

Reformbedarf im Abstammungsrecht

Bericht der Expert-inn-engruppe

21. Juni 2021

Inhaltsverzeichnis

I. POSTULAT, AUFTRAG UND ARBEITSMETHODE	1
1. Postulat des Ständerats	1
2. Auftrag des Bundesamts für Justiz.....	1
3. Arbeitsmethode.....	2
4. Terminologie	3
5. Aufbau des Berichts	3
II. FAMILIE UND ELTERNSCHAFT IM WANDEL	4
1. Bedeutung von Elternschaft in Gesellschaft und Generationenfolge.....	4
2. Familienbilder.....	5
A. Im geltenden Abstammungsrecht.....	5
B. In der gesellschaftlichen Realität.....	7
3. Rechtlicher Wandel.....	8
4. Gesellschaftlicher Wandel	9
A. Abnahme der Bedeutung der Ehe für die Begründung von Kindesverhältnissen	10
B. Zunahme der Anerkennungen.....	11
C. Veränderung der Familienformen.....	12
a) Scheidung und Auflösung der eingetragenen Partnerschaft	12
b) Alleinerziehende, nichtverheiratete Eltern, zusammengesetzte Familien.....	12
c) Wirtschaftliche Folgen von veränderten Familienformen.....	13
D. Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin	14
E. Rückgang der Adoptionen.....	15
5. Fazit und Ansprüche an ein neues Abstammungsrecht	15

III. PROGRAMMATISCHE LEITLINIEN DES ABSTAMMUNGSRECHTS.....	17
1. Rechtliche Vorgaben und psychologische Erkenntnisse	17
A. Grundrechtliche Vorgaben	17
a) Programmatistische Sicht: Grundrechte als Gesetzgebungsauftrag	17
b) Justiziable Sicht: Grundrechte als einklagbare Rechte.....	20
B. Persönlichkeitsrechtliche Vorgaben	26
C. Psychologische Erkenntnisse.....	29
2. Kriterien für eine Neuordnung des Abstammungsrechts	30
A. Vorbemerkungen.....	30
B. Kindeswohl.....	31
C. Genetik und Biologie	32
D. Intention	32
E. Soziale Beziehung.....	33
3. Fazit.....	34
IV. BEGRÜNDUNG UND AUFHEBUNG DES KINDESVERHÄLTNISSES.....	36
1. Begründung des Kindesverhältnisses.....	36
A. Erster Elternteil.....	36
a) Geltendes Recht.....	36
aa) Anknüpfung an die Geburt.....	36
bb) Anonyme und vertrauliche Geburt	37
b) Reformbedarf.....	39
B. Zweiter Elternteil.....	40
a) Geltendes Recht.....	40
aa) Vaterschaftsvermutung des Ehemanns	40
bb) Anerkennung des Kindes.....	43
cc) Vaterschaftsurteil durch ein Gericht.....	45
dd) Kindesverhältnis zur Partnerin der Mutter.....	45
ee) Kindesverhältnis bei Befruchtung mittels Samenspende	46

b) Reformbedarf.....	49
2. Aufhebung des Kindesverhältnisses	49
A. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil.....	49
a) Geltendes Recht.....	49
b) Reformbedarf.....	51
B. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil.....	51
a) Geltendes Recht.....	51
aa) Anfechtung der Vaterschaft des Ehemanns.....	51
bb) Anfechtung der Anerkennung	54
b) Reformbedarf.....	56
3. Weitere Elternteile.....	56
A. Geltendes Recht.....	56
a) Kindesverhältnis zu mehr als zwei Personen	56
b) Elternrechte für mehr als zwei Personen.....	59
B. Reformbedarf	60
V. RECHT AUF KENNTNIS DER ABSTAMMUNG	61
1. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung	61
A. Geltendes Recht.....	61
a) Rechtsgrundlage für mittels Samenspende gezeugte Kinder	61
b) Rechtsgrundlage für Adoptivkinder.....	62
c) Rechtsgrundlage für die übrigen Fälle	63
d) Umfang des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	64
B. Reformbedarf	66
2. Recht auf Kenntnis der eigenen Nachkommen.....	66
A. Geltendes Recht.....	66
B. Reformbedarf	67

VI. INTERNATIONALPRIVATRECHTLICHE SACHVERHALTE	67
1. Eizellen-, Embryonenspende und Leihmutterschaft.....	67
2. Originäre Mit-Mutterschaft	70
3. Mehrelternschaft	71

Literaturhinweise

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 155 (2019), S. 261 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, FamPra.ch 15 (2014), S. 818 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, ZBJV 144 (2008), S. 82 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Abstammung und Kindesverhältnis – wo stehen wir heute?, in: Girsberger Daniel/Luminati Michele (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich 2007, S. 111 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 8 (2007), S. 544 ff.
- BATTEUR ANNICK (Hrsg.), Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, 2. Auflage, Issy-les-Moulineaux Cedex 2016.
- BELSER EVA MARIA/PETER HÄNNI, Die Rechte der Kinder, AJP 7 (1998), S. 139 ff.
- BELSER EVA MARIA/EGBUNA-JOSS ANDREA, Die Familie im Wandel – Das Familienrecht im Umbruch, Vom grund- und menschenrechtlichen Anspruch auf Schutz und Förderung der Familie und seinen Auswirkungen auf das Familienrecht, SKMR-Newsletter Nr. 28 vom 24. Juni 2015.
- BELSER EVA MARIA/JUNGO ALEXANDRA, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, ZSR 135 (2016), S. 175 ff.
- BERGOLD PIA/BUSCHNER ANDREA/MAYER-LEWIS BIRGIT/MÜHLING TANJA, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potentiale, Opladen/Berlin/Toronto 2017.
- BESSON SAMANTHA, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, ZSR 124 (2005), S. 39 ff.
- BLEISCH BARBARA/BÜCHLER ANDREA, Kinder wollen, Über Autonomie und Verantwortung, München 2020.
- BLEISCH BARBARA/HOFFMANN MAGDALENA/LÖSCHKE JÖRG, Familienethik. Ein Forschungsbericht, Information Philosophie 2015, S. 16 ff.
- BORD MELANIE/PREMAND VIVIANE/SANDOZ SUZETTE/PIOTET DENIS, Le droit à la connaissance de ses origines, Zürich 2006.

- BRANDHUBER VERONIKA ANNA, Frankreich, in: Bergmann Alexander/Ferid Murad/Henrich, Dieter, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main/Berlin 2019, Stand: 3. Mai 2019
- BRITZ GABRIELE, Referat Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Verfassungsrechtliche Leitlinien, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages in Essen 2016, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, München 2017, S. P11 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, SJZ 115 (2019), S. 375 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung: Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017.
- BÜCHLER ANDREA, The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Form, in: Büchler Andrea/Keller Helen (Hrsg.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge/Antwerpen/Portland 2016, S. 29 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften. Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements, FamPra.ch 15 (2014), S. 797 ff.
- BÜCHLER ANDREA, Das Abstammungsrecht in rechtvergleichender Sicht, FamPra.ch 6 (2005), S. 437.
- BÜCHLER ANDREA, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, AJP 13 (2004), S. 1175 ff.
- BÜCHLER ANDREA, 16 Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Entscheid vom 14. Oktober 2003 i.S. U. gegen V. - 5C.130/2003, FamPra.ch 5 (2004), S. 142 ff.
- BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, FamPra.ch 14 (2013), S. 33 ff.
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin?, FamPra.ch 15 (2014), S. 231 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 21 (2020), S. 875 ff.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE/JAFFÉ PHILIP/SIMONI HEIDI, Empfehlungen zur Anhörung des Kindes im Verfahren der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, 2018. (abrufbar unter: [Empfehlungen 2018](#); zuletzt besucht am 21. April 2021).
- BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 16 (2015), S. 354 ff.

- BÜCHLER ANDREA/PARIZER KARÈNE, Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART). A Comparative Study of Legal Frameworks, Jusletter 17. September 2018.
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Nr. 10 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheidung vom 5. August 2016 i.S. A. gegen B.B. – 5A_492/2016, FamPra.ch 18 (2017), S. 342 ff.
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Nr. 7 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheidung vom 12. Oktober 2017 i.S. Gemeindeamt des Kantons Zürich, Stadt Winterthur, Gemeinde Flumserberg gegen A., B.B. – 5A_590/2016, FamPra.ch 20 (2019), S. 224 ff.
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHKE BERNHARD (Hrsg.), Handkommentar Fortpflanzungsmedizin-gesetz, Bern 2020.
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 10 (2009), S. 1 ff.
- BÜCHLER ANDREA/SCHMUCKI ANTONELLA, Das Abstammungsrecht in rechtvergleichender Sicht, FamPra.ch 21 (2020), S. 1 ff.
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Auflage, Basel 2018,
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Das Recht auf (Kenntnis der eigenen) Abstammung, forum familienrecht 2017, S. 224 ff.
- COTTIER MICHELLE, Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familie, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 151 ff.
- COTTIER MICHELLE, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutter-schaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich / I. - II., S. 1 ff., in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andea/Fankhauser Roland (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage: 23./24. Januar 2014 in Basel, Basel 2014.
- COTTIER MICHELLE/WYTTEBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 17 (2016), S. 75 ff.
- CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, Schriftenreihe zum Familienrecht, Band Nr. 21, Bern 2014.
- DECLERCK CHARLOTTE/CERULUS ULRIKE, Länderbericht Belgien, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 111 ff.

- DETTENBORN HARRY, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 5. Auflage, München 2017.
- DIECKMANN INGE, Die rechtliche Stellung des lediglich biologischen Vaters im Wandel des gesellschaftlichen Familienbildes, Diss. Marburg, Frankfurt am Main 2013.
- FANKHAUSER ROLAND, Gutachten «Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», Februar 2019. (abrufbar unter: [Gutachten KESR](#); zuletzt besucht am 21. April 2021)
- FANKHAUSER ROLAND/VIONNET REBECCA, Die Samenspende im schweizerischen Recht, recht 2015, S. 144 ff.
- FÄSSLER SARAH/AEBI-MÜLLER REGINA/MÜLLER FRANZISKA/HERTIG VERA/LUEGER ALEXANDER/KIND CHRISTIAN/BALTHASAR ANDREAS, Social Freezing – Kinderwunsch auf Eis, 2019 (open access: DOI 10.3218/3963-4).
- FORMAN DEBORAH L., Länderbericht USA, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 583 ff.
- FRANCOZ TERMINAL LAURENCE, Länderbericht Frankreich, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 249 ff.
- FUX BEAT, Familiäre Lebensformen im Wandel, Neuenburg 2005.
- GABRIEL THOMAS/KELLER SAMUEL, Soziale Elternschaft und soziale Zugehörigkeit. Reflexionen der Zürcher Adoptionsstudie, Zeitschrift für Erziehungswissenschaften 23 (2020), S. 295 ff.
- GEISER THOMAS, Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?, FamPra.ch 10 (2009), S. 41 ff.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6^e éd., Bâle, 2018.
- GINER NICOLE, Ist unser Abstammungsrecht noch zeitgemäss?, Jusletter vom 16. Juli 2007.
- GIROUX MICHELLE/GRUBEN VANESSA, Länderbericht Kanada, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 149 ff.
- GRANET-LAMBRECHTS FRÉDÉRIQUE, Répertoire de droit civil (Dalloz). Possession d'état, Stand: Oktober 2010.
- GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, Droit des familles. Les abrégés, Basel 2018.

- HADZIMANOVIC NATASA, Zwang versus Freiheit: vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, FamPra.ch 17 (2016), S. 50 ff.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Auflage, Bern 2018.
- HAYWARD ANDY, Länderbericht England und Wales, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 219 ff.
- HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Auflage, Bern 1999.
- HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252–269c ZGB, Bern 1984.
- HEIDERHOFF BETTINA, Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, Neue Juristische Wochenschrift 69 (2016), Heft 36, S. 2629 ff.
- HELMS TOBIAS, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band 1/F, München 2016.
- HELMS TOBIAS, Mehrelternschaft?, in: Brinkmann Moritz/Effer-Uhe Daniel Oliver/Völzmann-Stickelbrock Barbara/Wesser Sabine/Weth Sabine (Hrsg.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung, Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 41 ff.
- HELMS TOBIAS, Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, in: Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kinderschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, S. 105 ff.
- HELMS TOBIAS, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht, in: Hilbig-Lugani Katharina/Huber Peter M. (Hrsg.), Moderne Familienformen, Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, Berlin/Boston 2019, S. 125 ff.
- HILLGRUBER CHRISTIAN, Gibt es ein Recht auf ein Kind?, Juristenzeitung 75 (2020), S. 12 ff.
- HILPERT KONRAD, Recht auf reproduktive Autonomie. Sinn und Problematik eines aktuellen menschnrechtlichen Topos, in: Klissenbauer Irene/Gassner Franz/Steinmair-Pösel Petra/Kirchschläger Peter G. (Hrsg.), Menschenrechte und Gerechtigkeit als bleibende Aufgaben. Beiträge aus Religion, Theologie, Ethik, Recht und Wirtschaft, Wien 2020, S. 413 ff. (open access: DOI 10.14220/9783737011655.413).

- HÖFPLINGER FRANÇOIS, Wandel der Familie – und wie sich Elternschaft verändert hat, in: Blackbox Eltern: Tagung „Jugend und Arbeit“ vom 18. April 2013 (abrufbar unter: [Wandel der Familie](#); zuletzt besucht am 21. April 2021).
- JUD ANDREAS/MITROVIC TANJA/ROSCH DANIEL, Praxis der KESB im Umgang mit Feststellungen des Kindesverhältnisses, FamPra.ch 18 (2017), S. 675 ff.
- JUNGO ALEXANDRA/RUTISHAUSER LENA, Länderbericht Schweiz, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/ Chicago 2019, S. 385 ff.
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ (Hrsg.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 2. Auflage, München 2015.
- KESSLER GUILLAUME, La multiparenté, FamPra.ch 21 (2020), S. 551 ff.
- KÖRBER SANDRO/STEINEGGER HEIDI, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, FamPra.ch 21 (2020), S. 59 ff.
- KNEIS MAREK, Die Anfechtbarkeit und die Feststellbarkeit der Mutterschaft de lege lata und de lege ferenda, Diss. 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 6, Potsdam 2019 (open access: DOI 10.25932/publishup-41384).
- KRELL CLAUDIA, Anonyme Kindesabgabe in anderen Ländern und Rechtskreisen, in: Busch Ulrike/Krell Claudia/Will Anne-Kathrin (Hrsg.), Eltern (vorerst) unbekannt: anonyme und vertrauliche Geburt in Deutschland, Weinheim/Basel 2017, S. 28 ff.
- KUHN MATHIAS, Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs, Diss., Zürich/St. Gallen 2008.
- LECKEY ROBERT, One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016, International Journal of Law, Policy and The Family 2019, S. 298 ff.
- LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/SANDOZ SUZETTE, Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle?, in: Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé, Brisbane, 14 au 20 juillet 2002, Zürich 2002, S. 149 ff.
- MARGOT LISA, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, FamPra.ch 18 (2017), S. 696 ff.
- MARQUET JACQUES, Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité. Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine, in : Recherches sociologiques et anthropologiques, Volume XLI, n° 2, 2010, S. 51 ff.
- MAYWALD JÖRG, Zum Begriff des Kindeswohls. Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention, IzKK-Nachrichten 2009, S. 16 ff.
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in : FamPra.ch 13 (2012), S. 255 ff.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6. Auflage, Zürich 2019.

- MESNIL MARIE, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, Diss. Neuchâtel 2015, Basel 2018.
- MONTISANO LUCA/UEBERSAX PETER, Die Leihmutterschaft im Migrationsrecht, SJZ 116 (2020), S. 595 ff.
- NAVE-HERZ ROSEMARIE, Ausblick: Die Zukunft der Familie, in: Nave-Herz Rosemarie (Hrsg.), Familiensoziologie. Ein Lehr- und Studienbuch, München 2014, S. 213 ff.
- OSHIMA LISA, Länderbericht Japan, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 385 ff.
- PERRIN ELLEN C./SIEGEL BENJAMIN S./COMMITTEE ON PSYCHOSOCIAL ASPECTS OF CHILD AND FAMILY HEALTH OF THE AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian, Pediatrics, April 2013 (open access: DOI 10.1542/peds.2013-0377).
- PFÄFFINGER MONIKA, Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik, FamPra.ch 15 (2014), 604 ff.
- PFÄFFINGER MONIKA, Geheime und offene Formen der Adoption. Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Diss. Zürich 2006, Zürich/Basel/Genf 2007.
- PFÄLLER CLAUDIA, Die anonyme Geburt in Frankreich, Marburg 2008.
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (Hrsg.), Commentaire romand, Code Civil I, Art. 1–359 ZGB, Basel 2010.
- PLETTENBERG INA, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, Studien zum Privatrecht, Band 57, Diss. Regensburg, Tübingen 2016.
- PREISNER KLAUS, Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, FamPra.ch 15 (2014), S. 784 ff.
- REICHENBACH MAÏKA, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, FamPra.ch 20 (2019), S. 855 ff.
- REUSS PHILIPP M., Theorie eines Elternschaftsrechts, Habil. München, Berlin 2018.
- REUSS PHILIPP M., Möglichkeiten gemeinsamer rechtlicher Elternschaft von zwei Frauen in Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, FamPra.ch, 16 (2015), S. 858 ff.
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, ZBJV 136 (2000), S. 605 ff.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnis im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 15 (2014), S. 838 ff.

- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kenntnis der Abstammung: Recht von Kind und Eltern, *Anwaltsrevue* 2009, S. 335 ff.
- RUSCH MARTINA, Rechtliche Elternschaft: Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, *Schriftenreihe zum Familienrecht*, Band 13, Diss. Zürich 2008, Bern 2009.
- RÜTSCHKE BERNHARD, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit: Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (Hrsg.), *Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag*, *Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre*, Zürich/St. Gallen 2011, S. 4 ff.
- SAGER BERNHARD, Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung, Diss. Zürich, 1979.
- SANDERS ANNE, Mehrelternschaft, *Habil. Bonn* 2017, *Jus Privatum*, Beiträge zum Privatrecht, Band 227, Tübingen 2018.
- SANDOZ SUZETTE, Faut-il réintroduire l'adoption simple?, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden/Foëx Bénédicte (Hrsg.), *Le droit en question*, *Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genf/Zürich/Basel 2017, S. 233 ff.
- SCHRÖDER SANDRA, Wer hat das Recht zur rechtlichen Vaterschaft, Vorschlag zur Neugestaltung der rechtlichen Stellung des biologischen Vaters im Abstammungsrecht bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater, *Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht*, Band 23, Diss. Hamburg 2014, Frankfurt am Main 2015.
- SCHUTTER SABINA, „Richtige“ Kinder, Von heimlichen und folgenlosen Vaterschaftstests, Diss. Wuppertal 2010, Wiesbaden 2011.
- SCHWAB DIETER, Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie, in: Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft*, *Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, S. 41 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Referat Plurale Elternschaft, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages in Essen 2016*, Band II/1, *Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse*, München 2017, S. P 25 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», Basel 2013.
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», *FamPra.ch* 15 (2014), 966 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, *Model Family Code: From a global perspective*, Antwerpen/Oxford 2006.

- SCHWENZER INGEBORG, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 3 (1994), S. 817 ff.
- SIEGL VERONIKA/BIGLER CHRISTINE/BÜCHLER TINA/PERLER LAURA/SCHURR CAROLIN, Transnationale Reproduktive Mobilität aus der Schweiz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, Februar 2021. (abrufbar unter: [Gutachten Reproduktive Mobilität](#); zuletzt besucht am 21. April 2021)
- SIMONI HEIDI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten "Kindswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, September 2012.
- SIMONI HEIDI, Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können), in: Kaufmann Claudia/Hausammann Christina (Hrsg.), Zugang zum Recht. Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Basel 2017, S. 91 ff.
- SOSSON JEHANNE/WILLEMS GEOFFREY, Parentage, Parenthood und Parental Responsibility in Traditional Families, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 725 ff.
- SPICKHOFF ANDREAS, Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion, in: Spickhoff Andreas/Schwab Dieter/Henrich Dieter/Gottwald Peter (Hrsg.), Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bielefeld 2007, S. 13 ff.
- STEFANELLI STEFANIA, Länderbericht Italien, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 351 ff.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2020.
- STEINER EVA, L'accouchement sous X. réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française, FamPra.ch 8 (2007), S. 568 ff.
- STRAUB CHRISTINE MARLENE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, Schriften zum Familien- und Erbrecht, Band 26, Diss. Mannheim 2019, Baden-Baden 2020.
- STREULI JÜRGEN, Kindeswohl aus Sicht der Medizinethik, in: Normative Implikationen des Kindeswohlbegriffs. Medizinische Sichtweise. Expertenbericht der Nationalen Ethikkommission (unveröffentlicht), 2011, S. 1 ff.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015.

- VASKOVICS LASZLO A., in: Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, S. 11 ff.
- VOIGT MARC, Abstammungsrecht 2.0. Ein rechtsvergleichender Reformvorschlag vor dem Hintergrund der Methoden der künstlichen Befruchtung, Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht, Band 25, Diss., Frankfurt am Main 2015.
- VOITHOFER CAROLINE, Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetischer und sozialer Beziehungen: Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, FamPra.ch 17 (2016), S. 422 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- WEDEMANN FRAUKE, Konkurrierende Vaterschaften und doppelte Mutterschaft im internationalen Abstammungsrecht, Diss. München, Baden-Baden 2006.
- WIESNER-BERG STEPHANIE, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“: – Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?, FamPra.ch 11 (2010), S. 521 ff.
- WYSS SISTI ESTHER, Der persönliche Verkehr Dritter: ein Recht auch für Kinder aus Fortsetzungsfamilien, FamPra.ch 9 (2008), S. 494 ff.
- WYTENBACH JUDITH/GROHSMANN IRENE, Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, AJP 23 (2014), S. 149 ff.
- YOUNG LISA, Länderbericht Australien, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (Hrsg.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Antwerpen/Chicago 2019, S. 75 ff.

Gesetzesverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 18. Juni 1811 (Österreich)
AHV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
BDRA	Births and Deaths Registration Act 1953, Chapter 20 1 and 2 Eliz 2 (England und Wales)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Deutschland)
Børneloven	Bekendtgørelse af Børneloven (LBK nr 722 af 07/08/2019) (Dänemark)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
CC argent.	Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2014 (Argentinien)
CC belg.	Code Civil vom 21. März 1804 (Belgien)
CC fr.	Code Civil des français vom 21. März 1804 (Frankreich)
CC it.	Codice Civile vom 16. März 1942 (Italien)
CC jap.	Zivilgesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 (Japan)
CC lux.	Code Civil vom 21. März 1804 (Luxemburg)
CC rum.	Codul Civil al României (Nr. 287/2009) vom 17. Juli 2009 (Rumänien)
CC span.	Código Civil vom 24. Juli 1889 (Spanien)
CCQ	Civil Code of Quebec, CCQ-1991 (Quebec, Kanada)
CFRA	Children and Family Relationships Act 2015 (Irland)
Children Act	Act of 8 April 1981 No. 7 relating to Children and Parents (Norwegen)
Children Act	Children Act 1989 (England und Wales)
CLRA Ontario	Children's Law Reform ACT, R.S.O. 1990, Chapter C.12 (Ontario, Kanada)

DPR 2000/396	Decreto del Presidente della Repubblica 3 Novembre 2000, n. 369, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Italien)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
Family Code	Family Code California vom 1. Januar 1994 (Kalifornien, USA)
FB	Föräldräbalk 1949:381 (Schweden)
FLA BC	Family Law Act vom 24. November 2011 [SBC 2011] Chapter 25 (British Columbia, Kanada)
FLA 1975	Family Law Act 1975, No. 53, 1975, Compilation No. 83 (Australien)
FLA 1986	Family Law Act 1986, Chapter 55 (England und Wales)
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (SR 810.11)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (England und Wales)
LTRHA	Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida vom 26. Mai 2006 (Spanien)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
revGUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 15. Juni 2018 (SR 810.12), BBl 2018, 3509.
SCA	Status of Children Act 1987 (Irland)
SchKG	Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten vom 27. Juli 1992 (Deutschland).
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913 (Deutschland)
UN-KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZStV	Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (SR 211.112.2)

Materialienverzeichnis

- Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Berlin, Köln 2017.
- Bessere Unterstützung für Frauen in Not und verletzte Familien, Bericht des Bundesrates zum Postulat Maury Pasquier (13.4189) vom 12. Oktober 2016.
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBI 2015 S. 877 ff.
- Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt), BBI 2014 S. 529 ff.
- Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I S. 139 ff.
- 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, BBI 1996 III S. 205 ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974, BBI 1974 II S. 1 ff.
- Child and Parents in the 21st Century, Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, Den Haag 2016.
- Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht), 1972/3.
- Familienbericht 2017, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.3144 Meier-Schatz vom 14. März 2012 und 01.3733 Fehr vom 12. Dezember 2001
- Familienpolitik, Auslegeordnung und Handlungsoptionen des Bundes, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Tornare (13.3135) « Familienpolitik » vom 20. März 2013, 20. Mai 2015.
- Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Paris 2014.
- Gesetzliche Regelungen der Elternschaft, Ein Überblick über Regelungen der Elternschaft und die Möglichkeit einer Mehrelternschaft in verschiedenen Rechtsordnungen, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, 28. August 2018.
- Illegale Adoptionen von Kindern aus Sri Lanka: historische Aufarbeitung, Herkunftssuche, Perspektiven, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 17.4181 Ruiz Rebecca vom 14. Dezember 2017.
- Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), März 2015.
- Parlamentarische Initiative « Ehe für alle », Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019, BBI 2019 S. 8595.

Sexuelle Gesundheit Schweiz, Jahresbericht 2019.

Stellungnahme Nr. 32/2019, Samenspende, Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, 12. Dezember 2019.

I. Postulat, Auftrag und Arbeitsmethode

1. Postulat des Ständerats

- 1 Die Kommission für Rechtsfragen hat am 21. August 2018 im Ständerat das Postulat 18.3714 «Überprüfung des Abstammungsrechts» eingereicht. Danach soll der Bundesrat damit beauftragt werden, den Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen und dem Parlament in einem Bericht gegebenenfalls Empfehlungen zu unterbreiten. Das geltende fortpflanzungsmedizinische Verbot der Ei- und der Embryonenspende sowie der Leihmutterschaft soll dabei nicht in Frage gestellt werden.¹ Der Bundesrat hat am 17. Oktober 2018 die Annahme dieses Postulats beantragt; der Ständerat hat das Postulat am 12. Dezember 2018 angenommen. In der Folge hat der Bundesrat das Bundesamt für Justiz damit beauftragt, den Reformbedarf zu prüfen und allfällige Empfehlungen vorzuschlagen.

2. Auftrag des Bundesamts für Justiz

- 2 Am 1. Juli 2019 hat das Bundesamt für Justiz eine interdisziplinäre Expert-innengruppe eingesetzt. Die Expert-innengruppe «Abstammungsrecht» setzt sich aus folgenden **Mitgliedern** zusammen:

Rechtswissenschaft:

- Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo, Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg (Vorsitz)
- Prof. Dr. iur. Regina Aebi-Müller, Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Luzern
- Prof. Dr. iur. Eva Maria Belser, Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Freiburg
- Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Andrea Büchler, Professorin für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich, Präsidentin der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
- Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, Professeure ordinaire au département de droit civil, Universität Genf
- Prof. Dr. iur. Philippe Meier, Professeur ordinaire de droit civil, Universität Lausanne

Justiz:

- Dr. iur. Matthias Stein-Wigger, Zivilgerichtspräsident am Zivilgericht Basel-Stadt, Basel

¹ Vgl. www.bj.admin.ch > Gesellschaft > Laufende Rechtsetzungsprojekte > Elternschaft und Abstammung (zuletzt besucht am 21. April 2021).

