ausgehenden Wirkungsmächte aber vielschichtig. Zu beobachten ist vorab, dass die Reichweite der Entscheidungen des Gerichtshofs meist penibel eingehalten wurden. Geändert wurde in der Regel nur das, was zur Vermeidung einer weiteren Verurteilung notwendig war. Weitergehende gestalterische Kraft für die Zukunft entnimmt der nationale Gesetzgeber den Entscheidungen nicht, obwohl durchaus entsprechende Erwägungen Orientierung und Richtungsweisung bieten würden. Begrenzend wirkt

³⁸² Bericht *Ehe für alle*, BBl 2019 8595 ff.

³⁸³ Weil sich aus der EMRK-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK keine Notwendigkeit der Öffnung der Ehe oder ein Anspruch auf gemeinschaftlichen Adoption für gleichgeschlechtliche Paare ergab (ausser es liege eine Situation vor, die unter Art. 14 EMRK eine Verletzung darstellt, siehe VILLIGER, N 684; BBl 2015 877, 896, mit Verweis auf den Entscheid des EGMR vom 19. Februar 2013 (Nr. 19010/07) *X gegen Österreich*).

³⁸⁴ Vgl. zum (schnellen) Wertewandel auch HOTZ, SJZ 2021, S. 22, 27 f.

³⁸⁵ Bericht *Ehe für alle*, BBl 2019 8595, 8609 f.

³⁸⁶ COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75; HERTIG RANDALL, S. 135

die eigene politische Bereitschaft, wobei deren Begründung dann aber ebenfalls auf die Rechtsprechung des EGMR zurückgreift. Entschuldigend wird angeführt, weitergehende legislatorische Lösungen seien aufgrund der Rechtsprechung nicht zwingend erforderlich. Diese defensive Haltung ist in gewisser Weise schon dadurch vorprogrammiert, dass der Blick auf die Vereinbarkeit mit der EMRK und nicht etwa auf zukünftige Entwicklungslinien der EGMR-Rechtsprechung ausgerichtet ist. Notgedrungen wirkt die Gesetzgebung damit rückwärtsgerichtet und nicht prospektiv. Gerade das Adoptionsrecht zeigt aber, dass dergestalt zwar gleichsam nur an die EGMR-Rechtsprechung aktualisierte „Reformgesetze“ für spätere Revisionen schrittmachend bzw. (nachcoronaterminologisch) als Booster wirkend für nächste Reformprojekte sein können. So dürfte das revidierte Adoptionsrecht mit der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare ganz entscheidend gewesen sein, dass über die *Ehe für alle* auch die gemeinschaftliche Adoption mitermöglicht wurde. Schlussvermerkt schafft die Schweiz damit einen weiteren Puzzlestein in einer gesamteuropäischen Landschaft, die es dem EGMR in naher Zukunft ermöglichen könnte, auch in diesem Bereich einen weitverbreiteten Konsens auszumachen, und eine Ehe nur für heterosexuelle Paare als Konventionsverstoss zu qualifizieren.

5) Reproduktionsmedizin³⁸⁷

a) Einleitende Bemerkungen

Unter fortpflanzungsmedizinischen Verfahren werden in der Schweiz sämtliche Methoden verstanden, die zu einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr führen (Art. 2 lit. a FMedG). Während Inseminationen bereits vor über 200 Jahren beschrieben³⁸⁸ und auch in der Schweiz schon seit längerer Zeit praktiziert wurden³⁸⁹, gilt als eigentliche «Geburtsstunde» reproduktionsmedizinischer Verfahren das Jahr 1978, als mit Louise Joy Brown das erste *in vitro* gezeugte Kind zur Welt gebracht wurde.³⁹⁰ 1985 kam in Locarno das erste Kind der Schweiz zur Welt, welches mittels dieser Methode gezeugt wurde.³⁹¹ Die EMRK ist somit sowohl bezüglich ihres

³⁸⁷ Vgl. dazu ausführlich COTTIER/WYTTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 87 ff.

³⁸⁸ LUDWIG/DIEDRICH, S. 13.

³⁸⁹ Botschaft 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 III 205, 208 (fortan: Botschaft Fortpflanzungsmedizin).

³⁹⁰ STEPTOE/EDWARDS, The Lancet 1978, S. 366; LUDWIG, Gynäkologie 2020, S. 206.

³⁹¹ Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 209. Zum Ganzen auch BGE 115 Ia 234, 240 f. E. 3a sowie WILDHABER, S. 84 m.w.H.

Abschlusses (1950) als auch ihrer Ratifikation durch die Schweiz (1974) älter als die besonders heikle ethische und moralische Fragen³⁹² aufwerfenden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren.³⁹³

Die EMRK garantiert in Art. 8 das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, worunter – dank dynamischer Auslegung – auch das Recht auf Zeugung eines Kindes mittels fortpflanzungsmedizinischer Verfahren fällt.³⁹⁴ In diesem Zusammenhang wird weiter von «positiver reproduktiver Autonomie» gesprochen.³⁹⁵ Die Mitgliedstaaten sind befugt, gewisse fortpflanzungsmedizinische Methoden unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK³⁹⁶ zu verbieten.³⁹⁷ Der Spielraum, der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einzelner durch die Konvention garantierten Rechte bleibt, hängt von der Bedeutung der Frage für die betroffenen Rechtssuchenden, der Komplexität der aufgeworfenen moralischen und ethischen Fragen sowie des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines diesbezüglichen gesamteuropäischen Konsenses ab: Je grösser die individuelle Betroffenheit, desto kleiner der Spielraum; je komplexer die Fragen und je uneinheitlicher deren Beantwortung, desto grösser der Spielraum.³⁹⁸ Die Familiengründung mithilfe reproduktionsmedizinischer Verfahren erfüllt Elemente beider Seiten. Einerseits haben diese Fragen auf individueller Ebene besondere Bedeutung, andererseits stellen sie die Gesellschaft vor komplexe ethische und moralische Fragen, deren Beurteilung auch im Fluss zu sein scheint.³⁹⁹ Der EGMR spricht den Mitgliedstaaten daher insbesondere mit Blick auf den fehlenden

³⁹² Vgl. Urteil des EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 78.

³⁹³ Vgl. STEGMÜLLER, S. 133, 134.

³⁹⁴ Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates Nr. 12.3917 vom 28. September 2012, S. 20; EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 82; DUDEN, S. 268 f. m.w.H.; EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 71 f.; EGMR vom 4. Dezember 2007 (Nr. 44362/04) *Dickson gegen Vereinigtes Königreich*, § 66.

³⁹⁵ Reformbedarf im Abstammungsrecht, Bericht der Expert:innengruppe vom 21. Juni 2021 (in Erfüllung des Postulats 18.3714 «Überprüfung des Abstammungsrechts»), abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/ber-expertengruppe.pdf> (zuletzt besucht am 16.3.2021), N 67 ff.

³⁹⁶ Dienen eines in Abs. 2 genannten Ziels, in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gesetzlich vorgesehen, DUDEN, S. 269.

³⁹⁷ Bericht zur Leihmutterchaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates Nr. 12.3917 vom 28. September 2012, S. 20; EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 82; BRÖTEL, S. 81 ff.; DUDEN, S. 268 ff. m.w.H.

³⁹⁸ Beispielhaft: EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 mit zahlreichen Hinweisen.

³⁹⁹ DUDEN, S. 270.

gesamteuropäischen Konsens einen weiten Spielraum bei Einschränkungen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren zu.⁴⁰⁰

b) Entwicklung in der Schweiz

Naturgemäss wurden die erwähnten Verfahren vor ihrer Etablierung in der Schweiz noch nicht geregelt.⁴⁰¹ Aufgrund des entstehenden Regelungsvakuums erarbeitete zuerst die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) diesbezügliche Richtlinien.⁴⁰² Anschliessend wurden verschiedene Kantone gesetzgeberisch tätig. Die dabei getroffenen Lösungen unterschieden sich sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht stark.⁴⁰³ Das Bundesgericht setzte sich früh mit verfassungs- bzw. grundrechtlichen Aspekten solcher kantonaler Regelungen auseinander.⁴⁰⁴ 1992 wurde durch Aufnahme eines entsprechenden Verfassungsartikels eine nachträglich derogierende Bundeskompetenz geschaffen sowie gewisse Regulierungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorgenommen.⁴⁰⁵

1994 wurde die Volksinitiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» eingereicht.⁴⁰⁶ Die Initiative verlangte weitgehende Verbote im Bereich der reproduktionsmedizinischen Verfahren.⁴⁰⁷ Als indirekten Gegenvorschlag stellte der Bundesrat der Initiative das (liberalere) Fortpflanzungsmedizingesetz gegenüber.⁴⁰⁸ 1996 legte der Bundesrat seine Botschaft sowohl bezüglich der Initiative als auch des FMedG vor. Er hielt fest, absolute Verbote fortpflanzungsmedizinischer Verfahren, wie sie von der Initiative gefordert wurden, seien nicht mit der EMRK vereinbar. Der Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Methoden sei von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt und Einschränkungen müssten den Anforderungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK

⁴⁰⁰ EGMR vom 10. April 2007 (Nr. 6339/05) *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, § 77 m.w.H.

