

recht

2/25

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

43. Jahrgang

Inhalt

- 65 *Benjamin Stückelberger*
**Die automatische Fahrzeugfahndung
und Verkehrsüberwachung der Kantone**
- 76 *Marc Grüninger/Martina Reber*
**Negativzinsen im Bankgeschäft:
bisherige Rechtsprechung**
- 87 *Aleksandra Möckli*
**Schicksal bankbezogener Untersuchungsberichte
im Kontext der Siegelung und der Rechtshilfe**
- 106 *Peter V. Kunz*
Historie und Megatrends beim neuen Aktienrecht
-

Bemerkenswerte Urteile

- 123 *Roland Fankhauser/Isabel Szinnai*
**Gewinnherausgabe bei persönlichkeitsverletzender
Boulevardberichterstattung**
-

Im Fokus

- 130 *Andreas Bucher*
Irrlichter aus dem Bundeshaus
- 137 *Nicolas von Werdt*
Eine Anregung an den Gesetzgeber

online+

Ihre Vorteile
auf einen Blick:
Seite 141



Stämpfli
Verlag

Impressum

Kontakt Verlag: Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
E-Mail: recht@staempfli.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Nutzung unserer Werke für Text- und Data-Mining behalten wir uns explizit vor. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

Abonnementspreise 2025

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 262.–,
für immatrikulierte Studenten CHF 191.–

Ausland: Europa CHF 272.–
Welt CHF 288.–

Onlineabo: CHF 216.–

Einzelheft: CHF 68.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,6% MWST.
Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
zeitschriften@staempfli.ch

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, mediavermarktung@staempfli.ch
© Stämpfli Verlag AG Bern 2025
Gesamtherstellung: Stämpfli Kommunikation, Bern
Printed in Switzerland
ISSN 0253-9810 (Print), e-ISSN 2504-1487 (Online)



Der Schreiber steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht, Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich

SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und Bankrecht, Universität Bern

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Zürich

STEFAN MAEDER

Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Fribourg

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

MARKUS KERN

Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Bern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Irrlichter aus dem Bundeshaus

Der Jahreswechsel bringt normalerweise einen Strauss von leuchtenden Neuschöpfungen der Bundesbehörden. Einige Blitze standen quer zum üblichen Bild der Zufriedenheit am Jahresanfang.

Inhaltsübersicht

- I. Die Euroturbos im internationalen Erbrecht
- II. Kinderehen auf Dauer verbannt?
- III. Keine ausländischen eingetragenen Partnerschaften?
- IV. Kinder als Opfer ärztlicher Geschlechtsmanipulation?
- V. Leihmutterkinder mit zwei Müttern?
- VI. Verachtung aller Auslandsadoptionen?
- VII. Rechtshilfe im Schatten der Behörden?

I. Die Euroturbos im internationalen Erbrecht

Die Revision des 6. Kapitels des IPRG sollte in erster Linie der Harmonisierung mit der EU-Verordnung von 2012 dienen.¹ Naheliegenderweise hätte man davon ausgehen können, dass die Schweiz die Erstreckung des EU-Nachlasszeugnisses anerkennt. Diesen Gedanken wollte man schon gar nicht prüfen: Man liess den Bundesrat in seiner Botschaft sagen, dass darauf «nicht weiter eingegangen wird»². Im EU-Raum kann die Ausschlagung der Erbschaft am gewöhnlichen Aufenthalt des Erben deklariert werden (Art. 13); man hat nicht bemerkt, dass im Fall, dass der Erblasser in der Schweiz an seinem Wohnsitz verstorben ist, diese Erklärung in der Schweiz nicht anerkannt wird (Art. 96). Für die Sicherung der Harmonie mit dem EU-Raum wird dem Erblasser angeraten, auf die Zuständigkeit der Schweizer Behörden zu verzichten (Art. 88b IPRG), ohne zu beachten, dass das nicht für die Verwaltung des Nachlasses und den Vollzug der erbrechtlichen Teilung gelten kann und dass der Konflikt mit dem Güterrecht auch nicht berücksichtigt wird. Bei Auslandschweizern wird zusätzlich der Nachweis verlangt, dass sich die Behörden des EU-Heimatstaates oder des Lageorts von Vermögen nicht mit der Nachlassabwicklung befassen (Art. 87 Abs. 1), obwohl das eine Bürde darstellt, die der Bundesrat vermeiden wollte.³ Im Nationalrat hiess es, die neue Regelung sei weder effizient noch wirksam und erst recht nicht rational⁴. Die ganze Vorlage ist denn

auch im Nationalrat von einem Drittel der Mitglieder abgelehnt worden,⁵ was für eine zivilrechtliche Vorlage ungewöhnlich ist.

