

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 141 (2022)

Artikel: Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch

Autor: Fankhauser, Roland

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1052950>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 27.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

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

A.	Einleitende Bemerkungen	8
B.	Die Schweiz und die EMRK	10
I.	Der Beitritt der Schweiz zur EMRK	10
II.	Das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz	12
III.	Die dynamische Auslegung und die Kritik daran	15
C.	Variationen der Auswirkungen der EMRK	17
I.	Einleitende Bemerkungen	17
II.	Zu den einzelnen Erscheinungsformen der Auswirkungen	18
1.	Auswirkungen auf den Gesetzgeber	18
2.	Auswirkungen auf die Rechtsprechung	19
3.	Rezeption in der Lehre	19
D.	Der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB	20
I.	Einleitende Bemerkungen und Übersicht	20
II.	Personenrecht	20
1.	Persönlichkeitsrecht/Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	20
2.	Geschlechtsänderung	22
a.	Ausgangslage/Entwicklung in der Schweiz	22
b.	Rechtsprechung des EGMR und Auswirkungen in der Schweiz	25
c.	Fazit	28
3.	Vereinsrecht	28
III.	Familienrecht	31
1.	Eheschliessungsrecht	31
a.	Wartezeit nach der Scheidung für den schuldhaften Ehegatten (Art. 150 aZGB)	31
b.	Wartezeit von 300 Tagen für Frauen (Art. 103 aZGB)	34
c.	Absolutes Eheverbot für Geistesranke (Art. 97 Abs. 2 aZGB)	35
d.	Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschliessung (Art. 99 Abs. 1 aZGB/Art. 94 Abs. 2 aZGB)	36
e.	Eheverbot bei Stiefkindverhältnissen	37
f.	Fazit	38
2.	Familiennamensrecht	40
a.	Ausgangslage	40
b.	Der Fall Burghartz	41
c.	Auswirkungen in der Schweiz	43
d.	Fazit	47
3.	Abstammungsrecht	48
4.	Adoptionsrecht	49
a.	Allgemeines	49
b.	Der Entscheid Emonet	50
c.	Weitere beeinflussende Entscheide des EGMR	52
d.	Ehe für alle	55
e.	Fazit	56
5.	Reproduktionsmedizin	57
a.	Einleitende Bemerkungen	57
b.	Entwicklung in der Schweiz	58
c.	Zukünftige Entwicklung	60
d.	Fazit	61
6.	Erwachsenenschutzrecht/Vormundschaftsrecht	62

IV. Erbrecht	67
V. Sachenrecht	68
E. Versuch einer Gesamtanalyse in Form von Thesen	69
Literatur	73

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, ergeben.² Seit Jahren sind zudem Vorwürfe von EMRK-Verletzungen im Umgang mit Geflüchteten, insbesondere bezüglich illegaler Push-backs, Misshandlungen und unmenschlicher 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 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 internationa-

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.

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.

len 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 sein,⁵ zwar miteinbezogen werden, letztlich die Betrachtung aber punktuell ist. Aus Ressourcengründen muss ferner der Bereich des Zivilprozessrechts ausgeklammert bleiben, wobei vereinzelt auch 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 wird. Der Rückblick soll zu einem Verständnis führen, wie sich Auswirkungen der EMRK auf das Zivilrecht zeigen, eine Grundlage zur Bewertung dieses Prozesses schaffen 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 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

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.

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 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 Ausnahmegestimmungen (Art. 51 und Art. 52 aBV, sog. *Jesuitenartikel* und Klosterneugründungsverbot) und die Bestimmungen zu den fürsorgerischen Zwangsmassnahmen verstießen 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

8 Vgl. dazu ausführlich KLEY/SIGRIST, 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 AB 1962 N 684.

14 AB 1962 N 689.

15 AB 1962 N 690.

16 KLEY/SIGRIST, S. 35.

17 BBl 1968 II 1057.

erwog er, dass es sich bei der Konvention um einen völkerrechtlichen Vertrag handle, 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 diene 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 1974 in Kraft.²⁶ Weil die schweizerische Rechtsordnung dem Konventionsstandard nicht genügte,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 an-

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 HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, S. 35.

25 BBl 1974 I 1035, 1035.

26 AS 1974 2151.

27 HERTIG RANDALL, S. 121 f.

28 KLEY/SIGRIST, S. 46 f.

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

30 AEMISEGGER, S. 202.

zuwenden.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 beeilt sich 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

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

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

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), BBl 2015 357, 408.

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

35 Bericht 40 Jahre EMRK, BBl 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.

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

37 <<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>>; SCHEIDEGGER, S. 295.

38 <<https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>>; SCHEIDEGGER, S. 296.

39 SCHEIDEGGER, S. 305.

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 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

40 SCHEIDEGGER, S. 305.

41 SR 173.110; vormalig Art. 143 aOG; zur Praxis des Bundesgerichts bei diesem Revisionsgrund ausführlich BIEDERMANN, S. 31 ff.; zur Änderung von Art. 122 BGG, damit auch gütliche Einigungen vor dem EGMR zur Revision des Urteils des Bundesgerichts führen können, siehe BBl 2021 2319.

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; vgl. zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung bzw. Interpretation des EGMR vom 11. März 2014 (Nr. 52067/10) *Moor Howald u.a. gegen die Schweiz* in BGE 146 III 25 E. 8.

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. D III. 2.

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.

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 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. 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 (nur) bis 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 eher von beschränktem Ausmass ist. 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 Ak-

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 ferner 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.

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 wären sicherlich auch Attribute, die jedem Gesetzgebungsorgan gut anstehen würden.

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.

teur zu sein, statt die EGMR-Rechtsprechung gleichsam als legislatorischen 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.

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 Indem 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 sensi-

62 BIAGGINI, LeGes 2010, S. 309, 316.

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/WYTTEBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75.

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

ble 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 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 kurzfristig 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

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.

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 Bundesrichter 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.