Anwaltschaft:

- Kai Burkart, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Familienrecht, Leiter Fachgruppe Familienrecht des Zürcher Anwaltsverbands, Zürich

Fortpflanzungsmedizin und Medizinethik:

- Dr. med. Samia Hurst-Majno, Professeure ordinaire, Directrice de l'Institut Éthique, Histoire, Humanités, Universität Genf

Jugendpsychologie und Kinderschutz:

- Dr. phil. Heidi Simoni, Psychologin, Fachpsychologin für Psychotherapie FSP, Leiterin des Marie Meierhofer Instituts für das Kind, Zürich

- 3 Neben den Experten und Expertinnen nahmen **weitere Personen** an den Sitzungen der Expert-inn-engruppe teil: Dr. iur. David Rüetschi, Leiter des Fachbereichs Zivilrecht und Zivilprozessrecht, und lic. iur. Debora Gianinazzi, Stellvertretende Leiterin des Fachbereichs Zivilrecht und Zivilprozessrecht als Vertretung des Bundesamtes für Justiz, lic. iur. Peter Forster bzw. Dr. iur. Matthias Bürgin, als Vertretung des Bundesamtes für Gesundheit (ab Februar 2020), sowie Dr. iur. Lena Rutishauser, Oberassistentin am Institut für Familienforschung und -beratung (Universität Freiburg), als wissenschaftliche Mitarbeiterin.
- 4 Das Bundesamt für Justiz hat der Expert-inn-engruppe den **Auftrag** erteilt, den Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen und Empfehlungen für eine kohärente Gesamtreform zu formulieren: Die Expert-inn-engruppe soll in grundsätzlicher Weise prüfen, ob das geltende Abstammungsrecht den heutigen Lebensrealitäten noch gerecht wird, und – unter Berücksichtigung der Entwicklung der Fortpflanzungsmedizin – Empfehlungen für eine kohärente Gesamtreform formulieren. Sie soll zudem prüfen, ob und gegebenenfalls wie das Abstammungsrecht der Tatsache Rechnung tragen kann, dass Fortpflanzungsmethoden, die in der Schweiz verboten sind, zunehmend im Ausland in Anspruch genommen werden.

3. Arbeitsmethode

- 5 Die Expert-inn-engruppe hat im Zeitraum **von August 2019 bis Juni 2021** fünfzehn Sitzungen abgehalten, regelmässig in den Räumlichkeiten des Bundesamtes für Justiz in Bern, vereinzelt wegen Covid-19 online.
- 6 Die **Diskussionen** innerhalb der Expert-inn-engruppe erfolgten jeweils **ohne Abstimmungen**, die Mehr- oder Minderheitsverhältnisse wurden ohne Nennung von Namen in öffentlich einsehbaren Protokollen abgebildet. Auf der Grundlage der in diesem Bericht dargestellten Überlegungen erarbeitete die Expert-inn-engruppe Empfehlungen, die jeweils von der Mehrheit der Expert-inn-en getragen werden.
- 7 Die Expert-inn-engruppe zog an zwei Sitzungen **Fachexpertise aus dem Bundesamt für Justiz** bei: An der Sitzung vom 3. April 2020 referierte Joëlle Schickel-Küng, lic. iur., Co-Leiterin des Fachbereichs Internationales Privatrecht, über die heutige IPR-Praxis und die Anerkennung ausländischer Entscheide und Urkunden. An den Sitzungen vom 11. Oktober 2019 und vom 3. April 2020 refe-

rierten die Leiterin des Eidgenössischen Amt für Zivilstandswesen, lic. iur. Cora Graf-Gaiser, und ihre wissenschaftliche Mitarbeiterin, lic. iur. Fabia Nyffeler, über die Eintragungspraxis im nationalen Recht bzw. im internationalen Recht sowie über die Möglichkeiten eines Abstammungsregisters.

- 8 Die Ergebnisse der Expert-inn-engruppe sind einerseits im vorliegenden **Bericht** und andererseits in den separaten **Empfehlungen** zum Reformbedarf im Abstammungsrecht festgehalten. Die voneinander getrennten Dokumente dienen der Übersichtlichkeit der Ergebnisse und der leichteren Zugänglichkeit der Empfehlungen. Im Bericht wurden Rechtsprechung und Literatur bis zum 21. April 2021 berücksichtigt. Wo der Bericht die ständige Lehre und Rechtsprechung wiedergibt, wird auf Belege in den Fussnoten verzichtet.

4. Terminologie

- 9 Soweit der Bericht das geltende Recht referiert, werden die gesetzlichen Begriffe verwendet. Wo er den Reformbedarf darstellt und erläutert, werden geschlechtsneutrale Begriffe verwendet.
- 10 Der erste Elternteil ist die Person, die das Kind gebärt (Geburtsmutter). Der zweite Elternteil ist die zweite Person, zu der ebenfalls ein Kindesverhältnis besteht. Der erste und der zweite Elternteil können eine Frau, ein Mann oder eine Person sein, die sich keinem Geschlecht (vollständig) zuordnet. Um diese Rechtswirklichkeit umfassend und gleichzeitig möglichst einfach einzufangen, wird vom ersten und zweiten Elternteil gesprochen. Dadurch wird vermieden, dass das Recht Bezeichnungen verwendet, die nicht mit der Geschlechtsidentität der Personen übereinstimmen.²

5. Aufbau des Berichts

- 11 Der vorliegende Bericht stellt die Grundlage der separaten Empfehlungen zum Reformbedarf im Abstammungsrecht dar. Er ist wie folgt aufgebaut:
- 12 In einem ersten Schritt wird der Wandel in Familie und Elternschaft nachgezeichnet (II.). In einem zweiten Schritt werden die programmatischen Leitlinien eines neuen Abstammungsrechts dargelegt (III.). In einem dritten Schritt werden die Begründung des Kindesverhältnisses sowie die Aufhebung des Kindesverhältnisses de lege lata im In- und Ausland behandelt (IV.). Da die Begründung des Kindesverhältnisses nicht immer anhand der Genetik erfolgt, ist das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wesentlich und wird in einem vierten Schritt seine Voraussetzungen und seine Bedeutung zu klären (V.). Schliesslich wird auf internationalprivatrechtliche Sachverhalte eingegangen (VI.). In den Teilen IV. bis VI. wird jeweils zuerst die rechtliche Situation de lege lata in der

² Spätestens seit EGMR Urteil Nr. 7 9885/12, 5247 1/13 und 52596/13 vom 6. April 2017 in Sachen A.P., Garçon und Nicot gegen Frankreich, darf die Sterilität nicht mehr Voraussetzung der Änderung des Geschlechtseintrags bilden. Dies ist mit der Gesetzesnovelle vom 18. Dezember 2020 in Art. 30b ZGB umgesetzt. Danach kann durch eine einfache Erklärung vor dem Zivilstandsamt der Eintrag betreffend das eigene Geschlecht geändert werden.

Schweiz und, soweit von Interesse, in einigen anderen Staaten dargestellt (a.); sodann wird auf den Reformbedarf hingewiesen (b.), der in den Empfehlungen (separates Dokument) ausgeführt wird. Der Bericht (ab Teil IV.) und die Empfehlungen folgen grundsätzlich derselben Systematik.

II. Familie und Elternschaft im Wandel

1. Bedeutung von Elternschaft in Gesellschaft und Generationenfolge

- 13 Der gesellschaftliche Wandel der letzten Jahrzehnte und die damit einhergehenden **Veränderungen der Familienrealitäten** (vgl. dazu N 21 ff.) haben nicht zur teilweise prophezeiten Auflösung der Familie geführt, sondern sogar zu ihrer Wiederaufwertung. Familiäre Beziehungen und Unterstützung sind in einer Welt der zunehmenden Individualisierung und Vereinzelung besonders bedeutsam. Aus subjektiver Sicht wird Familie grundsätzlich positiv gedeutet, das heisst, «dass Personen der Familie allgemein und speziell der eigenen eine sinnstiftende Funktion zuweisen, dass sie betonen, welche hohe ‚persönliche Wichtigkeit‘ sie ihr in ihrem Leben zumessen usw.»³ Demgegenüber hat die ökonomische Nutzenfunktion von Kindern in den letzten Jahrzehnten abgenommen. Im Vordergrund stehen in der modernen europäischen Gesellschaft emotionale Werte. Befragt man junge Eltern nach den Vorteilen eines Lebens mit Kindern, werden die soziale und emotionale Beziehung, Intimität und Stimulation betont.⁴
- 14 Das häufig innige emotionale Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, wie wir es heute kennen, ist keine Selbstverständlichkeit. Erst mit dem **Wechsel zur bürgerlichen Kernfamilie**, der mit der einsetzenden Industrialisierung im 18. und 19. Jahrhundert erfolgte, wurde auch das emotionale Verhältnis zwischen Eltern und Kindern enger. Die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern scheinen in der Zeit davor (im Mittelalter und in der frühen Neuzeit) eher gefühlsarmer gewesen zu sein, was u.a. auf die hohe Kindersterblichkeit und auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass viele Kinder bereits im Alter zwischen zehn und zwölf das Elternhaus verliessen, um einige Jahre im Dienst fremder Familien zu verbringen.
- 15 Das Kindesverhältnis ist nicht nur Ausgangspunkt oder Ausdruck einer engen emotional-affektiven Beziehung, sondern hat auch finanzielle, sozialversicherungsrechtliche, steuerrechtliche, migrationsrechtliche und weitere Bezüge, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden darf. Eine der Herausforderungen an ein Abstammungsrecht besteht darin, beiden Aspekten Rechnung zu tragen und gleichzeitig die Tatsache zu berücksichtigen, dass das rechtliche Kindesverhältnis nicht zwingend mit der genetischen Beziehung und dem sozialen und emotionalen Verhältnis im Einklang steht, dass also auch zu entscheiden ist, welches

³ Vgl. NAVE-HERZ, S. 214.

⁴ Zum Ganzen siehe auch Familienbericht 2017, S. 8 f.

Verhältnis zwischen den tatsächlichen, den genetischen und den rechtlichen Beziehungen gelten soll, wenn sie auseinanderfallen.

- 16 Die Anzahl der Personen, die den Wunsch haben kinderlos zu bleiben, hat sich gemäss Befragungen kaum erhöht. Es lässt sich entsprechend sagen, dass es auch heute noch grossmehrheitlich zum Lebensentwurf junger Menschen gehört, Kinder zu haben.⁵ Elternschaft «... ist und bleibt eine Sehnsucht, die sich schlecht begründen oder argumentativ durchdringen lässt.»⁶ Beim **Kinderwunsch** schwingt oft ein Zweifaches mit: der Wunsch, sich fortzupflanzen, also der Wunsch nach «eigenen» Kindern, und der Wunsch nach einer affektiven Gemeinschaft. Dennoch ist die Tatsache, dass weniger Kinder geboren werden als gewünscht, eine Konstante der letzten Jahrzehnte.⁷ Lebenspläne werden nicht immer realisiert bzw. sind nicht immer realisierbar: Teils werden weniger Kinder geboren als geplant, teils bleiben Menschen entgegen ihren ursprünglichen Plänen kinderlos. Dies ist aber nicht mit der grundsätzlichen Abkehr von der Familie, sondern eher mit den Schwierigkeiten bei der Realisierung familialer Pläne zu begründen. Gleichzeitig werden immer auch noch Kinder geboren, die nicht auf dem Wunsch der Eltern (bzw. beider Eltern) beruhen.

2. Familienbilder

A. Im geltenden Abstammungsrecht

- 17 Die Entstehung des Kindesverhältnisses ist in den Art. 252–269c ZGB geregelt, im siebten Titel («Die Entstehung des Kindesverhältnisses») der zweiten Abteilung («Die Verwandtschaft») des Teils «Familienrecht» des Zivilgesetzbuchs (ZGB). Die Regeln über die Entstehung des Kindesverhältnisses geben Antwort auf die Frage, wer die rechtliche Mutter und wer der rechtliche Vater eines Kindes ist, weisen also einem Kind seine rechtlichen Eltern in verbindlicher Weise zu. Diese gesetzlichen Regeln werden auch als **Abstammungsrecht** bezeichnet. Es regelt die rechtliche Zuordnung von Kindern zu «ihren» Eltern und sagt zunächst nichts über die genetische oder die soziale, emotionale, affektive Wirklichkeit aus.
- 18 Die **Kernaufgabe** des Abstammungsrechts besteht darin, festzulegen, welche Kriterien der Zuordnung eines Kindes zu Eltern rechtlich anerkannt sind und welche primären Zuordnungen gegebenenfalls einer Korrektur zugänglich sein müssen. Ob ein bestimmtes Zuordnungskriterium rechtlich anerkannt wird, hängt von den gesellschaftlichen Auffassungen ab und wird in den verschiedenen Kulturkreisen und historischen Epochen unterschiedlich beantwortet. Seit einiger Zeit werden die Zuordnungskriterien von Elternschaft neu verhandelt, was auf verschiedene gesellschaftliche Veränderungen zurückzuführen ist. Dazu gehö-

⁵ Im Jahr 2013 wünschten sich nur 6 % der befragten 20–29-jährigen Frauen kinderlos zu bleiben, gleich viele wie bereits 1994/5. Bei den befragten Männern im gleichen Alter war der Anteil nur unwesentlich höher (1994/5: 9 % und 2013: 8 %), vgl. zum Ganzen Familienbericht 2017, S. 10.

⁶ BLEISCH/BÜCHLER, S. 73.

⁷ Vgl. Familienbericht 2017, S. 11.

ren unter anderem die Gleichstellung von ehelichen und nicht ehelichen Kindern (vgl. Art. 2 UN-KRK und Art. 14 EMRK), die Möglichkeit der Überprüfung der genetischen Abstammung,⁸ die Pluralisierung der Lebens- und Familienformen (vgl. N 21 ff., N 38 ff.) sowie die Entwicklungen und die Internationalisierung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin (vgl. N 44 ff.).

- 19 Das geltende Abstammungsrecht ist seit 1. Januar 1978 in Kraft. Es ersetzte damals das von EUGEN HUBER verfasste Abstammungsrecht aus dem Jahr 1907 (in Kraft von 1912 bis 1977), das zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterschied. Damals hatten die Interessen des Kindes grundsätzlich hinter den bürgerlichen Familienidealen und der Bedeutung der Ehe zurückzutreten. Mit der Revision des Abstammungsrechts im Jahr 1976 (in Kraft seit 1978) wurde das Interesse des Kindes weiter ins Zentrum gerückt und die Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern weitgehend aufgehoben. Das Gesetz definiert den Begriff der Familie zwar nicht, implizit ging und geht es aber vom Ideal einer traditionellen, bürgerlichen Kleinfamilie aus, bestehend aus lebenslänglich verheirateten (verschiedengeschlechtlichen) Eltern und ihren (gemeinsamen) Kindern. Zwar waren Familien schon immer pluraler als sie im Recht abgebildet waren. Mit den vielfältigen gesellschaftlichen Veränderungen sind sie als Realität zunehmend ins Bewusstsein gelangt, was von GUILLOD/BURGAT mit «L'évolution de la famille vers les familles»⁹ zutreffend umschrieben wird (siehe dazu auch nachfolgende Statistiken N 31 ff.). Das **geltende** Familienrecht und sein **Abstammungsrecht** halten daher **nicht mehr für alle Lebenssachverhalte** die geeigneten Lösungen und Möglichkeiten bereit. Zwar kann nicht mehr von einer einseitigen Förderung der auf der Ehe basierenden Familie und einer durchgängigen Benachteiligung anderer Familienformen gesprochen werden.¹⁰ Das geltende Recht mit seinem traditionellen Konzept von Elternschaft ist aber noch weit entfernt von einer wertfreien Gleichbehandlung aller Familienformen. So werden insbesondere Einelternhaushalte, nichteheliche Lebensgemeinschaften mit oder ohne Kinder, zusammengesetzte Familien, Regenbogenfamilien und gleichgeschlechtliche Paare vom geltenden Familienrecht weitgehend ausgeblendet und teilweise sogar explizit ausgeschlossen (vgl. Art. 28 PartG und Art. 3 Abs. 2 und 3 FMedG). Ferner bestehen grosse Unterschiede bei den Regeln der Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung und jenen der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes. Insofern ist die rein rechtliche Beziehung zwischen dem nicht ehelichen Kind und seinem rechtlichen Vater weniger geschützt als jene des ehelichen Kindes zu seinem rechtlichen Vater. Kaum Rechnung getragen wird auch der Tatsache, dass aufgrund von Trennungen und Neubegründungen von Partnerschaften im Leben eines Kindes neben den rechtlichen Eltern weitere Personen Erziehungs- und Pflegeverantwortung übernehmen und dass diese Verantwortung gleichermassen stabil und verlässlich

⁸ Seit Ende der 1980er/Anfang 1990er-Jahre wird in der Schweiz im Fall von Vaterschaftsklagen auf DNA-Gutachten zurückgegriffen.

⁹ GUILLOD/BURGAT, S. 2.

¹⁰ Beispielsweise gelten aber immer noch alle innerhalb einer Ehe geborenen Kinder ex lege als gemeinsame Kinder der Ehegatten (Art. 255 ZGB).

sein kann wie jene der rechtlichen Eltern. Das geltende Recht regelt die Beziehung zwischen rechtlichem Elternteil, genetischer Verwandtschaft und sozialer Elternschaft nur unzureichend und sieht Lösungen vor, die nicht mehr zu den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen passen.

- 20 Schliesslich geht das geltende Recht immer noch von der **Zweielternfamilien** aus. Damit verbunden ist das zwingende Erlöschen der bisherigen Elternschaft und der gesamten damit verbundenen Verwandtschaft bei einer Stiefkindadoption. Das gilt selbst da, wo ein Stiefkindadoption erfolgt, weil ein Elternteil verstorben ist. Damit ist ganz allgemein die Notwendigkeit verbunden, beim zweiten rechtlichen Elternteil zwischen genetischem und sozialem Elternteil wählen zu müssen.

B. In der gesellschaftlichen Realität

- 21 Die Vorstellung von Familie hat sich nicht nur mit der zunehmenden **Pluralisierung von Lebensformen**, mit zunehmender Auflösung und Neubegründung von Partnerschaften verändert, sondern auch aufgrund der zunehmenden **Globalisierung**:
- 22 Sie bedeutet zunächst eine Internationalisierung der Bevölkerung: Mit der zunehmenden Migration hat sich die Vielfalt der Familienbilder und der Vorstellung von Familie und familialer Zugehörigkeit multipliziert. Das beeinflusst auch unsere eigenen Familienbilder.
- 23 Ferner ermöglicht sie die Inanspruchnahme von medizinisch assistierten Fortpflanzungsmethoden im Ausland, die in der Schweiz verboten sind. Aufgrund der Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin beschränkt sich die Gründung einer Familie heute nicht mehr auf verschiedengeschlechtliche Paare. Die Ei- und Embryonenspende ermöglicht es einer Frau Mutter zu werden, ohne genetisch mit dem Kind verwandt zu sein, oder – bei gleichzeitiger Leihmutterschaft – einem oder zwei Männern Väter zu werden. Selbst wenn diese Fortpflanzungsmethoden in der Schweiz verboten sind, werden sie von Personen in Anspruch genommen, die in der Schweiz oder aber im Ausland Eltern werden und anschliessend mit ihren Kindern in der Schweiz leben. Sie beeinflussen die Vorstellung von Familie – auch in der Schweiz. Die Internationalisierung und die Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin werfen viele rechtliche Fragen auf.
- 24 Die Veränderungen im Zusammenhang mit dem Stellenwert der Ehe und dem Verständnis von Familie sind nicht mit einem Zerfall der Familie gleichzusetzen. Es haben sich lediglich die **Formen von Familie** verändert, das Bedürfnis nach engen familiären Beziehungen ist nicht geringer geworden. Verändert hat sich seit Inkrafttreten des ZGB die soziale Wirklichkeit von Familien und die gesellschaftliche Ein- und Vorstellung darüber, was eine Familie ausmacht, wie diese zustande kommt und wer ihre Akteure sind. Verändert haben sich aber auch die gesellschaftlichen Normen und Einstellungen: Die Stigmatisierung der nichtehelichen Geburt und gleichgeschlechtlicher Elternschaft hat der Akzeptanz einer Pluralität von Familienformen Platz gemacht. Als Familie bezeichnen wir heute längst nicht mehr nur die Gemeinschaft von Ehemann, Ehefrau und ihren (gemeinsamen) Kindern. Lebenswege, Familienbilder und Familiengeschichten sind vielfältiger und komplexer geworden, was sich in den Statistiken und den Ergeb-

nissen von Erhebungen zeigt (vgl. nachfolgend N 31 ff.). Dies schlägt sich auch in einem weit verstandenen Begriff des Familienlebens im Sinn von Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK nieder (dazu N 73 ff.).

3. Rechtlicher Wandel

- 25 Wie (in N 19) erwähnt, gilt in grossen Zügen immer noch das **Abstammungsrecht** vom 25. Juni 1976, das am 1. Januar 1978 in Kraft getreten ist. Es beruht im Wesentlichen auf der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes und deren fehlenden Anfechtbarkeit durch die Mutter und durch den mutmasslichen genetischen Vater sowie der beschränkten Anfechtbarkeit durch das Kind (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 256c Abs. 2 ZGB; vgl. hinten N 126 ff.). Die Anerkennung des Kindes durch den Vater ist nur möglich, wenn die Mutter nicht verheiratet ist oder wenn zuerst die Vaterschaftsvermutung ihres Ehemannes zerstört worden ist. Die Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren stand ebenso ausserhalb des Vorstellungsbereiches des damaligen Gesetzgebers wie die rechtliche Vaterschaft eines Mannes gegen den Willen des Ehemannes der Mutter.
- 26 Weder mit dem revidierten **Eherecht** noch mit dem revidierten **Scheidungsrecht**, die am 1. Januar 1988 bzw. am 1. Januar 2000 in Kraft getreten sind, ist abstammungsrechtlich die Bedeutung der Ehe verändert worden. Ebenfalls keine Neuerungen im Abstammungsrecht brachte das 2007 in Kraft getretene Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004, in dem für das **Partnerschaftsrecht** ausdrücklich festgehalten wurde, dass Personen in eingetragener Partnerschaft weder zur gemeinschaftlichen Adoption noch zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen sind (Art. 28 PartG).
- 27 In der Schweiz ist die **medizinisch unterstützte Fortpflanzung** erst seit dem Inkrafttreten des FMedG vom 18. Dezember 1998 am 1. Januar 2001 gesetzlich geregelt: Danach ist die medizinische Unterstützung der Fortpflanzung im Wesentlichen zulässig (a.) zur Überwindung der Unfruchtbarkeit eines Paares, wenn die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind, oder wenn (b.) die Gefahr, dass eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, nicht anders abgewendet werden kann (Art. 5 FMedG). Mit der damaligen Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin auf verschiedengeschlechtliche Paare und mit der Tatsache, dass gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden dürfen (Art. 3 Abs. 3 FMedG) hat der Gesetzgeber das bestehende Abstammungsrecht bestätigt. Bereits im Rahmen der parlamentarischen Beratungen waren die Zulässigkeit der Eizellenspende und die Präimplantationsdiagnostik (PID) umstritten. Während das Verbot der PID mit der Verfassungsänderung vom 14. Juni 2015 und der Gesetzesnovelle vom 12. Dezember 2014 (in Kraft seit dem 1. September 2017) aufgehoben und die PID gesetzlich geregelt wurde (Art. 5a FMedG), besteht das Verbot der Eizellenspende bis heute (Art. 4 FMedG).
- 28 In den letzten Jahren zeichneten sich im Abstammungsrecht weitere **punktuellen Änderungen** ab: Die Samenspende ermöglicht es einer oder zwei Frauen schon seit längerem faktisch und seit der Einführung der Stiefkindadoption für eingetragene Paare oder Lebenspartner-innen am 1. Januar 2018 (Art. 264c ZGB)

auch rechtlich, gemeinsam rechtliche Eltern eines Kindes zu werden. Die Neuerung zur Stiefkindadoption bringt die Akzeptanz der gleichgeschlechtlichen Elternschaft zum Ausdruck und setzt ausserdem die nichtehelichen Lebenspartnerschaften im Bereich der Stiefelternschaft der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft gleich, sofern das Paar seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt geführt hat. Ferner sieht die Gesetzesnovelle «Ehe für alle» vom 18. Dezember 2020,¹¹ über die das Volk abstimmen wird, die originäre Elternschaft der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheirateten Frau vor. Dies wird dadurch ermöglicht, dass sich Art. 3 Abs. 3 FMedG, wonach gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden dürfen, nun auch auf die Ehe von zwei Frauen bezieht. Dies soll über eine Neuinterpretation von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV bewerkstelligt werden, wonach der verfassungsrechtliche Unfruchtbarkeitsbegriff dem unerfüllten Kinderwunsch entspricht und somit auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwendbar ist.¹² Auch Art. 5 lit. a FMedG wird in Zukunft entsprechend auszulegen sein.

- 29 Zwei verheiratete Frauen sollen somit in Zukunft zwar originär gemeinsam rechtliche Eltern werden können. Der Anwendungsbereich der originären Elternschaft beschränkt sich aber auch bei Annahme der Gesetzesnovelle «Ehe für alle» auf die Samenspende gemäss FMedG. Die originäre Elternschaft der Ehefrau der Mutter soll hingegen nicht greifen, wenn ein Ehepaar eine Samenspende privat verwendet oder im Ausland in Anspruch nimmt.
- 30 Trotz punktueller Anpassungen an den gesellschaftlichen Wandel ist der rechtliche Wandel im Abstammungsrecht kaum ersichtlich. Aufgrund der Internationalisierung der Fortpflanzungsmedizin tut sich allerdings Vieles **jenseits der rechtlichen Vorgaben und der Vorstellungen des Gesetzgebers**: Samenspenden werden privat und ausserhalb des Anwendungsbereiches des FMedG verwendet. Im Ausland stehen interessierten Personen Eizellen-, Samenzellen- oder Embryonenspenden zur Verfügung, was allerdings regelmässig das Problem der Anonymität der spendenden Personen und – damit verbunden – die Verletzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes aufwirft. Ferner gibt es immer mehr Familien, die Mehrelternschaften leben, und Kinder, die emotional und/oder wirtschaftlich gleichzeitig mit genetischen und sozialen Eltern verbunden sind, was Fragen nach dem rechtlichen Schutz dieser Beziehungen aufwirft.

4. Gesellschaftlicher Wandel

- 31 Die Tatsache, dass sich in den letzten Jahrzehnten ein grundlegender gesellschaftlicher Wandel vollzogen hat, zeigt sich anhand der folgenden Statistiken und Ergebnisse von Erhebungen.

¹¹ Vgl. BBI 2020, S. 9913 ff.

¹² Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, BBI 2019 S. 8595, S. 8610 f.

A. Abnahme der Bedeutung der Ehe für die Begründung von Kindesverhältnissen

- 32 Die sozialen Verhältnisse haben sich insbesondere in den letzten Jahren in rasantem Tempo weiterentwickelt. Die Zahl der **nicht ehelichen Geburten** steigt seit 1970 kontinuierlich an und hat sich seit dem Jahr 2010 mehr als verdoppelt.¹³ Der Anteil der nicht ehelichen Geburten lag im Jahr 2019 bereits bei 26,5 %, während er im Jahr 2000 lediglich 10,7 % betrug.
- 33 Erhebungen des Bundesamtes für Statistik aus dem Jahr 2018 zeigen, dass von den verschiedengeschlechtlichen Paaren ohne gemeinsame Kinder nur 38,5 % der Paare verheiratet sind. Die meisten verschiedengeschlechtlichen Paare mit gemeinsamen Kindern sind miteinander verheiratet (93,4 %). Der Anteil der unverheirateten Paare (Konkubinatspaare) mit Kindern liegt entsprechend bei 6,6 %. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um einen statistischen Durchschnitt, denn die Zahl der unverheirateten Paare mit Kindern in den jüngeren Generationen (das heisst die derzeit 25–34 resp. 35–44-Jährigen) ist mit 15 % resp. 11 % doppelt so hoch wie der Durchschnittswert.¹⁴ Daraus kann gefolgert werden, dass die Ehe «auch bei der Familiengründung ihre Monopolstellung verloren [hat] – und dies trotz gesetzlicher Privilegien.»¹⁵ Dennoch: Eine Mehrheit der Kinder wird immer noch innerhalb einer Ehe geboren. Von 87'851 Kindern, die im Jahr 2018 lebend geboren wurden, handelte es sich bei 62'275 um **eheliche Geburten**. Wie häufig zwischen dem Kind und dem Ehemann der Mutter eine genetische Beziehung fehlt, ist Gegenstand zahlreicher Studien, Schätzungen und Mythen. Inzwischen geht man davon aus, dass die Nichtvaterschaft nicht so häufig ist wie immer wieder angenommen wurde. Wissenschaftliche Studien haben Werte zwischen 0,94 %¹⁶ und 1,9 %¹⁷ ermittelt. Nimmt man hingegen Zahlen von Laboratorien, die DNA-Gutachten zur Abklärung von Vaterschaften erstellen, ist die Zahl deutlich höher (bis zu 55,6 %)¹⁸, was allerdings darauf zurückzuführen ist, dass lediglich Personen DNA-Gutachten machen lassen, die bereits Zweifel an der Vaterschaft des Ehemannes haben.
- 34 Dass Heiraten und Kinderhaben weiterhin eng miteinander verknüpft sind, zeigt sich darin, dass unverheiratete Paare häufig nur ein gemeinsames Kind haben.