II. Kinderehen auf Dauer verbannt?

Die rechtliche Beurteilung von Kinderehen stützt sich auf zwei Pfeiler: zum einen auf deren Ungültigerklärung aufgrund der Minderjährigkeit von mindestens einem Ehegatten und zum anderen auf die Verweigerung der Anerkennung der im Ausland geschlossenen Ehe gestützt auf das IPR, im Allgemeinen im Rahmen des Vorbehalts des Ordre public. Die Reform von 2013 beschritt ausschliesslich den ersten Weg, der zur Ungültigkeit der meisten Kinderehen hätte führen sollen. Das erwies sich als Fehlschlag: Solche Verfahren gab es praktisch keine. Zehn Jahre später wollte man es nochmals auf diesem Weg versuchen und dabei zusätzlich auch die Bremse via das IPR wirken lassen. Im Parlament ist der neue Art. 105a ZGB in aller Länge diskutiert und schliesslich mit einem Kompromiss verabschiedet worden. Eine Kinderehe kann für ungültig erklärt werden, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung noch minderjährig war und im Zeitpunkt der Klageeinreichung noch nicht 25 Jahre alt war (Abs. 1)⁶. Ausnahmsweise soll die Ehe gültig bleiben, wenn das dem überwiegenden Interesse und dem «freien Willen» des noch minderjährigen Ehegatten entspricht; die Ehe bleibt auch bestehen, wenn der volljährig gewordene Ehegatte zwangsfrei erklärt, an der Ehe festhalten zu wollen (Abs. 2). Damit ist das Los der neuen Regelung besiegelt. Wie bisher werden die Eheleute nicht aus eigener Initiative klagen wollen. Welche Staatsanwaltschaft wird schon von Amtes wegen eine solche Klage einreichen (Art. 106 Abs. 1 ZGB), wenn sie weiss, wie hoch das Prozessrisiko ist, wenn das überwiegende Interesse des betroffenen Ehegatten oder dessen freier Wille der Ungültigkeit entgegenstehen könnte?

Wichtiger ist die Spur über das IPR: Die Verweigerungsgründe im neuen Abs. 3 von Art. 45 IPRG

ANDREAS BUCHER, Prof.em., Universität Genf.

¹ ABI 2012 L 201/107.

² BBI 2020 S. 3314.

³ BBI 2020 S. 3323 f.

⁴ MAÏTRE, AB NR 2023 S. 2206.

⁵ AB NR 2023 S. 2614.

⁶ Ist die Alterslimite von 25 Jahren überschritten, dann kommt es nicht zur Ablehnung der Klage, die diesfalls gemäss Art. 106 Abs. 3 ZGB gar nicht eingereicht werden kann.

sind so einschneidend, dass praktisch nur wenige Kinderehen übrig bleiben, die allenfalls für den Art. 105a ZGB relevant sein könnten. Wie damals bei der Reform von 2013 weiss der Bundesrat auch diesmal nicht, welcher Weg sinnvoll oder gar besser sein soll. Die Nichtanerkennung von Kinderehen stand für den Bundesrat nicht im Vordergrund. Ein solches System ist «nach Ansicht des Bundesrates nicht vertretbar»⁷; seine Ansicht ist, «dass die Interessenabwägung und ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Ehe bei minderjährigen Betroffenen beibehalten werden muss»⁸. Letztlich überwog aber die gegenteilige Haltung: «Die Interessenabwägung kann und soll aber künftig nur in einem sehr beschränkten Bereich überhaupt zur Anwendung kommen»; sie wird mit der Vorlage «wesentlich eingeschränkt und auf einen aus Sicht des Bundesrates aber zwingend notwendigen Bereich reduziert»⁹.

Man wird sich damit an den neuen Gesetzestext halten. Eindeutig ist die Situation für Ehen, bei denen zumindest einer der Partner beim Eheschluss das 16. Altersjahr noch nicht erreicht hat. Eine solche Ehe wird in der Schweiz nicht anerkannt, solange diese Alterslimite nicht erreicht ist (Art. 45 Abs. 3 lit. a IPRG). Vom Tag an, da diese Grenze wegfällt, wäre die Anerkennung an sich möglich, dies aber nur, wenn ihr nicht die zweite Hürde der Wirksamkeit der Ehe in der Schweiz entgegensteht. Dieser zusätzliche Verweigerungsgrund ist radikal, da er praktisch alle Ehen mit der Beteiligung mindestens eines Partners unter 18 Jahren erfasst, und das zeitlich unbegrenzt seit dem Inkrafttreten Anfang 2025. Der Wortlaut zeigt sich gnadenlos: Eine im Ausland geschlossene Ehe wird nicht anerkannt, «wenn im Zeitpunkt der Eheschliessung ein Ehegatte das 18. Altersjahr nicht vollendet hatte und wenigstens ein Ehegatte Wohnsitz in der Schweiz hatte» (lit. b). Man sieht die Lücke so gleich: Es fehlt jeder Bezug zum Alter der Ehegatten im Zeitpunkt der Beurteilung der Anerkennung.

Alle zeitlichen Tatsachenelemente beziehen sich auf den Tag der Eheschliessung (Alter, Wohnsitz). Es gibt keine Begrenzung der Nichtanerkennung der Eheschliessung gemäss einem bestimmten Altersjahr des betroffenen Ehegatten, anders als in der vorangehenden Regel betreffend den Eheschluss vor dem Erreichen des 16. Altersjahr. Haben beide Ehegatten das 18. Altersjahr erreicht, so bleibt es dabei, dass ihre Ehe nicht anerkannt wird –

bis ans Lebensende und darüber hinaus, da ja auch die Erbansprüche wegfallen. Das ist absurd, aber so stehts im Gesetz. Der Wertungswiderspruch ist auffallend im Vergleich zu den neuen Bestimmungen von Art. 105a Abs. 1 und 106 Abs. 3 ZGB, wonach die Ungültigkeitsklage nach dem 25. Altersjahr nicht mehr möglich ist. Die neue Regelung in Art. 45 Abs. 3 IPRG gründet auf dem *ordre public*, der offensichtlich ab dieser Altersgrenze nicht mehr gereizt ist. Es ist schwer verständlich, dass eine Ehe nicht anerkannt werden soll, wenn der betroffene ursprünglich minderjährige Ehegatte die Alterslimite von 25 Jahren überschritten hat, sodass ihm auch die Ungültigkeitserklärung verweigert wird. Das könnte eine Hilfe bei der Auslegung geben, abgesehen vom Art. 8 EMRK, der früher oder später mit Erfolg angerufen werden wird.