⁴⁰¹ Vgl. BGE 115 Ia 234, 245 E. 4.

⁴⁰² BGE 115 Ia 234, 242 f. E. 3b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 209 f.

⁴⁰³ BGE 115 Ia 234, 242 f. E. 3b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 210 ff.

⁴⁰⁴ BGE 115 Ia 234, 119 Ia 460.

⁴⁰⁵ BGE 119 Ia 460, 476 E. 5b; Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 210, 213 ff.; vgl. auch RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte FMedG N 52 ff.

⁴⁰⁶ BBl 1994 V 896.

⁴⁰⁷ Eidgenössische Volksinitiative ‘zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung [FMF])’, abrufbar unter <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis241t.html>> (zuletzt besucht am 11. März 2022); vgl. auch RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte FMedG N 65.

⁴⁰⁸ Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 205 f., 236.

standhalten. Dies sei bei absoluten und generellen Verboten bestimmter Methoden eher nicht anzunehmen. Zudem müsste der Schutz des Kindes ebenfalls eine Rolle spielen, moralische Gründe allein würden kaum ausreichen.⁴⁰⁹

Der Vorschlag für das FMedG verbot Ei- und Embryonenspende sowie Leihmutterchaft (Art. 4 FMedG), zulässig sollte aber die In-Vitro-Fertilisation sein (Art. 5 FMedG). In der Botschaft wurde die Kompatibilität der letztgenannten Methode mit dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) geprüft.⁴¹⁰ Zu diesem Zeitpunkt hatte sich der EGMR noch nicht mit der Frage befasst, wann menschliches Leben beginnt.⁴¹¹ Der Bundesrat erwog, es handle sich bei den *in vitro* geschaffenen Embryonen noch nicht um Leben im rechtlichen Sinne (dieses beginne erst mit der Nidation); er legte die eigene, schweizerische Definition des Lebensanfangs zu Grunde.⁴¹² Dass diese länderspezifische Betrachtungsweise vor der EMRK standhält, bestätigte der EGMR später in *VO gegen Frankreich*, als er festhielt, es bestehe kein europäischer Konsens bezüglich der wissenschaftlichen und rechtlichen Definition des Lebensanfangs.⁴¹³

Volk und Stände verwarfen die Initiative,⁴¹⁴ die Referendumsfrist für das FMedG hingegen lief unbenutzt ab, womit das Gesetz 2001 in Kraft treten konnte.⁴¹⁵ Vom Inkrafttreten des FMedG bis 2017 verboten war die Präimplantationsdiagnostik (aArt. 5 Abs. 3 FMedG).⁴¹⁶ Seit einer Gesetzesänderung ist dieses Verfahren zur Untersuchung von Keimzellen und Embryonen *in vitro* ebenfalls unter gewissen Voraussetzungen zulässig (Art. 5a FMedG). Auch wenn nicht direkt die EGMR-Praxis Stein des Anstosses für diese jüngere Gesetzesänderung war,⁴¹⁷ ist dennoch festzuhalten, dass die Schweiz bei Beibehalten des PID-Verbots insbesondere für erblich vorbelastete

⁴⁰⁹ Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 225 f. m.w.H., 234.

⁴¹⁰ Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 223 f. Primär bezog sich die Botschaft hierbei auf das sich damals noch als ungeschriebenes Grundrecht aus der BV ergebende Recht, sie hatte aber auch Art. 2 EMRK im Blick.

⁴¹¹ Vgl. European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights, Right to life, Version vom 31. Dezember 2021, S. 17 f.

⁴¹² Botschaft Fortpflanzungsmedizin, BBl 1996 III 205, 223 f.

⁴¹³ EGMR vom 8. Juli 2004 (Nr. 53924/00) *VO gegen Frankreich*, § 82, 84.

⁴¹⁴ BBl 2000 2990.

⁴¹⁵ AS 2000 3067.

⁴¹⁶ Weswegen aufgrund des schweizerischen Rechtsrahmens hierzulande auch davor kaum eine PID möglich war s. WEYHAUSEN, Jusletter 28. August 2017, Rz. 7 f.

⁴¹⁷ Sondern im Wesentlichen die Motion Nr. 04.3439 (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik) der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats, welche bereits am 2.9.2004 eingereicht wurde; Botschaft Präimplantationsdiagnostik, BBl 5853, 5860, siehe auch die Hinweise in der Botschaft, dass die Vorlage den Anforderungen der EMRK «genüge» (5913).

Paare eine Verurteilung durch den EGMR in Kauf hätte nehmen müssen. Zumindest hat der Gerichtshof in *Costa u. Pavan gegen Italien*⁴¹⁸ geurteilt, eine gesetzliche Regelung, welche bei Vorhandensein einer Genmutation für Zystische Fibrose bei beiden Elternteilen eine Pränataldiagnostik mit anschliessender Abtreibung zulasse, eine PID jedoch nicht, sei inkohärent und verletze Art. 8 EMRK.⁴¹⁹

c) Zukünftige Entwicklung

Auch heute noch stellen reproduktionsmedizinische Verfahren das Zivilrecht vor vielfältige Herausforderungen, unter anderem vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Garantien. So führt etwa das Verbot der Leihmutterschaft in der Schweiz (Art. 4 FMedG) dazu, dass Wunscheltern diese Verfahren in Ländern durchführen, welche diesbezüglich liberalere Regeln kennen.⁴²⁰ Die Wunscheltern können in der Schweiz nach Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als Eltern eingetragen werden, da es sich (i.d.R.) gemäss der Diktion der bundesgerichtlichen Rechtsprechung um eine rechtlich relevante Rechtsumgehung handle und gegen den *Ordre public* verstosse.⁴²¹ Eine solche vom Bundesgericht abgelehnte Verpflichtung zur Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern besteht auch nicht nach der EMRK.⁴²² Hingegen drängt Art. 8 EMRK diese *Ordre-public*-Widrigkeit insofern zurück, als der Elternteil, zu dem ein genetischer Bezug besteht, einen Anspruch auf Eintragung des Kindesverhältnisses hat.⁴²³ Dies entschied das Bundesgericht unter Bezugnahme auf *Menesson gegen Frankreich*⁴²⁴ sowie *Labassée gegen Frankreich*⁴²⁵ – in allen Fällen war der genetisch verwandte Elternteil der Vater, sprich dieser war als Samenspender in den Prozess involviert.⁴²⁶ Ob der EGMR und das Bundesgericht gleich entscheiden würden, wenn auch oder nur die resp. eine (Wunsch-)Mutter genetisch mit dem Kind verwandt wäre, i.e.

⁴¹⁸ EGMR vom 28. August 2012 (Nr. 54270/10) *Costa u. Pavan gegen Italien*.

⁴¹⁹ EGMR vom 28. August 2012 (Nr. 54270/10) *Costa u. Pavan gegen Italien*, § 71; Botschaft zur Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art 119 BV) sowie des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Präimplantationsdiagnostik) vom 7. Juni 2013, BBl 2013 5853, 5913, insb. Fn. 115 (fortan Botschaft PID).

⁴²⁰ BÜCHLER/MARANTA, FamPra.ch 2015, S. 354, 355; zum Begriff der Leihmutterschaft s. Art. 2 lit. k FMedG.

⁴²¹ BGE 141 III 312, 322 E. 5.3.2; 323 E. 5.3.4; BGE 141 III 328, 343 f. E. 6.4 f.

⁴²² BÜCHLER/MARANTA, FamPra.ch 2015, S. 354, 367.

⁴²³ BGE 141 III 312, 324 f. E. 6.1 f.

⁴²⁴ EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65192/11) *Menesson gegen Frankreich*.

⁴²⁵ EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65941/11) *Labassée gegen Frankreich*.

⁴²⁶ BGE 141 III 312, 324 f. E. 6.1 f.; EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65192/11) *Menesson gegen Frankreich*; EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65941/11) *Labassée gegen Frankreich*.