¹³ Vgl. BFS, Anteil der nicht ehelichen Lebendgeburten nach Kanton, 1970–2019. Der Anteil der nicht ehelichen Lebendgeburten betrug 1970 noch 3,8 %, zwanzig Jahre (1990) später 6,1 % und weitere zwanzig Jahre später (2010) bereits 18,6 %. Der Anteil der nicht ehelichen Lebendgeburten betrug 2019 bereits 26,5 %.

¹⁴ Vgl. BFS, Erhebung zu Familien und Generationen 2018, www.bfs.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021), S. 7 ff.

¹⁵ PREISNER, FamPra.ch 2014, S. 786 in fine.

¹⁶ Zu diesem Ergebnis kommt eine deutsche Studie aus dem Jahr 2012: WOLF MICHAEL/MUSCH JOCHEN/ENCZMANN JUERGEN/FISCHER JOHANNES, Estimating the Prevalence of Nonpaternity in Germany, in: Human Nature, Juni 2012 (open access: DOI 10.1007/s12110-012-9143-y).

¹⁷ Gemäss einer Studie, die 2006 «Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates» verglichen hat: ANDERSON KERMYT G., How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates, in: Current Anthropology Vol. 47 (2006), S. 513 ff. (open access: DOI 10.1086/504167)

¹⁸ Vgl. Übersicht bei ANDERSON KERMYT G., How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates, in: Current Anthropology Vol. 47 (2006), S. 513 ff. (open access: DOI 10.1086/504167).

Die Statistiken aus dem Jahr 2019 zeigen, dass von 5'753 unverheirateten Paaren mit gemeinsamen Kindern mehr als zwei Drittel (4'084 Paare) ein einziges Kind, jedoch nur wenige unverheiratete Paare mehr als ein gemeinsames Kind haben.¹⁹ Die Institutionalisierung der Paarbeziehung durch Heirat wird häufig nach der Geburt des ersten Kindes nachgeholt. So waren im Jahr 2019 von den insgesamt 20'411 in der Schweiz von ledigen Müttern geborenen Kindern 13'271 Erstgeburten.²⁰ Die grosse Bedeutung der Ehe war und ist nicht etwa ein Zufall oder ein Ergebnis der Natur. Der Staat und die Kirche haben das Institut der Ehe über lange Zeit etabliert und gefestigt, indem die Ehe sowohl unter besonderen Schutz gestellt als auch mit besonderen Rechten ausgestattet wurde. Es ging dabei beiden Akteuren sowohl um die Regelung (der Folgen) der Sexualität (die bis vor kurzem untrennbar mit Fortpflanzung verbunden war) als auch um die wirtschaftliche und soziale Sicherung der Betroffenen, namentlich von Frauen und Kindern, die weder auf ein eigenes Einkommen noch auf eine soziale Sicherung jenseits der Familie bauen konnten.

B. Zunahme der Anerkennungen

- 35 Die Anerkennung der Vaterschaft ist de lege lata nur dann möglich und notwendig, wenn die Mutter eines Kindes nicht verheiratet ist bzw. die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes zuvor erfolgreich angefochten wurde (vgl. auch hinten N 143 ff.). Die steigende Zahl der Anerkennungen geht folglich mit der steigenden Zahl von Geburten von nicht verheirateten Müttern einher. Während 1998 in der Schweiz lediglich 6'842 Kindsanerkennungen vorgenommen wurden, waren es 2008 insgesamt 13'314 und 2019 bereits 22'256 Anerkennungen.
- 36 Anerkennungen können vor oder nach der Geburt eines Kindes erfolgen. Von 1980 bis 2005 wurden Kinder mehrheitlich nach ihrer Geburt anerkannt. Seither steigen die vorgeburtlichen Anerkennungen an. Von den 22'256 Anerkennungen im Jahr 2019 sind 14'564 vorgeburtlich erfolgt.²¹ Vorgeburtliche Anerkennungen lassen darauf schliessen, dass die Zeugung des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern geplant war und die Eltern miteinander im Einvernehmen sind.
- 37 Die Anerkennungserklärung kann sowohl beim Zivilstandsamt als auch beim Gericht (im Rahmen einer Vaterschaftsklage) sowie posthum im Testament erfolgen. 2019 sind von 22'256 lediglich 153 Anerkennungen vor Gericht erfolgt. Dieser Anteil der vor Gericht erfolgten Anerkennungen ist seit 2004 konstant tief geblieben.²²

¹⁹ Vgl. BFS, Paare mit gemeinsamen Kindern vor der Heirat, 1980–2019, www.bfs.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021): Rund 1'445 unverheiratete Paare haben zwei resp. 224 unverheiratete Paare haben drei gemeinsame Kinder.

²⁰ Vgl. BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Lebendgeburten nach Geburtenfolge und Zivilstand der Mutter, 2005–2019. <http://www.bfs.admin.ch>

²¹ Vgl. BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Anerkennungen der Vaterschaft, 1990–2019.

²² Vgl. BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Anerkennungen der Vaterschaft/Anerkennungen der Vaterschaft nach Anerkennungsart, Alter des Kindes und Wohnkanton der Mutter, 2004–2019.

C. Veränderung der Familienformen

a) Scheidung und Auflösung der eingetragenen Partnerschaft

- 38 An der Entwicklung der Scheidungsziffer lässt sich der grundlegende Wandel in der Gesellschaft besonders gut erkennen: Scheidungen haben in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen. In den 1970er-Jahren wurden jährlich weniger als 10'000 Ehen geschieden (1970: 6'406, 1975: 8'917).²³ In den 1980er-Jahren betrug die zusammengefasste Scheidungsziffer rund 30 % (1984: 28,9 %, 1986: 29,4 %, 1988: 32,7 %), in den Jahren 2005 (52,6 %), 2006 (51,7 %) und 2010 (54,4 %) betrug sie über 50 %.²⁴ Danach blieb sie mit rund 40% konstant hoch: In den Jahren 2016 bis 2019 kam es zu 16'885 (2019), 16'542 (2018) resp. 15'906 (2017) und 17'028 (2016) Scheidungen pro Jahr, was einer zusammengefassten Scheidungsziffer von rund 40 % entspricht.²⁵ Allerdings beruhen die Erhebungen ab dem Jahr 2011 auf anderen Datenquellen, was die Vergleichbarkeit nach empirischen Standards erschwert. Unabhängig davon ist eine markante Erhöhung der Scheidungsziffer seit den 70er Jahren erkennbar.²⁶
- 39 Von den im Jahr 2019 ausgesprochenen 16'885 Scheidungen waren insgesamt 12'809 minderjährige Kinder betroffen.²⁷ Konsequenz der hohen Scheidungsrate ist unter anderem die Zunahme der Zahl der Einelternhaushalte und der Fortsetzungsfamilien (vgl. N 41).²⁸
- 40 Im Jahr 2004 wurde das Institut der eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt. Im Jahr 2019 kam es zu 674 Eintragungen von Partnerschaften und zu 200 Auflösungen der eingetragenen Partnerschaft.²⁹

b) Alleinerziehende, nichtverheiratete Eltern, zusammengesetzte Familien

- 41 Der Haushaltstyp «Paare mit Kind(ern) unter 25 Jahren» hat zu Beginn des 21. Jahrhunderts seine dominante Stellung eingebüsst. Nur noch 29,6 % der Privathaushalte gehören im Jahr 2018 zu diesem Haushaltstyp. Demgegenüber

²³ Vgl. BFS, Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen nach Kanton, 1970–2019.

²⁴ Vgl. BFS, Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen nach Kanton, 1970–2019. Die zusammengefasste Scheidungsziffer weist den durchschnittlichen Prozentanteil der Ehen aus, die im Laufe der Zeit geschieden werden, wenn das ehedauerspezifische Scheidungsverhalten eines bestimmten Kalenderjahres zukünftig nicht ändern würde.

²⁵ Vgl. BFS, Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Zusammengefasste Scheidungsziffer nach Kanton, 1984–2019.

²⁶ Ab 2011 wurde für die Erhebung von Daten bezüglich Scheidungen das Personenstandsregister (Infostar) verwendet, während die Daten vorher bei den kantonalen Gerichten direkt erhoben wurden. Seit dem Wechsel der Datenquelle werden auch keine Daten mehr zu Urteilsgründen, Trennungen, Klageabweisungen und zur Zuteilung des Sorgerechts mehr erhoben oder verwertet, vgl. www.bfs.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021).

²⁷ Vgl. BFS, Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Scheidungen, Scheidungshäufigkeit.

²⁸ Siehe dazu auch BFS, Bevölkerung/Familien/Formen des Familienlebens.

²⁹ Vgl. BFS, Bevölkerung/Heiraten, eingetragene Partnerschaften und Scheidungen/Eingetragene und aufgelöste Partnerschaften nach Geschlecht und Kanton, 2007–2019. **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

sind andere Formen des Zusammenlebens häufiger geworden, was einerseits mit der Zunahme der Scheidungen aber auch mit der Entstehung resp. Akzeptanz neuer Formen des Zusammenlebens begründet wird. Die Zunahme der Scheidungen führte zu einer Zunahme von Einelternhaushalten (2019: 16 % der Haushalte) und von Fortsetzungsfamilien (2019: 6 % der Haushalte). Bei den Eltern, die mit einem oder mehreren Kindern alleine im Haushalt leben, handelt es sich in 83 % der Fälle um Mütter.³⁰

c) Wirtschaftliche Folgen von veränderten Familienformen

- 42 Die veränderten Familienformen, namentlich die Zunahme von alleinerziehenden Eltern, haben auch wirtschaftliche Folgen: Im Jahr 2019 war knapp ein Drittel aller Sozialhilfebeziehenden in der Schweiz im Kindes- oder Jugendalter. Mehr als die Hälfte aller von der Sozialhilfe unterstützten Personen lebte in Familien mit Kindern.³¹ Einelternfamilien haben im Vergleich zu anderen Familienformen weiterhin das mit Abstand höchste Risiko von Sozialhilfeleistungen abhängig zu werden: In der Schweiz bezog im Jahr 2019 jeder fünfte Haushalt mit einem alleinerziehenden Elternteil Sozialhilfeleistungen.³²
- 43 Trotz zahlreicher Anstrengungen im Bereich der Familienpolitik (wie beispielsweise Steuerabzüge, Familienzulagen, Verbilligungen der Krankenkassenprämien oder Kinderrenten) sind Familien mit Kindern dem Armutsrisiko besonders ausgesetzt.³³ Der Grund dafür sind die hohen Kinderkosten, die aus direkten (Konsumausgaben) und aus indirekten Kosten bestehen. Die indirekten Kosten sind die Zeitkosten, die dadurch entstehen, dass Eltern ihre Kinder betreuen, unbezahlte Haus- und Familienarbeit leisten und daher ein tieferes Erwerbseinkommen erzielen.³⁴ Dieses Phänomen betrifft in der Schweiz vor allem Mütter: Erwerbstätige Mütter, deren jüngstes Kind unter vier Jahre alt ist, wiesen im Jahr 2019 mit 82,3 % den höchsten Anteil an Teilzeiterwerbstätigkeit auf.³⁵ Lassen sich die Erwerbsarbeit und die Kindererziehung auf mehr als eine Person verteilen und muss nur ein Haushalt finanziert werden, genügen die Mittel in vielen Fällen. Aufgrund der Veränderung der Familienformen müssen jedoch immer häufiger zwei Haushalte finanziert werden. Eine bereits angespannte Einkommenssituation kann durch den erhöhten Ressourcenbedarf prekär werden. Das Einkommen reicht nach Trennungen häufig nicht mehr aus, sodass kein ausreichender Unterhaltsbeitrag bezahlt wird. Die einseitige Mankoüberbindung bei Scheidungen verstärkt dieses Problem. Genügt das gemeinsame Einkommen nach der Trennung nicht mehr zur Deckung aller Kosten, muss der unterhaltsberechtigten (üblicherweise der hauptbetreuenden) Elternteil die Differenz zwischen

³⁰ Zum Ganzen siehe BFS, Panorama Bevölkerung, März 2021.

³¹ Vgl. BFS, Soziale Sicherheit/Sozialhilfe/Sozialhilfebeziehende/Sozialhilfebeziehende in der Schweiz 2019, S. 1.

³² Vgl. BFS, Soziale Sicherheit/Sozialhilfe/Sozialhilfebeziehende/Sozialhilfebeziehende in der Schweiz 2019, S. 3.

³³ Vgl. Botschaft Kindesunterhalt. S. 536; siehe auch Familienbericht 2017, S. 5.

³⁴ Vgl. BFS, Kataloge und Datenbanken/Publicationen/Kinderkosten in der Schweiz 2009, S. IV.

³⁵ Vgl. BFS, Medienmitteilungen, «Teilzeiterwerbstätigkeit in der Schweiz 2017» vom 17. Januar 2019, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index.php?id=11&lang=de&tid=1&cid=1&docId=11611>

den verfügbaren Mitteln und dem Gesamtbedarf alleine tragen.³⁶ In der Regel müssen der betreuende Elternteil und das Kind dann Sozialhilfe beantragen, die zu Rückzahlungsverpflichtungen des unterhaltsberechtigten (betreuenden) Elternteils führen. Sobald er dazu finanziell in der Lage ist, muss der Elternteil die von ihm bezogenen Sozialhilfeleistungen zurückbezahlen,³⁷ sodass es schwierig sein kann, der Armut wieder zu entkommen.

D. Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin

- 44 Auswirkungen auf das Familienrecht haben auch die Entwicklungen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin. Das erste Kind, das mittels In-vitro-Fertilisation³⁸ geboren wurde, kam 1978 in Grossbritannien zur Welt. Die medizinischen Techniken in diesem Bereich haben sich seither weiterentwickelt. In der Schweiz setzte die In-vitro-Fertilisation (IVF) 1983 ein. Das im internationalen Vergleich restriktive Fortpflanzungsmedizingesetz der Schweiz vom 18. Dezember 1998 ist am 1. Januar 2001 in Kraft getreten und wurde im Jahr 2017 einer Revision unterzogen. Die Statistiken zeigen deutlich, dass die Familiengründung heute später erfolgt als früher³⁹ und da mit zunehmendem Alter von Frau und Mann die Gefahr einer biologisch verursachten Unfruchtbarkeit steigt, nimmt auch die Nachfrage nach medizinischen Fortpflanzungsverfahren, insbesondere auch jene nach in der Schweiz nicht zugelassenen Methoden, stetig zu.
- 45 Im Jahr 2018 haben 2'987 Paare eine IVF begonnen.⁴⁰ Ist eine IVF (inkl. intrazytoplasmatische Spermieninjektion, ICSI) nicht erfolgreich, dürfen bei verheirateten Paaren zur Überwindung der Unfruchtbarkeit (oder zur Vermeidung der Übertragung einer Erbkrankheit) auch gespendete Samenzellen verwendet werden (Art. 3 Abs. 3 FMedG). Die Gesamtzahl der im Register erfassten Geburtsmeldungen nach Samenspende seit dem 1. Januar 2001 betrug am 31. Dezember 2019 insgesamt 4'126 (das entspricht 217 Geburten pro Jahr).⁴¹ Die Anzahl der seit dem 1. Januar 2001 registrierten Samenspender lag bei 895.⁴²
- 46 Die Gründe, weshalb Wunscheltern um fortpflanzungsmedizinische Behandlung nachsuchen, sind vielfältig. In der Schweiz ist der Zugang zur Fortpflanzungs-

³⁶ Vgl. BGE 135 III 66.

³⁷ Ausführlich dazu Botschaft Kindesunterhalt, S. 558 ff.

³⁸ In-vitro-Fertilisation ist die Befruchtung durch Vereinigung einer Eizelle mit Spermien in einem Reagenzglas (vgl. Art. 2 lit. c FMedG).

³⁹ Vgl. Familienbericht 2017, S. 11 f. sowie BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Durchschnittsalter von Müttern und Vätern bei Geburt des Kindes nach Staatsangehörigkeit, 1971–2019. Begründet wird der Anstieg der Mütter bei der Erstgeburt mit längeren Ausbildungszeiten, dem späteren Eintritt ins Berufsleben, der Veränderungen der Lebens- und Verhaltensweisen usw., vgl. dazu auch BFS, Bevölkerung: Panorama 2020, S. 6, www.bfs.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021): «Die schwierige Vereinbarkeit von Beruf und Familie dürfte – nebst der längeren Ausbildungszeit – ein Grund sein, dass die Familiengründung – wenn überhaupt – immer später erfolgt.»

⁴⁰ Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Anzahl Paare, die eine IVF-Behandlung begonnen haben: Grund der Behandlung, 2008–2018, www.bag.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021).

⁴¹ Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Kinder aus einer Samenspende, www.bag.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021). **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

⁴² Vgl. Bundesamt für Gesundheit, Kinder aus einer Samenspende, www.bag.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021). **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

medizin Paaren (und bei heterologer Samenspende Ehepaaren) vorbehalten, die ihre Unfruchtbarkeit überwinden oder die Übertragung einer schweren Erbkrankheit verhindern wollen. Andere Paare oder Einzelpersonen mit Kinderwunsch müssen daher ins Ausland ausweichen, weil ihnen der Zugang zur Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz verwehrt ist. Nicht zulässig sind Samenspenden für alleinstehende Frauen, Eizellenspenden, Embryonenspenden, Leihmutterchaften (dazu auch hinten N 248 ff.). Ferner weichen Paare oder alleinstehende Frauen – wo das möglich und gewünscht ist – auf die Verwendung privat gespendeter Samenspende aus.

E. Rückgang der Adoptionen

- 47 Die Zahl der Adoptionen hat seit den 1980er-Jahren kontinuierlich abgenommen. Die Abnahme der Zahl der Adoptionen aus dem Ausland ist auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen. Angeführt werden beispielsweise die Ratifizierung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (HAÜ), das zum Ziel hat, Kinder wenn möglich nicht ihrem Kulturkreis zu entreissen. Nach der Aufdeckung mehrerer Fälle von Kinderhandel haben ferner zahlreiche Ursprungsländer ihre Adoptionspolitik verschärft.⁴³ Weitere Gründe liegen in der Verringerung der Zahl unerwünschter Schwangerschaften, in der gesellschaftlichen Akzeptanz alleinerziehender Mütter sowie in den Möglichkeiten, einen Kinderwunsch mittels fortpflanzungsmedizinischer Methoden zu verwirklichen.⁴⁴
- 48 Den Statistiken des Bundes ist zu entnehmen, dass es sich bei mehr als zwei Dritteln der Adoptionen der letzten Jahre um Stiefkindadoptionen handelte, bei denen üblicherweise ein sozialer Vater die rechtliche Vaterschaft übernahm:⁴⁵ Im Jahr 2019 kam es zu 462 (2018: 429; 2017: 305) Adoptionen. Bei 340 (2018: 295; 2017: 195) dieser Adoption handelte es sich um Stiefkindadoptionen, wovon lediglich zwei (2018: 1; 2017: 3) Adoptionen Stiefmütter betrafen.

5. Fazit und Ansprüche an ein neues Abstammungsrecht

- 49 Aufgrund der grösseren Freiheit bei der Wahl der Lebensarrangements, der geringeren Heirats- und der höheren Scheidungsrate, aber auch aufgrund der Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin, die u.a. zur Möglichkeit von Familiengründungen für gleichgeschlechtliche Paare geführt hat, sind die Lebens- und Familienentwürfe vielfältiger geworden. Neben den Einelternhaushalten (mehrheitlich Mütter mit ihren Kindern) und den zusammengesetzten oder den Fortsetzungsfamilien bietet sich aufgrund der Möglichkeiten der globalisierten Fortpflanzungsmedizin eine grosse Vielfalt an Familienformen dar.
- 50 Diese gesellschaftlichen Entwicklungen beschränken sich nicht auf die Schweiz, sondern sind in weiten Teilen der Welt – und insbesondere auch in Europa – zu

⁴³ Vgl. z.B. Bericht, Illegale Adoptionen von Kindern aus Sri Lanka, S. 13.

⁴⁴ Vgl. BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Adoptionen <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index.html>; KUHN, S. 14.

⁴⁵ Vgl. BFS, Bevölkerung/Geburten und Todesfälle/Adoptionen, 1980–2019. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index.html>

beobachten. Die Pluralisierung der Familienformen stellt die europäischen Rechtsordnungen vor Herausforderungen. So haben Gesetzgeber vieler Länder das Familienrecht, insbesondere das Abstammungsrecht, in den letzten Jahren einer Revision unterzogen. Das gilt beispielsweise für Österreich und für einige Provinzen Kanadas. Das Abstammungsrecht anderer Länder, namentlich von Deutschland, Frankreich und der Niederlande, wurde in den letzten Jahren jeweils punktuell angepasst und soll nun ebenfalls umfassend revidiert werden.⁴⁶

- 51 Die gesellschaftlichen Veränderungen haben auch zu rechtlichen Veränderungen geführt: Das geltende Recht verbietet eine Diskriminierung aufgrund der Lebensformen, die «Ehe für alle» ist in den Räten angenommen worden,⁴⁷ die Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren soll rechtlich zulässig sein (siehe dazu N 28),⁴⁸ das Kind wird als eigenständiges Subjekt wahrgenommen. Ein neues Abstammungsrecht muss sich in diese neuen rechtlichen Gegebenheiten einordnen.
- 52 Aufgrund der erwähnten gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen ist eine Neudefinition von Elternschaft notwendig und die Revisionsbedürftigkeit des Abstammungsrechts offensichtlich.⁴⁹ Darauf hat sogar das Bundesgericht in den letzten Jahren hingewiesen.⁵⁰ Die Zeit scheint daher reif für die nächste Abstammungsrechtsreform in der Schweiz.
- 53 Dem Abstammungsrecht kommt die Aufgabe zu, eine klare, rasche und eindeutige Zuordnung der Kinder zu einem oder mehreren Elternteilen zu gewährleisten. Es hat auch zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine Zuordnung aufgehoben werden kann. Das Abstammungsrecht definiert die Kriterien, nach welchen rechtliche Elternschaft erstmalig zugeordnet wird und nachträglich aufgehoben werden kann. Die Rolle der rechtlichen Entscheide bleibt aber beschränkt. Die privaten Entscheide und Beziehungen bleiben ihm verschlossen. Während das Abstammungsrecht mit der rechtlichen Zuordnung klärt, wer elterliche Sorge hat, wer rechtlich gesehen ein Recht auf persönlichen Kontakt hat, wer unterhaltspflichtig und erbberechtigt ist, spielen sich soziale und emotionale Beziehungen unabhängig vom Recht ab. Mit der Zunahme von zusammengesetzten Familien vermengen sich so immer häufiger rechtliche Zuordnung und emotionale Zugehörigkeit. In diesem Sinn kann bereits heute von faktischen Mehrelternschaften gesprochen werden. Auch diesen Phänomenen hat ein Abstammungsrecht Rechnung zu tragen, indem es die Bedeutung und Stellung der

⁴⁶ Vgl. Expertenberichte *Frankreich*: Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Paris 2014; *Niederlande*: Child and Parents in the 21st Century, Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, Den Haag 2016; *Deutschland*: Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Berlin, Köln 2017.

⁴⁷ BBl 2020, S. 9913 ff.

⁴⁸ Elternschaft der Ehefrau der Mutter: Art. 255a revZGB.

⁴⁹ Vgl. dazu auch AB 2018 S. 334, Kommissionssprecher Noser; BGE 144 III 1, E. 4.4.3; Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr 12.3607, passim.

⁵⁰ BGE 144 III 1, E. 4.4.1; BGer 5A_541/2017.

nichtrechtlichen Elternschaft, aber allenfalls emotionalen und/oder genetischen Beziehung einräumt.

III. Programmatistische Leitlinien des Abstammungsrechts

1. Rechtliche Vorgaben und psychologische Erkenntnisse

A. Grundrechtliche Vorgaben

- 54 Bei der Neukonzeption des Abstammungsrechts bilden das Verfassungs- und das Völkerrecht verbindliche Leitlinie. Die Grundrechte müssen laut Verfassung in der ganzen Rechtsordnung, also auch im Familienrecht, zu Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV). Die Behörden, namentlich der Gesetzgeber, die Regierung und die Verwaltung haben ausserdem dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, «soweit sie sich dazu eignen», auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 2 BV). Aufgrund der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (Art. 190 BV) fehlt es gerade im Bereich des Abstammungsrechts teilweise an einer Konkretisierung der Grundrechte durch das Bundesgericht. Um so wichtiger ist es, dass der Gesetzgeber selbst die Grundrechte achtet und schützt und insbesondere der EMRK Rechnung trägt, die gegenüber den Bundesgesetzen Vorrang genießt. Die Konventionsgerichtsbarkeit hat denn auch unter dem geltenden Recht einige Entwicklungen vorangetrieben.
- 55 Im Zusammenhang mit der Regelung der Abstammung sind sowohl die Normen zu beachten, die programmatistischer Natur sind und als Leitplanken für gesetzgeberische Vorhaben gelten (a), als auch individualrechtliche Ansprüche, die sich aus den Grund- und Menschenrechten ergeben, und im Einzelfall gerichtlich durchgesetzt werden können (b).
- a) *Programmatistische Sicht: Grundrechte als Gesetzgebungsauftrag*
- 56 In Bezug auf die programmatistischen Grundrechte stehen die Menschenwürde (1.), das Kindeswohl (2.) sowie die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot (3.) im Vordergrund:
- 57 **1. Menschenwürde:** Das wichtigste Fundament des Menschseins und der gesamten Rechtsordnung ist die *Menschenwürde*. Die Pflicht, die Menschenwürde zu achten und zu schützen, ist für alle Gebiete des Rechts massgebend und fordert von den Behörden, alle Entscheide auf einer Wertordnung zu gründen, «die auf Würde und dem Eigenwert des Individuums beruht». ⁵¹ Die Menschenwürde ist in Art. 7 BV als Grundrecht der Bundesverfassung verankert, ist aber auch als ungeschriebenes allgemeines Verfassungsprinzip anerkannt.

⁵¹ Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 1, S. 141.

- 58 Inhalt und Tragweite der Menschenwürde sind nicht in allen Punkten geklärt. Während ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass bereits Embryonen⁵² und Föten, wenn auch in beschränktem Ausmass, Grundrechtsträger sind, und dass der Würdeschutz über den Tod hinausreicht, geht die neuere Lehre mehrheitlich davon aus, dass die Menschenwürde als Grundrecht mit vollendeter Geburt einsetzt und mit dem Tod endet. Während die Menschenwürde als Grundrecht eine unantastbare Kerngehaltsgarantie ist, stellt das Verfassungsprinzip der Menschenwürde eine allgemeine Leitlinie dar, die vom Gesetzgeber konkretisiert und allenfalls auch eingeschränkt werden kann. Als Verfassungsprinzip bezieht sich der Schutz der Menschenwürde nicht nur auf die einzelne natürliche Person, sondern auch auf vorgeburtliches Leben und Verstorbene. Es geht dabei auch um mehr als nur das Individuum, nämlich um den Schutz dessen, was den Menschen als Gattungswesen ausmacht. Die Menschenwürde kann folglich auch dadurch verletzt werden, dass nicht ein konkreter Mensch, sondern die Idee des Menschseins leidet (z.B. im Fall des Klonens). Es geht um den Schutz eines gesellschaftlichen – und damit wandelbaren – Konsenses darüber, was das Menschsein ausmacht. Die Menschenwürde als ungeschriebenes und unbestimmtes Verfassungsprinzip stellt keine genügende gesetzliche Grundlage dar, um in Rechte und Freiheiten Einzelner einzugreifen, weshalb es Aufgabe des Verfassungs- und Gesetzgebers ist, der Achtung und dem Schutz der Menschenwürde Nachachtung zu verschaffen, Abwägungen vorzunehmen und bei Bedarf staatliche Schutzmassnahmen vorzusehen.
- 59 **2. Kindeswohl:** Die programmatische Bedeutung des Schutzes des Kindeswohls ist vergleichbar mit jenem der Menschenwürde, der ebenfalls über den Schutz des Einzelnen hinausgeht und den Schutz des Wohls aller Kinder (auch solcher, die noch gar nicht geboren und deshalb auch keine Grundrechtsträger sind) als verbindliche Leitplanke staatlichen Handelns definiert. Der Gesetzgeber und die Behörden haben folglich Rahmenbedingungen zu schaffen, in dem das Wohl aller, auch nur gewünschter Kinder geschützt wird. Die programmatische Bedeutung des Kindeswohls ergibt sich zunächst aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, der besagt, dass bei «allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, [...] das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt [ist], der vorrangig zu berücksichtigen ist». Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung ist das Kindeswohl die oberste Maxime des Kindesrechts, als allgemeines Verfassungsprinzip anerkannt und stets vorrangig zu berücksichtigen, wenn staatliche Massnahmen Kinder betreffen.⁵³ Die Pflicht zur vorrangigen Beachtung und zum Schutz des Kindeswohls ergibt sich aus der besonderen Grundrechtsgarantie für Kinder und Jugendliche gemäss Art. 11 Abs. 1 BV, dem verbindlichen Sozialziel nach Art. 41 Abs. 1 lit. g BV, wonach Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu fördern und ihre In-

⁵² Vgl. dazu auch BGE 119 Ia 460 E. 7a: «Angesichts des Umstandes, dass mit der Befruchtung einer Eizelle in bezug auf das Erbgut eine menschliche Individualität determiniert ist, kann das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft in der Tat nicht gleichgültig sein.»