Auch wenn man die weitgehende Eingrenzung der Anerkennung öffnen wollte, so bleibt es bei der zusätzlichen Voraussetzung, dass wenigstens ein Ehegatte im Zeitpunkt der Heirat in der Schweiz Wohnsitz hatte.¹⁰ Sehr oft wird es sich dabei um Personen handeln, die nicht Schweizer Bürger sind. Art. 105a ZGB über die Ungültigkeitsklage kann so nur zum Tragen kommen, wenn beide Ehegatten damals im Ausland wohnhaft waren. Aber auch das ist keineswegs gesichert. Man hat nicht beachtet, dass Ausländern der Weg bis zur Ungültigkeitserklärung nur offensteht, wenn zumindest einer der Ehegatten im Zeitpunkt der Klage in der Schweiz wohnhaft ist (Art. 45a Abs. 1 IPRG). Damit scheiden wiederum eine beachtliche Zahl der betroffenen Eheleute vom Schutzbereich des schweizerischen Rechts aus, vor allem dann, wenn sich beide entschlossen haben, im Ausland zu leben.

Der Bundesrat hat allerdings noch eine andere Lösung vorgetragen, mit der die Hürde von Art. 45 Abs. 3 lit. b IPRG überwunden werden könnte. Sie ist zwar nicht neu, doch ist sie nun erstmals politisch relevant geworden. Eine Ehe, wie viele andere Rechtsverhältnisse des Familienrechts, gehört zum Aufenthaltsrecht der EU- oder EFTA-Angehörigen und steht damit unter dem Schutz der Garantie der Personenfreizügigkeit¹¹. Das hat zur Folge, dass für die gemäss dem EU- und dem EFTA-Übereinkommen berechtigten Personen, deren Ehe in einem EU- oder EFTA-Staat geschlossen oder anerkannt wurde, eine «einzelfallabhängige Interessenabwägung» stattfinden muss, da nur Gründe der öffentlichen Ordnung der Anerkennung entgegenstehen dürfen. Das bedeutet, dass «im Ergebnis eine Minderjährigenehe in einem

⁷ BBl 2023 2127, S. 33.

⁸ BBl 2023 2127, S. 41. Das soll bedeuten, dass bei bereits volljährigen Eheleuten, die das 25. Altersjahr noch nicht erreicht haben, von Amtes wegen ein Eheungültigkeitsverfahren stattfindet (S. 47); die Frage, ob diese Ehe überhaupt anerkannt wird, ist nicht gestellt.

⁹ BBl 2023 2127, S. 42.

¹⁰ Man wollte den «Sommerferienheiraten» einen Riegel vorschieben.

¹¹ Im Vordergrund stehen die Art. 3 und 5 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen von 1999 (FAZ; SR 0.142.112.681).

ersten Schritt zu anerkennen ist und dann dem Eheungültigkeitsverfahren nach Art. 105a ZGB zuzuführen ist»¹².

Wie diese Schutzgarantie im Eherecht praktisch umzusetzen ist, bleibt unbestimmt. Sollte es zu einem Eintrag im Personenstandsregister kommen, so ist vorab die Frage der Anerkennung, einschliesslich die «Interessenabwägung» im Einzelfall zu klären. Dafür steht mangels besonderer Ausführungsbestimmungen des FAZ nur das Verfahren der Verfügung durch die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen (Art. 32 IPRG) sowie allenfalls eine Feststellungsklage offen. Daran schliesst sich die Ungültigkeitsklage (Art. 105a ZGB) an, sofern dafür ein Interesse besteht. In der Praxis wird dieses doppelspurige Vorgehen von geringer Bedeutung sein, da Ausländer ihren Zivilstand auch auf der Grundlage ihrer Heimatdokumente nachweisen können.

III. Keine ausländischen eingetragenen Partnerschaften?

Im Zusammenhang mit der Vorlage über die «Ehe für alle» ist der Zugang zur Regelung der eingetragenen Partnerschaft geschlossen worden. Das versteht sich. Der gleiche Schritt ist im Jahr 1973 betreffend die einfachen Adoptionen vollzogen worden, die seither nicht mehr neu begründet werden konnten. Es stellt sich damit wie damals die gleiche Frage: Können nach dem 1. Juli 2022 im Ausland eingetragene Partnerschaften in der Schweiz anerkannt werden? Der parlamentarische Bericht zur Reform ist konfus: Einmal heisst es, dass nach diesem Datum im Ausland begründete Partnerschaften in der Schweiz weiterhin «als solche» anerkannt werden, während zum andern festgestellt wird, dass das schweizerische Recht für solche Partnerschaften keine Regeln mehr kennt, «sodass in diesen Fällen das Eherecht des ZGB zur Anwendung kommt»¹³. Was soll gelten? Will man ausländische Partnerschaften automatisch (ohne die Betroffenen um ihre Meinung zu fragen) in Ehen konvertieren, oder belässt man es bei der Anwendung des bisherigen Rechts? Die erste Lösung verletzt offensichtlich den Willen der Betroffenen (findet sich aber implizit in Art. 75n ZStV), während die zweite Antwort der parallelen Regel in Art. 78 Abs. 2 entspricht. Bis diese Frage geklärt ist, werden in der Praxis Komplikationen und Kosten anfallen, die die betroffenen Paare selbst tragen müssen. Macht das Sinn?