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 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, dass 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 (bzw. dynamische) 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

78 IntKomm EMRK-HILPOLD, Präambel N 3.

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, viel-

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 jeweiligen Vertragsstaat betreffen. Ein Handeln des Gesetzgebers, weil ein anderer Vertragsstaat verurteilt wurde, dessen Rechtsordnung im betreffenden Bereich gleich oder ähnlich ausgestaltet ist, wird nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls als reaktiv bezeichnet.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 EGMR-Rechtsprechung gleichsam einem legislatorischen Trend-Barometer

leicht sogar menschlichen Reflex zu entspringen, als ja nicht beeinflusst 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 Fall als verkürzter 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 gerade noch fordert, siehe oben B. II.

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.

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

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 beinhalten- den Juristinnen- und Juristenausbildung angesprochen, die ebenfalls ein bedeutsamer Aspekt des Umsetzungsprozesses darstellt, THURNHERR, S. 382.

96 THURNHERR, S. 384.

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 aufscheinende 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 hatte. 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 hat und wie diese Vorgänge zu bewerten sind.

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*

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

98 Zukünftige Revisionen können nur punktuell angesprochen werden.

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

*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 wies allerdings auch darauf hin, dass seine Rechtsprechung dieses Recht 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 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 über den Bereich des Fortpflanzungsmedizinrechts ausstrahlende Wirkungsmacht zeigte sich einerseits darin, dass bereits zwei Jahre später auch für das Adoptivkind mit Art. 268c aZGB ein Art. 27 FMedG nachgebildetes

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.

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

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 zugehören. 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 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 Erfor-

110 AS 2002 3988; der Zusammenhang erschliesst sich bereits aus der Botschaft Fortpflanzungsmedizinengesetz, 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.

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 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 Gan-

dernis 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 Rechtsauskunft 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 erfreulicherweise von den Gerichten so übernommen wurde.¹¹⁸ Zu einer Gelegenheit, diese Praxis höchststrichterlich 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 Auf-

zen 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; BVerfGE 128, 109.

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.

wands 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 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

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 Synthesericht 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.

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.

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 einer rechtlichen Anerkennung des Geschlechts der transsexuellen Person nach einer Geschlechtsumwandlung ab. Dementsprechend beliess 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

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.

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.

und die bisherige Rechtsprechung betreffend den Ermessensspielraum und die Handlungspflicht der Mitgliedstaaten relativiert. Frankreich verweigerte nach einer Geschlechtsumwandlung einen Anspruch auf Änderung des Vornamens und der Identitätspapiere. 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 müssten.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 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

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.

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.

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 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, wo das Verhältnis zum europäischen Recht zu erläutern ist, 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

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.

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 sich auf BVerfGE 147, 1 (2019/16) vom 10. Oktober 2017 beziehend, 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.

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 können, 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 war.¹⁵⁶ 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.

3. Vereinsrecht

Zu einer Verurteilung der Schweiz kam es in jüngerer Zeit im Vereinsrecht.¹⁵⁷ Der Verein Rhino¹⁵⁸ bezweckte gemäss seinen Statuten u.a. 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 widerrechtlichen Zwecks – ein

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.

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

158 Das Akronym RHINO soll gemäss BGE 133 III 593 bzw. Pra 2008 Nr. 53 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»).

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 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 Angelegenheit.¹⁶⁴ 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

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).

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.

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 eine Revision geboten sein könnte.¹⁷⁰ Auch finden sich keine Stimmen, die ein differenziertes 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 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 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.

167 Vgl. die etwas ausführlichere Besprechung bei DIETIKER, AJP 2012, S. 539, 563 ff.; die Kritik von SCHÜRER, ZBI 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, ZBI 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; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 78 Fn. 954 mit dem 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.

III. Familienrecht

1. Eheschliessungsrecht

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 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.

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.

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.

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 zukünftigen 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 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 tangiere den Kernbereich von Art. 12 EMRK.¹⁹⁵

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

186 Bundesgerichtliche Erwägungen wiedergegeben in 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.

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.

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 1970er-Jahren bezweifelte HAUSHEER, ob die gewollte erzieherische Wirkung mit Art. 150 ZGB erzielt werden könne, weshalb sich eine «Pönalisierung» der Betroffenen 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 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

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.

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.

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 durch die 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.

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:innen-gremien 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 aZGB war es Witwen und Frauen, deren Ehe geschieden oder für ungültig erklärt worden war, untersagt, vor Ablauf von dreihundert Tagen nach der Auflösung oder Ungültigerklärung der früheren Ehe eine neue

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.

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, diejenige gemäss Art. 103 aZGB aber nicht erwähnte.

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 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 Geis-

217 OGer ZH, SJZ 1971, S. 206.

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

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.

teskrankheiten.²²⁷ Im Jahre 1944 fühlte sich EGGER in seinem 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 Eehinderungsgrundes zu fordern.²²⁸ Die Rechtsprechung ging aber bereits in den 1940er-Jahren 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 Zwangssterilisation 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 aBV 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

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 (bspw. «*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 an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie» vom 10. Oktober 1944, BBl 1944 I 865, eingeholt.

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.

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 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 bundesgerichtliche 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, begnügte sich der Bundesrat mit der Feststellung, 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 Stiefkindverhält-

235 Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

236 BGE 106 II 177, 178.

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

238 Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I 1, 63.

239 BGE 118 Ia 473.

240 Botschaft Erwachsenenschutz, BBl 2006 7001, 7098.

nis 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 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 deklarierte Bezug zu allfällig befürchteten Verurteilungen durch den EGMR besteht (Frauenwartefrist, Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. Vertreterin zur Eheschliessung). Bemerkenswert sind

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.

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.

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.

Abschliessend ist zu vermerken, dass der EGMR die Ehe noch immer traditionell deutet und bezüglich Art. 12 EMRK – anders als bei Art. 8 EMRK – eine prononciert dynamische Auslegung der Konvention nicht zu erkennen ist.²⁴⁷ Unverheiratete Paare können sich nicht auf Art. 12 EMRK berufen, de-facto-Ehen werden vom Schutzbereich nicht erfasst.²⁴⁸ Der EGMR hielt lange an der Rechtsprechung fest, Art. 12 EMRK schütze die traditionelle Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts.²⁴⁹ 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.²⁵⁰ 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.²⁵¹ Diese EGMR-Rechtsprechung steht im Kontrast zur Lehre, welche die Vereinbarkeit des Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit und Art. 12 EMRK bereits vor 25 Jahren bezweifelte.²⁵² Mit der *Ehe für alle* hat der schweizerische Gesetzgeber hier einen Weg gewählt, der nicht zwingend durch die Rechtsprechung des EGMR vorgezeichnet war.²⁵³

247 Vgl. auch VILLIGER, N 844, 850, der von einer textuellen Auslegung spricht, die er begrüsst.

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

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

250 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.