⁵³ Vgl. BGE 144 II 233, E. 8.2.1; 141 III 328, E. 5.4, 340; 129 III 250, E. 3.4.2.

tegration zu unterstützen ist, sowie aus der Pflicht von Bund und Kantonen nach Art. 67 BV, Kinder und Jugendliche in besonderem Masse zu fördern und zu schützen.⁵⁴ Der Gesetzgeber hat Normen so auszugestaltet, dass die Interessen von Kindern in unterschiedlichsten Verhältnissen gewahrt bleiben. Dafür hat er mit «differenzierten Regelungen, der Schaffung von Ermessensspielräumen und Ausnahmebestimmungen den individuellen Bedürfnissen der Kinder in verschiedenen familiären Problemsituationen Rechnung [zu] tragen.»⁵⁵ So war etwa bei der Revision des Adoptionsrechts, namentlich bei der Einführung der Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare, die verbindliche Leitlinie des Kindeswohls massgebend.⁵⁶ Ebenso dienen verschiedene Bestimmungen im Adoptions- und Fortpflanzungsmedizinrecht dem Schutz des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.

- 60 Das Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und bedarf der Konkretisierung. Es dient dem Gesetzgeber zwar als Leitprinzip, ersetzt aber eine gesetzliche Regelung nicht. Gemäss Bundesgericht wird «eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht [angestrebt], wobei in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist.»⁵⁷ Bei der Konkretisierung des Kindeswohls sind ferner Erkenntnisse anderer Wissenschaften zu berücksichtigen, da der Begriff unter rechtlichen Aspekten alleine nicht zu erklären ist. Diese gehen davon aus, dass ein Kind mindestens einen Elternteil braucht, der die Verantwortung für das Kind übernimmt und dieses auf seinem Weg zu einem selbständigen verantwortungsbewussten Menschen unterstützt, begleitet und Stabilität gewährleistet.
- 61 Der zivilrechtliche Status der Eltern eines Kindes ist nicht ausschlaggebend für das Kindeswohl. Führen die Eltern eines Kindes eine stabile und auf Dauer angelegte Beziehungen, kann dies zwar als positiver Faktor für das Kindeswohl gewertet werden, die Ehe ist jedoch keine Garantin für die Stabilität der Beziehung, für die erzieherische Eignung der Eltern oder die wirtschaftliche Sicherheit des Kindes. Ob Erwachsene einem Kind Bedingungen bieten können, die Geborgenheit und Stabilität vermitteln, hängt nicht mit ihrem zivilrechtlichen Status oder ihrer Lebensform zusammen. Unverheiratete oder gleichgeschlechtliche Paare, Einzelpersonen sowie unter Umständen auch Konstellationen mit mehr als zwei Eltern sind nicht weniger geeignet, ein Kind im Einklang mit den Ansprüchen an das Kindeswohl aufzuziehen.
- 62 **3. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot:** Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verpflichtet nicht nur die rechtsanwendenden, sondern auch die rechtssetzenden Behörden. Nach ständiger Rechtsprechung verletzt eine Norm die Rechtsgleichheit, wenn sie «rechtliche Unterscheidungen

⁵⁴ Vgl. BGE 144 II 233, E. 8.2 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁵ KUHN, S. 224.

⁵⁶ Vgl. Botschaft zu Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, S. 878: «Mit der vorliegenden Revision wird das Anliegen, das Kindeswohl ins Zentrum der Adoptionsentscheidung zu stellen, weiter gestärkt.»

⁵⁷ BGE 129 III 250, E. 3.4.2.

trifft, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen»⁵⁸. Die Rechtsgleichheit gebietet damit einerseits die Gleichbehandlung von Personen und Situationen, andererseits kann aber auch eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt und – ja nach Sachlage – sogar geboten sein (Differenzierungspflicht). Der besondere Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 2 BV verbietet es, Menschen aufgrund bestimmter persönlichkeitsnaher Merkmale zu diskriminieren. Die Anknüpfung des Gesetzgebers an ein verpönte Merkmal (z.B. Geschlecht, Lebensform oder Alter) löst die Vermutung einer verbotenen Diskriminierung aus, die nur durch den Nachweis besonders qualifizierter Gründe beseitigt werden kann. Der Gesetzgeber hat nicht nur selbst von direkten wie auch indirekten Diskriminierungen abzuweichen, sondern muss die Grundrechtsträger auch vor tatsächlicher Diskriminierung schützen. Bestimmte persönlichkeitsbildende Eigenschaften oder Entschiede dürfen Menschen weder in der Rechtsordnung noch in der Gesellschaft benachteiligen. Das Diskriminierungsverbot beinhaltet deshalb einen allgemeinen staatlichen Schutzauftrag.

b) Justiziable Sicht: Grundrechte als einklagbare Rechte

- 63 Die wichtigsten Individualgrundrechte im Zusammenhang mit der Elternschaft resp. dem Kindesverhältnis sind der Schutz der Menschenwürde (1.), das Diskriminierungsverbot (2.), der Schutz der persönlichen Freiheit, insbesondere auch die reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung (3.), der Schutz der Kinder und Jugendlichen (4.) und des Familienlebens (5.) sowie das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (6.)
- 64 **1. Menschenwürde:** Im Unterschied zum programmatischen Gehalt der Menschenwürde, vermittelt das justiziable Grundrecht der Menschenwürde einen individualrechtlichen und gerichtlich durchsetzbaren Anspruch (vgl. vorne N 58). Gemäss Art. 7 BV ist die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Die Menschenwürde ist als Kerngehaltsgarantie in ihrem ganzen Schutzbereich unantastbar und darf nicht eingeschränkt werden (vgl. Art. 36 Abs. 4 BV). Art. 7 BV verbietet jede Massnahme, die einen Menschen als Objekt oder als Person von geringerem Wert behandelt, sie klassifiziert oder instrumentalisiert. Jedes Menschenleben ist in seiner Einzig- oder Andersartigkeit zu achten und zu schützen. Die Menschenwürde gilt als verletzt, wenn eine Behandlung die Selbstachtung einer Person zerstört, wenn ihr der Eigenwert aberkannt oder ihre Freiheit und Selbstbestimmung übermässig beschränkt werden. Die Menschenwürde ist unverzichtbar, unverwirkbar und unverjährbar, sodass sich jeder Mensch jederzeit und ohne weitere Voraussetzungen auf den Schutz und die Achtung seiner Würde berufen kann. Der Schutz gemäss Art. 7 BV gilt nur für natürliche Personen, denen ein konkretes Leid droht oder bereits widerfahren ist. Der Schutz be-

⁵⁸ BGE 131 I 1.

ginnt für das Individuum erst mit der vollendeten Geburt, sodass das ungeborene Kind noch nicht in den Schutzbereich von Art. 7 BV fällt.⁵⁹

- 65 **2. Diskriminierungsverbot:** Art. 8 Abs. 2 BV verbietet jede direkte oder indirekte Diskriminierung. Das Diskriminierungsverbot schliesst nicht jede Ungleichbehandlung aus, die an verpönte Merkmale anknüpft, stellt jedoch hohe Anforderungen an deren Rechtfertigung. Wenn an besonders sensible Merkmale eines Menschen angeknüpft wird, wie sie namentlich in Art. 8 Abs. 2 BV genannt werden (Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung sowie körperliche, geistige oder psychische Behinderung), besteht der Verdacht, dass es sich um eine verbotene Diskriminierung handelt. Der Staat kann diesen Verdacht mit dem Nachweis qualifizierter Gründe beseitigen. Dafür muss er darlegen, dass die Massnahmen nicht auf Herabminderung, Ausgrenzung oder Benachteiligung von Personen mit bestimmten Merkmalen abzielen, sondern aus besonders wichtigen und legitimen Gründen geboten sind. Weil die Verfassung neben der direkten auch die indirekte Diskriminierung verbietet, ist sie auch verletzt, wenn Normen oder Massnahmen neutral formuliert sind, Angehörige einer besonders geschützten Gruppe (z.B. Frauen oder gleichgeschlechtliche Personen) aber benachteiligen, ohne dass diese Benachteiligung durch überwiegende Interessen gerechtfertigt wäre.
- 66 **3. Recht auf persönliche Freiheit:** Dieses in Art. 10 Abs. 2 BV stipulierte Recht schützt insbesondere die körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit sowie nach ständiger Rechtsprechung auch alle Freiheiten, die zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung gehören. Vom Schutzbereich dieses Grundrechts wird nicht «jede noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit des Menschen»⁶⁰ umfasst, wohl aber die «elementaren Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind und jedem Menschen zustehen sollten».⁶¹ Zu diesen elementaren Freiheiten und zur Persönlichkeitsentfaltung gehört zunächst das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (vgl. dazu hinten N 219 ff.).⁶² Einschränkungen dieses Anspruchs sind nur verfassungsmässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse oder den Schutz der Grundrechte Dritter geboten und verhältnismässig sind. Nach der Rechtsprechung des EGMR verringert das fortgeschrittene Alter einer Person deren Interesse an der Kenntnis der eigenen Abstammung in keiner Weise.⁶³ Das Recht, die genetischen Eltern zu kennen, ist unverzichtbar und unverwirkbar⁶⁴ und auch zwischen Privaten zu verwirklichen.

⁵⁹ Der Schutz des ungeborenen Lebens im Zusammenhang mit Missbräuchen in der Fortpflanzungsmedizin wird stattdessen von Art. 119 BV gewährleistet.

⁶⁰ BGE 101 Ia 336, E. 7a.

⁶¹ BGE 101 Ia 336, E. 7a.

⁶² Vgl. BGE 128 I 68, E. 3.1; 134 III 241 E. 5.5.

⁶³ Vgl. EGMR Urteil Nr. 58757/00 vom 13. Oktober 2006 in Sachen Jäggi gegen Schweiz, E. 40.

⁶⁴ Vgl. BGE 134 III 241 E. 5.2.2.

- 67 Zu den elementaren Freiheiten der Persönlichkeitsentfaltung gehört auch der Entscheid, Kinder zu haben und aufzuziehen – oder eben nicht. Die internationale und zunehmend auch die Schweizer Rechtslehre spricht in diesem Zusammenhang von der *reproduktiven Autonomie*. Damit ist die Fähigkeit und Möglichkeit gemeint, die auf die Fortpflanzung bezogenen Belange im Licht eigener Wünsche und Werte selbst zu gestalten. Die Frauenbewegung kämpfte etwa für den Zugang zur Empfängnisverhütung und zu sicheren Methoden des Schwangerschaftsabbruchs. In die reproduktive Freiheit in ihrer ursprünglichen Dimension wurde aber auch in gravierender Weise eingegriffen, indem Personen an der Fortpflanzung gehindert wurden, so etwa durch Zwangssterilisationen, die in eugenischer und bevölkerungspolitischer Absicht praktiziert wurden. Das Recht, nicht zur Fortpflanzung gezwungen oder nicht an ihr gehindert zu werden, gilt als Kerngehalt reproduktiver Autonomie. Dies bedeutet auch, dass der Kinderwunsch «weder auf seine Notwendigkeit hin überprüft noch gegenüber staatlichen Organen gerechtfertigt werden muss». ⁶⁵
- 68 Weit umstrittener als die Freiheit von Fremdbestimmung ist das Recht, fortpflanzungsmedizinische Assistenz nachzufragen. Die Fortpflanzungsmedizin hat vielfältige Selbstbestimmungsanliegen hervorgerufen, die sich auf ein Geflecht an technologischen Massnahmen erstrecken. Und so wird die Frage nach dem Zugang zum ausgedehnten Möglichkeitsraum zu einer Frage nach dem Schutzbereich reproduktiver Autonomie. Zuweilen ist die Rede von der *positiven reproduktiven Autonomie*, was insofern irreführend ist, als dass nach derzeitigem Verständnis aus ihr keine staatliche Pflicht resultiert, finanzierten Zugang zu sämtlichen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin zu gewährleisten. Positiv ist diese Autonomiekonzeption aber insofern, als sie in ihr ein bestimmtes Ziel verwirklicht sieht, nämlich die Übernahme von Elternschaft.
- 69 Die reproduktive Autonomie ist in Art. 8 der EMRK verbrieft, dem Recht auf Achtung des Familien- und Privatlebens. In dieser Verortung reproduktiver Rechte kommt ein enger begrifflicher und normativer Zusammenhang zwischen Privatheit und Freiheit zum Ausdruck, der auch die Selbstbestimmung über den Körper umschliesst. Im Schweizer Recht wird reproduktive Selbstbestimmung aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit abgeleitet. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs der reproduktiven Autonomie besteht allerdings beträchtliche Unsicherheit. Es besteht immerhin zunehmend Einigkeit darin, dass der Zugang zu Verfahren, welche es überhaupt ermöglichen, den Kinderwunsch zu realisieren, von ihr erfasst ist. Das Bundesgericht hielt dies bereits 1989 im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zugang zu den Methoden künstlicher Fortpflanzung fest: «Kinder zu haben und aufzuziehen bedeutet für viele Menschen eine zentrale Sinnggebung ihres Lebens und die ungewollte Kinderlosigkeit wird von den Betroffenen häufig als schwere Belastung erlebt.» ⁶⁶ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betonte in der Auseinandersetzung mit dem ös-

⁶⁵ HILPERT, S. 413.

⁶⁶ BGE 115 Ia 234, E. 5a.

terreichischen Recht, der Zugang zu Methoden der assistierten Fortpflanzung falle in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben.⁶⁷

- 70 Damit wird kein «Grundrecht auf Kinder» gewährleistet, da ein Mensch nie Ansprüche auf einen anderen Menschen haben kann. Verlangt wird, dass der Staat den Kinderwunsch grundsätzlich achtet und zu seiner Verwirklichung beiträgt, ohne dass dadurch jedoch justiziable Leistungspflichten des Staats entstehen. Die Achtung der reproduktiven Autonomie als Grundrecht bedeutet, dass ihre rechtlichen Einschränkungen den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen müssen: Der Staat hat bei der Regelung der Fortpflanzungsmedizin darzulegen, welche öffentlichen Interessen er verfolgt und inwiefern allfällige Einschränkungen des Zugangs zu Methoden, die bei der Verwirklichung des Kinderwunsches Unterstützung bieten, verhältnismässig sind. Dabei kann sich der Staat nicht auf traditionelle Familien- und Rollenbilder berufen, sondern muss vor allem sicherstellen, dass er die mildesten Vorkehrungen trifft, um die Menschenwürde und das Kindeswohl zu schützen und Missbräuchen vorzubeugen.
- 71 **4. Schutz der Kinder und Jugendlichen:** Kinder und Jugendliche sind ab Geburt Träger fast aller Grundrechte. Die Bundesverfassung verleiht ihnen aber darüber hinaus einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung (Art. 11 Abs. 1 BV). Die «jugendrechtliche Zentralnorm im Grundrechtskanon» verankert auch ein Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung und bildet die Grundlage für alle Massnahmen, die Kindern und Jugendlichen mehr Schutz und mehr Förderung zukommen lassen als Erwachsenen und ihren Interessen im Konfliktfall Vorrang einräumen. Die Bundesverfassung garantiert Kindern und Jugendlichen auch ein eigenständiges Grundrecht darauf, ihre Rechte und Freiheiten (und zwar alle, nicht nur höchstpersönliche) im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst ausüben zu können (Art. 11 Abs. 2 BV). Feste Altersgrenzen für die selbstständige Ausübung von Rechten und Pflichten sind rechtfertigungsbedürftig – und zwar mit Blick auf Art. 11 Abs. 2 BV als auch mit Blick auf die mit Art. 8 Abs. 2 BV verbotene Altersdiskriminierung.
- 72 **5. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens:** Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ist ausdrücklich in Art. 8 EMRK verankert. Der Schutzbereich dieser Bestimmung umfasst, was sich in der Schweiz aus Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 14 BV ergibt. Zentraler Bestandteil des Rechts auf Schutz des Familienlebens ist der Schutz der selbstbestimmten Gestaltung familiärer Beziehungen. Nicht geschützt von Art. 8 EMRK wird der blosse Wunsch, eine Familie zu gründen. Weder die EMRK noch die BV definieren den Begriff des «Familienlebens». Dieser hat sich in den letzten Jahrzehnten in der Schweiz und in Europa stark verändert. Der von Art. 8 EMRK geschützte Begriff orientiert sich heute weniger an einem traditionellen bzw. bürgerlich idealisierten, in einer Ehe aufgehobenen Familienleben, sondern will tatsächlich ge-

⁶⁷ EGMR Urteil Nr. 57813/00 vom 3. November 2011 in Sachen S.H. gegen Österreich.

lebte Beziehungen, die eine gewisse Intensität und Stabilität aufweisen, schützen.

- 73 Der EGMR nutzt im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK «einen weiten, flexiblen und inhaltlich nicht genau umrissenen Familienbegriff»⁶⁸. Im Vordergrund steht nicht der Schutz der rechtlich begründeten Familie, sondern des tatsächlich gelebten Familienlebens, sodass beispielsweise die sexuelle Orientierung der Elternteile keine Rolle spielt. So kann beispielsweise ein Stief- oder Pflegekind mit seinem Stiefelternteil oder seinen Pflegeeltern eine Familie i.S.v. Art. 8 EMRK bilden.
- 74 Neben der eigentlichen Kernfamilie werden «auch weitere familiäre Verhältnisse erfasst, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht.»⁶⁹ Hinweis für eine solche Beziehung sind beispielsweise «das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person.»⁷⁰ Ungenügend ist jedoch die blosse biologische Elternschaft, sofern keine rechtliche Elternschaft besteht oder Hinweise auf eine tatsächlich gelebte Beziehung bestehen.⁷¹ Es scheint damit als wäre «dieser Familienbegriff [...] prima facie geeignet, soziale Elternschaft gegenüber genetischer Elternschaft zu bevorzugen.»⁷² Ausnahmsweise kann aber auch ein beabsichtigtes Familienleben unter Art. 8 EMRK fallen, und zwar vor allem in jenen Fällen, in denen der Umstand, dass das Familienleben noch nicht hergestellt war, nicht jener Person zuzurechnen ist, die eine familiäre Beziehung aufnehmen möchte. Handelt es sich dabei um einen genetischen Vater, sind die massgeblichen Kriterien dafür die Art der Beziehung zwischen den genetischen Eltern des Kindes, das Bekenntnis des genetischen Vaters zum Kind vor und nach der Geburt sowie das nachweisbare Interesse des genetischen Vaters am Kind.⁷³ Der EGMR hat in der Vergangenheit unter den genannten Voraussetzungen auch genetischen Vätern, die (noch) keinen Kontakt zum Kind pflegen konnten, das Recht auf Achtung ihres Familienlebens zugestanden.⁷⁴ Auch adoptierte Kinder können mit ihren Adoptiveltern bereits eine Familie bilden,

⁶⁸ BGE 135 I 143, E. 3.1.

⁶⁹ BGE 135 I 143, E. 3.1.

⁷⁰ BGE 135 I 143, E. 3.1.

⁷¹ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 45582/99 vom 1. Juni 2004 in Sachen L. gegen die Niederlande, E. 37 in fine: «[...] la Cour ne partage pas l'avis du requérant selon lequel une simple parenté biologique dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite doit être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'article 8.».

⁷² WYTENBACH/GROHSMANN, AJP 2014, S. 151.

⁷³ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 20578/07 vom 21. Dezember 2010 in Sachen Anayo gegen Deutschland, E. 57; EGMR, Urteil Nr. 45071/09 vom 22. März 2012 in Sachen Ahrens gegen Deutschland, E. 58, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

⁷⁴ Vgl. EGMR Urteil Nr. 46165/99 vom 19. Juni 2003 in Sachen Nekvedavicius gegen Deutschland, E. 1; EGMR Urteil Nr. 55339/99 vom 18. August 2006 in Sachen Rozanski gegen Polen, E. 64.

wenn das Familienleben noch nicht ausgeübt werden kann, aber beabsichtigt ist.⁷⁵

- 75 Es besteht soweit ersichtlich (noch) kein Anspruch auf Gleichbehandlung von sozialen, genetischen und rechtlichen Elternteilen. Der EGMR entschied beispielsweise, dass die Ungleichbehandlung des genetischen Vaters, des rechtlichen Vaters und der Mutter bei der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft das Diskriminierungsverbot (Art. 8 i.V.m. 14 EMRK) nicht verletze, da der Grund für die Ungleichbehandlung der Schutz des Kindes und seiner sozialen Familie sei. Es liegt im Ermessensspielraum von Gesetzgebung und Rechtsprechung zu entscheiden, unter welchen Umständen sie der bestehenden Beziehung zwischen rechtlichem (und sozialem) Vater und Kind den Vorrang gegenüber der Beziehung zwischen genetischem Vater und Kind einräumen.⁷⁶ Auch gemäss Bundesgericht ergibt sich aus Art. 8 EMRK für den genetischen Vater kein Recht auf Anfechtung des Status des rechtlichen Vaters, sofern dieser mit dem Kind in einer familiären Beziehung lebt. Gemäss Art. 8 EMRK muss dem genetischen Vater die Anerkennung seines Kindes jedoch zumindest immer dann rechtlich ermöglicht werden, wenn das Kind noch keinen rechtlichen Vater hat.⁷⁷
- 76 Zwar fällt das Interesse, ein rechtliches Kindesverhältnis herzustellen oder aufrechtzuerhalten, in den von Art. 8 EMRK geschützten Rahmen, weshalb die Nichtherstellung eines Kindesverhältnisses zu einem genetischen Elternteil der Rechtfertigung durch ein Gesetz und durch überwiegende öffentliche Interessen bedarf sowie verhältnismässig sein muss. Es steht den einzelnen Staaten jedoch frei, die Details der Anerkennung und Anfechtung einer Vaterschaft in ihrer Gesetzgebung zu regeln. Im Sinne einer positiven Leistungspflicht ergibt sich aus Art. 8 EMRK jedoch, dass die Staaten in ihrer Gesetzgebung Instrumente vorsehen müssen, damit das Kind bereits ab seiner Geburt rechtlich seiner Familie zugeordnet ist,⁷⁸ sowie ein angemessenes Verfahren, in dem in Konflikt geratene Interessen fair abgewogen werden können. Insofern ist es heikel, wenn eine gesetzliche Vermutung über die biologische Realität siegt, ohne dass eine faire Abwägung der Interessen stattgefunden hat.⁷⁹ Ein Anspruch auf Registrierung, Individualisierung (Recht auf einen Namen) und Zuordnung zu einem Staat und zu Eltern ist ferner in Art. 7 UN-KRK garantiert.
- 77 **6. Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.** Dieses Recht wird sowohl in Art. 7 Abs. 1 UN-KRK wie auch in Art. 8 EMRK (als Teilgehalt des Rechts auf

⁷⁵ Vgl. EGMR Urteil Nr. 42276/08 vom 20. Mai 2010 in Sachen Kurochkin gegen Ukraine, E. 37; EGMR Urteil Nr. 29192/95 vom 11. Juli 2000 in Sachen Ciliz gegen die Niederlande.

⁷⁶ Vgl. EGMR Urteil Nr. 45071/09 vom 22. März 2012 in Sachen Ahrens gegen Deutschland, E. 89 f., EGMR, Urteil Nr. 23338/09 vom 24. September 2012 in Sachen Kautzor gegen Deutschland, E. 91 f.

⁷⁷ EGMR, Urteil Nr. 46185/08 vom 21. September 2011 in Sachen Kruskovic gegen Kroatien, E.18, mit weiteren Rechtsprechungshinweisen.

⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 6833/74 vom 13. Juni 1979 in Sachen Marckx gegen Belgien, E. 31. Dies ergibt sich auch aus Art. 7 UN-KRK, wonach Kinder ein Recht darauf haben unverzüglich nach der Geburt in ein Register eingetragen zu werden. Ferner haben sie nach der Geburt ein Recht auf einen Namen, Recht auf eine Staatsangehörigkeit und so weit möglich haben sie das Recht, ihre Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden.

⁷⁹ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 26111/02 vom 12. Januar 2006 in Sachen Mizzi gegen Malta, E. 113 ff.

Achtung des Privatlebens) und in Art. 10 Abs. 2 BV (als Teilgehalt der persönlichen Freiheit) grundrechtlich geschützt. Nach Art. 3 UN-KRK ist jedes Kind unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen. Sodann hat das Kind das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich, das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung kann mit verfassungsrechtlichen Positionen Dritter, namentlich der genetischen Eltern, kollidieren. Ein solcher Konflikt zwischen Grundrechtspositionen ist gestützt auf eine Güter- bzw. Interessenabwägung zu lösen. Kriterien für diese Abwägung können in der Verfassung oder in einem Gesetz festgelegt sein. Das Schweizer Recht sieht für *adoptierte und mittels Samenspende gezeugte Kinder* ein *abwägungsresistentes Recht* auf Kenntnis der eigenen Abstammung vor, sobald sie 18 Jahre alt sind (Art. 268c ZGB, Art. 27 Abs. 1 FMedG; siehe aber sogleich N 82). Für Adoptionen und Samenspenden in der Schweiz besteht sodann eine Pflicht zur Registrierung im Personenstandsregister (Art. 7 Abs. 2 lit. m ZStV) bzw. eine Dokumentationspflicht (Art. 24 FMedG), so dass in der Schweiz adoptierte und durch Samenspende gezeugte Kinder Daten über ihre genetische Herkunft vorfinden (vgl. ausführlich dazu hinten N 219 ff.).

- 78 Gemäss **Art. 119 Abs. 2 lit. g BV** hat «jede Person» Zugang zu den Daten über ihre Abstammung. Der Gesetzgeber hat diesen auf den ersten Blick für alle Personen geltenden Anspruch insofern konkretisiert, als er nur für Personen gilt, die durch heterologe Insemination gezeugt worden sind. Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist somit auf die Fortpflanzungsmedizin beschränkt. Einzelheiten des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes ergeben sich aus dem FMedG (vgl. dazu nachstehend N 221 ff.).
- 79 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist Teil der elementaren Erscheinung der Persönlichkeit und fällt damit in den Schutzbereich von **Art. 10 Abs. 2 BV**. Ferner ist der Zugang zu den Daten, die Informationen über die Abstammung einer Person enthalten, ein Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäss **Art. 13 Abs. 2 BV**.

B. Persönlichkeitsrechtliche Vorgaben

- 80 Die biologische bzw. genetische Abstammung (vgl. hinten N 96 ff.) und die entsprechenden Daten einer Person sind Teil der Persönlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 1 ZGB und Teil des Privatlebens. Die Erforschung und die Kenntnis der eigenen biologischen bzw. genetischen Abstammung gehört zum von Art. 28 ZGB gewährleisteten Schutz der Identität. Daneben ist auch das Recht auf soziale Zugehörigkeit von Kindern zu Eltern ein Teil der vom ZGB geschützten Persönlichkeit. Die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte von Abstammung und Familie decken sich weitgehend mit den grundrechtlichen. Namentlich der grundrechtliche Schutz des Privat- und Familienlebens ist auch Persönlichkeitschutz. Insofern sei hier auf die Ausführungen zu Art. 7 Abs. 1 UN-KRK und zu Art. 8 EMRK verwiesen (vorne N 72 ff.). Besonderheiten ergeben sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (hinten N 219 ff.).