IV. Kinder als Opfer ärztlicher Geschlechtsmanipulation?

Die Ausgangslage in der Schweiz ist dramatisch: Das Bundesgericht ist der Meinung, dass es nur männliche und weibliche Kinder geben könne,¹⁴ und der Bundesrat hat einen Bericht erlassen, wonach die Anpassung zu einer solchen Binarität aufgrund ärztlicher Feststellungen bei jedem Neugeborenen vollzogen werden muss; die Meinung der Eltern wird nicht erwähnt.¹⁵ Das bedeutet, dass bei einer unklaren geschlechtlichen Situation des Neugeborenen eine chirurgische oder hormonelle Korrektur erfolgen muss. Diese Haltung gilt auch für die auf den 1. August 2024 aufdatierten Weisungen des Eidg. Zivilstandsamtes betreffend die Änderung des im Personenstandsregister eingetragenen Geschlechts (Ziff. 3.2; 7). Die ganze Problematik soll im Rahmen der Arbeiten an der Motion Nr. 23.3501 neu beurteilt werden. Von der am 25. Mai 2022 datierten Stellungnahme des Bundesrates zur vorangehenden Motion Nr. 23.3355 will niemand noch etwas wissen. Da wurde festgestellt, dass bei Kindern mit «Varianten der Geschlechtsentwicklung» (DSD) «nach heute schweizweit gängiger Praxis auf chirurgische und hormonelle Massnahmen» verzichtet wird, bis das Kind die nötige Urteilsfähigkeit besitzt, um diese Entscheidungen selbst zu treffen. Die Eltern können das Kind diesbezüglich nicht vertreten.

Auf der internationalen Ebene steht die Schweiz damit schlecht da. In seiner Entscheidung vom 7. Juli 2023 hat der Menschenrechtsrat der UNO die Empfehlungen der mit der periodischen Berichterstattung befassten Arbeitsgruppe vom 23. Januar 2023 gutgeheissen.¹⁶ Der Schweiz wurde deutlich angeraten, chirurgische oder andere invasive oder unwiderrufliche Eingriffe bei Kindern mit Variationen ihrer geschlechtlichen Entwicklung zu verbieten oder zumindest so lange zu verschieben, bis das Kind in der Lage ist, selbst an den Entscheidungen teilzunehmen und einem Eingriff aufgeklärt («éclairé») zustimmen (Ziff. 39.291/294) kann. Die Schweizer Delegation war angefragt, dazu Stellung zu nehmen.¹⁷ Sie hat diese und ähnliche weitere Empfehlungen nicht etwa akzeptiert, sondern lediglich zur Kenntnis genommen («notée»). Immerhin hat sie einem anderen Rat zugestimmt, wonach positive Massnahmen ergriffen werden sollen, damit Personen mit Variationen ihrer geschlechtlichen Entwicklung im Sinne ihrer persönlichen Autonomie und ihrer Menschenwürde anerkannt werden (Ziff. 39.297).

¹⁴ BGE 150 III 34 ff.

¹⁵ Bericht des Bundesrats vom 21. Dezember 2022 (Ziff. 2.1).

¹⁶ A/HRC/DEC/78/53, n° 53/109, p. 315.

¹⁷ Darüber der Bericht vom 9. Juni 2023 (A/HCR/53/12/Add.1). 30 Delegationsmitglieder haben mitgewirkt.

¹² BBI 2023 2127, S. 65–67.

¹³ BBI 2019 S. 8636.

Man hat sich am Widerspruch nicht gestört: Die Menschenwürde und das Wohl des Kindes werden ja nicht geschützt, wenn man gleichzeitig chirurgische und andere gewaltsame Eingriffe im Geschlechtsbereich des Kindes nicht verhindern will.

Die gleichen Bedenken sind bereits am 26. Januar 2015 vom UNO-Komitee über die Rechte des Kindes geäussert worden.¹⁸

Auch das Komitee gegen die Folter, das die Anwendung der entsprechenden Konvention durch die Mitgliedstaaten überwacht, hat sich zur schweizerischen Praxis am 24. Juli 2023¹⁹ mit wiederholter Beunruhigung geäussert, unter Hinweis auf chirurgische Eingriffe an Neugeborenen mit unbestimmtem Geschlecht («intersexes»), die ohne deren Zustimmung vorgenommen werden, im Bewusstsein, dass damit den betroffenen Kindern langfristige physische und psychische Qualen aufgebürdet werden, ohne dass dabei die erforderlichen Untersuchungen vorgenommen und den Opfern Entschädigungen zugesprochen würden (Ziff. 37). Das Komitee empfahl der Schweiz, detaillierte Massnahmen zu treffen, um solche Missstände in Zukunft zu vermeiden (Ziff. 38).

Die Arbeiten im Hinblick auf die Motion Nr. 23.3501 würden die Gelegenheit bieten, darauf näher einzugehen. Das Bundesamt für Justiz hat es vorgezogen, dieser Beurteilung vorzuzukommen, wohl wissend, dass eine solches einseitiges Vorpreschen zur Konfusion beiträgt, womit die Würde der Kinder nochmals zum Spielball der Verwaltung wird. Am 11. November 2024 sind zwei Änderungen in Art. 8 und 35a der Zivilstandsverordnung (ZStV) in Kraft getreten.²⁰

Der konsultierte Arzt kann ein Zeugnis ausstellen, dass sich das Geschlecht eines Neugeborenen nicht eindeutig feststellen lässt (Art. 35a Abs. 1). Es findet somit innerhalb der bisher massgebenden Frist von drei Tagen kein Eintrag des Geschlechts statt. Das gilt aber nur für die ersten 30 Tage, denn innerhalb dieses Zeitfensters sollen die Eltern den Eintrag des Geschlechts nachmelden (Abs. 2), dessen Beurkundung alsdann von der Aufsichtsbehörde angeordnet wird (Abs. 3). Das Absurde an dieser Regel ist, dass nach 30 Tagen und darüber hinaus die ärztliche Bescheinigung, dass sich das Geschlecht nicht bestimmen lasse, immer noch gilt. Man hat nicht daran gedacht, dass die Eltern über keine gesetzliche Gewalt verfügen, um dermassen in das höchst persönliche Recht des Kindes einzugreifen. Sie können dazu auch nicht gezwungen werden, obwohl es wahrscheinlich Zivilstandsbeamte geben wird, die mit der Androhung von Bussen operieren werden (Art. 91 ZStV).