Eizellenspenderin wäre, scheint fraglich. Jedenfalls müsste sich das Bundesgericht die Frage der Ordre-public-Widrigkeit erneut in Bezug auf das Verbot der Eizellenspende stellen (Art. 4 FMedG). Nicht genetisch verwandte Elternteile sowie allenfalls die Eizellenspenderin bleiben auf den Weg der Adoption verwiesen.⁴²⁷

In Zukunft könnte in der Schweiz die Eizellenspende legalisiert werden. Bereits seit beinahe zehn Jahren wird von offizieller Seite angeregt, das Verbot zu überdenken bzw. die Eizellenspende zuzulassen.⁴²⁸ Eine entsprechende parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2021 ist derzeit in Beratung⁴²⁹. Eine Verletzung der EMRK wäre in einer Legalisierung mit Blick auf den weiten Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Regelung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren⁴³⁰ nicht zu sehen. Der EGMR sieht (bzw. sah 2011)⁴³¹ denn gerade in Bezug auf die Eizellenspende keinen gesamteuropäischen Konsens gegeben.⁴³²

d) Fazit

Die obigen Ausführungen belegen, dass die EMRK bzw. die Rechtsprechung des EGMR für die Entwicklung die Normierung der Reproduktionsmedizin in der Schweiz keine entscheidende Rolle gespielt hat, obschon sich bedeutende Entscheide des EGMR mit solchen Fragen auseinandersetzen und sich die Lehre ausführlich damit auseinandersetzt. Als These sei in den Raum gestellt, dass der Entscheid des EGMR im Jahr 2011 in Sachen *S.H. et al. gegen Österreich*, gerade weil er das Verbot der Eizellenspende schützte, aber dennoch einen gewissen Impulscharakter gehabt haben könnte, indem er im rechtswissenschaftlichen und politischen Diskurs das Thema auf den Tisch gebracht hat und die Diskussion ankurbelte. Auch wenn das Verbot der Eizellenspende bereits vorher schon

⁴²⁷ BGE 141 III 328, 344 ff. E. 6.6 f.

⁴²⁸ Vgl. Stellungnahme Nr. 22/2013 der NEK vom November 2013, Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, S. 44 ff., wonach eine Mehrheit der NEK der Ansicht sei, dass das Verbot der Eizellenspende in Anbetracht der Zulässigkeit der Spermienpende diskriminierend ist und sich auf eine äusserst fragwürdige naturalistische Rechtfertigung stütze (S. 57, deutlich Empfehlung Nr. 6, Zulassung der Eizellenspende); Bericht des Bundesrates vom März 2015 zum Postulat Fehr (12.3607), Modernisierung des Familienrechts, S. 43; vgl. auch bereits die Parlamentarische Initiative NEIRYNCK vom 4. Dezember 2012 «Die Eizellenspende zulassen» (Nr. 12.487).

⁴²⁹ Parlamentarische Initiative CHRIST Nr. 21.421 (Eizellenspende endlich auch in der Schweiz legalisieren!) vom 17. März 21.

⁴³⁰ Oben S. XY.

⁴³¹ Vgl. COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 89 f., wonach im EGMR-Urteil *S.H. et al. gegen Österreich* von einem sich *erst bildenden* Konsens ausgegangen werde, was eine spätere gegenteilige Neubeurteilung nicht ausschliesse.

⁴³² EGMR vom 3. November 2011 (Nr. 57813/00) *S.H. et al. gegen Österreich*, § 106, Rechtsvergleich in § 38 f.

vereinzelt in Frage gestellt wurde,⁴³³ so ist doch eine deutliche Intensivierung ab dem Jahr 2012 zu erkennen⁴³⁴ und ausserdem geht der erste diesbezügliche parlamentarische Vorstoss auf diese Zeit zurück. Gerade die untypische stimulierende Wirkung einer Beschwerdeabweisung des EGMR auf den nationalen Gesetzgeber ist Beleg dafür, die Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Recht als vielschichtig zu verstehen.

6) Erwachsenenschutzrecht / Vormundschaftsrecht⁴³⁵

Bereits im Dezember 1962 wurde im Bericht *Wahlen* festgehalten, dass hinsichtlich vormundschaftsrechtlicher Belange die Schweiz der EMRK nur mit einem Vorbehalt zu Art. 5 EMRK beitreten könne.⁴³⁶ Art. 5 Ziff. 1 EMRK enthält den Grundsatz des *habeas corpus*, wonach die Freiheit eines Menschen nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen und unter Beachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren entzogen werden darf.⁴³⁷ Die schweizerische Rechtsordnung kannte damals jedoch in Art. 406 aZGB⁴³⁸ und verschiedenen kantonalen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Rahmen der «administrativen Versorgung» verwaltungsinterne Freiheitsentziehungen,⁴³⁹ gegen welche kein ordentliches Rechtsmittel vorgesehen war.⁴⁴⁰ Die «administrative Versorgung» ermöglichte eine zwangsweise Unterbringung von Personen durch Verwaltungsbehörden,

⁴³³ Vgl. BÜCHLER, FamPra.ch 2005, S. 437, 441, mit dem Hinweis, dass es auch gewisse europäische Länder gäbe, welche die Eizellenspende zulassen.

⁴³⁴ Vgl. bspw. STEINER/ROGGO, AJP 2012, S. 474, 479 ff., wonach das Verbot der Eizellenspende eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots darstelle; HOTZ, recht 2014, S. 27, 32 ff.; Parlamentarische Initiative NEIRYNCK vom 4. Dezember 2012 «Die Eizellenspende zulassen» (Nr. 12.487).

⁴³⁵ Die Geschichte der Beeinflussung des schweizerischen Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrechts durch die EMRK und weitere internationale Rechtsgrundlagen ist bereits mehrfach ausgeleuchtet worden, Literatur und Rechtsprechung ist kaum mehr überblickbar, weshalb es hier bei kursorischen Ausführungen sein Bewenden haben muss.

⁴³⁶ Bericht EMRK, BBl 1968 II 1057, 1088.

⁴³⁷ KIENER, S. 67.

⁴³⁸ Art. 406 aZGB [Fassung 1907], der vorsah, dass sich «die Fürsorge [des Vormundes] auf den Schutz und Beistand in allen persönlichen Angelegenheiten, sowie nötigenfalls auf die Unterbringung in einer Anstalt» (Herv.d.Verf.) bezog.

⁴³⁹ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. September 2013 über die Parlamentarische Initiative Rehabilitierung administrativ versorgter Menschen, BBl 2013 8639, 8642; siehe auch ZK-SPIRIG [1995], Vorbem. zu Art. 397 a-f aZGB N 1.

⁴⁴⁰ RIEMER [1997], § 8 N 4, oft gab es in den Kantonen reine behördeninstanzliche Rechtswege und an das Bundesgericht stand nur die staatsrechtliche Beschwerde offen (BGE 100 Ib 113, wonach weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch Berufung zulässig waren), der nur eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zukam.

insbesondere Vormundschaftsbehörden, wobei diesen aufgrund der geringen Normendichte ein grosser Handlungsspielraum zukam.⁴⁴¹ Die administrative Versorgung diente in vielen Kantonen armenpolizeilichen Massnahmen und der Entlastung der öffentlichen Armenpflege.⁴⁴² Aber auch andere Menschen am Rande der Gesellschaft, deren Lebensentwürfe dem damaligen Moral- und Normalitätsverständnis der breiten Bevölkerung nicht entsprachen, waren von der «administrativen Versorgung» betroffen.⁴⁴³ Die damaligen Gesetze sprachen von «Arbeitsscheuen», «Liederlichen», «Armengenössigen» und «Personen mit einem lasterhaften Lebenswandel».⁴⁴⁴ Dabei wurde das Revisionsbedürfnis des administrativen Zwangsversorgungsrechts sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht bereits im zweiten Weltkrieg von vielen Seiten erkannt.⁴⁴⁵ Kritisiert wurden insbesondere der unzureichende Rechtsschutz und die offen formulierten materiellen Voraussetzungen für eine Einweisung.⁴⁴⁶ Bereits in den 70er Jahren erfolgte in der Lehre eine Auseinandersetzung, ob die materiellrechtlichen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts mit den Menschenrechten bzw. der EMRK vereinbar waren.⁴⁴⁷ Dabei hielt SCHNYDER fest, bei sorgfältiger Auslegung der Bestimmungen könne die Konvention eingehalten werden,⁴⁴⁸ bei den Anstaltsversorgungen bilanzierte er, nur eine Minderheit dieser Anordnungen seien konventionswidrig.⁴⁴⁹ Die «administrative Versorgung» wurde auch nach dem Beitritt zur EMRK beibehalten, weshalb der Bundesrat bei der Ratifikation der Konvention einen Vorbehalt zu Art. 5 EMRK anbrachte.⁴⁵⁰ Eine Revision der «administrativen Versorgung» war damals bereits geplant⁴⁵¹ und trat am 1. Januar 1981 mit den Art. 397a ff. ZGB zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE)

⁴⁴¹ ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1660.

⁴⁴² ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339

⁴⁴³ ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1661.

⁴⁴⁴ HERTIG RANDALL, S. 122

⁴⁴⁵ ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339.

⁴⁴⁶ BBI 2013 8639, 8642 f.

⁴⁴⁷ Im Nachgang zu einer Tagung der Vormundschaftsbehörden erschienen mehrere ZVW-Artikel zum Thema «Vormundschaft und Menschenrechte», bspw. SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41 ff. sowie FISCHLI, ZVW 1971, S. 126 ff.