- 81 Das **Wissen über die genetische Abstammung** ist unabhängig von der Begründung des Kindesverhältnisses von Bedeutung. Dieses Wissen steht jedem Kind um seiner Persönlichkeit Willen zu, unabhängig von den Vorgängen seiner Zeugung. Die Kenntnis der Abstammung ist ein wichtiger Aspekt der persönlichen Identität, da sie Auskunft über einen **wesentlichen Teil der eigenen Lebensgeschichte** gibt und eine generationelle Verortung ermöglicht. Aus der Forschung zu den Adoptions-, Findel- und Spenderkindern ist bekannt, dass das Wissen um die eigenen Wurzeln eng mit einem kohärenten Identitätsgefühl über die Lebensspanne eines Menschen verbunden ist. Es ist deshalb unbestritten, dass es für Menschen von grosser Bedeutung sein kann, ihre genetische Abstammung zu kennen.⁸⁰ Das Interesse an der eigenen Abstammung ist unabhängig vom Alter des Kindes und nimmt mit fortschreitendem Alter nicht ab.⁸¹
- 82 Wie erwähnt besteht für Adoptionen und Samenspenden in der Schweiz eine Pflicht zur Registrierung im Personenstandsregister (Art. 7 Abs. 2 lit. m ZStV) bzw. eine Dokumentationspflicht (Art. 24 FMedG; siehe dazu N 77). In allen anderen Konstellationen liegen keine Daten im Personenstandsregister oder bei Behörden vor. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung stützt sich nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts in all diesen Fällen auf den allgemeinen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB. Diese Bestimmung gewährt kein bedingungsloses Recht auf Kenntnis, sondern erfordert eine Abwägung der verschiedenen involvierten Persönlichkeitsrechte, wobei das Interesse des Kindes, seine eigene Abstammung zu kennen, vom Bundesgericht grundsätzlich hoch eingestuft wird.⁸² Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kann im Widerstreit zu Rechten anderer Personen stehen, namentlich zum Recht des rechtlichen oder genetischen Vaters oder der Mutter. Umgekehrt kann das Interesse des rechtlichen oder des genetischen Vaters daran, zu wissen, ob er der Erzeuger des Kindes ist, im Widerstreit zum Interesse des Kindes stehen, dass die Vaterschaft nicht in Frage gestellt und das familiäre Identifikationsgefüge nicht erschüttert wird (siehe zum Recht auf Nichtkenntnis auch hinten N 240).
- 83 Eine Abwägung ist auch im Zusammenhang mit der **Beschaffung von Daten über die genetische Herkunft** erforderlich: Die Daten müssen von den beteiligten Personen, namentlich von Mutter und Vater, beigebracht werden. Dies erfolgt durch eine DNA-Untersuchung, aufgrund der heute eine eindeutige genetische Zuordnung des Kindes zu Eltern, Grosseltern, Geschwistern und allenfalls weiteren Verwandten möglich ist. Die genetische Untersuchung beim Menschen (Art. 3 lit. a revGUMG) stellt allerdings in mehrfacher Hinsicht einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte einer Person dar. Die Entnahme der Probe für die

⁸⁰ Diese Erkenntnisse werden bestätigt durch Studien betreffend Kinder, die mittels Samenspende gezeugt worden sind, vgl. BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, S. 5, mit Hinweis auf TURNER AJ/COYLE A., What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy, Human Reproduction 2000, 2041–2051.

⁸¹ Vgl. EGMR Urteil Nr. 58757/00 vom 13. Oktober 2006 in Sachen Jäggi gegen Schweiz, E. 40.

⁸² Vgl. BGE 134 III 241, E. 5.4.2.

DNA-Untersuchung (bspw. durch einen Wangenschleimhautabstrich oder eine Blutprobe) berührt die körperliche Integrität einer Person, die einen Teil der von Art. 28 ff. ZGB geschützten Persönlichkeit darstellt. Die genetischen Daten und die informationelle Selbstbestimmung sind ebenfalls Bestandteil der von Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit; ihr Ausforschen stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar. Nach Art. 51 revGUMG dürfen deshalb DNA-Profile ausserhalb von behördlichen Verfahren nur erstellt werden, wenn die betroffenen Personen schriftlich zugestimmt haben. In einem Zivilverfahren darf das DNA-Profil einer Partei oder Drittperson nur auf Anordnung des Gerichts oder mit Zustimmung der betroffenen Person erstellt werden (Art. 49 revGUMG).

- 84 Für *Statusverfahren* bietet Art. 296 Abs. 2 ZPO eine gesetzliche Grundlage für die Entnahme einer Probe zur DNA-Untersuchung. Danach haben die Parteien und Dritte zur Abklärung der Abstammung in einem Statusverfahren an den Untersuchungen mitzuwirken, die notwendig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Die Bestimmungen über die Verweigerungsrechte der Parteien und von Dritten sind nicht anwendbar. Das Bundesgericht hat in jüngerer Zeit entschieden, dass es gestützt auf Art. 296 Abs. 2 ZPO zulässig ist, eine DNA-Untersuchung zwangsweise durchführen zu lassen, wenn eine Person ihre Mitwirkungspflicht nicht erfüllt.⁸³ Die Zulässigkeit des körperlichen Zwangs wird in der Lehre unterschiedlich beurteilt. Nach einem Teil der Lehre ist die zwangsweise Durchführung zulässig, obwohl sie einen Eingriff in die körperliche und psychische Integrität eines Menschen darstellt. De lege ferenda soll dafür eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage geschaffen werden, wie sie etwa in Art. 434 ff. ZGB enthalten ist. Für *Verfahren* im Zusammenhang mit der *Kenntnis der eigenen Abstammung* (ohne Statusfolgen) ist Art. 49 Abs. 1 revGUMG als gesetzliche Grundlage heranzuziehen. Diese Bestimmung sieht vor, dass in einem Zivilverfahren ein DNA-Profil entweder mit schriftlicher Zustimmung der betroffenen Person oder (bei fehlender Zustimmung) auf Anordnung des Gerichts erstellt wird.⁸⁴
- 85 Für einen anderen Teil der Lehre sind DNA-Untersuchungen zwar verpflichtend, dürfen aber weder in einem Statusverfahren noch in einem anderen Zivilverfahren mit körperlichem Zwang durchgesetzt werden; stattdessen ist die Verweigerung der Mitwirkung zu sanktionieren (Art. 292 StGB) und im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Nach dieser Ansicht handelt es sich bei der zwangsweisen Durchführung eines Wangenschleimhautabstrichs nie um einen geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität. Die Ausübung von Zwang und die damit verbundene Verletzung des Selbstbestimmungsrechts bezüglich des eigenen Körpers sind stets schwerwiegend, auch wenn es der vorzunehmende Eingriff an sich nicht ist. Diese schwerwiegende Verletzung lässt sich im Fall einer Elternschaftsklage oder einer Feststellungsklage nicht damit rechtfertigen,

⁸³ Vgl. BGer 5A_590/2016 vom 12. Oktober 2017, E. 6; BGer 5A_492/2016 vom 5. August 2016, E. 3; vgl. auch MEIER, FamPra.ch 2012, S. 279 ff.

⁸⁴ Vgl. auch Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5597, S. 5718 f.

dass sie primär dem Wohl der betroffenen Person dient, wie dies bei Zwangsbehandlungen im Zusammenhang mit einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 434 ff. ZGB) oder einer Sterilisation einer dauernd urteilsunfähigen Person (Art. 7 Sterilisationsgesetz) der Fall ist.

C. Psychologische Erkenntnisse

- 86 Aus psychologischer Sicht gilt es im Zusammenhang mit den Erwägungen zum Kindeswohl Erkenntnisse zu Grundbedürfnissen von Kindern und den Folgen derer Missachtung zu kombinieren. Zu den Grundbedürfnissen gehören neben Nahrung, Pflege und Schutz vor Gefahren, emotionale und soziale Erfahrungen in verlässlichen Beziehungen mit vertrauten, liebevollen Menschen, entwicklungsgerechte Erfahrungen in einem anregenden Umfeld, Strukturen und Gemeinschaften, die Orientierung und Zugehörigkeit ermöglichen. Das Wohlbefinden und die Entwicklung eines Kindes werden gefährdet durch Vernachlässigung sowie körperliche und psychische Misshandlung (einschliesslich feindselig ausgetragener Konflikte von Bezugspersonen), die Diskontinuität von Lebensbedingungen durch nicht vorhersehbare oder unbeeinflussbare Ereignisse. Dazu gehören insbesondere Abbrüche von Beziehungen durch Trennung/Scheidung/Rückzug von Bezugspersonen oder durch Platzierungswechsel sowie Verluste durch Krankheit, Tod und Flucht. Entscheidend für das Kindeswohl sind **Qualität und Kontinuität seiner Beziehungen** bzw. seines Beziehungsnetzes.
- 87 Zentral für Wohlbefinden, Gesundheit und Entwicklung eines Kindes ist ferner die Erfahrung von **Selbstwirksamkeit**, also die Möglichkeit, Einfluss auf den Alltag und die Lebensumstände zu nehmen. Das Kind ist trotz seiner Abhängigkeit von seinem sozialen Umfeld von Anfang an eine Person, die fühlt, wahrnimmt, wählt und handelt. Die Erkenntnis, dass «Kinder nicht erst zu vollwertigen Menschen werden, sondern es von Anfang an sind»⁸⁵, hat sich im Recht niedergeschlagen. Kinder sind im letzten Jahrhundert zu Subjekten mit eigenen Rechten geworden. Nach Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention haben urteilsfähige Kinder ein Recht auf Anhörung und Mitsprache in Angelegenheiten, die sie betreffen.⁸⁶ Aus psychologischer Sicht ist es bedeutsam, dass Kinder unabhängig vom Entwicklungsstand und ihren kognitiven Fähigkeiten, jedoch stets altersgerecht, informiert und in Entscheidungen, die sie betreffen, einbezogen werden.
- 88 Wichtig für die Identitätsentwicklung eines Kindes können zudem **Informationen über seine Herkunft** sein. Die eigene Entstehungsgeschichte setzt sich zu-

⁸⁵ SIMONI, Zugang zum Recht, S. 92.

⁸⁶ Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes legt den Begriff der Urteilsfähigkeit in Art. 12 UN-KRK nicht im Sinn von Art. 16 ZGB aus. Laut Ausschuss müssen auch die nonverbalen Äusserungen sehr junger Kinder berücksichtigt werden. Vgl. UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of a child during adolescence, 6 December 2016 (zit. CRC/C/GC/20), para. 21: «Consequently, full implementation of article 12 requires recognition of, and respect for, non-verbal forms of communication including play, body language, facial expressions, and drawing and painting, through which very young children demonstrate understanding, choices and preferences.» Art. 12 UN-KRK ist in der Schweiz in allen Verfahren in das Kind betreffenden Angelegenheiten direkt anwendbar, vgl. BGE 124 III 90, E. 3a.

sammen aus der genetischen Abstammung und den Umständen der Zeugung, wobei das Informationsbedürfnis von Kindern bei Letzterem geringer ist als bei der Frage nach der genetischen Abstammung. «Die Überbetonung der genetischen Wurzeln ist jedoch genauso irreführend wie deren Verleugnung.»⁸⁷ Für Kinder und Erwachsene ist es bedeutsam, in ihrer Biografie auch generationenübergreifend einen roten Faden zu (er-)kennen.

- 89 **Wie viele Eltern** ein Kind braucht, lässt sich aus psychologischer Sicht wie folgt beantworten: Es dient dem Schutz des Kindes, wenn zu mehr als einer Person eine rechtliche Beziehung besteht und mehr als einer Person elterliche Verantwortung zukommt. Das Kind hat ein Interesse daran, dass erstens elterliche Zuständigkeiten verlässlich, verbindlich und kontinuierlich abgesichert sind, zweitens keine tatsächlich zentrale Person seines Beziehungsnetzes durch eine rechtliche Regelung/Veränderung ausgeschlossen oder marginalisiert wird. Daraus ergibt sich das Postulat, dass Kindern möglichst stabile Beziehungen zu mehr als einer Person gewährt werden und dass das Recht bestehende stabile Beziehungen nicht stört, sondern schützt, selbst wenn es sich nicht um rechtliche Eltern handelt. Ob dagegen mehr als zwei (rechtliche) Elternteile zur Verteilung und damit Absicherung der Verantwortung oder zu grösser Unverbindlichkeit führen, lässt sich nicht allgemein beantworten.
- 90 Bei der Frage, **wie viele Eltern ein Kind braucht**, geht es ebenfalls um Verbindlichkeit. Ein Kind braucht mindestens eine Bezugsperson, die vertraut, verlässlich, verfügbar und liebevoll für es da ist (4v-Bezugspersonen-Modell). Es profitiert von einem Beziehungsnetz, das aus mehreren nahen Bezugspersonen besteht. Ob es sich dabei um rechtliche Elternteile handelt, dürfte für das Kind selbst nicht die primäre Frage sein. Dennoch kann die fehlende rechtliche Anerkennung einer Eltern-Kind-Beziehung für eine Familie Stress bedeuten und somit dem Kindeswohl abträglich sein. Zu bedenken gilt es zudem, dass sich Eltern möglicherweise trennen und sich damit Anzahl und Komplexität der kindlichen Lebenswelt(en) oft verändern.

2. Kriterien für eine Neuordnung des Abstammungsrechts

A. Vorbemerkungen

- 91 «Elternschaft ist nicht natürlicher Fakt, sondern empirisches Phänomen und gesellschaftliche Konstruktion, [...]».⁸⁸ In der Familienforschung ist es üblich, einzelne Dimensionen von Elternschaft zu unterscheiden. Verbreitet ist insbesondere die Einteilung in biologische resp. genetische, soziale und rechtliche Elternschaft. Dass Elternschaft in den verschiedenen Ausprägungen auf verschiedene Personen verteilt ist, ist nicht neu, man denke an die Adoption oder an die Wiederverheiratung von verwitweten Elternteilen. Die Spaltung von genetischer und

⁸⁷ SIMONI, Gutachten, S. 65.

⁸⁸ BÜCHLER, AJP 2004, S. 1175.

sozialer Elternschaft hat eine besondere Bedeutung im Zusammenhang mit der Entkoppelung von Sexualität und Fortpflanzung erlangt: Genetische Eltern wollen nicht zwingend Erziehungs- und Pflegeverantwortung übernehmen (z.B. ein Samenspende); intentionale Eltern wollen ohne genetische Verbindung Erziehungs- und Pflegeverantwortung übernehmen (z.B. Ehegatten, die sich gemeinsam für die Samenspende einer Drittperson entschieden haben).

- 92 Rechtliche Elternschaft ist eine normative Festlegung; sie kann mit der genetischen Elternschaft überstimmen, sie muss es aber nicht. Tatsächlich orientiert sich der Schweizer Gesetzgeber in erster Linie an der genetischen Verbindung zwischen Eltern und Kind, wobei er von gewissen Verhältnissen, wie die Ehe oder die Anerkennung, auf das Bestehen einer solchen Verbindung schliesst. Dass der Gesetzgeber aber der genetischen Verbindung keinen absoluten Vorrang einräumt, zeigen die Regeln über die Anfechtung der Vaterschaft, das heisst die eingeschränkte Aktivlegitimation und die einschränkenden Fristen.
- 93 Das Ziel des Abstammungsrechts muss ein angemessener und sensibler Ausgleich zwischen den Bedürfnissen eines Kindes nach einem Kindesverhältnis zu seinen Bezugspersonen, nach seiner sozialen Eingebundenheit sowie nach genetischer Zugehörigkeit sein. Es geht um eine rechtliche Positionierung «im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit».⁸⁹ Freilich sind auch die Interessen der Eltern, Elternschaft zu übernehmen und zu leben, zu reflektieren. Im Folgenden werden die einzelnen Dimensionen der Elternschaft, die in Zukunft bei der Begründung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil zu berücksichtigen sind, kurz erläutert: Kindeswohl (B.), Genetik und Biologie (C.), Intention (D.), soziale Beziehung (E.).

B. Kindeswohl

- 94 Das Kindeswohl spielt sowohl als verfassungsmässiges Prinzip als auch als individualrechtliche Position eine zentrale Rolle, wobei im Abstammungsrecht sich diese unterschiedlich manifestiert, je nachdem, welche Frage einer Klärung zugeführt werden soll. Dabei gilt es zwischen der erstmaligen Zuordnung, das heisst der Zuordnung mit oder gleich nach der Geburt und der späteren Änderung der rechtlichen Zuordnung zu unterscheiden. Die Zuordnung des Kindes bei Geburt erfolgt anhand abstrakter Kriterien, ohne dass eine Einzelfallbetrachtung stattfinden würde. Das Kindeswohl spielt nur, aber immerhin in dem Sinne eine Rolle, als dass die vom Gesetzgeber festzulegenden Kriterien sich (auch) an diesem ausrichten müssen. Davon zu unterscheiden ist die Aufhebung der Eltern-Kind-Zuordnung: Zwar lässt sich der Gesetzgeber bei der Formulierung der Voraussetzungen und Fristen für eine Aufhebung der Eltern-Kind-Zuordnung von abstrakten Kindeswohlerwägungen leiten; darüber hinaus besteht aber bei der nachträglichen Aufhebung auch Raum für den Einbezug des Kindeswohls im Einzelfall.

⁸⁹ BÜCHLER, FamPra.ch 2004, S. 149.

- 95 Kinder haben ein Bedürfnis nach sorgsamer, liebevoller, verantwortungsvoller und beständiger Begleitung und Unterstützung durch ihre Bezugspersonen. Auf den zivilrechtlichen Status der Bezugspersonen oder ihr Geschlecht kommt es dabei nicht an. Sie haben auch ein Bedürfnis nach genealogischer Verortung. Die reproduktive Entscheidung der Eltern, das heisst ihre Intention, Elternschaft zu übernehmen, bietet beste Gewähr dafür, dass dem Kind eine verlässliche, liebevolle Bezugsperson zur Seite steht. Diese geht meist, aber nicht immer, mit der genetischen Zugehörigkeit einher. Intention und Genetik sind denn auch die beiden relevanten Kriterien für die Zuordnung der rechtlichen Elternschaft bei der Geburt. Geht es hingegen um die nachträgliche Aufhebung bestehender Zuordnungen, sind etablierte soziale Beziehungen mit in den Blick zu nehmen.

C. Genetik und Biologie

- 96 Die **genetische und die biologische Elternschaft** ist jene, die auf der genetischen und/oder biologischen Verwandtschaft von Kindern zu Eltern beruht. Die Begriffe «genetisch» und «biologisch» sind dabei zu unterscheiden: Bei der Mutterschaft können die genetische und die biologische Mutterschaft auseinanderfallen. Die genetische Mutter ist jene, aus deren Eizelle das Kind entstanden ist; die biologische Mutter (nachfolgend als Geburtsmutter bezeichnet) ist jene, die das Kind gebärt.
- 97 Genetische Zugehörigkeit oder zumindest die Kenntnis der Herkunft kann für die Persönlichkeitsentwicklung von einiger Bedeutung sein (siehe dazu auch vorne N 81 ff.), aber auch im Hinblick auf medizinische Massnahmen, so zum Beispiel die Abklärung von genetischen Prädispositionen. Das Abbild der biologisch-genetischen Herkunft im Recht beruht auf der Vermutung, dass die biologisch-genetischen Eltern von Natur aus bereit und berufen sind, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, oder zumindest in der Pflicht stehen, dies zu tun. Genetische und biologische Abstammung sind verlässliche und stabile Zuordnungskriterien, die bereits mit der Geburt (bzw. schon vorher) mit fast 100-prozentiger Wahrscheinlichkeit feststehen oder aufgrund eines DNA-Tests ermittelbar sind. Das ist ein Argument für den Vorrang der genetischen Zuordnung vor anderen Zuordnungskriterien, auch im Licht der internationalen Entwicklung (auch vor dem EGMR, siehe dazu N 73 ff.).
- 98 Das geltende Recht orientiert sich denn auch prioritär an den biologisch-genetischen Verhältnissen, indem es die primäre Zuordnung nach Kriterien vornimmt, die vermutungsweise der biologischen und genetischen Elternschaft entsprechen. Die Privilegierung der biologischen und genetischen Zuordnung zeigt sich vor allem darin, dass diese, wenn sie einmal etabliert ist, nicht mehr angefochten oder aberkannt werden kann, unabhängig von anderen Beziehungen oder Kindeswohlerwägungen. Die biologische und genetische Verbindung soll auch künftig entscheidend sein für die Zuordnung der Elternschaft.

D. Intention

- 99 Die Privilegierung der genetischen und biologischen Zuordnung ist eng verbunden mit dem Grundsatz der **reproduktiven Autonomie** (vgl. N 70). «Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung ist es zentral, dass sich die im Kontext der Fort-

pflanzung getroffenen Entscheidungen auch auf die rechtliche Zuordnung von Elternschaft erstrecken.»⁹⁰ Reproduktive Autonomie ist darauf ausgerichtet, Verantwortung für ein Kind zu übernehmen. Deshalb ist das Zuordnungskriterium der Biologie und Genetik durch dasjenige der Intention zu ergänzen.

100 Die **intentionale Elternschaft**⁹¹ ist jene, die auf dem geäußerten Willen zur Elternschaft beruht. Damit ist grundsätzlich der Wille verbunden, Pflege- und Erziehungsverantwortung zu übernehmen. Die intentionale Elternschaft kann sich mit der genetischen Elternschaft decken. Dies dürfte regelmässig bei der Anerkennung der Fall sein. Ein künftiges Abstammungsrecht soll der Willensäußerung zur Übernahme der Elternschaft noch stärkere Bedeutung beimessen. So soll auch die Elternschaft der mit der Geburtsmutter verheirateten Person durch eine Willenserklärung entstehen, dies erstens, weil das Abstammungsrecht zivilstandsunabhängig ausgestaltet sein soll, und zweitens, weil die Erklärung die Intention zur Übernahme der Erziehungs- und Pflegeverantwortung zum Ausdruck bringt und Verbindlichkeit verspricht.

101 Die intentionale und die genetische Elternschaft können aber auch gewollt voneinander abweichen, nämlich dann, wenn die Keimzellen von einer Drittperson stammen. In diesem Fall soll der intentionalen Elternschaft Vorrang zukommen, zumal diese die reproduktive Entscheidung abbildet und die intentionalen Eltern den Willen haben, Verantwortung für das Kind zu übernehmen. So ist es de lege lata bei der Samenspende: Hat der Ehemann der Verwendung von gespendeten Samenzellen zugestimmt, können weder er noch das Kind seine Vaterschaft anfechten. Das geltende Recht schützt aber nicht konsequent die Intentionen der Beteiligten. Verwirklicht zum Beispiel ein gleichgeschlechtliches weibliches Paar seinen Kinderwunsch mit Hilfe eines Freundes, wird den Intentionen der Beteiligten die rechtliche Anerkennung versagt. Sowohl die reproduktive Autonomie als auch das Kindeswohl sprechen dafür, in einem zukünftigen Recht der intentionalen Elternschaft entscheidende Bedeutung einzuräumen.

E. Soziale Beziehung

102 Die **soziale Elternschaft** ist jene, die auf einer tatsächlich gelebten, verlässlichen (nicht zwingend wirtschaftlichen) Pflege- und Erziehungsverantwortung für und gegenüber einem Kind beruht, unabhängig von genetischer und/oder rechtlicher Elternschaft. Es handelt sich um Bezugspersonen, mit denen das Kind in einer «sozial-familiären Beziehung»⁹² lebt. Im Vordergrund steht die soziale Elternschaft eines Lebenspartners oder einer Lebenspartnerin der Person, die das Kind gebärt.

⁹⁰ BÜCHLER, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, S. 71.

⁹¹ Die Begrifflichkeit und das Konzept der Intentionalen Elternschaft gehen zurück auf INGEBORG SCHWENZER. Siehe dazu insbesondere: SCHWENZER, Model Family Code, S. 91 ff.

⁹² Vgl. § 1685 Abs. 2 BGB.

- 103 Der sozialen Elternschaft liegt die **Intention der Beteiligten** zugrunde, langfristig Verantwortung für ein Kind zu übernehmen.⁹³ Zur Intention kommt hinzu, dass die Beziehung effektiv gelebt wird und sich im Alltag bereits bewährt hat. Da eine effektiv gelebte soziale Beziehung erst entstehen muss, kann ihr nicht bereits bei der Begründung des Kindesverhältnisses eine selbständige Bedeutung zukommen. Ist eine gelebte, von Verantwortung getragene Eltern-Kind-Beziehung einmal etabliert, so ist sie aber zweifellos für das Kindeswohl von grosser Bedeutung.
- 104 Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis eine mittels Anerkennung entstandene und effektiv gelebte, soziale und rechtliche Elternschaft zu einer davon abweichenden genetischen Elternschaft steht. Grundsätzlich soll eine genetische Elternschaft eine nicht-genetische rechtliche Elternschaft verdrängen können. Bei der Aufhebung einer Eltern-Kind-Beziehung sind allerdings im Sinn des Kindeswohls soziale Beziehungen mit in den Blick zu nehmen.
- 105 Das geltende Recht schützt soziale Beziehungen, die sich in einer rechtlichen Elternschaft manifestieren, indem es ihre Anfechtbarkeit in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Im Fall der Vaterschaft des Ehemannes tritt die Beschränkung des Kreises der Anfechtungsberechtigten hinzu. Allerdings bestehen die Beschränkungen unabhängig von Kindeswohlerwägungen im Einzelfall, das Kindeswohl wird also nur implizit berücksichtigt. In einem zukünftigen Recht sollen bei einer nachträglichen Aufhebung des Kindesverhältnisses hingegen weniger abstrakte als konkrete Kindeswohlerwägungen Berücksichtigung finden. Eine soziale und zugleich rechtliche Elternschaft soll grundsätzlich nicht verdrängt oder aufgegeben werden können. Im Verhältnis zum genetischen Elternteil kann es freilich zu schwierigen Interessensabwägungen kommen, dies besonders dann, wenn sowohl eine wie auch immer geartete Beziehung zum rechtlichen und zugleich sozialen Elternteil als auch zum «nur» genetischen Elternteil besteht. Der schwierige Entscheid darüber, ob eine Aufhebung der Elternschaft im Kindeswohl liegt, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen. Der Entscheid würde leichter fallen, wenn neben den rechtlichen Eltern weitere Personen Elternrechte ausüben könnten (vgl. dazu auch hinten N 210 ff.).

3. Fazit

- 106 Eine Reform des Abstammungsrechts bietet die Chance, die gesellschaftliche Realität abzubilden und folglich der Diversität von Familie Rechnung zu tragen: Familien bestehen aus Kindern mit einem, zwei oder weiteren Elternteilen, die Verantwortung für die Kinder übernehmen, unabhängig von der Form ihres Zusammenlebens und ihrer geschlechtlichen Orientierung.

⁹³ Vgl. auch BGER 5A_755/2020 vom 16. März 2021 E. 5.2 (BGE 147 III 209), wo das Bundesgericht die Elternschaft der der eingetragenen Partnerin der Mutter von drei Kindern als soziale Elternschaft bezeichnet, der ein gemeinsames «projet parental» zugrunde liegt. Vorliegend war die eingetragene Partnerin mangels Stiefkindadoption [noch] nicht rechtlicher Elternteil.

- 107 Das Abstammungsrecht muss sicherstellen, dass Kinder rechtliche Eltern haben. Dabei muss es gegebenenfalls entscheiden, zu welchen Eltern – intentionalen, genetischen und sozialen – ein Kindesverhältnis begründet wird. Ausgangspunkt der Übernahme von Pflege- und Erziehungsverantwortung ist der Wille, der als solcher geäußert wird, die intentionale Elternschaft.

IV. Begründung und Aufhebung des Kindesverhältnisses

1. Begründung des Kindesverhältnisses

108 Die **originäre Begründung des Kindesverhältnisses** (Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern) bezeichnet die Herstellung des ersten rechtlichen Kindesverhältnisses unmittelbar nach der Geburt. Die Adoption ist keine Form der originären Begründung des Kindesverhältnisses. Adoptionen erfolgen in einem besonderen Verfahren, mit dem das originäre Kindesverhältnis abgelöst wird (siehe dazu Art. 264 ff. ZGB). Die Voraussetzungen und das Verfahren der Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption sind nicht Gegenstand dieses Berichts. Bei der **Aufhebung des Kindesverhältnisses** (des originären Kindesverhältnisses) geht es darum, das nicht den genetischen Beziehungen entsprechende Kindesverhältnis aufzuheben.

109 Im Folgenden wird zuerst die Begründung des Kindesverhältnisses zum ersten (1.) und anschliessend zum zweiten Elternteil (2.), sodann wird die Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten (3.) und zum zweiten Elternteil (4.) behandelt. Im Anschluss wird die Begründung eines Kindesverhältnisses zu weiteren Elternteilen (5.) geprüft. Ausgangspunkt ist jeweils das geltende Recht in der Schweiz und in Rechtsordnungen ausgewählter Länder (a). Im Anschluss daran wird der Reformbedarf im Schweizer Recht vorgestellt (b.). Gestützt darauf werden Empfehlungen für ein neues Abstammungsrecht vorgestellt und begründet (separates Dokument).