251 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/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 104 f.; bereits früh kritisch dazu PAPAUX VAN DELDEN, S. 415 ff.

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

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

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.²⁵⁴ 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 bereits damals einem veritablen Zickzack- oder Schleuderkurs,²⁵⁵ was insofern nicht verwunderlich ist, als der Familienname als Element des Persönlichkeitsrechts mit dem (damals hochgehaltenen) Prinzip der Familiennamenseinheit²⁵⁶ nur schwer miteinander in Einklang zu bringen war.²⁵⁷ 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.²⁵⁸ 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 1977²⁵⁹ 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 Familienmitglieder mit gemeinsamem Namen sei eine «vernünftige Begründung» für eine Ungleichbehandlung und die Norm daher konventionskonform.²⁶⁰ Der Bundesrat erwähnte in seiner Botschaft Art. 14 der EMRK zwar kurz in allgemeiner Weise (unter dem Titel «Internationale Bestrebungen»), beeilte sich aber zu relativieren, dieser verpflichte die Staaten nicht, den Grundsatz der Gleichheit in den Gesetzen vorzusehen.²⁶¹

254 Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1202.

255 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.

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

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

258 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.

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

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

261 Botschaft Eherecht, BBl 1979 II 1191, 1206.

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 voranzustellen (Schnyder Burghartz).²⁶² 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 zu 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.²⁶³ Dafür gingen sie bis vor das 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 Urteilserwägungen ist greifbar zu entnehmen, wie das Ergebnis dem Bundesgericht unbefriedigend erschien. Als Ausweg gewährte es dem Paar einen gewöhnlichen Namenswechsel aus wichtigem Grund²⁶⁴ gestützt auf Art. 30 Abs. 1 ZGB. Damit erhielten beide Ehegatten den Ledignamen der Frau (Burghartz) zum Familiennamen.²⁶⁵ 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.²⁶⁶ Aus den publizierten Erwägungen ist die detaillierte

262 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.

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

264 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.

265 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 registrieren zu lassen, BGE 108 II 161, 164 m.w.H. Unter dem neuen Namensrecht verlor diese Rechtsprechung gemäss Bundesgericht jedoch ihre wesentliche Grundlage.

266 BGE 115 II 193, S. 200 f.

Argumentation der beschwerdeführenden Ehegatten nicht ersichtlich und wie sich das Bundesgericht 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 voranzustellen, würde die Einheit der Familie nicht mehr bedrohen als die in Art. 160 Abs. 2 ZGB für Frauen vorgesehene (umgekehrte) Möglichkeit.²⁶⁷ 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.²⁶⁸ 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.²⁶⁹ Zwar anerkannte die Schweiz, dass das neue Schweizer Eherecht 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.²⁷⁰ Obwohl die Gleichstellung von Mann und Frau bereits seit 1981 in der Verfassung festgehalten war²⁷¹ und der Gesetzgeber mit der Revision des ZGB von 1984²⁷² diesen Grundsatz ebenso im Familienrecht verwirklichen wollte,²⁷³ 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.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ Das Gericht betonte, die Gleichstellung der Geschlechter sei ein wichtiges Ziel der Vertragsstaaten, weshalb es zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der Geschlechter schwerwiegender Gründe

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

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

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

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

271 Art. 4 Abs. 2 BV 1981.

272 Revision 1984 in Kraft getreten 1988.

273 BGE 115 II 193, 199 f.

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

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

bedürfe.²⁷⁶ 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 entspreche, da sie erst 1988 in Kraft getreten war.²⁷⁷ 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.²⁷⁸ Alle vier Richter mit abweichenden Meinungen befanden hingegen, Art. 8 EMRK sei nicht auf das gemeinsame Namensrecht von Ehegatten anwendbar.²⁷⁹ 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.²⁸⁰

c. *Auswirkungen in der Schweiz*

In der Schweiz wurde das Urteil breit beachtet.²⁸¹ 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.²⁸² Damit stand die Zivilstandsverordnung jedoch in formellem Widerspruch zum ZGB – dem höherrangigen Gesetzesrecht – und verletzte damit das Prinzip der Gewaltenteilung.²⁸³ Ausserdem beseitigte die Regelung nicht sämtliche Diskriminierungen, da die Gesetzeslage noch immer den Namen des Ehegatten als Familiennamen bevorzugt behandelte, indem dieser ohne gemeinsames Gesuch gemäss damaligem Art. 30 Abs. 2 ZGB automatisch zum gemeinsamen Familiennamen der Ehegatten wurde (Art. 160 Abs. 1 aZGB).²⁸⁴ 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

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

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

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

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

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

281 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).

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

283 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 418; WYSS, recht 1999, S. 92, 102, begrüsst diese nicht «stufengerichte» 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.

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

Namensrecht ins schweizerische Recht eingeführt²⁸⁵ und kritisierte, mit der evolutiv-dynamischen Auslegung der EMRK beanspruche der EGMR selbst im Bereich des Familienrechts bis ins Detail eine «vorausseilende Erziehungsfunktion».²⁸⁶ 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.²⁸⁷ Obwohl der damalige Art. 30 Abs. 2 ZGB sich in der Praxis zu einem eigentlichen Wahlrecht der Ehegatten entwickelte,²⁸⁸ wurde ein solches Prozedere bereits 1981 (sic!) von HEGNAUER als behördliche Schikane bezeichnet.²⁸⁹ 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.²⁹⁰ Erst 1998 unterbreitete die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eine erste Vorlage zur Gleichstellung der Geschlechter im Namensrecht²⁹¹, welche 2001 von beiden Räten abgelehnt wurde.²⁹² Mit der Parlamentarischen Initiative LEUTENEGGER OBERHOLZER²⁹³ 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*».²⁹⁴ Nur einige

285 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 410.

286 HAUSHEER, FS Schnyder, S. 411 f.

287 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.

288 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.

289 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).

290 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 1995 N 2182.