⁴⁴⁸ SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41, 55.

⁴⁴⁹ SCHNYDER, ZVW 1972, S. 41, 44 f.

⁴⁵⁰ BBI 1974 I 1035, 1044 («Die Anwendung der Bestimmungen des Artikels 5 der Konvention erfolgt unter Vorbehalt einerseits der kantonalen Gesetze, welche die Versorgung gewisser Kategorien von Personen durch Entscheid einer Verwaltungsbehörde gestatten, und andererseits unter Vorbehalt des kantonalen Verfahrensrechts über die Unterbringung von Kindern und Mündeln in einer Anstalt nach den Bestimmungen des Bundesrechts über die elterliche Gewalt und die Vormundschaft (Art. 284, 386, 406 und 421 Ziff. 13 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches»); ZK-SPIRIG [1995], Vorbem. zu Art. 397 a-f aZGB N 6.

⁴⁵¹ BBI 1974 I 1035, 1045.

in Kraft.⁴⁵² Aufgrund der EMRK-Widrigkeit vertrat die Angelegenheit keinen Aufschub bis zur Totalrevision des Vormundschaftsrechts.⁴⁵³ Die neuen Normen zur FFE regelten die Einweisung in eine Anstalt aus fürsorgerischen Gründen von Mündigen in den Art. 397a-f aZGB, von Unmündigen in den Art. 314a und 405a aZGB und Entmündigten in Art. 406 aZGB. In der Botschaft zur Gesetzesänderung beantragte der Bundesrat auch den Rückzug des Vorbehalts zu Art. 5 EMRK.⁴⁵⁴ Die neuen Bestimmungen des ZGB über die FFE regelten die Freiheitsentziehung aus fürsorgerischen Gründen abschliessend, sodass den Kantonen keine Kompetenz mehr zukam, weitere Rechtsgrundlagen zu schaffen.⁴⁵⁵ Die Auslegung der neuen Bestimmungen richtete sich massgeblich nach der EMRK, da diese den Ausgangspunkt der Normen darstellte.⁴⁵⁶ Die Regelung über die FFE erfüllte die damaligen Anforderungen der EMRK, fasste die materiellen Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug sogar enger. Gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB durfte eine mündige oder entmündigte Person nur wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung untergebracht oder zurückbehalten werden.⁴⁵⁷ Für Anstaltseinweisungen von Unmündigen genügte die Einweisung «zum Zwecke überwachter Erziehung» (Art. 314a bzw. Art. 405a ZGB) den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 1 lit. d EMRK.⁴⁵⁸ Auch die verfahrensrechtlichen Garantien von Art. 5 Ziff. 2 und 4 EMRK wurden in der Revision berücksichtigt, wobei die Lehre davon ausging, dass das ZGB oft über diese Garantien hinausgehe und einen besseren Schutz biete.⁴⁵⁹ Kritisiert wurden die neue Regelungen zum FFE dennoch. Einerseits, weil der Rechtsschutz der Betroffenen nach wie vor lückenhaft war. So lag die Verantwortung und Kompetenz zur Einweisung in den kantonalen Verfahren bei den Ärztinnen und Ärzten, wobei diese den Rechtsschutzinteressen der Betroffenen oftmals zu wenig Beachtung schenkten.⁴⁶⁰ Ausserdem wurde kritisiert, dass der damalige Art. 397f Abs. 1 ZGB zwar ein einfaches und rasches Verfahren zur Anhörung durch den Richter bzw. die Richterin vorsah, das Gesetz jedoch keine konkreten Fristen enthielt und sich diese in der Praxis daher oftmals in die Länge zogen, ohne dass dem Begehren um gerichtliche Beurteilung eine aufschiebende Wirkung zukam.⁴⁶¹ Bemängelt wurde überdies, dass die Fürsorgemassnahmen in

⁴⁵² AS 1980 31

⁴⁵³ RIEMER [1997], § 8 N 2.

⁴⁵⁴ Botschaft FFE, BBl 1977 III 1, 1.

⁴⁵⁵ ZK-SPIRIG [1995], Art. 397a aZGB N 3 f.; Botschaft FFE, BBl 1977 III 1, 17, 26.

⁴⁵⁶ Das betrifft namentlich die Frage, was unter «Richter» zu verstehen war, BSK ZGB I-Geiser [2010], Art. 397d N 10.

⁴⁵⁷ SPIRIG, SJZ 1994, S. 321, 322.

⁴⁵⁸ HÄNNI, S. 385.

⁴⁵⁹ HÄNNI, S. 389.

⁴⁶⁰ ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

⁴⁶¹ ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

der Praxis eher eine polizeiliche Ausrichtung hatten, statt sich am therapeutischen Zweck zu orientieren.⁴⁶² Weiter wurde kritisiert, dass zwar die Voraussetzungen für eine FFE im ZGB geregelt waren, nicht jedoch die darauffolgende Unterbringung oder die medizinische Behandlung im Rahmen der Zwangshospitalisation.⁴⁶³

Nach der Inkraftsetzung der neuen Bestimmungen zur Fürsorgerischen Freiheitsentziehung setzte auch eine intensive Diskussion bezüglich der Revision des restlichen Vormundschaftsrechts ein. Ende der 1980- und anfangs der 1990-Jahre wurde die Revision des Vormundschaftsrechts intensiv auch im Lichte der Menschenrechte thematisiert.⁴⁶⁴ Im engeren Fokus der Kritik standen beispielsweise Bestimmungen, wonach das Mündel für den Wohnsitzwechsel die Zustimmung des Vormundes einholen musste, die Publikation der Entmündigung oder das Zustimmungserfordernis beim Eheschluss. Von den Vorbereitungsarbeiten durch Expertengremien ab dem Jahr 1993 bis zur Botschaft im Jahre 2006 kristallisierte sich als zentraler Leitgedanke der Revision die Förderung des Selbstbestimmungsrechts heraus,⁴⁶⁵ welches sich auch aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK ableiten lässt. Daneben verwies der Bundesrat verschiedentlich darauf, das neue Erwachsenenschutzrecht sei auch an die Vorgaben der EMRK abgestimmt worden.⁴⁶⁶ Nach einer langen Übergangsfrist zur Umsetzung in den Kantonen trat das revidierte Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in Kraft.⁴⁶⁷

Der Einfluss der EMRK beschränkte sich im Vormundschaftsrecht jedoch nicht nur auf den Prozess der Gesetzgebung. In einem Urteil von 1992 hielt das Bundesgericht fest, dass aufgrund von Art. 6 EMRK zivilrechtliche Streitigkeiten sowohl bezüglich Sachverhalt als auch bezüglich Rechtsfragen durch ein kantonales Gericht überprüfbar sein müssen.⁴⁶⁸ Das Bundesgericht entschied damit, dass auch Fragen des Vormundschaftsrechts und des zivilrechtlichen Kindesschutzes der Überprüfung durch ein Gericht im Sinne der EMRK zugänglich sein müssen.⁴⁶⁹ Dies führte zu Anpassungen des Organisations- und Verfahrensrecht in einem Grossteil der Kantone, welche neu im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK mindestens eine unabhängige und unparteiische Instanz vorsehen mussten.⁴⁷⁰ Im Jahr

⁴⁶² FamKomm-GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 8-9, so ergab sich bspw. im Kontext der Räumung der Drogenszene «Letten» in den 1990er-Jahren eine Gratwanderung zwischen Einweisungen von Drogenabhängigen aufgrund von Fürsorgebedürftigkeit und Einweisungen zum Abschreckungseffekt, s. HÄNNI, S. 386; auch HEGNAUER, ZVW 1993.

⁴⁶³ ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1662.

⁴⁶⁴ Vgl. dazu insb. SALADIN, ZVW 1989, S. 1 ff., sowie KOLLER, ZVW 1992, S. 83, 87 ff.

⁴⁶⁵ BBI 2006 7001, 7002.

⁴⁶⁶ Botschaft Erwachsenenschutzrecht, BBI 2006, 7001, 7122.

⁴⁶⁷ AS 2011 725.

⁴⁶⁸ BGE 118 Ia 473 ff.

⁴⁶⁹ HÄFELI, FamPra.ch 2004, S. 919, 926.

⁴⁷⁰ HEGNAUER, FamPra.ch 2000, S. 1, 19.