In der Praxis wird es oft dazu kommen, dass die Nachmeldung des Geschlechts erst später erfolgt, in der Regel im Rahmen der Pubertät, auch wenn das nicht die Absicht der Autoren dieser abstrusen Regelung war (Abs. 3). Was nach Ablauf der Frist von 30 Tagen geschehen soll, wenn das Geschlecht immer noch nicht feststeht, sagt die Verordnung nicht. Es scheint die Meinung gewesen sein, dass dann ein chirurgischer Eingriff erfolgen soll.²¹ Für einen solchen Eingriff gibt es indessen weder im Gesetz noch in der Zivilstandsverordnung eine Grundlage. Dem Eidg. Zivilstandsamt dient die neue Regelung zur Druckausübung gegenüber den Eltern ohne Rücksicht auf das Kindeswohl. Wie will man die Eltern veranlassen, ihr Kind zurück in die Klinik zu bringen?

Jedenfalls lässt sich zumindest festhalten, dass der Bundesrat auf dem Weg der Anpassung der Zivilstandsverordnung seine eigene starre Haltung im Bericht vom 21. Dezember 2022 selbst abgeschwächt hat. Die mehr als deutliche Anmahnung von drei verschiedenen UNO-Organen bleibt unbeachtet. Man lässt sich auch nicht von der bundesgerichtlichen Haltung beeindrucken, dass die Empfehlungen internationaler Organisationen, in deren Tätigkeitsbereich internationale Verträge fallen, zumindest als Hilfe bei der Auslegung zu beachten sind («soft law»)²².

Die Erläuterungen zur Neufassung von Art. 8 lit. b ZStV halten fest, dass man sich an den Entscheid des Bundesgerichts halten wolle, wonach eine Person nur als entweder weiblich oder männlich erfasst werden kann.²³ Der Text sagt allerdings nicht, dass das zwingend so sei. Wie das bei vielen anderen Eintragungen gemäss Art. 8 der Fall ist, kann man die neue Bestimmung auch so verstehen, dass keine Eintragung erfolgt, wenn weder die eine noch die andere Geschlechtsangabe zutrifft.

V. Leihmütterkinder mit zwei Müttern?

Es schien, als habe man das Los der Leihmütterkinder für einige Zeit auf Eis gelegt. Das Bundesgericht liess den Grundsatz *mater semper certa est* vorangehen, mit der Folge, dass die Leihmutter als Mutter gelten soll, bis es allenfalls zur Adoption durch die Wunschmutter kommt.²⁴ Entsprechend soll die Leihmutter im Personenstandsregister eingetragen werden (Art. 8 lit. g ZStV). Es handelt sich

¹⁸ CRC/C/CHE/CO/2-4, § 42.

¹⁹ CAT/C/CHE/CO/8, 11. 12. 2023.

²⁰ AS 2024 335.

²¹ Änderung der Zivilstandsverordnung, Erläuternder Bericht zur Revision vom 26. Juni 2024, Ziff. 4.9, S. 25 f.

²² BGE 144 II 130 ff., 140 ; 146 III 225 ff., 231–233.

²³ BGE 150 III 34 ff.; Erläuternder Bericht zur Revision vom 26. Juni 2024, Ziff. 4.3, S. 17.

²⁴ BGE 148 III 245 ff., 384 ff.

indessen um eine Vermutung, die auf der Eispende beruht. Der Begriff «Mutter» schliesst eine Beziehung zum Kind ein, im Sinne einer «Abstammung». Gemäss dem neu eingeführten Buchstaben j von Art. 8a ZStV werden im Personenstandsregister auch «Daten geführt», die «Angaben zur genetischen und biologischen Abstammung eines Kindes» betreffen. Das gilt in erster Linie für Kinder, die «im Rahmen einer Leihmutterschaft» gezeugt worden sind, sofern sie «nicht bereits in den Abstammungsangaben (Art. 8 Bst. g) erfasst sind». Der Unterschied, auf den man in Zivilstandskreisen Wert legt, besteht darin, dass diese Daten über die Abstammung des Kindes «nicht als beurkundet gelten» (Ingress zu Art. 8a); es handle sich um «Hilfsdaten»²⁵. Das kann schon sprachlich nicht richtig sein, denn das Gesetz schreibt in Art. 39 ZGB vor, dass der Personenstand «beurkundet» wird (39 Abs. 1) und dass dazu die «Abstammung» gehört (Abs. 2 Ziff. 2). Entsprechend heisst es in Art. 7 ZStV, dass das «Kindesverhältnis» ein Gegenstand des Personenstands darstellt, der zu beurkunden ist.²⁶