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

292 AB 2001 N 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.

293 Geschäft 03.428.

294 AB 2009 N 275, 284.

Monate später legte die Kommission bereits einen neuen Entwurf zur Änderung des ZGB vor, welcher die Anpassungen der Zivilstandsverordnung durch den Bundesrat von 1994 unverändert dem ZGB hinzufügen sollte.²⁹⁵ 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 an²⁹⁶ und bahnte damit den Weg zur heutigen Gesetzesfassung.²⁹⁷

Bemerkt wurde im Gesetzgebungsprozess nur am Rande²⁹⁸ und in der Lehre nur vereinzelt²⁹⁹, dass sich mittlerweile die Rechtsprechung des EGMR weiterentwickelt hatte³⁰⁰ 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.³⁰¹ 2004 erging nämlich das Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei*³⁰², in welchem der EGMR festhielt, dass sich ein europäischer Konsens abzeichne, welcher die Ehegatten im Namensrecht gleichstelle.³⁰³ 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.³⁰⁴ 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.³⁰⁵ 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.³⁰⁶ Allerdings merkte es ferner an, der National-

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

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

297 Dabei wurde die seither weiter entwickelte Rechtsprechung des EGMR als Grund angeführt, nicht der «Schmalspurlösung» des Nationalrates Folge zu leisten, Votum JANIÄK AB 2011 S 477; ebenso Votum BRin SOMMARUGA, AB 2011 S 479.

298 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.

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

300 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.

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

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

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

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

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

306 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-Wid-

rat habe mit seinem Rückweisungsbeschluss bewusst eine EMRK-widrige Gesetzeslage in Kauf genommen, weshalb das Bundesrecht weiterhin als massgeblich zu erachten sei.³⁰⁷ Die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts billigte den konventionswidrigen Zustand daher und verzichtete darauf, den Gesetzgeber zu korrigieren.³⁰⁸ Damit folgte sie – anders als die beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen zur damaligen Zeit – auch im Anwendungsbereich der EMRK der Schubert-Praxis.³⁰⁹ Ebenfalls im Jahre 2010 kam es zu einer weiteren (absehbaren³¹⁰) Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Bereich des Namensrechts (*Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*).³¹¹ Das ungarisch-schweizerische Ehepaar hatte in der Schweiz geheiratet und den Namen der Ehefrau (Rose) zum gemeinsamen Familiennamen gewählt,³¹² nachdem ihnen verwehrt wurde, dass beide nach ungarischem Recht ihren eigenen Namen behalten konnten.³¹³ Das Bundesgericht verneinte im Jahre 2005 die EMRK-Widrigkeit, obschon es die entsprechende Regelung im ZGB als verfassungswidrig erachtete.³¹⁴ 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.³¹⁵ Die Schweiz versuchte erneut, ihren Vorbehalt zu Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls einzubringen und damit die Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK auszuschliessen.³¹⁶ Ausserdem argumentierte sie, seit dem Urteil *Burghartz gegen die Schweiz*³¹⁷ 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.³¹⁸ 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 Anwendungsbereich nenne, dieser jedoch als Mittel zur persönlichen Identifikation und zur Symbolisierung von Familien-

rigkeit 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.

307 BGE 136 III 168, S. 172, E. 3.3.4.

308 HERTIG RANDALL, S. 133 f.

309 SCHÖBI, recht 2010, S. 131, 133.

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

311 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*.

312 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 9.

313 EGMR vom 9. 11. 2010 (Nr. 664/06) *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, § 6.

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

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

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

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

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

zugehörigkeit im materiellen Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK zum Privat- und Familienleben enthalten sei.³¹⁹ 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*),³²⁰ eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau bedürfe trotz Ermessensspielraum der Vertragsstaaten zwingende Gründe zur Rechtfertigung.³²¹ Ausserdem hielt er fest, es herrsche mittlerweile ein europäischer Konsens im ehelichen Namensrecht, die Ehegatten gleich zu behandeln.³²² 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.³²³

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.³²⁴ Anzufügen wäre, dass sich der bereits 1988 in den Vorbereitungsarbeiten der Eherechtsrevision beobachtete unstetige legislatorische Verlauf des ehelichen Namensrechts in jüngster Zeit fortsetzt. Ohne Anstoss einer EGMR-Rechtsprechung ist der Gesetzgeber geneigt, den durch die Revision 2013 verabschiedeten Doppelnamen wieder einzuführen,³²⁵ wobei er mittlerweile drei Varianten zur Diskussion stellen möchte (Doppelnamen bei gemeinsamem 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 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 gestal-

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

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

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

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

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

324 AS 2012 2569.

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

terische 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.³²⁶ 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*.³²⁷ 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 EMRK zu verstossen.³²⁸ Freilich, zu einem

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

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

328 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 monierend; vgl. auch die Hinweise bei COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 79 Fn. 24.

verurteilenden Entscheid des EGMR kam es nie.³²⁹ Ebenso wenig wurde das Abstammungsrecht revidiert. Auslöser der jüngsten, nun umfassend angelegten Bestrebungen zur Revision des Abstammungsrechts³³⁰ 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.³³¹ Zwar liefert die EGMR-Rechtsprechung doch einige Orientierungspunkte,³³² insb. bei der Frage der Anfechtung durch den genetischen Vater, für das in Revision befindliche Abstammungsrecht. Als impulsgebend oder prägend kann sie m.E. aber nicht bezeichnet werden, auch weil sie (derzeit noch) den Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum zugesteht.³³³

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.³³⁴ Weitere punktuelle Revisionen erfolgten meist als Folge von konnexen nationalen Familienrechtsrevisionen. 2001 wurde im Hinblick auf die Ratifizierung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption³³⁵ das ZGB geändert³³⁶ und das dazugehörige Bundesgesetz erlassen.³³⁷

329 Vgl. COTTIER/WYTENBACH, 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.

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

331 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 BGer 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.

332 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.

333 COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 80, m.w.H.

334 BBl 1971 I 1200, 1204, 1214.

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

336 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.