2001 verurteilte ausserdem der EGMR die Schweiz im Fall *D.N. gegen die Schweiz* wegen einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 4 EMRK, weil im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine fürsorgliche Freiheitsentziehung der psychiatrische Sachverständiger gleichzeitig als Fachrichter Mitglied des entscheidenden Gerichts war.⁴⁷¹ Der EGMR stellte im konkreten Fall die Unparteilichkeit der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen in Frage.⁴⁷² Die Revision des ZGB berücksichtigte das Urteil des EGMR, indem zukünftig statt dem blossen «Beizug von Sachverständigen»⁴⁷³ ein «Gutachten»⁴⁷⁴ verlangt wurde. Diese Formulierung verdeutlichte, dass die sachverständigende Person nicht Mitglied der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sein kann.⁴⁷⁵ Aber auch nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts war die Vereinbarkeit der ZGB-Bestimmungen mit der EMRK immer wieder Thema von höchstrichterlichen Entscheiden bzw. auch des EGMR. Stellvertretend seien hier BGE 143 III 193 und BGE 142 III 732 erwähnt, in welchen sich das Bundesgericht mit Frage auseinandersetze, ob je nach kantonaler Ausgestaltung die jeweiligen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die Voraussetzungen eines Gerichts im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erfüllen würden. Und jüngst hat der EGMR in seinem Entscheid *Roth gegen die Schweiz*⁴⁷⁶ den im Ergebnis kaum gerichtlich überprüfbaren Entzug der aufschiebenden Wirkung bei einem Entscheid der KESB über den Wohnsitzwechsel des Kindes verurteilt.

Vorstehende lediglich übersichtsartigen Ausführungen zeigen einen auch in der erwachsenenschutzrechtlichen Lehre⁴⁷⁷ unbestrittenen Befund auf, wonach das schweizerische Vormundschafts- und Erwachsenenschutzrecht ganz massgeblich von der EMRK und ihren Garantien beeinflusst wurde. Dies betrifft insbesondere die nach dem Beitritt zur EMRK neu erlassenden Bestimmungen zur damaligen FFE, gilt aber auch in vermindertem Masse für die umfassende Revision des Erwachsenenschutzrechts. Weitere Beeinflussungen stehen an, wenn es um die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden geht. Angesichts dieser Vorgeschichte ist es bemerkenswert, dass in der Geschäftsdatenbank Curia Vista kein einziges Geschäft auffindbar ist, bei dem die beiden Begriffe KESB und EMRK gemeinsam vorkommen. Schliesslich bleibt anzumerken, dass im Bereich des Erwachsenenschutzrechts die Behindertenrechtskonvention

⁴⁷¹ EGMR vom 29. März 2001 (Nr. 27154/95) *D.N. gegen die Schweiz*.

⁴⁷² EGMR vom 29. März 2001 (Nr. 27154/95) *D.N. gegen die Schweiz* § 56.

⁴⁷³ Art. 397e Ziff. 5 aZGB.

⁴⁷⁴ Art. 450e Abs. 3 ZGB.

⁴⁷⁵ BBl 2006 7001, 7088.

⁴⁷⁶ EGMR vom 8. Februar 2022 (Nr. 69444/17) *Roth gegen die Schweiz*, der Fall wurde vorinstanzlich beim Bundesgericht mit BGE 143 III 193 entschieden.

⁴⁷⁷ Vgl. statt vieler HÄFELI, Rz. 2, 665.

weitaus wirkungsmächtiger für die zukünftige Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts sein dürfte als die EMRK.⁴⁷⁸

V. Erbrecht

In der erbrechtlichen Lehre in der Schweiz wird der allgemeine Einfluss der EMRK bzw. von Grundrechten kaum oder gar nicht thematisiert.⁴⁷⁹ Erbrechtsrevisionen sind oft «Reflexrevisionen» der familienrechtlichen Umwälzungen der letzten vier Jahrzehnte,⁴⁸⁰ was namentlich für die Gleichstellung von Kindern im familienrechtlichen und dann – folgerichtig – auch im erbrechtlichen Gefüge gilt. Die Botschaft zur ersten, nicht durch Änderungen des Familienrechts angestossenen, materiellen Erbrechtsrevision, welche am 1. Januar 2023 in Kraft treten wird, bezieht sich bezeichnenderweise an keiner Stelle auf die EMRK oder auf die Rechtsprechung des EGMR.⁴⁸¹ Dies erstaunt insofern, als in Deutschland sowohl Lehre als auch Rechtsprechung die Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts⁴⁸² im Kontext verfassungsrechtlicher Grundrechte (zwar durchaus mit anderer Ausgangslage⁴⁸³) breit diskutiert.⁴⁸⁴ Auch die sich derzeit in Gang befindliche Erbrechtsrevision zum Unternehmenserbrecht verzichtet gänzlich auf Bezüge zur EMRK oder der EGMR-

⁴⁷⁸ Vgl. statt vieler BSK ZGB I-REUSSER, Vor Art. 360-456 N 6b m.w.H.; vgl. die Aufsätze bei ROSCH/MARANTA von LIPP (S. 1 ff.), ROSCH (S. 67 ff.) oder BOENTE (S. 109 ff.). Vgl. auch jüngst die Schlussbemerkungen des UN-Behindertenrechtsausschusses vom 7. April 2022, insb. Ziff. 26, wonach empfohlen wird, im Erwachsenenschutzrecht ein System der unterstützenden statt stellvertretenden Entscheidungsfindung zu implementieren.

⁴⁷⁹ Vgl. zur Frage, inwiefern die Eigentumsgarantie bzw. der Schutz der Familie das Erbrecht (nicht) zu konturieren vermag, vgl. für die schweizerische Lehre FANKHAUSER, Rz. 15 ff., 27 ff. m.w.H. Dieser Befund bezieht sich nicht auf die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK.

⁴⁸⁰ BREITSCHMID, *RabelsZ* 2008, S. 686, 711; PINTENS, *ZEuP* 2001, S. 629, 629.

⁴⁸¹ Botschaft vom 29. August 2018 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), *BBl* 2018 5813; der gleiche Befund gilt für die eingegangenen Vernehmlassungen.

⁴⁸² Immerhin werden mit der jüngsten schweizerischen Erbrechtsrevision die Pflichtteile der Kinder reduziert und jene der Eltern abgeschafft.

⁴⁸³ Das deutsche GG kennt mit Art. 14 Abs. 1 GG eine explizite Garantie des Erbrechts.

⁴⁸⁴ Vgl. die Hinweise bei RÖTHEL, § 3 Rz. 3, § 39 Rz. 1 ff.; DUTTA, S. 466 ff.; zu den Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf das deutsche Erbrecht vgl. KREGEL-OLFF, S. 99 ff.

Rechtsprechung,⁴⁸⁵ obwohl verfassungsrechtliche Überlegungen in Bezug auf die Gleichbehandlung von verschiedenen Kategorien von Erben bedenkenswert wären.⁴⁸⁶

Ausserordentlich grossen Einfluss hatte hingegen die Rechtsprechung des EGMR bezüglich der Vererbbarkeit von Strafsteuern (sog. Erbenbussen).⁴⁸⁷ Die beiden Urteile *E.L., R.L. und J.O.-L. gegen die Schweiz*⁴⁸⁸ und *A.P., M.P. und T.P. gegen die Schweiz*⁴⁸⁹ aus dem Jahr 1997 lösten die Standesinitiative des Kantons Jura aus,⁴⁹⁰ die 2005 zur Streichung von Art. 179 GDB führte.⁴⁹¹ Obschon die Zulässigkeit der betreffenden Bestimmung schon vorher in der Lehre und kantonalen Rechtsprechung in Zweifel gezogen wurde,⁴⁹² so ist doch selten eine derart klare und geradlinige Kausalitätskette zwischen EGMR-Urteil und Gesetzesänderung zu sehen, was die Erwähnung rechtfertigt, auch wenn nicht das klassische Zivil- bzw. Erbrecht betroffen ist.

Zu ergänzen ist, dass der EGMR bereits relativ früh erbrechtliche Ansprüche (meist im Kontext von familienrechtlichen Statusfragen) beurteilte⁴⁹³ und in jüngerer Zeit im Erbrecht insbesondere Stichtagsbestimmungen der Übergangsregelungen solcher Revisionen zur Gleichstellung von Kindern vermehrt in den Fokus der Rechtsprechung des EGMR geraten sind.⁴⁹⁴ Das betrifft in der

⁴⁸⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Unternehmensnachfolge) vom 10. April 2019, insb. S. 35, wonach der Entwurf in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verträgen ist, sowie den Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 5. Juni 2020, beides abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html> (zuletzt besucht am 12.4.2022).

⁴⁸⁶ Dieser Gedanke kann hier nicht weiter verfolgt werden, doch zeigt ein Blick auf Deutschland, dass dort erbschaftssteuerrechtliche Privilegierungen von Betriebsvermögen als nicht in jeder Hinsicht mit der Verfassung vereinbar beurteilt wurden, BVerfG 138, 136.

⁴⁸⁷ Nach den beiden Urteilen des EGMR konnte auch nicht mehr argumentiert werden, die Strafsteuerhaftung ergeben sich aus dem in Art. 560 ZGB verankerten Grundsatz der Universalsukzession, vgl. KÜCHLER, StR 1998, S. 283, 284.

⁴⁸⁸ EGMR vom 29. August 1997 (Nr. 20919/92) *E.L., R.L. und J.O.-L. gegen die Schweiz*.