Die Eintragung über die Abstammung gemäss Art. 8a lit. j gehört damit zum beurkundeten Personenstand, auch wenn der Ingress – ohne Beachtung von Art. 39 ZGB und Art. 7 ZStV – das Gegenteil aussagt. Das Kind wird somit im Personenstandsregister mit zwei Müttern eingetragen: die Leihmutter (Art. 8 lit. g) und die genetische und biologische Mutter (Art. 8a lit. j). Zu einer solchen doppelten Mutterschaft kommt es aber nur kurzfristig.²⁷ Sobald die genetische und biologische Mutterschaft feststeht, wird die Vermutung der mütterlichen Abstammung der gebärenden Mutter widerlegt. Der Eintrag der Mutterschaft gemäss Art. 8a lit. j wechselt dann zum Eintrag nach Art. 8 lit. g; der ursprüngliche Eintrag der gebärenden Mutter ist zu löschen bzw. zu bereinigen. Bis sich die Praxis entsprechend eingespielt hat, wird es wohl noch einige Zeit dauern. Besonders interessant ist immerhin, dass sich der Bundesrat entschieden hat, die genetische und biologische Abstammung des durch die Leihmutter geborenen Kindes rechtlich anzuerkennen, auch wenn man anfänglich von der Idee ausging, dass dieses Kind nicht von der Beweisvermutung nach Art. 9 ZGB profitiert.²⁸ Allerdings trifft auch das nicht zu. Die Beweiskraft nach Art. 9 ZGB erfasst alle «Tatsachen», die in öffentli-

chen Registern bezeugt sind. Es gibt keinen Unterschied danach, ob solche Tatsachen als «beurkundet» qualifiziert werden oder nicht. Die Verordnung kann den gesetzlich umschriebenen Umfang der Beurkundung nicht einschränken.

VI. Verachtung aller Auslandsadoptionen?

Ein Hammerschlag aus dem Nichts: Der Bundesrat will keine Adoptionen von Kindern aus dem Ausland mehr und hat diesen Entschluss in den Medien am 29. Januar 2025 weit verbreitet. Er stützt sich dafür auf den Bericht einer Expertengruppe vom 27. Juni 2024, die diese Lösung als alternative Option vorschlug, ohne deren Bedingungen und Auswirkungen zu untersuchen.²⁹ Der Bericht erarbeitete in grosser Länge ein Szenario, das es erlauben würde, dass sich die in den Jahren 1970 bis 1990 aufgetretenen Nachlässigkeiten nicht mehr wiederholen würden. Schon im Ansatz sind die Experten unsorgfältig vorgegangen. Man hat jene Fälle aus der Vergangenheit untersucht, ohne auch die seither gehandhabte Praxis zu analysieren.³⁰ Es hiess, dass es für die Jahre ab 1990 keine greifbaren Unterlagen gebe.³¹ Das ist doppelt unzutreffend. Diese Unterlagen gibt es, und es wäre zumindest angemessen gewesen, zu bemerken, dass das UNO-Komitee über die Rechte des Kindes bereits im Jahr 2015 der Schweiz angeraten hat, statistische Angaben systematisch zu erfassen und nach Alter, Geschlecht und Herkunft einzuordnen.³² Die Experten haben das nicht bemerkt. Noch bedenklicher ist, dass die Experten nicht berücksichtigt haben, dass sich die Praxis in der Schweiz seit dem Inkrafttreten des Haager Abkommens von 1993 ab dem Jahr 2003 ganz anders als früher entwickelt hat, weshalb die Schlüsse, die für die Zukunft aus den Fällen aus den Jahren vor 1990 gezogen wurden, ohne jede Grundlage dastehen.³³ Es heisst, es solle eine Liste aller akkreditierten Staaten erstellt werden, die alle fünf Jahre neu überprüft werden müsse.³⁴ Das würde zur Folge haben,

²⁵ Erläuternder Bericht zur Revision vom 26. Juni 2024, Ziff. 4.3, S. 17.

²⁶ Gemäss Art. 48 ZGB regelt der Bundesrat in den Ausführungsverordnungen die «einzutragenden Angaben» (Abs. 2 lit. a); eine Kategorie von «geführten Daten», die nicht eingetragen sind, gibt es nicht.

²⁷ Der Begriff der «doppelten Mutterschaft» ist nicht aus der Luft gegriffen. Die Bundesverwaltung hat ja im Zusammenhang mit Art. 255a ZGB auch den Begriff der «Zweitmutter» geschaffen. Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision vom 26. Juni 2024, Ziff. 4.8, S. 24.

²⁸ Erläuternder Bericht, Ziff. 4.3, S. 17.

²⁹ Expertengruppe «Internationale Adoption», Schlussbericht, S. 6, 90.

³⁰ Schlussbericht, S. 26, 35.

³¹ Schlussbericht, S. 35 f.

³² Kommentare vom 26. 2. 2015, CRC/C/CHE/CO/2–4, § 51.

³³ Die betroffenen Kinder und Familien sind nicht um ihre Erfahrungen befragt worden. Gleich ist mangels Instruktionen des Bundesamts für Justiz als Auftraggeber bei der in der Petition Nr. 20.4448 (Feri) angeregten Untersuchung der Praxis zu den Kindesentführungen verfahren worden. Das Büro Vatter hat eine Menge Interviews mit Richtern, Anwälten und anderen Berufsleuten geführt, ohne auch nur ein einziges Kind oder dessen Familie anzusprechen. Damit wurden jüngere kritische Urteile von der Untersuchung ausgeschlossen, was dem ganzen Aufwand wenig Wert belässt (Kosten: Fr. 120'000.–).

³⁴ Schlussbericht, S. 37–42, 91 f.

dass die mehr als 100 Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens regelmässig eine Prüfung ihrer Adoptionspraxis durchlaufen müssten. Die Experten schlagen als Teil eines «Paradigmenwechsels» vor, dass keine Adoptionen aus Nicht-Vertragsstaaten zugelassen werden sollten,³⁵ ohne zu bemerken, dass es in Anbetracht der grossen Zahl der Staaten, die dem Haager System folgen, nur wenige solche Staaten gibt und dass der mit grossem Aufwand ausgearbeitete Vorschlag ja bereits im erwähnten Bericht des UNO-Komitees enthalten ist.³⁶ Die Experten haben die materiellen und politischen Hindernisse einer solchen Untersuchungstätigkeit schweizerischer Beamter im Ausland nicht beurteilt.³⁷ Sie haben nicht beachtet, dass es bereits mehrere entsprechende Weisungen gibt.³⁸ Die Vorschläge sind dermassen schwerfällig, dass der Bundesrat keine andere Wahl hatte, als sich mit dem Alternativszenario zu begnügen, womit sich zumindest teilweise das Budget der Expertengruppe (Fr. 188'200.–) rechtfertigen liesse.