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

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,³³⁸ was nichts anderes bedeutet, als dass der EGMR die Richtung für den Gesetzgeber vorgab.³³⁹ Diese impulsgebenden Entscheide und ihre Auswirkungen sollen nachfolgend näher betrachtet werden.

b. *Der Entscheid Emonet*

Primäre Bedeutung hatte der die Schweiz verurteilende Entscheid *Emonet* des EGMR³⁴⁰ 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.³⁴¹ 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 Urteil³⁴² weder eine Gesetzeslücke als gegeben noch befand es, die Bestimmung über die eheliche Stiefkindadoption könne analog angewendet werden.³⁴³ Ausserdem sah es explizit keine Verletzung der EMRK und wies die Beschwerde ab. Das Bundesgerichtsurteil wurde in der schweizerischen Lehre kaum diskutiert bzw. mit einer (heftig formulierten) Ausnahme³⁴⁴ begrüsst.³⁴⁵ 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 beson-

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

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

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

341 HERTIG RANDALL, S. 115, 135.

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

343 BGE 129 III 656 E. 4.4.

344 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.

345 So AEBI-MÜLLER, ZBJV 2005, S. 584 f., wenn auch den Entscheid im Ergebnis als unbefriedigend bezeichnend.

deren Verhältnisse sah der Gerichtshof³⁴⁶ in der Tatsache, dass es um eine Erwachsene mit Behinderung ging, zu deren Adoption alle Beteiligten ihre freie und informierte Zustimmung gegeben hatten, die besondere 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*».³⁴⁷

Diese beiden Erwägungen des Gerichtshofs führten in der schweizerischen Lehre auch zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Einerseits wurden die Besonderheiten des Einzelfalls hervorgehoben³⁴⁸, 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.³⁴⁹ 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.³⁵⁰ Im Widerspruch dazu schlug der Bundesrat aber lediglich bei der Stiefkindadoption eine Gleichstellung von ehelichen und faktischen Paaren vor, allerdings mit dem vielsagenden Hinweis, damit halte er sich an die Vorgaben des Parlaments.³⁵¹ 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 zu-

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

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

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

349 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.

350 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 891.

351 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/WYTTEBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 85.

kam³⁵². 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.³⁵³

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.³⁵⁴ 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*³⁵⁵ – flexibilisiert werden, damit durch den neu erhaltenen Ermessensspielraum die Gefahr einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR verringert werde.³⁵⁶ Breit referenziert hat die Botschaft andererseits auf Urteile des EGMR im Zusammenhang mit dem Adoptionsgeheimnis³⁵⁷, wobei 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.³⁵⁸ Schliesslich zog die Botschaft die Rechtsprechung des EGMR auch hinsichtlich der Frage der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare heran. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist

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

353 Vgl. KUKO ZGB-PFAFFINGER, Art. 264b ZGB N5; 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.

354 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 894 ff.

355 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.

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

357 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*.

358 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 verwiesen, Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 915.

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 FEHR³⁵⁹ und 8. September 2010 zur Motion PRELICZ-HUBER³⁶⁰ wurde nämlich die Rechtsprechung des EGMR vorgeschoben, um sich gegen die angeregte Aufhebung des Art. 28 PartG³⁶¹ auszusprechen, weil aus dem Entscheid des EGMR von 2008 *E. B. gegen Frankreich*³⁶² nicht «voreilig» der Schluss gezogen werden dürfe, ein Verbot der Adoption für gleichgeschlechtliche Paare in eingetragener Partnerschaft verletze die EMRK. In der Botschaft zur Revision des Adoptionsrechts hingegen erfolgte mit dem gleichen Entscheid des EGMR eher eine positiv konnotierte Kontextualisierung³⁶³ 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.³⁶⁴ Dies war folgerichtig, denn wer Personen pauschal gestützt auf das formelle Kriterium des Bestehens einer eingetragenen Partnerschaft von der Einzeladoption ausschliesst, nimmt eine diskriminierende Differenzierung aufgrund der sexuellen Orientierung vor, was der Gerichtshof gerade ablehnte. Weiter zentral³⁶⁵ 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*³⁶⁶. 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 mög-

359 Curia Vista, Nr. 08.3157.

360 Curia Vista, Nr. 10.3444.

361 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-SCHWEIGHÄUSER, Art. 28 PartG N 1.

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

363 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.

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

365 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 lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

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

lich 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»)³⁶⁷ verwies,³⁶⁸ die in der vom Nationalrat abgeänderten Form nur noch die Stiefkindadoption umfasste.³⁶⁹ Aber auch hinsichtlich dieser Begrenzung bzw. «Verteidigungslinie» führte die Botschaft den EGMR an,³⁷⁰ wonach der Gerichtshof keine Pflicht sehe, gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen³⁷¹ und den nationalen Gesetzgebern ein weiter Ermessensspielraum zukomme, welche Rechte und Pflichten er bspw. eingetragenen Partnerschaften einräume (oder eben nicht). Diese Lösung, m.E. etwas pointiert durchaus als Minimallösung³⁷² zu bezeichnen, konnte zumindest in Anspruch nehmen, der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR nicht zu widersprechen.³⁷³ Letztlich liess der Bundesrat aber keine Zweifel aufkommen, dass es aus wissenschaftlicher Sicht in Bezug auf das Kindeswohl keine gerechtfertigten Einwände gäbe,³⁷⁴ sondern Opportunitätsgründe entscheidend waren.³⁷⁵ Wenig kaschierend wurde ferner aufgezeigt,³⁷⁶ dass die Zulassung der gemeinschaftlichen Adoption durch verschiedengeschlechtliche, faktische Lebenspartner (die zumindest auch als durch den EGMR angestossen bezeichnet werden könnte³⁷⁷) unweigerlich – wiederum aufgrund der Rechtsprechung des EGMR³⁷⁸ – zur Folge haben müsste, dies den gleichgeschlechtlichen faktischen

367 Curia Vista, Nr. 11.4046.

368 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 893.

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

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

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

372 Zur seither geübten Praxis von Stiefkindadoptionen bei gleichgeschlechtlichen Paaren existieren (noch) keine empirischen Untersuchungen. Berichten von betroffenen gleichgeschlechtlichen Elternpaaren zufolge standen die kantonalen Adoptionsbehörden plötzlich neuartigen Familienkonstellationen gegenüber und dementsprechend habe es an Wissen bezüglich den «Regenbogen-Familien» gefehlt. Folglich habe es erhebliche Praxisunterschiede gegeben und auch die Verfahrenshürden seien von Kanton zu Kanton unterschiedlich hoch, vgl. zum Ganzen CREVOISIER/COTTIER, FamPra.ch 2021, S. 286, 321 f.