⁴⁸⁹ EGMR vom 29. August 1997 (Nr. 19958/92) *A.P., M.P. und T.P. gegen die Schweiz*.

⁴⁹⁰ Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 26. Januar 2004 zur Initiative des Kantons Jura Steuerrechtliche Abschaffung der «Erbenbussen», BBl 2004 1437, 1442.

⁴⁹¹ AS 2005 1051, Inkrafttreten am 1. März 2005.

⁴⁹² vgl. die Hinweise bei KÜCHLER, StR 1998, S. 283, 284.

⁴⁹³ Was in der Schweiz vereinzelt auch als von erbrechtlichem Interesse wahrgenommen wurde, vgl. LEVINET, S. 66 ff.

⁴⁹⁴ Vgl. insb. EGMR vom 28. Mai 2009 (Nr. 3545/04) *Brauer gegen Deutschland* sowie EGMR vom 25. Januar 2018 (Nr. 29762/10) *Mitzinger gegen Deutschland*; vgl. auch RÖTHEL, § 8 Rz. 12 ff., 15, mit dem Hinweis, dass der deutsche Gesetzgeber infolge der Verurteilungen nicht eine allgemeine Streichung der Stichtagsregelung vorsah, sondern die Gerichte für jeden Einzelfall gehalten sind, die Verhältnismässigkeit der Stichtagsregelung zu prüfen. Voraussetzung für die Anrufung von Art. 8 EMRK (und damit auch Art. 14 EMRK) ist, dass ein effektives Familienleben vorhanden war; siehe zum Ganzen auch KREGEL-OLFF, S. 120 ff.; MAGNUS, FamRZ 2017, S. 586,

Schweiz v.a. die Übergangsregelungen bei der Beseitigung der Zahlvaterschaften.⁴⁹⁵ Ein kürzlich ergangener Entscheid des EGMR zur Frage der Fristwiederherstellung nach Art. 263 Abs. 3 ZGB schenkte der Problematik von Art. 13a SchlT ZGB allerdings keine Beachtung.⁴⁹⁶

VI. Sachenrecht

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im Bereich des Sachenrechts die EGMR-Rechtsprechung in der Schweiz auf der legislatorischen Ebene Auswirkungen gehabt hätte. Soweit ersichtlich existieren weder in der sachenrechtlichen Rechtsprechung noch in der Lehre Bezüge zur EMRK.

D. Versuch einer Gesamtanalyse in Form von Thesen

Die bereits in den einzelnen Abschnitten gewonnenen Erkenntnisse sollen in folgenden Thesen zusammengefasst werden:

Komplexität und Vielschichtigkeit: Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf die nationale Gesetzgebung im Bereich des ZGB sind komplex und vielschichtig. Vereinfachende Zuschreibungen in der Form, wonach dieser oder jener Entscheid als «Impuls» oder «Meilenstein» einer bestimmten Revision zu betrachten ist, wird den verschachtelten, kaum je monokausalen Zusammenhängen und Wirkungskräften einer Gesetzesänderung in der Regel nicht gerecht. Nicht selten wirken parallele Reformationskräfte auf verschiedenen Ebenen, wobei ein bestimmter EGMR-Entscheid oder eine EGMR-Rechtsprechung bei genauer Betrachtung mehr als Puzzleteil denn als ein die Revisionslawine auslösender Stein erscheint. Revisionsprojekte, die grösstenteils durch EMRK-Vorgaben ausgelöst und geprägt waren, sind (vielleicht mit Ausnahme im Bereich des Vormundschaftsrechts) selten. Mitursächlich dafür, wie gross die Wirkungsmacht von EGMR-Entscheiden ausfällt, ist auch, welche Rechtsbereiche tangiert sind. Jene, die emotional aufgeladen sind und jeden betreffen können, bilden oft heftige umkämpfte Plattformen der Umsetzung.

587, mit kritischen Überlegungen zum Erfordernis des Bestehens einer persönlichen Beziehung.

⁴⁹⁵ Vgl. BREITSCHMID, *successio* 2021, S. 326, 329 f.; vgl. OGer ZH vom 7. Mai 2018 (LF 180025), wo eine Berufung auf die EMRK zurückgewiesen wurde.

⁴⁹⁶ Worauf MEIER in seiner Rechtsprechungsübersicht als einziger hinwies, ZKE 2022, S. 58, 59.

Begrenzte Orientierungswirkung: Oftmals vermögen EGMR-Urteile nicht jene Orientierung zu verschaffen, welche eine konkrete Transformation in nationale Gesetzgebung genügend vorzeichnen könnte.⁴⁹⁷ Urteile bleiben zuweilen mehrdeutig, was im Gesetzgebungsprozess politisch motivierte Interpretationen befördert und letztlich auch der Wahl einer Minimalvariante Vorschub leistet.

Suboptimale Zielvorgaben des Gesetzgebungsprozesses: Kontraproduktiv ist eine systemische Vorgabe, welche den Bundesrat im Ergebnis darauf verpflichtet, hinsichtlich internationaler bzw. völkerrechtlicher Vorgaben jene Lösung anzustreben, welche gerade noch keine Konventionswidrigkeit darstellt und lediglich auf die «Vereinbarkeit» mit der EMRK ausgerichtet ist. Dies widerspricht der Vorstellung eines diskursiven Dialogs⁴⁹⁸ zwischen EMRK und nationalen Rechtsordnungen zur Gewährleistung eines europäischen Grundrechtsschutzes. Anzustreben wäre eine Gesetzgebung, welche die EMRK nicht als rote Linie, sondern als Inspiration versteht.⁴⁹⁹ Nur so kann sie vorausschauend agieren.⁵⁰⁰

Fehlendes strategisches Umsetzungs-/Begleitungsorgan: Es fehlt in der Gesetzgebungsorganisation ein Organ, welches sich vermehrt strategischen Fragen der Rechtsetzung und damit verbunden auch der strategischen Befassung mit der Entwicklung der EMRK und ihrem möglichen Einfluss auf konkrete Gesetze widmet. Ein standardisiertes Verfahren fehlt, die Rechtsprechung des EGMR in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen. Wenn der EGMR als Sender von Grundrechtsimpulsen verstanden wird, dann wäre auf der Empfängerseite ebenfalls ein einziges, koordinierendes Behördenorgan, das sich nur diesen Fragen widmen kann, optimal. Eine einzige, mit genügenden Ressourcen ausgestattete Stelle hätte zu kontrollieren, dass alle Gesetzesrevisionen “In the shadow of the EMRK”⁵⁰¹ stattfinden.

⁴⁹⁷ Vgl. SCHÜRMAN, Wichtige Fälle, S. 121, wonach es selten möglich sei, die Konventionskonformität klar zu beantworten; SCHUMANN, S. 205.

⁴⁹⁸ Vgl. HERTIG RANDALL, S. 120.

⁴⁹⁹ Wohl weniger emotional aufgeladen wäre eine Systematik, welche die EGMR-Rechtsprechung in den Botschaften unter dem Titel Rechtsvergleich abhandeln würde; vgl. auch BELSER, S. 69, 81, wonach die zurückhaltende, minimalistische Art der Schweiz das EMRK-System unterwandert und dazu führt, dass die Weiterentwicklung von Menschenrechten gelähmt werde.

⁵⁰⁰ Entlarvend für den retrospektiven Fokus die Aussage des Bundesrates in der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts (BBl 2015 877, 939), wonach die Rechtsprechung des EGMR es als angezeigt erscheinen lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

⁵⁰¹ Angelehnt aus dem aus der Mediation bekannten Satz, die Mediation habe stets «in the shadow of the law» stattzufinden. Der Satz geht zurück auf den berühmten Aufsatz von MNOOKIN/KORNHAUSER, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale Law Journal, S. 950 ff.

Grenze politischer und gesetzgeberischer Rahmenbedingungen: Die Umsetzung von EGMR-Urteilen ist an die Rahmenbedingungen der Gesetzgebung und der Politik gebunden. Das schweizerische Gesetzgebungsverfahren ist stark konsensual ausgerichtet, was dazu führt, dass Gesetzesänderungen nicht selten einem kleinstmöglichem Kompromiss entsprechen und damit einer Minimalvariante gleichen und nicht ein visionärer Wurf sein können. Eine vorausschauende Legiferierung, welche zukünftige Entwicklungen vorwegnimmt und mögliche EMRK-Verstösse für die Zukunft antizipiert, wird damit zusätzlich erschwert. Keine Erleichterung bei der Umsetzung von EGMR-Rechtsprechung und diesbezüglichen Entwicklungslinien ist sicherlich auch, dass Gesetzgebungsprojekte im Regelfall mehrere Jahre vom auslösenden Vorstoss bis zum Inkrafttreten dauern. In diesem Kontext muss daher beachtet werden, dass es je nach politischem Umfeld für die Erfolgsaussichten eines Vorstoss wenig opportun sein kann, sich auf die EMRK oder die EGMR-Rechtsprechung zu berufen.⁵⁰²

Relevanz von Gesetzgebungsimpulsen ausserhalb der EMRK: Gezeigt hat sich überdies, dass wichtige Impulse zur Rechtsetzung mittelbar vor allem auch von anderen Akteuren als der EGMR-Rechtsprechung ausgehen. Hier sind neben der Zivilgesellschaft vor allem die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Wissenschaft gefordert. Letzteres ist ganz bewusst nicht auf die Rechtswissenschaft begrenzt, denn es ist offensichtlich, dass die neusten Herausforderungen an das Recht nur interdisziplinär bewältigt werden können. Wer sich eine vorausschauende, visionäre Gesetzgebung wünscht, muss diese Wirkungsfaktoren ebenfalls stärken. Hinzu kommt, dass es gerade im ZGB Bereiche gibt, die wenig EMRK-relevant sind und bei einer rein EMRK-fokussierten Legiferierungsplanung Gefahr laufen würden, im toten Winkel unbeachtet zu bleiben.