Die alternative Option, die der Bundesrat übernommen hat, wird wohl nur für kurze Zeit überleben. Es wäre zuerst das Haager Übereinkommen genauer zu beurteilen, insbesondere die Schutzklausel von Art. 17, mit der die in der Schweiz geäusserten Bedenken weitgehend berücksichtigt werden können. Die Experten des Bundes haben diese Bestimmung nicht bemerkt. Eigentlich hätte man ja auch die Schweizer Delegation an der Haager Konferenz in 1993 begrüssen können, die den Reputationsschaden für die Schweiz aus Erfahrung beurteilen könnte, sollte die Schweiz vom Übereinkommen als einziger Staat der Welt zurücktreten wollen. Mit seinem Entscheid hat der Bundesrat auch nicht in Betracht gezogen, dass die von den Experten aufgegriffenen Ideen zunächst im Rahmen der laufenden Arbeiten der Haager Konferenz eingebracht werden könnten.

Keine Gedanken wurden darüber ausgetauscht, dass der Verzicht auf die Adoption von Kindern aus dem Ausland mit parallelen Rechtsinstituten in Konflikt geraten könnte, die nicht vom bundesrechtlichen Verdikt gegenüber den Adoptionen getroffen werden. Man will nichts mehr von Adoptionen wissen, doch wird die Möglichkeit der Anerkennung der *kafala* aus dem islamischen Rechtskreis beibehalten.³⁹ Man kann sich auch vorstellen, dass Kin-

der aus dem Ausland, die dort zur Adoption freigegeben wurden, zunächst in der Schweiz zur Pflege aufgenommen werden, um dann erst später «innerschweizerisch» adoptiert zu werden. An die Aufnahme im Rahmen einer «sozialen Elternschaft» gemäss der noch in Entwicklung befindlichen Rechtsprechung hat man nicht gedacht.⁴⁰ Eigenartig erscheint auch die Idee, ausländische Adoptionen zu stoppen, während die Experten keine Bedenken gegenüber Art. 78 IPRG geäussert haben,⁴¹ auf dessen Grundlage die Anerkennung solcher Adoptionen zu regeln wäre, wenn die Schweiz aus dem Haager Übereinkommen (ganz oder teilweise) ausscheiden sollte. Der Schutz der Familie nach Art. 8 EMRK und im Rahmen der Personenfreizügigkeit hat die Experten nicht beschäftigt. Wie da noch die Adoption von Flüchtlingskindern möglich bleiben kann, weiss man auch nicht.

VII. Rechtshilfe im Schatten der Behörden?

Kleine Fehler überleben länger als grössere, mögen sie noch so grotesk sein: Während Jahren gehörte es zur Schweizer Eigenheit, dass man keine Rechtsakte aus dem Ausland entgegennehmen will, wenn sie per Post übermittelt werden. Das verstösst gegen die schweizerische Souveränität, auch wenn an der qualitativen Arbeit der Post keine Zweifel möglich sind. So widersetzt sich die Schweiz der postalischen Zustellung im Rahmen des Haager Übereinkommens über die Zustellung in Zivil oder Handelssachen von 1965.⁴² Das Gegenteil gilt für die an sich von der Souveränität her gesehen heiklere Materie der Verwaltungsverfahren: Beim Europäischen Übereinkommen über die Zustellung in Verwaltungssachen von 1977, das am 1. Oktober 2019 in Kraft getreten ist, hat die Schweiz der postalischen Zustellung ausdrücklich zugestimmt.⁴³ So wird es wohl noch während Jahren bleiben, weil das niemanden interessiert.

Ganz anders wird es bei der bisher noch unauffällig aufgegleiten Revision von Art. 11 IPRG sein. Am Anfang stand eine Motion, mit der die Handhabung von Videokonferenzen mit dem Ausland erleichtert werden sollte.⁴⁴ Die entsprechende Erwei-

³⁵ Schlussbericht, S. 4/5, 28.

³⁶ Zit. Kommentar, § 50.

³⁷ Man stelle sich vor: Die Experten wollen die ausländischen Staaten alle fünf Jahre untersuchen, obwohl sie feststellen, dass es in der Schweiz seit 30 Jahren keine entsprechenden Unterlagen gibt. Der Gedanke, dass man im Ausland die Idee des Gegenrechts äussern könnte, wird nicht angesprochen.

³⁸ Vgl. zum Beispiel Haiti: BGE 5A_333/2024, vom 13. Februar 2025.

³⁹ Art. 33 der Haager Übereinkunft über den Schutz von Kindern von 1996.

⁴⁰ Vgl. BGE 147 III 209 ff., 212–214; BGE 1. 5. 2024, 5A_76/2024, Erw. 4; BGE 16. 1. 2025, 5A_74/2024, Erw. 8.2.

⁴¹ Die Art. 75–78 IPRG seien «unkritisch»: Schlussbericht, S. 72. Immerhin soll die Zuständigkeit des Heimatstaats gestrichen und die Anerkennung von Adoptionen aus dem Wohnsitzstaat der Eltern durch einen «Mechanismus» ergänzt werden (S. 95). Folgt man dem Szenario der Experten, wäre die Adoption von Kindern aus der Ukraine nicht mehr möglich, während die Adoption von ukrainischen Waisenkindern durch russische Eltern anzuerkennen wäre.

⁴² SR 0.274.131, Vorbehalt zu Art. 10 lit. a.