373 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 943.

374 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916.

375 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 916 f.

376 Botschaft Adoption, BBl 2015 877, 917.

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

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

Lebenspartner:innen ebenfalls zu gewähren. Die gemeinschaftliche Adoption für heterosexuelle faktische Lebensgemeinschaften³⁷⁹ ist jener Dominostein, welchen 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-Stimmen³⁸⁰ 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.³⁸¹ Ausgelöst wurde die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Jahr 2013 durch eine parlamentarische Initiative der grünliberalen Fraktion.³⁸² Nach mehrmaliger Fristverlängerung zur Ausarbeitung eines Entwurfs legte die Rechtskommission des Nationalrates am 30. August 2019 ihren Bericht vor.³⁸³ 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 erstaunlich³⁸⁴ wurde dabei kein expliziter Bezug zur EMRK genommen, sondern das Fundament der Begründung stellten die gewandelten gesellschaftlichen Überzeugungen dar.³⁸⁵ 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

379 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.

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

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

382 Curia Vista, Nr. 13.468.

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

384 Weil sich aus der EMRK-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK keine Notwendigkeit der Öffnung der Ehe oder ein Anspruch auf gemeinschaftliche 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*.

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

dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende Adoptionsrecht, weil es damit über die Stiefkindadoption auch in der Schweiz zu solchen Konstellationen kommen könne.³⁸⁶ 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,³⁸⁷ 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 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 rückwärtsgewandt und nicht prospektiv. Gerade das Adoptionsrecht zeigt aber, dass dergestalt zwar gleichsam nur an die EGMR-Rechtsprechung aktualisierte «Reformgesetze» für spätere Revisionen schrittmachend bzw. (nach coronaterminologisch) 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.

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

387 COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 75; HERTIG RANDALL, S. 135.

5. Reproduktionsmedizin³⁸⁸

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 beschrieben³⁸⁹ und auch in der Schweiz schon seit längerer Zeit praktiziert wurden³⁹⁰, gilt als eigentliche «Geburtsstunde» reproduktionsmedizinischer Verfahren das Jahr 1978, als mit Louise Joy Brown das erste *in vitro* gezeugte Kind zur Welt gebracht wurde.³⁹¹ 1985 kam in Locarno das erste Kind der Schweiz zur Welt, welches mittels dieser Methode gezeugt wurde.³⁹² Die EMRK ist somit sowohl bezüglich ihres Abschlusses (1950) als auch ihrer Ratifikation durch die Schweiz (1974) älter als die besonders heikle ethische und moralische Fragen³⁹³ aufwerfenden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren.³⁹⁴

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.³⁹⁵ In diesem Zusammenhang wird weiter von «positiver reproduktiver Autonomie» gesprochen.³⁹⁶ Die Mitgliedstaaten sind befugt, gewisse fortpflanzungsmedizinische Methoden unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK³⁹⁷ zu verbieten.³⁹⁸ Der Spielraum, der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einzelner

388 Vgl. dazu ausführlich COTTIER/WYTENBACH, FamPra.ch 2016, S. 75, 87 ff.

389 LUDWIG/DIEDRICH, S. 13.

390 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).

391 STEPTOE/EDWARDS, The Lancet 1978, S. 366; LUDWIG, Gynäkologe 2020, S. 206.

392 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.

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

394 Vgl. STEGMÜLLER, S. 133, 134.

395 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.

396 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.

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

398 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.

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.³⁹⁹ 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.⁴⁰⁰ Der EGMR spricht den Mitgliedstaaten daher insbesondere mit Blick auf den fehlenden gesamteuropäischen Konsens einen weiten Spielraum bei Einschränkungen fortpflanzungsmedizinischer Verfahren zu.⁴⁰¹

b. Entwicklung in der Schweiz

Naturgemäss wurden die erwähnten Verfahren vor ihrer Etablierung in der Schweiz noch nicht geregelt.⁴⁰² Aufgrund des entstehenden Regelungsvakuums erarbeitete zuerst die Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) diesbezügliche Richtlinien.⁴⁰³ Anschliessend wurden verschiedene Kantone gesetzgeberisch tätig. Die dabei getroffenen Lösungen unterschieden sich sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht stark.⁴⁰⁴ Das Bundesgericht setzte sich früh mit verfassungs- bzw. grundrechtlichen Aspekten solcher kantonaler Regelungen auseinander.⁴⁰⁵ 1992 wurde durch Aufnahme eines entsprechenden Verfassungsartikels eine nachträglich derogierende Bundeskompetenz geschaffen sowie gewisse Regulierungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorgenommen.⁴⁰⁶

1994 wurde die Volksinitiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» eingereicht.⁴⁰⁷ Die Initiative verlangte weitgehende Verbote im Bereich der reproduktionsmedizinischen Verfahren.⁴⁰⁸ Als indirekten Gegenvorschlag stellte der Bundesrat der Initiative das (liberalere) Fortpflan-

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

400 DUDEN, S. 270.

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

402 Vgl. BGE 115 Ia 234, 245 E. 4.

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

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

405 BGE 115 Ia 234, 119 Ia 460.

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

407 BBl 1994 V 896.

408 Eidgenössische Volksinitiative «zum Schutze des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung [FMF])», abrufbar unter

zungsmedizingesetz gegenüber.⁴⁰⁹ 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 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.⁴¹⁰

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.⁴¹¹ Zu diesem Zeitpunkt hatte sich der EGMR noch nicht mit der Frage befasst, wann menschliches Leben beginnt.⁴¹² 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.⁴¹³ 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.⁴¹⁴

Volk und Stände verwarfen die Initiative,⁴¹⁵ die Referendumsfrist für das FMedG hingegen lief unbenutzt ab, womit das Gesetz 2001 in Kraft treten konnte.⁴¹⁶ Vom Inkrafttreten des FMedG bis 2017 war die Präimplantationsdiagnostik verboten (Art. 5 Abs. 3 aFMedG).⁴¹⁷ Seither 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,⁴¹⁸

<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis241t.html> (zuletzt besucht am 11. März 2022); vgl. auch SHK-RÜTSCHÉ/ZEGG, Quellen und Entwicklungsgeschichte FMedG N 65.