A. Erster Elternteil

a) *Geltendes Recht*

aa) *Anknüpfung an die Geburt*

110 In der Schweiz entsteht das Kindesverhältnis zwischen Kind und Mutter mit der **Geburt** (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Die rechtliche Mutter eines Kindes ist jene Person, die das Kind gebärt (sog. Geburtsmutter); das gilt unabhängig von der genetischen Beziehung zum Kind⁹⁴ sowie unabhängig vom zivilrechtlichen Status der Frau. Für den historischen Gesetzgeber war es selbstverständlich, dass es sich bei der Geburtsmutter auch um die genetische Mutter des Kindes handelt. Die originäre Begründung des Kindesverhältnisses zur Mutter auf einem anderen Weg als durch Geburt, beispielsweise durch **Anerkennung**, ist **nicht möglich**. Auch im Spezialfall eines Findelkindes besteht ein rechtliches Kindesverhältnis zur Mutter durch die Geburt, auch wenn dieses (vorübergehend) nicht nachgewiesen werden kann.

⁹⁴ Das gilt folglich auch im Fall einer Eizellenspende oder im Fall einer Leihmutterschaft.

- 111 Die Frau, die ein Kind gebärt, hat de lege lata die Möglichkeit, das Kind zur Adoption freizugeben (vgl. Art. 265b Abs. 1 ZGB). Wird das Kind adoptiert, wird das Kindesverhältnis zur Frau aufgehoben. Die Adoption ist die einzige Möglichkeit, einen Wechsel der rechtlichen Mutter zu erwirken.
- 112 In der Lehre finden sich soweit ersichtlich keine Stimmen, die den geltenden Grundsatz abschaffen möchten, dass die gebärende Frau Mutter des Kindes ist. Um schwangere Frauen, die nicht Mütter werden wollen, vor, während und nach der Geburt zu unterstützen und besser zu schützen, bestehen andere Möglichkeiten, wie beispielsweise die Einführung rechtlicher Bestimmungen zur anonymen oder vertraulichen Geburt (sogleich b).
- 113 Die Begründung des Kindesverhältnisses zur Mutter knüpft in allen **untersuchten Rechtsordnungen** an die **Geburt** resp. die **Geburtsurkunde** an und ist somit vergleichbar mit der Regelung in der Schweiz.
- 114 Dass die **Geburt** eines Kindes von Gesetzes wegen die Mutterschaft zu diesem Kind begründet, gilt namentlich in *Deutschland* (§ 1591 BGB), *Australien* (Sec. 60 H (2) FLA 1975), *England und Wales* (The Amphill Peerage Case: HL 1977), *Japan* (Supreme Court, 27. April 1962, Minshu 16-7-1247), *den Niederlanden* (Art. 1:189 Abs. 1 lit. a BW), *Norwegen* (§ 2 Children Act), *Österreich* (§ 143 ABGB), *Spanien* (Art. 115 Abs. 1, Art. 120 Abs. 5 CC span.).
- 115 In gewissen Rechtsordnungen ist nicht die Geburt selbst ausschlaggebend, sondern die Nennung des Namens der Mutter in der **Geburtsurkunde**. Ohne die Erwähnung in der Geburtsurkunde entsteht das Kindesverhältnis zur Mutter nicht; das gilt insbesondere für den romanischen Rechtskreis, so etwa für *Belgien* (Art. 312 § 1 CC belg.), *Frankreich* (Art. 311-25 CC fr.) und grundsätzlich auch in *Kanada*. In Frankreich ersetzt diese Benennung der Mutter in der Geburtsurkunde die ausdrückliche Anerkennung der Mutterschaft (Art. 311-25 CC fr.). In Italien muss eine unverheiratete, nicht aber eine verheiratete Frau ihre Mutterschaft anerkennen (Art. 254 CC ital.).

bb) Anonyme und vertrauliche Geburt

- 116 Die Grundidee der **anonymen Geburt** besteht darin, dass die Geburtsmutter, die weder rechtlich noch faktisch Mutter des Kindes werden und auch nicht bekannt sein möchte, sich bei der Geburt medizinisch betreuen lassen kann, jedoch registerrechtlich nicht erfasst wird, da sie ihre Personalien nicht preisgeben muss. Nach geltendem Recht muss eine Geburt beim Zivilstandsamt gemeldet werden (dies geschieht üblicherweise durch das Krankenhauspersonal oder die Mitarbeitenden eines Geburtshauses); eine anonyme Geburt ist derzeit folglich nicht zulässig (vgl. Art. 34 ZStV). Die Einführung der Möglichkeit zur anonymen Geburt wird von der herrschenden Lehre abgelehnt, da sie dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung entgegensteht. Eine jüngere Motion⁹⁵ wurde

⁹⁵ Vgl. Motion (01.3479) «Anonyme Geburt, barmherzige Möglichkeit», eingereicht im Nationalrat am 27. September 2001 von Christian Waber; Motion (05.3338) «Begleitet anonym gebären», eingereicht im Nationalrat am 16.06.2005 von Josy Gyr-Steiner; parlamentarische Initiative

vom Bundesrat insbesondere aus zwei Gründen abgelehnt: Erstens gehe das schweizerische Recht vom Grundsatz aus, dass jedes Kind rechtlich eine Mutter und einen Vater haben soll, weil es keine «Niemandskinder» gibt. Zweitens sei die Annahme nicht belegt, dass sich mit der anonymen Geburt die Aussetzung oder Tötung von Kindern verhindern lasse. Weder wissenschaftliche Untersuchungen noch praktische Erfahrungen würden belegen, dass Kinder so effektiv geschützt werden könnten.⁹⁶

117 Nur wenige Rechtsordnungen regeln die **anonyme Geburt** gesetzlich. Eine anonyme Geburt ist unter anderem in Frankreich (vgl. Art. 326 CC fr.), Italien (DPR 369/2000) und Luxemburg (Art. 57 CC lux.) gesetzlich vorgesehen.

118 In *Frankreich* ist das sog. *accouchement sous X* gesetzlich geregelt und die Anonymität der Gebärenden zu Lebzeiten gewährleistet, wobei die Gebärenden jedoch dazu aufgefordert werden, bei einer unabhängigen und eigens dafür errichteten Stelle, dem Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP), Angaben zu ihrer Identität zu hinterlegen. Zu Lebzeiten wird die Identität der Geburtsmutter dem Kind nur offenbart, wenn diese zustimmt. Gemäss einem Urteil des EGMR aus dem Jahr 2003 verletzt die anonyme Geburt, wie sie in Frankreich mit dem *accouchement sous X* gehandhabt wird, Art. 8 EMRK nicht.⁹⁷ Die Verhältnismässigkeit der französischen Regelung wurde vom EGMR insbesondere deshalb bejaht, weil eine anonym geborene Person in Frankreich Zugang zu gewissen (nicht identifizierenden) Informationen über die Umstände der eigenen Geburt erhält und Frankreich mit dem CNAOP ein Organ zu Verfügung stellt, bei dem die anonym geborenen Personen identifizierende Informationen über ihre Herkunft erhalten, sofern die Geburtsmutter damit einverstanden ist.

119 In *Italien* können nur Frauen (unverheiratete und verheiratete), die ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung schwanger geworden sind, die rechtliche Mutterschaft vermeiden, indem sie ihr Recht auf anonyme Geburt ausüben.

120 Bei einer **vertraulichen (oder diskreten) Geburt** kann eine Frau in einem Krankenhaus entbinden, ohne dass ihr Umfeld von der Tatsache der Geburt etwas erfährt. Die Geburtsmutter hinterlässt im Krankenhaus zwar ihre Personalien, sodass das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewahrt

(08.454) «Anonyme Geburt. Schutz des Lebens», eingereicht im Nationalrat am 29. September 2008 von Reto Wehrli; Interpellation (13.3840) «Babyfenster. Ein Fenster zur Vergangenheit», eingereicht im Nationalrat am 29. September 2013 von Maury Pasquier.

⁹⁶ Vgl. www.ejpd.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021). – Die Befürworter einer anonymen Geburt gehen davon aus, dass eine anonyme Geburt in den meisten Fällen lediglich ein Übergangsstadium darstellt; die meisten Frauen verzichten schliesslich auf die Anonymität und wählen stattdessen eine offene oder halboffene Form der Adoption. Die anonyme Geburt gibt Frauen die Möglichkeit zur Reflexion und hilft ihnen in einer Notlage wieder Kräfte zu sammeln und sich zu überlegen, was sie wirklich wollen (vorausgesetzt, dass die Frauen während dieser Zeit richtig begleitet werden).

⁹⁷ Vgl. EGMR, Urteil Nr. 42326/98 vom 13. Februar 2003 in Sachen Odièvre gegen Frankreich.

werden kann, diese werden jedoch vertraulich behandelt und sind für das Kind erst ab einem bestimmten Alter einsehbar.

- 121 Die vertrauliche Geburt ist in der *Schweiz* gesetzlich nicht geregelt. Gemäss dem Bericht des Bundesrates vom 12. Oktober 2016⁹⁸ und der darauf folgenden amtlichen Mitteilung des EAZW besteht die Möglichkeit einer vertraulichen Geburt in der Schweiz derzeit insofern, als die Beurkundung in einem besonderen Verfahren möglich ist, sodass für die Gebärende die Diskretion gewahrt bleibt. In diesem Fall wird die Identität der gebärenden Frau, die ihr Kind zur Adoption freigibt, zwar in das Personenstandsregister aufgenommen, die üblichen Meldungen an unterschiedliche Behörden erfolgen jedoch nur dort, wo es im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften nicht anders möglich ist. Ferner wird zum Schutz der Mutter und des Kindes eine Sperrung der Bekanntgabe von Personenstandsdaten gestützt auf Art. 46 Abs. 1 lit. a ZStV empfohlen.⁹⁹ Aus Gründen der Rechtssicherheit und im Hinblick auf ein rechtspolitisches Statement ist eine gesetzliche Regelung zu befürworten.
- 122 Die schweizerische Lehre befürwortet die vertrauliche Geburt grundsätzlich, da damit Frauen, die ihr Kind nicht behalten können oder wollen, geschützt werden und gleichzeitig – im Gegensatz zur anonymen Geburt – das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes gewahrt bleibt (vgl. dazu auch hinten N 220 ff.).
- 123 Die vertrauliche Geburt, wie sie vor einigen Jahren auch in *Deutschland* gesetzlich eingeführt wurde (§ 25 ff. Schwangerschaftskonfliktgesetz)¹⁰⁰, ist noch nicht in vielen europäischen Rechtsordnungen gesetzlich vorgesehen.
- b) Reformbedarf*
- 124 Bei der Begründung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil besteht kein Reformbedarf (Empfehlungen 1 und 3).
- 125 Die Möglichkeit einer vertraulichen Geburt, nicht aber diejenige einer anonymen Geburt, soll gesetzlich geregelt werden (Empfehlung 2).

⁹⁸ Vgl. Bericht des Bundesrates in Beantwortung des Postulats Maury Pasquier 13.41.89 «Mieux soutenir les mères en détresse et les familles vulnérables».

⁹⁹ Vgl. Amtliche Mitteilung EAZW, Nr. 140.17 vom 1. November 2016, Meldeverfahren aus In-fostar anlässlich der Beurkundung einer vertraulichen Geburt.

¹⁰⁰ In *Deutschland* wird die vertrauliche Geburt seit 2014 in § 25 ff. des Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG) geregelt. Die Frau, die ein Kind vertraulich geboren hat, ist nach deutschem Recht zwar dessen Mutter (vgl. § 1591 BGB). Sie muss jedoch ihre Identität nicht offenlegen und kann stattdessen unter einem Pseudonym gebären, während die Angaben zu ihrer Identität in einem Umschlag verschlossen beim Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftlichen Aufgaben zur sichereren Verwahrung gelagert werden (§ 26 SchKG). Mit Vollendung des 16. Lebensjahres erhält die vertraulich geborene Person das Recht, den verwahrten Herkunftsnachweis beim Bundesamt einzusehen oder Kopien zu verlangen (§ 31 Abs. 1 SchKG). Die Geburtsmutter kann das Einsichtsrecht des Kindes unter bestimmten Umständen einschränken, sodass das Kind zuerst ein familiengerichtliches Verfahren anstrengen muss (§ 31 Abs. 2–4 SchKG).

B. Zweiter Elternteil

a) *Geltendes Recht*

126 Das **Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem Vater** kann gemäss Art. 252 Abs. 2 ZGB auf drei verschiedene Arten entstehen: kraft der Ehe mit der Mutter (aa) oder, wenn die Mutter nicht verheiratet ist oder die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes beseitigt wurde, durch Anerkennung (bb) bzw. durch Gerichtsurteil (cc). De lege lata kann ein Kind neben der Mutter nur *einen* rechtlichen Vater erhalten, die Mit-Mutterschaft vor oder direkt nach der Geburt durch eine Frau ist nicht möglich (dd).

127 Das Kindesverhältnis zu einem Vater kann nur hergestellt werden, wenn die **Mutter des Kindes bekannt** ist. Die Kenntnis der Mutter bzw. das Bestehen eines rechtlichen Kindesverhältnisses zur Mutter ist nach schweizerischem Recht (implizit) eine Voraussetzung für die Entstehung eines Kindesverhältnisses zum Vater.

128 Bei der originären Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater verlangt der Gesetzgeber in zwei von drei Konstellationen keinen Nachweis der genetischen Elternschaft. Dennoch beruht die Begründung des Kindesverhältnisses bei der Ehe bzw. bei der Anerkennung auf der Vermutung, dass eine genetische Verbindung vorliegt. Die Überprüfung der genetischen Richtigkeit dieser Vaterschaft erfolgt einzig im Zusammenhang mit der Anfechtung der Vaterschaftsvermutung (Art. 256 ZGB) oder der Anfechtung der Anerkennung (Art. 260a ZGB). Erfolgt die originäre Begründung des Kindesverhältnisses im Rahmen einer Vaterschaftsklage nach Art. 261 ff. ZGB, wird das Vorliegen der genetischen Vaterschaft als Voraussetzung der Begründung geprüft.

129 In einer besonderen Konstellation wird die Intention zur rechtlichen Vaterschaft basierend auf der Zustimmung zur Zeugung durch einen Dritten (vgl. Art. 256 Abs. 3 ZGB) als ausschlaggebend erachtet für die Begründung des Kindesverhältnisses, ungeachtet der fehlenden genetischen Verbindung.

130 Obwohl folglich die genetische Beziehung zum Kind für die Begründung des Kindesverhältnisses im Vordergrund steht, ist die intentionale Begründung eines Kindesverhältnisses dem geltenden Recht nicht fremd. Sie kommt einerseits in der voraussetzungslosen Anerkennung der Vaterschaft zum Ausdruck. Andererseits beruht die Zustimmung zur Zeugung durch einen Dritten in Verbindung mit der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes auf der Vorstellung einer intentionalen Elternschaft des nichtgenetischen Elternteils.

aa) *Vaterschaftsvermutung des Ehemannes*

131 Art. 255 Abs. 1 ZGB vermutet, dass der Ehemann der Geburtsmutter der Vater eines Kindes ist (*Pater est, quem nuptiae demonstrant*; sog. **Pater-est-Regel**).

Mit anderen Worten gilt: Kinder, die während der Ehe mit der Mutter geboren wurden, gelten rechtlich als Kinder des Ehemannes.¹⁰¹

- 132 Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes knüpft einzig an **das formelle Bestehen der Ehe** zwischen Geburtsmutter und ihrem Ehemann an. Die genetische Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind ist irrelevant. Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes wird weder durch eine faktische noch durch eine gerichtliche Trennung der Ehegatten beeinflusst und begründet selbst im Fall einer Scheinehe oder bei Kenntnis der fehlenden genetischen Beziehung (z.B. im Fall einer Samenspende oder Zeugung durch einen Dritten: Art. 256 Abs. 3 ZGB) ein Kindesverhältnis zwischen Ehemann und Kind.
- 133 **Historisch** war Elternschaft stark mit der Ehe verbunden. Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes war die logische Antwort darauf. Die Vaterschaftsvermutung diente dem Schutz des Instituts der Ehe (*favor matrimonii*), der Frauen, der Familienbeziehungen und des Familienfriedens. Sie war ferner zum Schutz der Kinder notwendig, denen nur der Status als eheliche Kinder gesellschaftliche Anerkennung vermittelte. Ausserdem war aus der Sicht des Gesetzgebers zu Beginn des 20. Jahrhunderts gerade die Ehe der Hort der Fortpflanzung und die Zeugung von Kindern ausserhalb der Ehe moralisch verpönt oder sogar strafbar.
- 134 Der naturwissenschaftliche und der gesellschaftliche Kontext haben sich inzwischen geändert: Die genetische Vaterschaft lässt sich mittels DNA-Test problemlos nachweisen, ausserehelichen Kindern droht heute keine gesellschaftliche Ausgrenzung mehr, und der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes kommt keine Schutzfunktion mehr zu. Ob dennoch weiterhin an der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes festgehalten werden soll, ist in der Lehre umstritten:
- 135 Der **Vorteil der Pater-est-Regel** liegt darin, dass die Begründung des Kindesverhältnisses zu einem Mann aufgrund einer Statusbeziehung zwischen den Ehegatten schnell, eindeutig und klar erfolgen kann. Ein Teil der Lehre ist der Meinung, dass ein Festhalten an der gesetzlichen Vermutung insofern richtig ist, als dies in einem Grossteil der Fälle der genetischen Abstammung und/oder dem Wunsch des Paares entspricht.
- 136 Ein anderer Teil der Lehre erachtet den formalen Tatbestand der Ehe nicht mehr per se als Anknüpfungspunkt für die Begründung von Kindesverhältnissen. Der **Nachteil der Pater-est-Regel** wird darin gesehen, dass sie das Idealbild einer biologisch-sozialen Vaterschaft des Ehemannes in einer intakten, bürgerlichen Kleinfamilie fortschreibt. Dies führe im Ergebnis zu einer versteckten Fortsetzung der Unterscheidung zwischen ehelichen und nicht ehelichen Kindern.¹⁰²

¹⁰¹ Mit der Annahme der parlamentarischen Initiative «Ehe für alle» (13.468), über die allerdings noch abgestimmt werden muss, wird auch die Elternschaft der Ehefrau der Mutter mittels Vermutung («Elternschaftsvermutung») entstehen.

¹⁰² Diese Privilegierung besteht, obwohl mit der im Jahr 1978 in Kraft getretenen Reform des Kindesrechts die rechtliche Gleichstellung von ehelich und nicht ehelich geborenen Kindern verwirklicht wurde; vgl. auch Botschaft Kindesverhältnis, BBl 1974 II S. 1.

137 Alle kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen stellen für die rechtliche Vaterschaft des Kindes in erster Linie auf die Pater-est-Regel ab. Auch Staaten ausserhalb Europas, wie die *USA, Kanada und Japan* kennen die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes. In den letzten Jahrzehnten wurde sie in vielen Rechtsordnungen zurückgedrängt. Der Anwendungsbereich, die Fristen und die Anfechtungsmöglichkeiten unterscheiden sich dementsprechend stark voneinander. Vgl. dazu folgende Abbildung (Quelle: SOSSON/WILLEMS, S. 729):

Table 2: Scope of the marital presumption

	Very limited	Limited	Limited	Less limited	Large
	Algeria	Japan	Argentina Belgium France Italy Spain USA (most states)	Australia Germany Netherlands <u>Sweden</u> Switzerland	Canada/Quebec DR Congo England & Wales Ireland Romania
Starting point	+ 6 months after marriage	+ 200 days after marriage	+ 0 day after marriage	+ 0 day after marriage	+ 0 day after marriage
Termination point	+ 300 days after separation, divorce and death	+ 300 days after death or divorce	+ 300 (+/-) days after death or divorce and (official) separation	+ 300 days after death (only) + 0 day after divorce	+ 300 days after death or divorce

138 In *Deutschland* wird die Pater-est-Regel insofern kritisiert, als lediglich zum Ehemann, nicht aber zum Lebenspartner der Mutter das Kindesverhältnis ohne weiteres begründet wird. Die Regel als solche soll aber beibehalten werden, da sie sich etabliert hat und es kaum Stimmen gibt, die ihre Abschaffung fordern.¹⁰³

139 In *Frankreich* greift die Vaterschaftsvermutung nicht, wenn der Ehemann der Mutter in der Geburtsurkunde nicht als Vater bezeichnet wird (Art. 313 Satz 1 CC fr.).

140 Die Eintragung des Ehemannes als Vater ist in *Dänemark* insofern vorläufig, als die Mutter, der Ehemann oder der Vormund des Kindes innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren einleiten können

¹⁰³ Die Vaterschaftsvermutung soll aber relativiert werden: Gemäss Diskussionsteilentwurf, S. 10 Ziff. 11, kann von der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes einvernehmlich abgewichen werden, wenn ein anderer Mann die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter und des mit der Mutter im Geburtszeitpunkt verheirateten Mannes anerkennt (sogenannte Dreier-Erklärung gemäss § 1599 Abs. 2 E-BGB). Voraussetzung ist, dass die Anerkennung vor oder innerhalb von acht Wochen seit der Geburt oder innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft der Scheidung erfolgt, sofern der Scheidungsantrag im Geburtszeitpunkt anhängig war (§ 1599 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 E-BGB). Die Dreier-Erklärung ist de lege lata nur möglich, wenn die Scheidung des Ehepaars bereits hängig ist (vgl. § 1599 Abs. 2 BGB).

(§ 5 Abs. 1 Børneloven). Ferner gilt der Ehemann der Mutter überhaupt nur als Vater, wenn die Ehegatten zum Zeitpunkt der Geburt nicht in Trennung lebten (§ 1 Børneloven).

- 141 In *Schweden* besteht die Möglichkeit, dass der Ehemann der Anerkennung durch einen anderen Mann zustimmt (§ 2 Nr. 3 FB).

bb) Anerkennung des Kindes

- 142 Besteht ein Kindesverhältnis zu einer Frau und hat das Kind noch keinen rechtlichen Vater oder ist die ursprüngliche Vaterschaft aufgehoben worden (Art. 256 ff., Art. 260a ZGB), so kann die Begründung des Kindesverhältnisses durch **Anerkennung** des Kindes durch einen Mann erfolgen (Art. 260 ZGB). Der Nachweis der genetischen Vaterschaft des Anerkennenden ist keine Voraussetzung für deren Gültigkeit; selbst eine bewusst unrichtige Anerkennung begründet ein Kindesverhältnis und lässt sich nur auf dem Weg der Anfechtung wieder beseitigen. Das Zivilstandsamt kann die Eintragung der Anerkennungserklärung nur in Ausnahmefällen verweigern, namentlich wenn es Kenntnis darüber hat, dass der Anerkennende nicht der genetische Vater ist (bspw. weil seine Nichtvaterschaft gerichtlich festgestellt wurde).

- 143 Die Anerkennung ist eine «Willensäußerung eines Mannes, ein Kind als das seinige zu akzeptieren und es dadurch in seine Verwandtschaft aufzunehmen.»¹⁰⁴ Die **Willenserklärung** ist an **bestimmte Formen** gebunden. Eine Anerkennung kann nur durch Erklärung vor dem Zivilstandsamt, durch letztwillige Verfügung oder – im Fall einer hängigen Vaterschaftsklage – vor Gericht erfolgen (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Sie ist bereits vor der Geburt – ab dem Zeitpunkt der Zeugung – möglich (Art. 11 Abs. 2 ZStV) und gilt unter dem Vorbehalt, dass das Kind lebendig geboren wird (Art. 31 Abs. 2 ZGB). Da es sich um ein absolut höchstpersönliches Recht handelt, kann nur der Vater selbst anerkennen. Ist der Anerkennende minderjährig oder steht er unter umfassender Beistandschaft oder hat die Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Anordnung getroffen, bedarf die Anerkennung der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung (vgl. Art. 260 Abs. 2 ZGB; Art. 11 Abs. 4 ZStV). Im Fall der Urteilsunfähigkeit des Vaters ist eine Anerkennung ausgeschlossen; das Kindesverhältnis zum Vater muss auf dem Weg einer Vaterschaftsklage (Art. 261 ff. ZGB) errichtet werden.

- 144 Nach Ansicht des Bundesgerichts ist eine **bedingte Anerkennung**, deren Wirkung erst einsetzt, sobald das zu einem anderen Mann bestehende Kindesverhältnis aufgehoben wird, zwar nicht möglich,¹⁰⁵ die herrschende Lehre geht aber unter Hinweis auf das Interesse des Kindes davon aus, dass diese zuzulassen ist, «lorsque le lien actuel de filiation paternelle sera, selon toute vraisemblance, écarté à bref délai.»¹⁰⁶

¹⁰⁴ SAGER, S. 20.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 108 II 344; 107 II 403.

¹⁰⁶ MEIER/STETTLER, N 121.

- 145 Die **Kindesanerkennung** sehen folgende *Civil Law Länder* vor: Deutschland (§ 1592 Ziff. 2 BGB), Belgien (Art. 55, Art. 319 CC belg.), Frankreich (Art. 316 ff. CC fr.), Italien (Art. 250 ff. CC ital.), Japan (Art. 779 und 781 CC jap.), Rumänien (Art. 408 Abs. 3 und 415 Abs. 2 CC rum.), Argentinien (Art. 570 CC argent.). Im Unterschied dazu genügt in vielen *Common Law Ländern* für die Herstellung eines Kindesverhältnisses ausserhalb der Ehe die **Registrierung** des Namens des Vaters **auf der Geburtsurkunde** des Kindes. Das gilt z.B. für: Australien (Sec. 69R FLA 1975), England und Wales (Sec. 34 (2) Births and Deaths Registration Act 1953) und Irland (Sec. 46 (3) Status of the Children Act 1987). Dasselbe gilt auch in *Spanien* (Art. 120 Ziff. 1 CC span.) und *Quebec* (Art. 523 CCQ), die jedoch zu den Civil Law Ländern zählen.
- 146 In der Schweiz ist die Kindesanerkennung der Mutter und dem Kind oder – nach seinem Tod – seinen Nachkommen mitzuteilen (Art. 11 Abs. 7 ZStV). Eine **Zustimmung** der Mutter und/oder des Kindes zur Anerkennung ist **nicht notwendig** bzw. eine Ablehnung nicht möglich (vgl. Art. 260 ZGB e contrario). In der Lehre wird dies zum Teil kritisiert. Das ZGB sah allerdings bis 1978 noch die Möglichkeit des Einspruchs der Mutter und des Kindes vor. Der damalige aArt. 305 ZGB lautete: «¹Sowohl die Mutter als das Kind und nach dessen Tod seine Nachkommen können gegen die Anerkennung binnen drei Monaten, nachdem sie von ihr Kenntnis erhalten haben, beim zuständigen Zivilstandsbeamten mit der Behauptung Einspruch erheben, dass der Anerkennende nicht der Vater oder Grossvater sei, oder dass die Anerkennung dem Kinde nachteilig wäre. ²Der Zivilstandsbeamte hat dem Anerkennenden oder dessen Erben von dem Einspruche Mitteilung zu machen, worauf binnen drei Monaten beim Richter des zuständigen Zivilstandsamtes auf Abweisung des Einspruches geklagt werden kann.»
- 147 Die Tatsache, dass die schweizerische Rechtsordnung eine Kindesanerkennung ohne Zustimmung der Mutter zulässt, ist im Vergleich zu vielen *anderen* (insbesondere europäischen) *Rechtsordnungen* ungewöhnlich. Ebenfalls keine Zustimmung der Mutter zur Anerkennung des Kindes wird in Frankreich verlangt; wie in der Schweiz muss die Mutter in Frankreich vom Zivilstandsamt über die Tatsache der Anerkennung informiert werden (Art. 57-1 CC fr.). Die schweizerische Lehre kritisiert das fehlende Erfordernis der Zustimmung der Mutter und des Kindes, weil die Rechtstellung von Mutter und Kind durch die Kindesanerkennung entscheidend berührt wird. In anderen Rechtsordnungen, wie beispielsweise in *Belgien* (Art. 329^{bis} CC belg.), in *Deutschland* (§ 1595 BGB), in *Italien* (Art. 250 Abs. 2 CC), in den *Niederlanden* (Art. 1:204 Abs. 1 lit. d BW) und in *Spanien* (Art. 123 CC span.), wird die Zustimmung der Mutter oder des Kindes (resp. dessen gesetzlichen Vertreter, bei dem es sich um die Mutter handeln darf) verlangt. Zumindest in Deutschland ist diese Zustimmung unverzichtbar und unersetzbar. Die Zustimmungsbedürftigkeit der Anerkennung bringt zum Ausdruck, dass die jeweiligen Elternpositionen der Mutter und des Vaters vom Gesetzgeber nicht unabhängig voneinander gesehen werden. Die Zustimmung der Mutter wird als wichtiges Indiz für die genetische Richtigkeit der Anerkennung gesehen.

cc) Vaterschaftsurteil durch ein Gericht

- 148 Hat ein Kind keinen rechtlichen Vater, können Mutter oder Kind resp. dessen Beistand **auf Begründung des Kindesverhältnisses** zu einem Mann **klagen** (Art. 261 Abs. 1 ZGB; entgegen dem gesetzlichen Wortlaut handelt es sich nicht um eine Feststellungs-, sondern um eine Gestaltungs-klage). Der Gesetzgeber ging davon aus, dass das (aussereheliche) Kind (und wohl auch der Staat) ein Interesse an der Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater hat, sodass das Gericht dieses nicht gesondert zu prüfen hat. Hat die Vaterschaftsklage Erfolg, entsteht das Kindesverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kind mittels Vaterschaftsurteil ex tunc mit der Geburt.
- 149 Die Vaterschaftsklage nach Art. 261 ff. ZGB dient einzig dazu, einem Kind, das keinen rechtlichen Vater hat, den Erzeuger **statusrechtlich** als Vater **zuzuordnen**. Eine blosser Aufklärung der genetischen Abstammung (im Sinn einer Feststellungsklage) ohne entsprechende statusrechtliche Folgen ist dagegen im Rahmen einer Vaterschaftsklage nicht möglich.
- 150 Das Gesetz kennt zur Beweisführung im Rahmen der Vaterschaftsklage zwar unterschiedliche Vermutungen (vgl. Art. 262 ZGB); sie dienen heute jedoch nur noch der Frage, wer den Gerichtskostenvorschuss zu bezahlen hat. Seit 1991 wird die Vaterschaft eines Mannes anhand eines Vaterschaftsgutachtens, das heisst anhand eines **DNA-Tests**, nachgewiesen.

dd) Kindesverhältnis zur Partnerin der Mutter

- 151 Das ZGB definiert den Begriff der Eltern nicht. Aus den Bestimmungen zur Entstehung des Kindesverhältnisses ergibt sich jedoch implizit, dass die originären Eltern eines Kindes stets eine Frau und ein Mann sind («Mutter» und «Vater»). Seit dem 1. Januar 2018 ist die sekundäre Begründung eines Kindesverhältnisses zu einer Person desselben Geschlechts wie dem des ersten Elternteils möglich. Die **Mit-Mutterschaft** (und in diesem Zusammenhang auch die Mit-Vaterschaft) ist auf dem Weg der (Stiefkind)adoption zulässig (vgl. Art. 264c ZGB). Es handelt sich um einen ersten Schritt in Richtung Anerkennung von gleichgeschlechtlicher Elternschaft, ermöglicht gleichgeschlechtlichen Paaren jedoch noch keine originäre Begründung des Kindesverhältnisses zu beiden Elternteilen. Das soll sich mit der vom Parlament am 18. Dezember 2020 verabschiedeten Gesetzesvorlage «Ehe für alle», über die das Volk abstimmen wird, ändern, da der Zugang zur Samenspende auf lesbische Ehepaare ausgeweitet und die (originäre) Elternschaft der Ehefrau der Mutter eingeführt wird, sofern das Kind durch eine Samenspende gemäss FMedG gezeugt wurde.¹⁰⁷ Weiterhin wird die originäre gemeinsame Elternschaft weder für unverheiratete Frauenpaare möglich sein, noch für Frauenpaare, die eine Samenspende privat verwenden oder eine Samenspende im Ausland in Anspruch nehmen, und zwar unabhängig vom Status ihrer Beziehung (verheiratet oder unverheiratet).