⁵⁰² Bezeichnend der Bericht 40 Jahre EMRK, BBl 2015, 357, 408, in dem der Bundesrat festhält, «In allen Fällen erfolgte die Änderung des innerstaatlichen Rechts [...] letztlich nicht, weil «Strassburg» das so verlangt, sondern in der Überzeugung, eine in der Sache vernünftige Lösung getroffen zu haben.»

B. Literatur⁵⁰³

- ACHERMANN ALBERTO/MARTIN HEMMI, Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz, in: Achermann Aberto/Amarelle Cesla/Caroni Martina/Epiney Astrid/Künzli Jörg/Uebersax Peter, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016 – Annuaire du droit de la migration 2015/2016", Bern 2016, S. 487 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, Jusletter 2. Oktober 2006.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht, SJZ 2012, S. 449 ff.
- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter 20. Juli 2009.
- AEMISEGGER HEINZ, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 201 ff.
- ARMENTI STEFAN, Fürsorgerische Unterbringung als komplexe interdisziplinäre Leistung, AJP 2015, S. 1659 ff.
- BADDELEY MARGARETA, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit « libéré », FamPra.ch 2020, S. 613 ff.
- BELSER EVA MARIA, Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat, in: Besson Samantha/Belser Eva Maria (Hrsg.), La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons/Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone, Journée BENEFRÉ de droit européen de l'Institut de droit européen/BENEFRÉ-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht (deutsch/französisch), Genf/Zürich/Basel 2014, S. 67 ff.
- BESSON SAMANTHA, Les effets et l'exécution des arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser Stephan (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, "Präventive Rechtskontrolle" - Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, LeGes 2010, S. 309 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl 2022, S. 59 ff.
- BIEDERMANN ALEXANDRE, La réception de la CEDH en droit suisse au travers de la procédure de révision : analyse récente de la pratique du Tribunal fédéral, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, S. 29 ff., Zürich 2016.
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Europarecht, 4. Auflage, Zürich 2021.
- BREITSCHMID PETER, Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse, RabelsZ 2008, S. 686 ff.
- BREITSCHMID PETER, Erbrechtliche Paralipomena – Begrüssung zum 16. Schweizerischen Erbrechtstag, successio 2021, S. 326 ff.
- BRÖTEL ACHIM, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Diss. Heidelberg, Baden-Baden 1991.

⁵⁰³ Soweit im Fussnotenapparat nur auf kurze Urteilsanmerkungen verwiesen wird, erfolgte keine zusätzlich Aufnahme ins vorliegende Literaturverzeichnis. Die Fundstelle wird in der betreffenden Fussnote angegeben. Vorauflagen von Lehrbüchern oder Kommentaren werden mit dem Erscheinungsjahr der betreffenden Auflage gekennzeichnet. Zeitschriftenaufsätze werden mit dem Autor:innennamen und der Zeitschriftenfundstelle zitiert.

- BUCHER ANDREAS, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 24.5.2005, i.S. Rose c. Losonci, 5A.4/2005 (Urteilsbesprechung), AJP 2005, S. 1427 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, S. 437 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Über die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen, FamPra.ch 2002, S. 20 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 2020, S. 875 ff.
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-BEARBEITER/IN).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE, Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/IN).
- BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 2015, S. 354 ff.
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHÉ BERNHARD (Hrsg.), Kommentar zum Fortpflanzungsmedizingesetz, Bern 2020 (zit. SHK-BEARBEITER/IN).
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, S. 1 ff.
- BURCKHARDT CARL CHRISTOPH, Die formellen und materiellen Erfordernisse der Eheschliessung im geltenden Rechte und im Departementalentswurf eines Schweizerischen Civilgesetzbuches, ZSR 1901, S. 269 ff.
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Familienrecht, FamPra.ch 2021, S. 374 ff.
- COTTIER MICHELLE, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 2012, S. 65 ff.
- COTTIER MICHELLE/WYTTEBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, S. 75 ff.
- CREVOISIER CÉCILE/COTTIER MICHELLE, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, FamPra.ch 2021, S. 286 ff.
- DETHLOFF NINA, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität, Perspektiven für die Forschung, ZEuP 2007, S. 992 ff.
- DUDEN KONRAD, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Diss. Hamburg, Tübingen 2015.
- DUMERMUTH MARTIN, Die EMRK und die Schweiz – eine Standortbestimmung nach 40 Jahren, SJZ 2014, S. 597 ff.
- DUTTA ANATOL, Warum Erbrecht, Tübingen 2014.
- FANKHAUSER ROLAND, Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Bern 2011.
- FANKHAUSER ROLAND, Der Betreuungsunterhalt - Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 793 ff.
- FISCHLI ERNST, Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW 1971, S. 126 ff.
- GEISER THOMAS, Utopien (4): Weg mit dem amtlichen Geschlecht!, AJP 2021, S. 844 ff.
- GEISER THOMAS/GREMPER PHILIPP (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004, Zürich 2007.
- GÖTZ ERNST, Le délai d'interdiction de remariage (art. 150 CCS), ZZW 1964, S. 335 ff.

- GREWE CONSTANZE, Die Wirkungen der EMRK in einzelnen Staaten des Europarats: überraschende Kontraste neuerer Entwicklungen, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) - heute und morgen, Kolloquium zu Ehren des 80. Geburtstages von Luzius Wildhaber, Zürich 2018, S. 7 ff.
- HAUSHEER HEINZ, Ehefähigkeit, Ehehindernisse und Ungültigkeit der Ehe, ZZW 1974, S. 333 ff.
- HAUSHEER HEINZ, Der Fall Burghartz oder vom bisweilen garstigen Geschäft der richterlichen Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen, in: Gauch Peter/Schmid Jörg/Steinauer Paul-Henri/Tercier Pierre/Werro Franz (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S.407 ff.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.
- HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021.
- HÄFELI CHRISTOPH, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutz, FamPra.ch 2004, S. 919 ff.
- HÄNNI PETER, Die Bedeutung der EMRK für das schweizerische Familienrecht, in: Gauch et al. (Hrsg.), FS für Bernhard Schnyder zum 60. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 365 ff.
- HEGNAUER CYRIL, SJZ 1981, S. XXX ff.
- HEGNAUER CYRIL, Plädoyer für die Abschaffung der Frauenwartefrist gemäss Artikel 103 ZGB, ZZW 1983, S. 65 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Darf die fürsorgliche Freiheitsentziehung zur Vertreibung auswärtiger Drogensüchtiger angeordnet werden?, ZVW 1993, S. XXX ff.
- HEGNAUER CYRIL, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000, S. 1 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Vom Treten an Ort beim Namensrecht: der Nationalrat und die Europäische Menschenrechtskonvention, NZZ vom 14.04.2009, Nr. 85.
- HEGNAUER CYRIL/BREITSCHMID PETER, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000.
- HEINZ KARL ECKHART, Inhalt und Tragweite des Art. 12 der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – am Beispiel der Rechtssache «F. contre Suisse», SJZ 1991, S. 201 ff.
- HERTIG RANDALL MAYA, Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 115 ff.
- HEUSSLER WILLI, Zu den jüngsten Reformen im schweizerischen Familienrecht, Das Standesamt 2000, S. 4 ff.
- HINDERLING HANS, Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit), SJZ 1975, S. 253 ff.
- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Zürich 2011.
- HOTZ SANDRA, Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?, recht 2014, S. 27 ff.
- HOTZ SANDRA, «Ehe für alle» - Wie weiter?, SJZ 2021, S. 22 ff. (Teil I), S. 75 ff. (Teil II).
- JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse, ZBl 1986, S. 49 ff.
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C., Kommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., München 2022 (zit. KARPENSTEIN/MAYER/BEARBEIT/IN).
- KIENER REGINA, Der Einfluss der EMRK auf die BV 1999, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 53 ff.