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

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

411 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.

412 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.

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

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

415 BBl 2000 2990.

416 AS 2000 3067.

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

418 Sondern im Wesentlichen die Motion Nr. 04.3439 (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik) der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats, welche bereits am

ist dennoch festzuhalten, dass die Schweiz bei Beibehalten des PID-Verbots insbesondere für erblich vorbelastete Paare eine Verurteilung durch den EGMR in Kauf hätte nehmen müssen. Zumindest hat der Gerichtshof in *Costa u. Pavan gegen Italien*⁴¹⁹ konstatiert, 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.⁴²⁰

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.⁴²¹ 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.⁴²² Eine solche vom Bundesgericht abgelehnte Verpflichtung zur Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern besteht auch nicht nach der EMRK.⁴²³ 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.⁴²⁴ Dies entschied das Bundesgericht unter Bezugnahme auf *Mennesson gegen Frankreich*⁴²⁵ sowie *Labassée gegen Frankreich*⁴²⁶ – in allen Fällen war der genetisch verwandte Elternteil der Vater, sprich dieser war als Samenspender in den Prozess involviert.⁴²⁷ 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. Eizellen-

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).

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

420 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).

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

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

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

424 BGE 141 III 312, 324 f. E. 6.1 f.

425 EGMR vom 26. Juni 2014 (Nr. 65192/11) *Mennesson gegen Frankreich*.

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

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

spenderin 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.⁴²⁸

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.⁴²⁹ Eine entsprechende parlamentarische Initiative aus dem Jahr 2021 ist derzeit in Beratung⁴³⁰. Eine Verletzung der EMRK wäre in einer Legalisierung mit Blick auf den weiten Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Regelung fortpflanzungsmedizinischer Verfahren 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 legislative Entwicklung der Reproduktionsmedizin in der Schweiz keine entscheidende Rolle gespielt hat, obschon bedeutende Entscheide des EGMR solche Fragen verhandelten und sich die Lehre ausführlich damit auseinandersetzte. 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, 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 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 Vor-

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

429 Vgl. Stellungnahme Nr. 22/2013 der NEK vom November 2013 über 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 Spermien spende 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).

430 Parlamentarische Initiative CHRIST Nr. 21.421 (Eizellenspende endlich auch in der Schweiz legalisieren!) vom 17. März 2021.

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.

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.; Par-

stoss auf diese Zeit zurück. Gerade die untypische stimulierende Wirkung einer Beschwerde~~abweisung~~ des EGMR auf den nationalen Gesetzgeber ist Beleg dafür, die Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Recht als vielschichtig zu verstehen.

6. *Erwachsenenschutzrecht/Vormundschaftsrecht*⁴³⁵

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, 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 Ge-

lamentarische 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 sind kaum mehr überblickbar, weshalb es hier bei kursorischen Ausführungen sein Bewenden haben muss.

436 Bericht EMRK, BB1 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, BB1 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), mit welcher nur eine beschränkte Überprüfungsbefugnis verbunden war.

441 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1660.

442 ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339.

443 ARMENTI, AJP 2015, S. 1659, 1661.

setze 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) 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 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 Bestim-

444 HERTIG RANDALL, S. 122.

445 ZBINDEN, SJZ 1942, S. 339, 339.

446 BBl 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 BBl 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 BBl 1974 I 1035, 1045.

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.

mungen 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 und fasste die materiellen Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug sogar enger. Gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB durfte eine mündige oder entmündigte Person nur wegen Geisteskrankheit, Geisteschwäche, 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 neuen Regelungen zur Fürsorgerischen Freiheitsentziehung 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 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. Dabei wurde Ende der 1980- und anfangs der 1990-Jahre die Revision des Vormundschaftsrechts intensiv auch im

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.

462 FamKomm Erwachsenenschutz-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.

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 auf 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 die materielle Gesetzgebung, sondern umfasste wiederholt auch auf verfahrensrechtliche Aspekte. 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 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 fürsorgerische Freiheitsentziehung der psychiatrische Sachverständige 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

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

465 BBl 2006 7001, 7002.

466 Botschaft Erwachsenenschutzrecht, BBl 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.

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.

Beschwerdeinstanz sein kann.⁴⁷⁵ Aber auch nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts war die Vereinbarkeit der ZGB-Bestimmungen mit der EMRK immer wieder Thema von bundesgerichtlichen Entscheiden bzw. auch des EGMR. Stellvertretend seien hier BGE 143 III 193 und BGE 142 III 732 erwähnt, in welchen sich das Bundesgericht mit der 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 erlassenen 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 weitaus wirkungsmächtiger für die zukünftige Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts sein dürfte als die EMRK.⁴⁷⁸

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.

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.

IV. 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 diskutieren.⁴⁸⁴ Auch die sich derzeit in Gang befindliche Erbrechtsrevision zum Unternehmenserbrecht verzichtet gänzlich auf Bezüge zur EMRK oder der EGMR-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

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), *BBI* 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.

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 nach 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 ergebe 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*.

des Kantons Jura aus,⁴⁹⁰ die 2005 zur Streichung von Art. 179 DBG 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 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

V. 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.

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, 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; siehe jüngst ausführlich SPRENGER/ENGEL, FamPra.ch 2022, S. 347 ff.

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

E. 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 Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrechts) 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 heftig umkämpfte Plattformen der Umsetzung.

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

497 Vgl. SCHÜRMANN, 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

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.

Politische und gesetzgeberische Rahmenbedingungen als Grenze: 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 kleinstmöglichen 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 Vorstosses 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 bundesgerichtliche 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

angezeigt erscheinen lasse, die Entwicklungen der vergangenen Jahre im Adoptionsrecht abzubilden.

501 Angelehnt an den 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/KORNGAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale Law Journal, S. 950 ff.

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».