¹⁰⁷ Vgl. BBl 2020, S. 9913 ff.; www.bk.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021).

152 Eine originäre Begründung des Kindesverhältnisses zur gleichgeschlechtlichen (weiblichen) Partnerin der Geburtsmutter ist inzwischen *in vielen europäischen Rechtsordnungen* vorgesehen. Dazu gehören unter anderem: die *Niederlande* (nur bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung mit Samenspende in einer Klinik, nicht bei Selbstinsemination oder natürlicher Zeugung, ferner müssen die beiden Frauen verheiratet oder verpartnert sein; Art. 1:198 Abs. 1 lit. b und c BW), *Österreich* (nur bei ART, nicht bei Selbstinsemination; § 144 Abs. 2 ABGB), *Dänemark*¹⁰⁸ (§ 3a i.V.m. § 27 Børneloven; LBK nr 772 af 07/08/2019; seit 2013), *Schweden* (Kap. 1 § 9 FB), *Norwegen* (§ 4a Children Act), *Belgien*¹⁰⁹ (Art. 325/1 CC belg.), *England und Wales* (Sec. 42 HFEA für medizinisch unterstützte Fortpflanzung oder Selbstinsemination, nicht hingegen bei natürlicher Zeugung). In *Spanien* gibt es keine Elternschaftsvermutung für die Ehefrau der Mutter. Gemäss Art. 7 Abs. 3 LTRHA kann aber die Ehefrau der Mutter Elternteil des Kindes werden (sie muss aber nicht), indem sie nach der Geburt des Kindes vor dem Zivilstandsamt eine Erklärung abgibt.

ee) Kindesverhältnis bei Befruchtung mittels Samenspende

153 Gespendete Samenzellen können entweder medizinisch assistiert oder privat verwendet werden. Eine Samenspende kann unabhängig von ihrer späteren (medizinisch assistierten oder privaten) Verwendung einer Samenbank oder einer bestimmten Person (sog. gerichtete Samenspende) zur Verfügung gestellt werden. Die private Verwendung einer gerichteten Samenspende kann auf unterschiedlichen Wegen erfolgen, denkbar sind sowohl die sog. Becherspenden als auch die Spende durch Geschlechtsverkehr.

154 Es lassen sich somit folgende **Konstellationen** unterscheiden:

- 1) Medizinisch assistierte Verwendung einer Samenspende aus einer Samenbank: Sie ist in der Schweiz ausschliesslich für verheiratete Paare zulässig (Art. 3 Abs. 3 FMedG).
- 2) Medizinisch assistierte Verwendung einer gerichteten Samenspende: Sie ist in der Schweiz nicht zulässig.¹¹⁰

¹⁰⁸ In *Dänemark* wird seit 2013 die verheiratete oder verpartnerte Frau der Mutter gemäss § 3a und § 27 Børneloven Mit-Mutter des Kindes, wenn das Kind mit anonymen Spendersamen gezeugt wurde und die Ehefrau/Partnerin die Zustimmung zur assistierten Fortpflanzung erteilt hat. Der oberste dänische Gerichtshof hat entschieden, dass die Auflösung einer Mit-Mutterschaft auch dann nicht möglich ist, wenn sich die Geburtsmutter und die Mit-Mutter über die Auflösung einig sind. Im vorliegenden Fall gab es keine Bindung zwischen dem Kind und der Mit-Mutter, da sich die Eltern kurz nach der Geburt getrennt hatten. Das Gericht war jedoch der Meinung, dass eine Löschung der Registrierung der Mit-Mutter und damit der Tilgung ihrer rechtlichen Pflichten, die rechtliche Position des Kindes beeinträchtigt. Das Gericht verwies in diesem Fall auf die Gesetzgebungsmaterialien zu § 27 Børneloven, woraus sich ergibt, dass die Mit-Mutterschaft dieselbe rechtliche Wirkung haben soll wie eine genetische Vaterschaft, vgl. Højesteret, Urteil vom 12. November 2019 (2. Afdeling, Sag BS-48699/2018-HJR).

¹⁰⁹ In *Belgien* werden die in einer gleichgeschlechtlichen Ehe geborenen Kinder automatisch Kinder beider Ehefrauen (Art. 325/2 CC belg.). Ausserhalb einer Ehe geborene Kinder können mit Zustimmung der Geburtsmutter anerkannt werden (Art. 325/4 CC belg.).

¹¹⁰ Das geht aus den Materialien hervor: FANKHAUSER/VIONNET, recht 2015, S. 155; FANKHAUSER, Kommentar FMedG, Art. 22 FMedG N 10; COTTIER/CREVOISIER, Kommentar FMedG, Art. 23 FMedG N 16 Fn. 38.

- 3) Private Verwendung einer gerichteten Samenspende: Sie wird faktisch praktiziert, ist aber gesetzlich nicht besonders geregelt.
- 4) Private Verwendung einer Samenspende aus einer Samenbank: Die private Verwendung von Samenzellen aus einer Samenbank ist in der Schweiz nur möglich, wenn die Samenzellen von einer Samenbank im Ausland stammen.

155 Die **Konstellation 1** ist in der Schweiz derzeit nur für Ehepaare möglich. Deshalb gilt der Ehemann als Vater des Kindes (vgl. dazu vorne N 132 ff.). Das Kindesverhältnis zum Ehemann, welcher der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat, ist nicht anfechtbar, weder durch den Ehemann (Art. 256 Abs. 3 ZGB) noch durch das Kind (Art. 23 Abs. 1 FMedG). Die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ist ausgeschlossen (Art. 23 Abs. 2 FMedG). Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung sicherstellen, dass zu beiden Ehegatten ein Kindesverhältnis hergestellt wird und zur Person, die Samen spendet, kein Kindesverhältnis hergestellt werden kann.

156 Die **Konstellation 2** ist in einer schweizerischen Fortpflanzungsklinik nicht zulässig. Wird dennoch eine gerichtete Samenspende verwendet, ist rechtlicher Vater, wer mit der Geburtsmutter verheiratet ist oder das Kind anerkennt. Für die Anfechtung des Kindesverhältnisses zum Ehemann der Mutter gelten die allgemeinen Regeln von Art. 256 ff. (Art. 23 Abs. 1 e contrario FMedG): Das Kind kann folglich die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes der Mutter nur unter den Voraussetzungen von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anfechten. Der Ehemann kann das Kindesverhältnis nicht anfechten, wenn er der Zeugung durch einen Dritten (sei es mit einer Samenspende gemäss FMedG, sei es mit gerichteten Samenspende) zugestimmt hat er (vgl. vorne N 132). Ob eine Vaterschaftsklage gegen den Samenspender zulässig ist, wenn weder eine rechtliche Vaterschaft des Ehemannes noch des anerkennenden Mannes vorliegt, ist umstritten:

157 Ein Teil der Expert-inn-engruppe ist der Meinung, dass die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender in Konstellation 2 ausgeschlossen ist, da die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 2 FMedG nicht erfüllt sind, wonach eine solche Klage bei einer Samenspende nur zulässig ist, wenn die Spende wissentlich bei einer Person erfolgt, die keine Bewilligung für die Fortpflanzungsverfahren oder für die Konservierung und Vermittlung gespendeter Samenzellen hat. Die Anerkennung des Kindes durch den Samenspender bleibt aber möglich (Art. 260 ZGB; vgl. Botschaft FMedG, S. 269)

158 Nach Ansicht eines anderen Teils der Expert-inn-engruppe besteht in Konstellation 2 die Möglichkeit die Vaterschaft zum Samenspender auf dem Klageweg herzustellen, da die Samenspende ausserhalb der Regeln des FMedG (nämlich gerichtet) erfolgt ist und der Samenspender sich folglich nicht auf das FMedG stützen kann, weshalb die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen.

159 Auch in **Konstellation 3** kommen die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, das heisst, es gilt als Vater, wer mit der Geburtsmutter verheiratet ist oder das Kind anerkennt (vgl. vorne N 126 ff.). Besteht ein Kindesverhältnis zum Ehemann und hat dieser der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt,

kann er das Kindesverhältnis auch im Fall einer gerichteten Samenspende nicht anfechten (vgl. Art. 256 Abs. 3 ZGB). Das Kind kann dagegen die Vaterschaft des Ehemannes seiner Mutter unter den Voraussetzungen von Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB anfechten. Ist die Anfechtung erfolgreich, ist auch eine Vaterschaftsklage gegen den Samenspender möglich (vgl. Art. 23 Abs. 2 FMedG; zur Vaterschaftsklage vgl. vorne N 148 ff.), selbst wenn die Beteiligten sich vorab geeinigt haben, dass zum Samenspender kein Kindesverhältnis hergestellt werden soll. Solche Vereinbarungen bleiben grundsätzlich wirkungslos.

160 In **Konstellation 4** kommen ebenfalls die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zum Tragen (siehe soeben N 160).

161 Im Expertenbericht *Deutschland* wird vorgeschlagen, dass bei medizinisch assistierter Fortpflanzung die Verwendung von privaten (gerichteten) Samenspenden nur unter engen Voraussetzungen der Verwendung von offiziellen (bei Samenbanken hinterlegte) Samenspenden gleichgestellt werden soll. Vorausgesetzt sind die Einwilligung der intentionalen Eltern, der schriftliche Verzicht des Spenders auf eine rechtliche Elternschaft und die Einwilligung des Spenders in die Speicherung und Weiterleitung seiner Daten an das Spenderegister.¹¹¹ Gemäss Diskusstextentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz beschränkt sich die Möglichkeit der gemeinsamen originären Elternschaft auf Fälle von medizinisch assistierter Fortpflanzung mittels Samenspende (aus einer Samenbank oder aus privater Spende). Für die Fälle der Verwendung von privaten (gerichteten) Samenspenden ausserhalb eines medizinisch assistierten Fortpflanzungsverfahrens soll es bei der bisherigen Rechtslage bleiben.¹¹²

162 In *Kanada* ist die private Verwendung gespendeter Samenzellen gesetzlich geregelt. In Quebec ist die privat verwendete Samenspende «apport de forces génétiques au projet parental d'autrui») bereits seit 2002 gesetzlich geregelt (vgl. Art. 538 ff. CCQ). Grundsätzlich kann zwischen der Person, die Samenzellen spendet, und dem Kind kein Kindesverhältnis hergestellt werden. Eine Ausnahme besteht lediglich, wenn die Samenspende mittels Geschlechtsverkehrs erfolgte («apport de forces génétiques par relation sexuelle»). In diesem Fall kann innerhalb eines Jahres seit der Geburt des Kindes ein Kindesverhältnis begründet werden (Art. 538.2 CCQ).

163 In den *USA* ist die rechtliche Situation betreffend die private Verwendung gespendeter Samen von Staat zu Staat unterschiedlich. Gewisse Rechtsordnungen anerkennen private Vereinbarungen der Beteiligten (z.B. Geburtsmutter, intentionaler zweiter Elternteil und Person, die Samen spendet) bezüglich der Samenspende und der Elternschaft, andere nicht. Im Fall einer Spende mittels Geschlechtsverkehrs gilt aber grundsätzlich, dass die Beteiligten so behandelt werden, wie alle anderen Personen, die Kinder bekommen.

¹¹¹ Vgl. Expertenbericht *Deutschland*, S. 64 f.

¹¹² Vgl. Diskusstextentwurf des Bundesministeriums, S. 3.

b) Reformbedarf

- 164 Das Kindesverhältnis zum zweiten Elternteil soll durch Anerkennung begründet werden, unabhängig vom Zivilstand der Eltern. Eine Zustimmung des ersten Elternteils und des Kindes ist dafür nicht notwendig; der erste Elternteil und das Kind sollen dieser Anerkennung aber (unter bestimmten Voraussetzungen) widersprechen können (Empfehlungen 4, 5, 6, 7 und 8).
- 165 Erfolgt keine Anerkennung, soll das Kindesverhältnis durch Elternschaftsklage begründet werden können (Empfehlung 10).
- 166 Besonderheiten sind im Fall der Samenspende zu beachten: Zu regeln ist erstens der Verzicht auf die Begründung eines Kindesverhältnisses durch die Person, die Samen spendet. Zweitens ist die Begründung eines Kindesverhältnisses zum intentionalen Elternteil sicherzustellen. Die Begründung eines Kindesverhältnisses erfolgt aufgrund von Anerkennung oder Elternschaftsklage. Anerkennt der intentionale Elternteil das Kind nicht, z.B. weil er seine Meinung geändert hat, kann er auf seiner ursprünglichen Intention behaftet werden. Das Kindesverhältnis kann in diesem Fall durch Elternschaftsklage hergestellt werden. Diese Intention ist in einer Elternschaftsvereinbarung zwischen dem ersten und zweiten Elternteil festzuhalten (Empfehlung 11).

2. Aufhebung des Kindesverhältnisses

A. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil

a) Geltendes Recht

- 167 Das geltende Recht beruht auf dem Grundsatz «mater semper certa est» und damit auf der Unanfechtbarkeit der **Mutterschaft der gebärenden Person**. Der Grundsatz beruht auf der Annahme, dass die gebärende Person auch genetisch mit dem Kind verbunden ist. Mit der Eizellen- und Embryonenspende bzw. Leihmutterschaft bestehen aber heute Möglichkeiten, die genetische und biologische Mutterschaft zu spalten. Diese fortpflanzungsmedizinischen Methoden sind in der Schweiz verboten (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV; Art. 4 FMedG), was aber nicht ausschliesst, dass sie im Ausland in Anspruch genommen werden.
- 168 Die Zahl der im Ausland in Anspruch genommenen **Eizellenspenden und Leihmütter** lässt sich nur sehr schwer abschätzen. In den Jahren 2016–2019 sind den schweizerischen Zivilstandsämtern insgesamt 144 Fälle von Leihmutterschaft bekannt geworden. In 123 Fällen wurde zusätzlich zur Leihmutterschaft eine Eizellenspende in Anspruch genommen, sodass lediglich in 21 Fällen eine genetische Verwandtschaft zwischen Wunschemutter und Kind vorlag.¹¹³
- 169 Das Kindesverhältnis zur Mutter ist auch in den Rechtsordnungen, in denen Leihmutterschaft oder Eizellen- und Embryonenspenden zulässig sind, grund-

¹¹³ Vgl. Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsdienst, Leihmutterschaften 2016–2019, Umfrage bei kantonalen Aufsichtsbehörden mit Zivilstandsdienst, Version 1.1, Stand: 26. März 2020.

sätzlich nicht anfechtbar. Die Möglichkeit der **Anfechtung der Mutterschaft** kennen nur wenige europäische Rechtsordnungen. Dazu gehören namentlich *Belgien* (Art. 330 CC belg.), *Frankreich* (vgl. dazu Art. 333 CC fr.), *Spanien* (Art. 139 CC span.) und *Rumänien* (Art. 422 CC rum.). Eine Anfechtung der Mutterschaft ist ferner in *Australien* möglich. Es handelt sich dabei allerdings um Anfechtungen, die zur Herstellung der Mutterschaft der gebärenden Person führen sollen, und nicht um Anfechtungen in der Auseinandersetzung zwischen der gebärenden Person und der Eizellenspenderin.

- 170 In *Frankreich* (wie auch in *Australien*) besteht die Vermutung, dass die Person, die auf der Geburtsurkunde genannt wird, die Mutter ist (Art. 311-25 CC fr.; siehe vorne N 115). Da es sich dabei jedoch nur um eine Vermutung handelt, kann diese angefochten werden (vgl. Art. 332 CC fr.). In *Frankreich* ist in diesem Fall zu beweisen, dass die rechtliche (in der Geburtsurkunde genannte) Mutter das Kind nicht zur Welt gebracht hat. Wenn die Person, die behauptet die genetische Mutter des Kindes zu sein, auf der Geburtsurkunde nicht genannt ist, kann sie einen DNA-Test verlangen und ihre Elternschaft durch ein Gericht feststellen lassen. In *Spanien* kann die Ehefrau ihre Mutterschaft anfechten, wenn sie die Unterschlebung der Geburt oder Ungewissheit über die Identität des Kindes geltend macht (Art. 139 CC span.). Falls der Nachweis der mütterlichen Abstammung nicht durch die Geburtsbescheinigung erbracht werden kann oder die Richtigkeit derselben bestritten wird, kann in *Rumänien* eine Klage zur Feststellung der Mutterschaft erhoben werden, bei der jegliche Beweismittel beigebracht werden können (Art. 422 CC rum.). Dieses Klagerecht steht dem Kind zu (Art. 423 Abs. 1 CC rum.) und ist unverjährbar (Art. 423 Abs. 4 CC rum.).
- 171 In der *Schweiz* besteht immerhin bereits heute die Möglichkeit, den Eintrag im Personenstandsregister anzufechten, wenn dieser falsch ist. In diesem Fall kann mit einer *Registerbereinigungsklage nach Art. 42 ZGB* eine Berichtigung des falschen Eintrags verlangt werden. Dafür müsste grundsätzlich ein DNA-Nachweis oder der Nachweis genügen, dass man selbst (und nicht die fälschlicherweise eingetragene Person) das Kind geboren hat.
- 172 Von einem Teil der Lehre wird *de lege ferenda* gefordert, dass die Mutterschaft der gebärenden Person in ganz bestimmten Fällen anfechtbar sein soll. Ein Bedürfnis nach Aufhebung des Kindesverhältnisses zum ersten Elternteil besteht namentlich im Fall, dass einer Frau ohne ihre Zustimmung fremde Eizellen eingesetzt wurden (Verwechslung von Eizellen). Das ist aber ein Ausnahmefall, der die grundsätzlichen Regeln nicht beeinflusst. Kein Anfechtungsrecht soll demgegenüber der gebärenden Person zukommen, die dem Einsetzen fremder Eizellen zugestimmt hat (analog zum fehlenden Anfechtungsrechts des Ehemannes im Fall der Zustimmung der Zeugung durch einen Dritten resp. Samenspende; Art. 256 Abs. 3 ZGB). Ebenso wenig soll der Eizellenspenderin als genetischer Mutter die Anfechtung möglich sein. Darin besteht Einigkeit.

b) Reformbedarf

- 173 An der Unveränderbarkeit des Kindesverhältnisses zur Person, die das Kind gebärt, soll ungeachtet der genetischen Abstammung festgehalten werden (Empfehlungen 12, 13 und 14).

B. Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil

- 174 Das Ziel der Anfechtung des Kindesverhältnisses ist die **Korrektur zugunsten der genetischen Abstammung**. Daher steht eine Anfechtung nur bei der Vaterschaftsvermutung (a.) und der Anerkennung (b.) zur Diskussion, nicht aber bei der gestützt auf ein Vaterschaftsurteil begründeten Vaterschaft, da sie aufgrund der genetischen Abstammung erfolgt ist.

*a) Geltendes Recht**aa) Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes*

- 175 Die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes kann unter den Voraussetzungen von Art. 256 ff. ZGB vor Gericht angefochten werden.
- 176 **Aktivlegitimiert** sind gemäss Art. 256 Abs. 1 ZGB der Ehemann resp. dessen Eltern, wenn er vor Ablauf der Klagefrist gestorben oder urteilsunfähig geworden ist (vgl. Art. 258 ZGB). Aktivlegitimiert ist ferner das Kind, allerdings nur, sofern der gemeinsame Haushalt seiner Eltern noch während seiner Minderjährigkeit aufgehört hat (Art. 256 Abs. 2 ZGB); leben seine Eltern weiterhin zusammen, steht dem Kind kein Klagerecht zu. Indem das Kind nur dann ein Klagerecht hat, wenn der gemeinsame Haushalt der Eltern während seiner Minderjährigkeit dauerhaft aufgelöst wurde, schränkt der Gesetzgeber das Recht auf Feststellung der eigenen Abstammung all jener Kinder ein, die von einer verheirateten Mutter geboren wurden. Das Bundesgericht vermindert die Bedeutung dieser Einschränkung, indem es solchen Kindern den Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung unter Berufung auf den Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB) gewährt. Der Anspruch beschränkt sich aber lediglich auf die statusunabhängige Kenntnis der eigenen Abstammung (Feststellungsklage). Die Kenntnis der ausserhehlichen Abstammung berechtigt nur unter den strengen Voraussetzungen von Art. 256 ZGB zur Anfechtung des Kindesverhältnisses zum Ehemann.
- 177 **Nicht aktivlegitimiert** sind die Mutter des Kindes und der genetische Vater des Kindes. Die Mutter kann immerhin darauf hinwirken, dass dem urteilsunfähigen Kind ein Beistand zur Seite gestellt wird (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZGB), welcher den Anfechtungsprozess im Namen des Kindes führt. Der (mutmassliche) genetische Vater kann eine allfällige Inkongruenz von Ehe/Genetik/Beziehung ohne Zutun des Ehemannes oder des Kindes (über die Mutter) nicht offengelegen. In der Lehre wird seit Langem kritisiert, dass die eingeschränkte Aktivlegitimation der Wahrung des Scheins einer sogenannten intakten Ehe dient und auf der inzwi-

schen überholten Annahme der gesellschaftlichen Schutzbedürftigkeit des außerhalb der Ehe gezeugten Kindes und seiner Mutter beruht.¹¹⁴

178 Das Anfechtungsrecht im Fall einer Vaterschaftsvermutung steht in anderen Ländern einem unterschiedlich weiten Kreis von Personen offen:

179 In einigen Ländern gilt, wie in der Schweiz, dass **nur der Ehemann und/oder das Kind** die Vaterschaftsvermutung anfechten können. Dazu gehören unter anderem *Japan* (Art. 774 und Art. 777 CC jap.; nur der Ehemann) und *Schweden* (Kap. 3 § 1 und § 2 FB; Ehemann und Kind). In *Italien* (Art. 243 ff. CC ital.) und den *Niederlanden* (Art. 1:200 BW) hat zusätzlich zu Ehemann und Kind auch die Mutter ein Anfechtungsrecht. Die genannten Rechtsordnungen geben dem genetischen Vater keine Möglichkeit, die Vaterschaft des Ehemannes anzufechten.

180 Einige Länder gestehen, neben Ehemann, Mutter und Kind, **auch dem genetischen Vater** (unter gewissen Umständen) ein Klagerecht zu. Dazu gehören unter anderen *Belgien* (Art. 318 CC belg.), *Rumänien* (Art. 429, Art. 432 CC rum.) und *Spanien* (Art. 133 f. CC span.). *Frankreich* (Art. 332 ff. CC fr.) und *Deutschland* (§ 1600 Abs. 2 und 4 BGB) erlauben die Klage des genetischen Vaters nur dann, wenn zwischen dem Kind und dem bisherigen rechtlichen Vater keine gelebte Vater-Kind-Beziehung besteht. In *Frankreich* und *Belgien* ist die gelebte Vater-Kind-Beziehung durch die sog. possession d'état geschützt (Art. 311-1 CC fr.; Art. 324 CC belg.). Die possession d'état kann in Frankreich einerseits durch eine Feststellungsklage (Feststellung einer bereits bestehenden sozialen Wirklichkeit) und andererseits durch einen «acte de notoriété» des Notars festgestellt werden. Wesentlich sind namentlich folgende Elemente:¹¹⁵ die persönliche, gesellschaftliche und öffentliche Anerkennung des Eltern-Kindesverhältnisses, die sich unter anderem anhand finanzieller Leistungen und anhand des Familiennamens des Kindes nachweisen lässt. Der Statusbesitz muss mithin kontinuierlich, friedlich, öffentlich und eindeutig («non équivoque») sein (vgl. Art. 311-2 CC fr.) und ist anhand einer Gesamtheit von Umständen nachzuweisen. Grundsätzlich muss die possession d'état bereits seit der Geburt bestehen.

181 In *Norwegen* können der **rechtliche Vater, die Mutter, das Kind und der genetische Vater** des Kindes die Vaterschaft des Ehemannes jederzeit und ohne Einschränkungen anfechten (§ 6 Children Act).¹¹⁶

¹¹⁴ Noch in den 1970er-Jahren gaben junge Mütter im Fall einer ausserehelichen Geburt (bei vor-ehelichen Schwangerschaften) das Kind nur unter behördlichen Druck zur Adoption frei. Teilweise wurden sie auch aufgrund von «liederlichem Lebenswandel» mittels administrativer Verfügung in verschiedenen Anstalten untergebracht.

¹¹⁵ Art. 311-1 CC fr. lautet: «La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parent ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue.»

¹¹⁶ Ähnlich wird dies offenbar im russischen und kasachischen Recht geregelt, vgl. HELMS, Rechtliche Vaterschaft, S. 110 f.

182 In *Argentinien* (Art. 592 CC argent.), *Australien* (Sec. 69V ff. FLA 1975), *England und Wales* (sec. 55a (1) FLA 1986) sowie *Irland* (sec. 35 Status of Children Act 1987 i.V.m. sec. 80 Children and Family Relationships Act 2015) kann **jede Person, die ein Interesse daran hat**, die Vaterschaft des Ehemannes anfechten. In *England und Wales* sowie in *Australien* kann die Vaterschaft von allen Personen ohne zeitliche Befristung bestritten werden. In *England und Wales* gibt es kein besonderes Verfahren für die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes. Das heisst, die Vaterschaft kann in jedem Verfahren, in dem sie eine Rolle spielt (beispielsweise in einem Unterhaltsprozess), behauptet oder bestritten werden. Das Gericht kann die Anfechtungsklage ablehnen, wenn es davon ausgeht, dass diese nicht im Interesse des Kindes liegt.