- KLEY ANDREAS/SIGRIST MARTIN, Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 17 ff.
- KOLLER HEINRICH, Das Vormundschaftsrecht im Wandel – Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts, ZVW 1992, S. 83 ff.
- KREGEL-OLFF ANSGAR, Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Erbrecht, Frankfurt 2011.
- KÜCHLER REMIGIUS, Strafen für Steuerhinterziehung und Menschenrechte, StR 1998, S. 283 ff.
- LEVINET MICHEL, La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Werro Franz (Hrsg.), Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme / Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, S. 53 ff.
- LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», FamPra.ch 2021, 656 ff.
- LUDWIG HANS, 40 Jahre Reproduktionsmedizin – Rückblick und ethische Überlegungen, Gynäkologe 2020, S. 206 ff.
- LUDWIG MICHAEL/DIEDRICH KLAUS, Historischer Abriss zur Reproduktionsmedizin, in: Diedrich Klaus/Ludwig Michael/Griesinger Georg (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2. Aufl., Berlin 2020, S. 11 ff.
- MAGNUS ROBERT, Die Entscheidung Mitzinger des EGMR und die rückwirkende Gleichstellung nichtehelicher Kinder - Aufgaben und Grenzen für Gesetzgeber und Gerichte, FamRZ 2017, S. 586 ff.
- MALINVERNI GIORGIO, Les modifications législatives consécutives à des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, LeGes 2016, S. 375 ff.
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, FamPra.ch 2012, S. 255 ff.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6. Aufl., Zürich 2019.
- MEYER ULRICH, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung auf das Recht der Sozialen Sicherheit, BJM 2016, S. 269 ff.
- MINDER LILIANE DENISE, Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzung – Ein Beitrag zum Umgang mit sozialen Randgruppen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert am Beispiel fürsorglicher Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen, Zürich 2020.
- MONTINI MICHEL, Garçon ou fille ? Tertium non datur ?, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 403 ff.
- MÖCKLI DANIEL, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, ZBl 2018, S. 74 ff.
- PABEL KATHARINA/SCHMAHL STEFANIE (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln 2021 (zit. IntKomm EMRK-BEARBEITER/IN).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, Genf 2002.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Mariage, partenariat enregistré, concubinage: évolutions récentes en matière de conclusion et validité, FamPra.ch 2017, S. 913 ff.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage et à la famille, FamPra.ch 2011, S. 321 ff.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, I. Droit civil / B. Droit des familles / 2. Droits de l'enfant / Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH : analyse de lege lata et ferenda / I. - IV., in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédicte, Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Zürich 2017, S. 187 ff.

- PATRY LOUISE, L'impact en Suisse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Y. Y. c. Turquie sur la question de la stérilisation prévue par le régime suisse actuel en matière de reconnaissance officielle de changement de sexe, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Zürich 2016, S. 89 ff.
- PINTENS WALTER, Die Europäisierung des Erbrechts, ZEuP 2001, S. 628 ff.
- PFÄFFINGER MONIKA, Geheime und offene Formen der Adoption: Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zürich 2007.
- PFÄFFINGER MONIKA, Von geheimen und (halb-)offenen Adoptionen, Fampra.ch 2008, S. 1 ff.
- RECHER ALECS, Änderung von Name und amtlichem Geschlecht: einfach zum rechtskonformen Entscheid, FamPra.ch 2015, S. 623 ff.
- REUSSER RUTH E., Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 431 ff.
- RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003.
- RIETIKER DANIEL, Die EMRK und der EGMR – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 231 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1997.
- RIXE GEORG, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222 ff.
- RÖTHEL ANNE, Erbrecht, 18. Aufl., München 2020.
- ROSCH DANIEL/MARANTA LUCA, Selbstbestimmung 2.0, Bern 2017.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das neue Namensrecht – ein Diskussionsbeitrag, ZVW 2001, S. 167 ff.
- SALADIN PETER, Grundrechte und Vormundschaft, Historische und Dogmatische Überlegungen, ZVW 1989, S. 1 ff.
- SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, in: MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2005.
- SCHEIDEGGER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Die Freiheiten des liechtensteinischen Gesetzgebers beim Einfügen der EMRK in die nationale Rechtsordnung, LJZ 2018, S. 143 ff.
- SCHNYDER BERNHARD, Vormundschaft und Menschenrechte, ZVW 1972, S. 41 ff.
- SCHÖBI FELIX, Stiefkindadoption und Konkubinat, Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. gegen die Schweiz (3905/03), recht 2009, S. 99 ff.
- SCHÖBI FELIX, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, S. 131 ff.
- SCHUBARTH MARTIN, Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus, SJZ 1997, S. 385 ff.
- SCHULZ ALIX, Keine Verpflichtung zur Ausstellung eines geschlechtsneutralen Reisepasses, Anmerkung zur Entscheidung R (on the application of Elan-Cane) v Secretary of State for the Home Department [2021] UKSC 56, FamRZ 2022, S. 366 ff.
- SCHULZ ALIX, Geschlechtervielfalt in Europa – Art. 8 EMRK als Katalysator der mitgliedstaatlichen Rechtentwicklung, ZEuP 2021, S. 64 ff.

- SCHUMANN EVA, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht, in: Schumann Eva (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum, Berlin 2015, S. 163 ff.
- SCHÜRER STEFAN, Die punktuelle Neutralisierung der EMRK in der Praxis des Bundesgerichts, Zur verkürzten Grundrechtsprüfung bei der Anwendung von Bundesgesetzen, ZBl 2016, S. 171 ff.
- SCHÜRMAN FRANK, Aktuell aus Strassburg Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Adoption im Konkubinatsverhältnis, zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, ZBJV 2008, S. 262 ff.
- SCHÜRMAN FRANK, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz: Referate der Tagung vom 5. Juni 2009 in Bern, St. Gallen 2010, S. 107 ff. (zit. SCHÜRMAN, Wichtige Fälle).
- SCHÜRMAN FRANK, Wichtige Schweizer Fälle vor den EMRK-Organen, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK: Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 173 ff. (zit. SCHÜRMAN, 40 Jahre EMRK).
- SCHWENZER INGEBORG, Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung, FamRZ 1985, S. 1 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Die UN - Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, S. 817 ff.
- SCHWENZER INGEBORG/AESCHLIMANN SABINE, Zur Notwendigkeit einer Disziplin Familienwissenschaft, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Giger, Zürich 2006, S. 501 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 2014, S. 265 ff.
- SEILER HANSJÖRG, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?, ZBl 2012, S. 223 ff.
- SPIRIG EUGEN , Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Drogensucht im Kanton, SJZ 1994, S. 321 ff.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF, in: L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (Hrsg.), Genf 2016, S. 133 ff.
- STEINER REGULA/ROGGO ANTOINE, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation - der so genannten "Eizellenspende", AJP 2012, S. 474 ff.
- STEPTOE PATRICK/EDWARDS ROBERT, Birth after the Reimplantation of a Human Embryo, The Lancet 1978, S. 366 ff.
- STETTLER MARTIN, Les principaux développements enregistrés dans le droit suisse de la filiation depuis la révision de 1976, FamPra.ch 2002, S. 1 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Vier Probleme des schweizerischen Eheschliessungsrechts, ZZW 1994, S. 332 ff.
- THÜRER DANIEL, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBl 1988, S. 377 ff.
- THURNHERR DANIELA, The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Keller Helen/Stone Sweet Alec (Hrsg.), A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford 2008, S. 311 ff.
- URWYLER DAVID, Entwicklung der internationalen Adoption in der Schweiz, in: Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), Internationale Adoption, Bern 2009, S. 167 ff.
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3. Aufl., Zürich 2020.
- WEBER ROGER, Kritische Punkte der Scheidungsrechtsrevision, AJP 1999, S. 1633 ff.

- WEYHAUSEN BERIT, Präimplantationsdiagnostik in der Schweiz nach Verfassungsänderung und Referendum, Ein Vergleich mit Deutschland und Österreich unter Berücksichtigung besonderer Aspekte, Jusletter 28. August 2017.
- WILDHABER ISABELLE, Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Fortpflanzungsmedizingesetz: Quo vadis?, in: Bernat Erwin (Hrsg.), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000, S. 84 ff.
- WILLEMS GEOFFREY, Private and Family Life versus Morals and Tradition in the Case Law of the ECtHR, in: Boele-Woelki Katharina/Dethloff Nina/Gephart Werner, Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities, Cambridge 2014, S. 305 ff.
- WITTINGER MICHAELA, "Europäisches Familienrecht": Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit - Altbekanntes und Neues, FamPra.ch 2009, S. 84 ff.
- WYSS MARTIN PHILIPP, EMRK-Verletzung und bundesrechtliche Revision nach Art. 139a OG, recht 1999, S. 92 ff.
- ZBINDEN KARL, Zur Reform der administrativen Zwangsversorgung von Gewohnheitsverbrechern, Liederlichen und Arbeitsscheuen, SJZ 1942, S. 339 ff.