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.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag untersucht, wie sich die EMRK bzw. die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auf die klassischen Materien des Zivilgesetzbuches ausgewirkt hat. Einleitend wird die Geschichte des Beitritts der Schweiz zur EMRK geschildert, das Kontrollsystem der EMRK und die Umsetzung in der Schweiz thematisiert und ein Blick auf die sog. dynamische Auslegung der EMRK und die daran geäußerte Kritik geworfen. Anschliessend wird rekapituliert, welche Erscheinungsformen Auswirkungen durch die EMRK aufweisen können, und darauffolgend im eigentlichen Hauptteil der Einfluss der EMRK auf ausgewählte Gebiete des ZGB untersucht. Am Ende werden die Erkenntnisse in Form von Thesen zusammengefasst. Die Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung erweisen sich als komplex und vielschichtig. Vereinfachende Zuschreibungen werden den kaum je monokausalen Zusammenhängen und Wirkungskräften nicht gerecht. Oftmals verschaffen EGMR-Urteile aber auch keine befriedigende Orientierung. Kontraproduktiv sind bei der Umsetzung die Zielvorgaben im Gesetzgebungsprozess, indem die EMRK nicht als Inspiration, sondern als rote Linie verstanden wird. Die politischen und gesetzgeberischen Rahmenbedingungen mit einem konsensual ausgerichteten Gesetzgebungsprozess begrenzen die Wirkungskraft der EGMR-Urteile zusätzlich. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes wird kaum als legislatorischer Trendbarometer genutzt. Erschwerend kommt hinzu, dass ein standardisiertes Verfahren fehlt, die Rechtsprechung des EGMR in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen. Bei alledem darf nicht vergessen gehen, dass zivilgesellschaftliche Organe und die (gesamte) Wissenschaft und nicht nur der EGMR wichtige Impulsgeber der Gesetzgebung sind.

Abstract

This contribution examines the impact of the ECHR and the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the matters of the Civil Code. It begins with a history of Switzerland's accession to the ECHR, discusses the ECHR's control system and its implementation in Switzerland, and addresses the so-called dynamic interpretation of the ECHR and the respective criticism.

Subsequently, it is recapitulated which manifestations can be affected by the ECHR, and subsequently in the actual main part of the article, the author examines the influence of the ECHR on selected areas of the Swiss civil code. The contribution concludes with summarised hypotheses. The impact of the ECHR case law proves to be complex and multi-layered. Simplistic attributions do not do justice to the hardly ever monocausal connections and effects. Often, however, ECtHR rulings do not provide satisfactory orientation either. Counterproductive for the implementation are the targets set in the legislative process, in which the ECHR is not understood as an inspiration but as a red line. The political and legislative framework with a consensus-oriented legislative process further limits the impact of the ECHR case law. The Court's case law is hardly ever used as a legislative trend barometer. To make matters worse, there is no standardized procedure for incorporating the case law of the ECtHR into the legislative process. Though it is important not to forget that civil society organisations and the (entire) academic community, and not only the ECtHR, are important driving forces for legislative development.

Résumé

Cette contribution examine l'impact de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur les matières classiques du code civil. En introduction, l'histoire de l'adhésion de la Suisse à la CEDH est décrite, le système de contrôle de la CEDH et la mise en œuvre en Suisse sont thématiques et un regard est jeté sur l'interprétation dite dynamique de la CEDH et les critiques exprimées à son égard. Ensuite, nous récapitulons les formes de manifestations qui peuvent présenter des effets de la CEDH, puis, dans la partie principale, nous examinons l'influence de la CEDH sur certains domaines du CC. Enfin, les conclusions sont résumées sous forme de thèses. L'impact de la jurisprudence de la CEDH s'avère complexe et à plusieurs niveaux. Les attributions simplistes ne rendent pas justice aux relations et aux forces d'impact qui ne sont guère mono-causales. Souvent, les arrêts de la CEDH ne fournissent pas non plus d'orientation satisfaisante. Les objectifs fixés dans le processus législatif sont contre-productifs dans la mesure où la CEDH n'est pas considérée comme une inspiration, mais comme une ligne rouge. Le cadre politique et législatif, avec un processus législatif orienté vers le consensus, limite encore plus la force d'impact des arrêts de la CEDH. La jurisprudence de la Cour n'est guère utilisée comme baromètre législatif des tendances. L'absence d'une procédure standardisée permettant d'intégrer la jurisprudence de la CEDH dans le processus législatif complique encore la situation. Il ne faut pas oublier que les organes de la société civile et la communauté scientifique (dans son ensemble), et pas seulement la Cour européenne des droits de l'homme, sont des moteurs importants de la législation.

Literatur⁵⁰³

- ACHERMANN ALBERTO/MARTIN HEMMI, Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz, in: Achermann Alberto/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 BENEFRİ de droit européen de l'Institut de droit européen/BENEFRİ-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, Folgen, LeGes 2010, S. 309 ff.

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.

- 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.
- 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 (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007 (zit. FamKomm Eingetragene Partnerschaft-BEARBEITERIN).
- 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-BEARBEITERIN).
- 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/RÜTSCH 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 Departementalentwurf 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/WYTENBACH 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 Euro-
parats: überraschende Kontraste neuerer Entwicklungen, in: Breitenmoser
Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Wirkungen der Europäischen Men-
schenrechtskonvention (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, Frei-
burg 1995, S. 407 ff.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schwei-
zerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.
- HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021.
- HÄFELI CHRISTOPH, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutz, Fam-
Pra.ch 2004, S. 919 ff.
- HÄNNI PETER, Die Bedeutung der EMRK für das schweizerische Familien-
recht, in: Gauch et al. (Hrsg.), FS für Bernhard Schnyder zum 60. Geburts-
tag, Freiburg 1995, S. 365 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Der Familienname im neuen Eherecht, SJZ 1981, S. 248 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. 164 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, Fam-
Pra.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 Kon-
vention 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 fürsorgerischer 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.
- PFAFFINGER MONIKA, Geheime und offene Formen der Adoption: Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Zürich 2007.
- PFAFFINGER 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 Rechtsentwicklung, 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.

- SCHÜRMANN 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.
- SCHÜRMANN 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. SCHÜRMANN, Wichtige Fälle).
- SCHÜRMANN 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. SCHÜRMANN, 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 Zürich, SJZ 1994, S. 321 ff.
- SPRENGER SIMONE/ENGEL MARTINA, Neue Hoffnung für Kinder ohne rechtlichen Vater? Die Zahlvaterschaft und das Übergangsrecht im Lichte der EMRK, FamPra.ch 2022, S. 347 ff.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation: la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Polter 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, 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.