⁴³ SR 0.176.030.5, Art. 11.

⁴⁴ Nr. 20.4266.

terung war allerdings im Rahmen der Praxis zum Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen von 1970⁴⁵ ohnehin schon akzeptiert. Der Bundesrat hat den Gedanken ausgeweitet und eine neue Schweizer Position in der internationalen Rechtshilfe vorgelegt, die demnächst in Kraft tritt.⁴⁶

Bisher war die Schweiz in ihrer Haltung strikt, dass die Beweisaufnahme auf der Grundlage eines ausländischen Begehrens ausschliesslich nach diesem Übereinkommen zulässig war. Die Erklärung Nr. 1 im Anhang zum Übereinkommen liess in dieser Hinsicht keine Zweifel aufkommen. Daran will sich der Bundesrat nicht mehr halten, obwohl diese Erklärung diesbezüglich nicht geändert wird. Es soll nur eine Neufassung von Ziffer 5 geben, was insofern unschön ist, als diese neue Version Lockerungen aufzeigt, die mit allen übrigen Teilen der Schweizer Erklärung nicht übereinstimmen. Nach dem neuen Abs. 2 des Art. 11 IPRG kann eine Prozesspartei «unmittelbar» zur Übermittlung von Eingaben oder Beweismitteln aufgefordert werden, wenn ihr diese Instruktion auf dem Rechtshilfeweg zugestellt wurde. Es wird somit auf die vorgängige Bewilligung durch die Schweizer Behörden verzichtet. Diese Lockerung wird noch durch eine weitere Öffnung erweitert. Wenn die betroffene Partei über ein Zustellungsdomizil im Ausland verfügt, in der Regel bei ihrem Vertreter im Land, wo der Prozess geführt wird, so handelt es sich nicht um eine hoheitliche Handlung in der Schweiz, weshalb die Beachtung des Rechtshilfewegs ganz entfällt.⁴⁷ Das Haager Übereinkommen von 1965 über die Zustellung im Ausland in Zivil- und Handelssachen kommt nicht zur Anwendung;⁴⁸ die Zustellung erfolgt nicht durch die Schweizer Behörden. Dieser direkte Weg der Zustellung gilt auch dann, wenn dem ausländischen Vertreter ein Rechtshilfeersuchen übermittelt wird, das ein «pre-trial discovery of documents» zum Gegenstand hat, für das nach der Ziffer 6 der Schweizer Erklärung verschiedene Bedingungen erfüllt sein müssen, deren Kontrolle weder beim Eingang des Gesuchs in der Schweiz noch bei der Übermittlung der Dokumente ins Ausland durch eine Schweizer Behörde vorgenommen werden kann, da sie schlicht nicht darüber informiert sein

wird. Im Ergebnis werden die schweizerischen Parteien den oft sehr umfassenden US-Discovery-Begehren schutzlos gegenüberstehen. Diese Praxisänderung ist für die Prozessführung mit den USA von ganz erheblicher Bedeutung. Erstaunlich ist auch, dass sie jetzt erfolgt, wenn die Schweizerische Eidgenossenschaft sich im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der Kreditanstalt vor den Zivilgerichten in den USA verteidigen muss.

Ähnlich verhält es sich bei elektronischen Mitteln der Ton- oder Bildübertragung zum Zweck der Teilnahme an einem Verfahren im Ausland (Abs. 3). Die Bestimmungen der Art. 15–22 der Haager Beweisaufnahmekonvention von 1970 sind nicht direkt anwendbar, sondern nur «sinngemäss». Die neue Schweizer Erklärung unter Ziffer 5 bezieht sich nur auf die Art. 15–17. Sie enthält eine längere Liste von Voraussetzungen formeller und materieller Natur, verlangt aber keine behördliche Genehmigung.⁴⁹ Eigenartigerweise ist eine Telefon- oder Videokonferenz möglich, wobei die Übertragung durch Ton oder Bild stattfindet. Anders heisst es in Art. 170a ZPO, es handle sich um eine «Ton- und Bildübertragung», was ein blosses Telefonat ausschliesst. Im EU-Raum wird das Telefongespräch abgelehnt; es ist nur von Videokonferenz die Rede, womit eine bildliche und mündliche Interaktion gemeint ist.⁵⁰ Hätte man sich da nicht zu mehr Harmonie aufrufen können?

Diese kurzen Hinweise sind deutlich genug, um zu verstehen, dass die Arbeit der Bundesverwaltung und des Parlaments in manchen Bereichen vermehrt durch Sachverstand gefördert werden sollte. Es darf nicht sein, dass Botschaften des Bundesrates vorgelegt werden, die gleich mehrfach widersprüchlich sind. Die Rechtskommissionen der Eidgenössischen Räte sollten sich in vertiefter Weise bewusst sein, dass sich ihre Funktion nicht darin erschöpft, bundesrätliche Vorlagen durchzuwinken, oft mit dem Nachschub der von der Verwaltung vorbestimmten Experten, die keine offenen Debatten erlauben. Internationale Rechtsentwicklungen, die auch von der Schweizer Vertretung getragen wurden, sind zumindest zur Kenntnis zu nehmen. Die politische Auseinandersetzung muss mit der erforderlichen Gründlichkeit gepflegt werden.

⁴⁵ SR 0.274.132.

⁴⁶ BBl 2025 24.

⁴⁷ BBl 2024 792, S. 21.

⁴⁸ SR 0.274.131.

⁴⁹ BBl 2024 792, S. 12.

⁵⁰ EU-Verordnung über die Digitalisierung der justiziellen Zusammenarbeit vom 13. Dezember 2023, ABiL 2023/2844, Art. 2 Ziff. 6.4.