183 Wollen der Ehemann oder das Kind gegen die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes vorgehen, müssen sie dafür **Klagefristen** einhalten. In der Schweiz beginnt für den **Ehemann** die *relative Jahresfrist* zu laufen, sobald er von der Tatsache erfahren hat, dass er nicht der genetische Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat (Art. 256c Abs. 1 ZGB). Um den Fristenlauf auszulösen, genügen jedoch blosser Zweifel oder Befürchtungen nicht, es braucht viel mehr sichere Kenntnis. Die *absolute Frist von fünf Jahren* beginnt mit der Geburt des Kindes zu laufen (Art. 256c Abs. 1 ZGB). Nach Ablauf einer dieser Fristen kann die Rechtslage nicht mehr mit der genetischen Realität in Einklang gebracht werden, es sei denn, es lägen wichtige Gründe vor, welche die verspätete Einreichung der Anfechtungsklage zu entschuldigen vermögen (vgl. Art. 256c Abs. 3 ZGB). Liegen wichtige Gründe für die Verspätung vor, ist eine Anfechtung trotz Ablauf der Frist zulässig. Das Gesetz sagt nicht, was als wichtiger Grund i.S.v. Art. 256c Abs. 3 ZGB zu gelten hat. Gemäss Rechtsprechung liegen wichtige Gründe vor, wenn der Ehemann bisher keinerlei Veranlassung hatte, an seiner genetischen Vaterschaft zu zweifeln.¹¹⁷ Mit der Entschuldigung aus wichtigen Gründen, die vom Bundesgericht nicht einheitlich beurteilt wird, beginnt kein neuer Fristenlauf. Vielmehr ist die Klage mit aller nach den Umständen möglichen Beschleunigung, das heisst unter Vorbehalt besonderer Umstände innert Monatsfrist, einzureichen.¹¹⁸ Für das **Kind** beginnt die Frist mit seiner Volljährigkeit zu laufen und dauert ein Jahr (Art. 256c Abs. 2 ZGB).

184 Die **Dauer der Klagefristen** in anderen Rechtsordnungen variiert von Land zu Land. Viele Rechtsordnungen kennen ähnlich kurze Fristen zur Anfechtung der Vaterschaft wie die Schweiz (die Frist beginnt jeweils mit der Geburt des Kindes [für die Mutter] oder mit Kenntnis der fehlenden genetischen Verwandtschaft [für den Ehemann]):

- Die Frist beträgt ein Jahr in *Argentinien* (Art. 591 CC argent.), *Belgien* (Art. 318 § 2 CC belg.), in *Japan ein Jahr ab dem Zeitpunkt, in dem der Ehemann Kennt-*

¹¹⁷ Statt vieler: BGer 5A_298/2009 vom 31. August 2009, E. 4.2., publiziert in FamPra.ch 2010, S. 194 ff.

¹¹⁸ So auch BGE 136 III 593, E. 6.1.1; 132 III 1, E. 3.2.

nis von der Geburt des Kindes erlangt (Art. 777 CC jap.), den *Niederlanden* (Art. 200 Abs. 5 BW), *Spanien* (Art. 136 CC span.).

- Die Frist beträgt zwei Jahre in *Deutschland* (§ 1600b).
- Die Frist beträgt drei Jahre in *Rumänien* (Art. 430 Abs. 1 CC rum.).
- Die Frist beträgt fünf Jahre in *Italien* (Art. 224 CC ital.).
- Keine Klagefristen kennen demgegenüber jene Länder, die das Recht, die Vaterschaft anzufechten, allen interessierten Personen einräumen. Dazu gehören *Australien*, die *Common Law Provinzen Kanadas*, *England und Wales* sowie *Irland*.

185 Für das Kind gilt in den meisten Ländern eine abweichende Frist. In den *Niederlanden* hat das Kind beispielsweise innert drei Jahren seit ihm die Tatsache bekannt ist, dass der Ehemann vermutlich nicht sein genetischer Vater ist, zu klagen. Im Fall seiner Minderjährigkeit muss das Kind bis spätestens drei Jahre nach Erreichen der Volljährigkeit, klagen (Art. 200 Abs. 6 BW). In *Italien* (Art. 244 CC ital.) und in *Rumänien* (Art. 433 Abs. 2 CC rum.) ist die Klage für das Kind unverjährbar.

186 Die Schweiz gehört im Rechtsvergleich zu den Ländern, die eher kurze Klagefristen kennen.

bb) Anfechtung der Anerkennung

187 Die Anerkennung kann ebenfalls beim Gericht angefochten werden, und dies unter deutlich weniger restriktiven Voraussetzungen als die Vaterschaftsvermutung:

188 **Aktivlegitimiert** ist jedermann, der ein Interesse hat (vgl. Art. 260a Abs. 1 ZGB), also auch die Mutter oder der genetische Vater des Kindes. Namentlich erwähnt wird in Art. 260a Abs. 1 ZGB insbesondere auch das selbständige Klagerecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden. Dem Anerkennenden steht die Klage nur zu, wenn er das Kind unter dem Einfluss einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Ehre oder das Vermögen seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person oder in einem Irrtum über seine Vaterschaft anerkannt hat (Art. 260a Abs. 2 ZGB).

189 Genau wie in der Schweiz ist die Anfechtung der Anerkennung auch in *Japan* (Art. 774 und Art. 777 CC jap.) und *Italien* (Art. 263 Abs. 1 CC it.) einfacher möglich bzw. einem weiteren Kreis von Personen zugänglich als die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes. Grundsätzlich geht die internationale Tendenz jedoch dahin, die Unterschiede zwischen der Anfechtung der Vaterschaft durch Anerkennung und jener durch Ehe zu verringern, indem unter anderem der Kreis der Anfechtungsberechtigten vereinheitlicht wird. In *Frankreich*, *Deutschland* und *Quebec* gelten für die Anfechtung der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes und der Anerkennung beispielsweise dieselben Voraussetzungen.

190 Das **selbständige Klagerecht der Heimat- und Wohnsitzgemeinde** des Anerkennenden gemäss Art. 260a Abs. 1 ZGB stand bereits bei der Revision des ZGB von 1976/78 zur Diskussion. Die schliesslich Gesetz gewordene und heute

noch bestehende Bestimmung nimmt keine Rücksicht darauf, ob eine Anfechtung im konkreten Fall den Interessen des Kindes widerspricht.¹¹⁹ Ungeachtet des klaren Gesetzeswortlauts und des Zwecks der Bestimmung sollen nach herrschender Lehre die Gemeinden beim Entscheid über die Anfechtung auch die Interessen des Kindes bedenken und allenfalls von sich aus auf das Klage-recht verzichten, wenn das öffentliche Interesse an der Beseitigung des Kindes-verhältnisses geringer wiegt. De lege ferenda ist nach Ansicht der Lehre eine Beschränkung des Anfechtungsrechts Dritter zu erwägen, wenn damit in eine gelebte Vater-Kind-Beziehung eingegriffen wird; ein solcher Eingriff wird im Lichte von Art. 3 Abs. 1 UN-KRK (wonach das Kindeswohl stets zu berücksichtigen ist) und Art. 8 EMRK (auch hier wieder aufgrund der zu berücksichtigenden Kindesinteressen) kritisch beurteilt.

191 Das Recht zur Anfechtung der Vaterschaft des Anerkennenden steht auch in anderen europäischen Rechtsordnungen gewissen staatlichen Behörden zu. In *Frankreich* beispielsweise kann der Staatsanwalt (le ministère public) die Elternschaft anfechten, wenn er Hinweise auf die Unrichtigkeit der Elternschaft hat oder die Elternschaft rechtsmissbräuchlich begründet wurde (Art. 336 CC fr.). Dasselbe steht in den *Niederlanden* den Staatsanwälten (openbaar ministerie; public prosecution service) zu, wenn der Anerkennende nicht der genetische Vater des Kindes ist und die Anerkennung der Vaterschaft gegen die öffentliche Ordnung verstösst (Art. 1:205 Abs. 2 BW). *Deutschland* kennt mit § 1597a BGB kein eigentliches Recht zur Anfechtung, sondern vielmehr eine präventive behördliche Kontrolle zur Verhinderung unerwünschter («missbräuchlicher») Anerkennungen.¹²⁰ Die behördliche Anerkennungskontrolle wird von der deutschen Lehre kritisiert.¹²¹

192 **Passivlegitimiert** sind der Vater oder das Kind (vgl. Art. 260a Abs. 3 ZGB), nicht aber die Mutter. Aus diesem Grund kann die Mutter im Verfahren, in dem der Vater seine Anerkennung wegen Irrtums anfecht, nicht als Beklagte auftreten und hat folglich auch nicht das Recht, als Beklagte ein Rechtsmittel zu ergreifen. Sie kann immerhin als Nebenintervenientin auftreten (und hat damit das Recht, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Rechtsmittel zu ergreifen, vorausgesetzt diese Handlungen entsprechen jener der Hauptpartei, s. Art. 74 und 76 ZPO). Im Verfahren betreffend die Vaterschaftsanfechtung liegt zwischen der Mutter und dem Kind eine notwendige passive Streitgenossenschaft vor. Im Rechtsmittelverfahren bilden Mutter und Kind eine uneigentliche Streitgenossenschaft, welche die gemeinsame Prozessführung nicht erfordert.

193 Für die Anfechtung der Anerkennung sind die **Klagefristen** von Art. 260c ZGB einzuhalten. Die *relative Frist* zur Anfechtung der Anerkennung beträgt ein Jahr seit Kenntnis des Klägers über die Anerkennung und die Tatsache, dass der An-

¹¹⁹ Vgl. BGE 142 III 642, E. 3.2, mit Hinweis auf AS 1977 237, S. 240 und SAGER, S. 148 f.

¹²⁰ § 1597a BGB lautet: «Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der nach § 85a des Aufenthaltsgesetzes zuständigen Behörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen.»

¹²¹ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 44 (These 15).

erkennende nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat. Nach Ablauf dieser Frist ist eine Anfechtung bloss noch bei Vorliegen wichtiger Gründe möglich (Art. 260c Abs. 3 ZGB).

b) Reformbedarf

194 Die Voraussetzungen für eine Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil soll für Kinder verheirateter und Kinder unverheirateter Eltern gleich sein (Empfehlung 15).

195 Der genetische Elternteil soll zur Klage berechtigt sein (Empfehlung 16).

196 Das Klagerecht der Behörden soll sich auf Fälle von Rechtsmissbrauch beschränken (Empfehlung 16).

197 Die Frist zur Aufhebung des Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil soll flexibler ausgestaltet werden (Empfehlung 20).

198 Die soziale Elternschaft soll unter Umständen Berücksichtigung finden (Empfehlung 19).

3. Weitere Elternteile

A. Geltendes Recht

199 Infolge des Einsatzes von Fortpflanzungsmedizin und der zunehmenden Zahl von Fortsetzungsfamilien wird das Zwei-Eltern-Prinzip in der Realität immer mehr relativiert: Viele Kinder haben im Verlauf des Lebens **soziale elterliche Beziehungen zu mehreren Personen**. Einige künftige Eltern streben von Anfang an den Einbezug mehrerer Personen (z.B. des Samenspenders oder der Eizellenspenderin) an. Solche Tendenzen sind auch im Zusammenhang mit der Adoption auszumachen: So können die Adoptiveltern und die leiblichen Eltern miteinander vereinbaren, dass den leiblichen Eltern angemessener persönlicher Verkehr mit dem Kind eingeräumt wird (Art. 268e ZGB). Dabei ist zu unterscheiden, ob mehr als zwei Personen rechtliche Eltern eines Kindes sind (z.B. in Teilen Kanadas) oder ob mehr als zwei Personen Elternrechte in Bezug auf ein Kind haben (z.B. in England und Wales). Während die Zuweisung eines abstammungsrechtlichen Status (als Elternteil) eine lebenslange Verantwortung gegenüber dem Kind mit sich bringt, unabhängig davon, ob zwischen dem Elternteil und dem Kind tatsächlich eine Beziehung besteht, ist die Gewährung von einzelnen Elternrechten und -pflichten deutlich flexibler.

a) Kindesverhältnis zu mehr als zwei Personen

200 In der Schweiz gilt das **Zwei-Eltern-Prinzip**. Es basiert auf der für die westliche Menschheitsgeschichte lange gültigen Auffassung über die «biologisch-soziale Doppelnatur» der Familie, die in der Moderne sukzessive aufgelockert wurde. Durch den Geburtsvorgang wird eine Frau rechtliche Mutter des Kindes (vgl. dazu vorne N 110). Anhand des zivilrechtlichen Status der Frau ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen für die Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater. Die rechtliche Vaterschaft kann zwar auf unterschiedliche Weisen entstehen (vorne N 126 ff.), die einmal begründete Vaterschaft entfaltet aber insofern

eine Sperrwirkung, als sie die Errichtung weiterer Vaterschaften verhindert. Ein Kind kann folglich nicht mehr als zwei Elternteile haben. Das Gesagte gilt ebenfalls im Kontext der Adoption, wo mit der Begründung eines neuen Kindesverhältnisses das bisherige Kindesverhältnis erlischt (vgl. Art. 267 Abs. 2 ZGB; sog. Volladoption).

- 201 Eine **rechtliche Mehrelternschaft** (mehr als zwei rechtliche Elternteile) kennt de lege lata (noch) *keine europäische Rechtsordnung*. In *Deutschland* soll sich gemäss den Empfehlungen des Arbeitskreises Abstammungsrecht auch de lege ferenda nichts am Zwei-Eltern-Prinzip ändern: «Ein Kind soll weiterhin nicht mehr als zwei rechtliche Eltern gleichzeitig haben können.»¹²²
- 202 In einigen europäischen Rechtsordnungen gibt es jedoch insofern eine Ausnahme vom Zwei-Eltern-Prinzip, als sie die **nachträgliche Mehrelternschaft** in einer bestimmten Konstellation zulassen: Bei der sogenannten **schwachen (oder einfachen) Adoption** bleiben auch nach Begründung des Kindesverhältnisses zu den Adoptiveltern die Verwandtschaftsbeziehungen zwischen dem Adoptivkind und der Ursprungsfamilie bestehen:
- 203 *Deutschland* kennt eine schwache Adoption im Fall einer Volljährigenadoption (§ 1770 Abs. 2 BGB).¹²³ Das Adoptivkind hat im Ergebnis zwei Elternpaare (maximal vier Elternteile), zu denen es wechselseitige unterhaltsrechtliche und erbrechtliche Rechte und Pflichten hat. Die Adoption eines Erwachsenen vermittelt diesem jedoch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 6 Staatsangehörigkeitsgesetz; StAG).¹²⁴
- 204 In *Österreich* ist sowohl die Minderjährigen- als auch die Volljährigenadoption als schwache Adoption ausgestaltet. Das heisst, die Verwandtschaftsbeziehungen zu den bisherigen rechtlichen Eltern erlöschen nicht durch die Adoption; es entfallen lediglich das Sorge- und Kontaktrecht der bisherigen Eltern (vgl. § 197 f. ABGB), sodass das Adoptivkind im Ergebnis mehr als zwei Elternteile hat (und damit beispielsweise auch viermal erbberechtigt ist; § 199 ABGB).
- 205 Mit der sogenannten *adoption simple* kennt auch *Frankreich* eine schwache Adoption, aufgrund derer die bisherigen rechtlichen Eltern nach der Adoption bestehen bleiben (Art. 364 CC fr.), jedoch das Sorgerecht – nicht aber das Erbrecht – entfällt (Art. 365 CC fr.). Betreffend die Unterhaltspflicht bleibt die Pflicht der Ursprungseltern ebenfalls bestehen, ist aber nachrangig gegenüber jener der Adoptiveltern.
- 206 Die schwache Adoption wurde in der *Schweiz* mit der grossen Adoptionsrevision von 1972 (in Kraft seit 1. April 1973) abgeschafft. Die Fortdauer der Beziehungen zur früheren Familie sowie die Beschränkung der Wirkungen der Adoption

¹²² Expertenbericht Deutschland, S. 76 (Empfehlung Nr. 62).

¹²³ Die schwache Minderjährigenadoption wurde mit der Reform des Adoptionsrechts im Jahr 1976 abgeschafft.

¹²⁴ Vgl. § 6 StAG: «Mit der nach den deutschen Gesetzen wirksamen Annahme als Kind durch einen Deutschen erwirbt das Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Staatsangehörigkeit. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erstreckt sich auf die Abkömmlinge des Kindes.»

wurden als unbefriedigend angesehen, da das Adoptivkind nur unvollkommen in die Adoptivfamilie integriert werden konnte.¹²⁵ Eingeführt wurde die Volladoption, mit der das rechtliche Kindesverhältnis zu den bisherigen Eltern erlischt. Dies ging seinerzeit mit dem Prinzip der Inkognito-Adoption einher, also u.a. mit der Geheimhaltung der Identität der Adoptivfamilie, da man davon ausging, dass nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine informationelle Trennung zwischen dem Kind und den leiblichen Eltern notwendig sei.

207 Eine **originäre Mehrelternschaft** kennt man in einigen Teilen Kanadas und der USA, wo das Abstammungsrecht zumindest teilweise in den Regelungsbereich der Provinzen/Territorien und Staaten fällt.

208 Die Provinzen *British Columbia und Ontario* sehen in ihren Gesetzen seit 2013 resp. 2016 eine rechtliche Mehrelternschaft vor.¹²⁶ In Ontario steht das sog. Cross Parenting im Vordergrund, das es insbesondere gleichgeschlechtlichen Personen ermöglichen soll, gemeinsam mit anderen Personen Eltern eines Kindes zu werden. Die Elternschaft von bis zu vier Elternteilen pro Kind lässt sich ipso iure durch eine Vereinbarung unter den intentionalen Eltern errichten; mehr als vier Elternteile sind möglich, bedürfen aber der Zustimmung eines Gerichts, sodass die Elternschaft erst durch das Gericht errichtet wird (vgl. Art. 6–13 CLRA Ontario). Die einschlägige Bestimmung in British Columbia (Art. 30 FLA BC) ist demgegenüber deutlich strenger. Art. 30 FLA BC setzt voraus, dass die Zeugung mittels assistierter Fortpflanzung erfolgt und dass der zusätzliche Elternteil einen genetischen Link zum Kind hat. Der Family Law Act beschränkt die Zahl der Eltern auf drei, indem er folgende Konstellationen nennt, auf die sich die Mehrelternschaft beschränken soll: *erstens* intentionale Eltern, die zusammen eine Beziehung führen, und eine Geburtsmutter, die Elternteil des Kindes sein möchte, und *zweitens* eine Geburtsmutter und die Person, mit der sie eine Beziehung führt, sowie ein Spender, der ebenfalls Elternteil des Kindes sein möchte.

209 In den USA beschränkt ein grosser Teil der Staaten die rechtliche Elternschaft weiterhin auf zwei Personen. Eine Ausnahme sind die Staaten *Kalifornien und Maine*. Kalifornien war jener Staat, der die Mehrelternschaft als erster ausdrücklich gesetzlich geregelt hat. Im Gegensatz zu den Regelungen in den kanadischen Provinzen Ontario und British Columbia steht in Kalifornien und Maine nicht die originäre Mehrelternschaft, sondern die nachträgliche Mehrelternschaft im Fokus. In Sec. 7601 lit. c Family Code von Kalifornien ist zu lesen: «This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents.» In Sec. 7611 Family Code werden unterschiedliche Ver-

¹²⁵ Zum Ganzen siehe Erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoptionsrecht), S. 5.

¹²⁶ Im November 2016 erliess die Provinz Ontario mit dem «All Families Are Equal Act» ein Gesetz, indem es unter anderem die rechtliche Mehrelternschaft regelt. Es folgte damit dem Vorbild der Provinz British Columbia, die mit dem Family Law Act bereits 2013 ein solches Gesetz verabschiedet haben. – Die originäre Mehrelternschaft ist nicht in allen Provinzen und Territorien Kanadas gesetzlich vorgesehen. In den Provinzen Quebec und Alberta ist die Mehrelternschaft beispielsweise nicht gesetzlich geregelt.

mutungen aufgeführt, die zu einer Vaterschaft führen können. Treffen die Vermutungen auf mehr als einen Mann zu, sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass das Gericht per Beschluss ein Kindesverhältnis zu mehr als zwei Elternteilen anordnen kann (Sec. 7612 lit. c Family Code).

b) Elternrechte für mehr als zwei Personen

- 210 Rechtlich gilt, wie beschrieben (soeben N 201), das Zwei-Eltern-Prinzip. Faktisch leben bereits heute viele Menschen in Familienkonstellationen, in denen ein Kind mehrere Personen als Elternteile wahrnimmt oder in denen sich mehrere Personen als Elternteile eines Kindes fühlen und entsprechende Rechte ausüben und ähnliche Verantwortung übernehmen wie ein rechtlicher Elternteil.
- 211 Nach *Schweizer Recht* ist es möglich, dass gewisse Rechte und Pflichten, die grundsätzlich nur den Eltern eines Kindes zustehen, auch weiteren Person (beispielsweise dem genetischen, aber nicht rechtlichen Vater) auferlegt und eingeräumt werden. Dies trifft beispielsweise auf das Besuchsrecht nach Art. 274a ZGB zu, das auch Dritten gewährt wird, sofern es die besonderen Umstände des Falles gebieten und der Kontakt zwischen dieser Person und dem Kind dem Wohl des Kindes dient. Bei dieser Möglichkeit geht es jedoch nicht um Rechtsansprüche Dritter, sie steht einzig im Interesse des Kindes.¹²⁷ Weiter gilt für Stiefelternteile (sowohl bei gleich- als auch bei verschiedengeschlechtlichen Paaren), dass sie ihren Partnern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht und in der Ausübung der elterlichen Sorge in angemessener Weise beizustehen und sie zu vertreten haben, wenn es die Umstände erfordern (Art. 27 PartG, Art. 299 ZGB). Ferner kennt das Adoptionsrecht seit dem 1. Januar 2018 mit Art. 268e ZGB eine mehr oder wenige offene Form der Adoption, bei der den leiblichen Eltern ein Anspruch auf angemessenen Verkehr eingeräumt werden kann. Schliesslich ist auch auf das Recht auf Waisenrente des Pflegekindes beim Tod seiner Pflegeeltern hinzuweisen (Art. 49 AHVV). Diese Teilrechte führen schon nach geltendem Recht zu einer gewissen Pluralisierung bzw. Fragmentierung der Elternschaft. Während Elternrechte bereits auf mehrere Personen verteilt werden können, ist eine effektive Mehrelternschaft *de lege lata* nicht vorgesehen. Es stellt sich allerdings insbesondere die Frage, ob die Beschränkung auf zwei rechtliche Elternteile auch dann gerechtfertigt ist, wenn ein Elternteil gestorben ist und an seine Stelle eine neue Person mit Betreuungs- und Erziehungsverantwortung tritt, die Elternteil werden möchte.
- 212 In einigen europäischen Rechtsordnungen können neben den rechtlichen Eltern auch weiteren Personen «typische Elternrechte» zugeordnet werden, wenn auch in sehr unterschiedlichem Ausmass.
- 213 In *Deutschland* können dem neuen Ehe- oder Lebenspartner eines Elternteils Co-Sorgerechte (sog. kleines Sorgerecht, §§ 1682, 1687b BGB) oder Umgangsrechte (§ 1685 BGB) zukommen. Dies erlaubt es dem Stiefelternteil im Einver-

¹²⁷ Vgl. BGer 5C.146/2003 vom 23. September 2003, E. 3.2 (in BGE 129 III 689 nicht publizierte Erwägung).

nehmen mit dem allein sorgeberechtigten Elternteil, in Fragen des täglichen Lebens mitzuentcheiden.

214 In *England und Wales* können die rechtlichen Eltern gemeinsam entscheiden, einem oder zwei Stiefeltern des Kindes (vorausgesetzt ist, dass der Stiefelternteil mit einem Elternteil verheiratet oder verpartnert ist) elterliche Sorge zuteil kommen zu lassen. Dafür füllen die beiden Elternteile sowie der Stiefelternteil gemeinsam eine Erklärung (sog. Step-Parent Parental Responsibility Agreement; Sec. 4a Abs. 1 und 2 Children Act 1989) aus und lassen ihre Unterschriften anschliessend von einer Person eines Familiengerichts bezeugen. Anschliessend muss die unterschriebene und bezeugte Erklärung von den Beteiligten an den Central Family Court geschickt werden, der die Erklärung registriert («record the agreement»), das originale Dokument aufbewahrt und den Beteiligten eine Kopie der Erklärung mit gerichtlichem Stempel («stamped with the seal of the court») zurücksendet.¹²⁸ Die Vereinbarung über die elterliche Sorge endet nicht, wenn sich ein Stiefelternteil vom Elternteil des Kindes trennt. Sie endet nur mit der Volljährigkeit des Kindes oder einer gerichtlichen Verfügung. Letztere kann vom Kind oder einer Person, die elterliche Sorge hat, verlangt werden (Sec. 4a Abs. 3 Children Act 1989). Gemäss Abs. 2 der Section 4a Children Act 1989 besteht zudem die Möglichkeit, dass das Gericht dem Stiefelternteil auf dessen Antrag – und wohl ohne Zustimmung beider rechtlichen Elternteile – die elterliche Verantwortung für das Kind überträgt.

215 In der Rechtsprechung einzelner *US-amerikanischer Staaten* finden sich ebenfalls Fälle, in denen mehr als zwei (nämlich drei) Personen «parental-type rights» zugestanden wurden. Das gilt beispielsweise für gleichgeschlechtliche Paare, die mit Hilfe eines ihnen bekannten Samenspenders ein Kind gezeugt haben. In diesen Fällen spielte der Samenspender jeweils eine aktive Rolle im Leben des Kindes.¹²⁹

B. Reformbedarf

216 Am Zwei-Eltern-Prinzip (rechtliche Elternschaft) soll grundsätzlich festgehalten werden (Empfehlung 21).

217 Ausnahmen vom Zwei-Eltern-Prinzip sollen nur in besonders gelagerten Fällen möglich sein, insbesondere bei Versterben eines oder beider Elternteile (Empfehlung 22).

218 Elternrechte sollen mehr als zwei Personen zukommen können (Empfehlung 21).

¹²⁸ Vgl. www.service.gov.uk (zuletzt besucht am 21. April 2021).

¹²⁹ Vgl. FORMAN, S. 612 f., mit Hinweisen auf einen Fall aus Pennsylvania (Jacob v. Shultz-Jacob, 923 A.2d 473, 479, Pa. Super. Ct. 2007) und einen aus Minnesota (LaChapelle v. Mitten, 607 N.W.2d 151, 157, Minn. Ct. App. 2000).

V. Recht auf Kenntnis der Abstammung

1. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

A. Geltendes Recht

219 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist aus psychologischer Sicht von eminenter Bedeutung (vgl. dazu vorne N 88). Es spielt immer dann eine Rolle, wenn die genetische bzw. biologische Elternschaft einerseits und die rechtliche Elternschaft andererseits nicht übereinstimmen. In diesen Fällen stellt sich für Kinder häufig die Frage nach ihrer genetischen und/oder auch biologischen Herkunft. Die **Spaltung von genetischer, sozialer und rechtlicher Elternschaft** kann unterschiedliche Gründe haben und ist teilweise sogar gesetzlich vorgesehen, beispielsweise bei Adoption (Art. 264 ff. ZGB) oder bei heterologer Insemination (Art. 3 Abs. 3, Art. 27 ff. FMedG). Zudem gibt es Fälle, in denen die Spaltung der Elternschaft vom Recht zwar nicht vorgesehen, aber zumindest in Kauf genommen wird: so zum Beispiel bei der Vaterschaftsvermutung des Ehemannes und der beschränkten Anfechtungsmöglichkeit (Art. 255 f. ZGB). Ferner kommen im Zusammenhang mit in der Schweiz nicht zulässigen, aber im Ausland erhältlichen Fortpflanzungsmedizinverfahren unterschiedliche Konstellationen in Betracht, bei denen die genetische und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen, beispielsweise im Fall einer im Ausland erfolgten Eizellen- oder Embryonenspende.

220 Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist im schweizerischen Recht inzwischen weitgehend umgesetzt. Es ist grundrechtlich sowohl in der Bundesverfassung wie auch in der EMRK und in der UN-Kinderrechtskonvention verankert (vorne N 77). Die Gesetzesgrundlage des Anspruchs variiert de lege lata je nachdem, ob es sich um ein mittels Samenspende gezeugtes Kind (a), um ein Adoptivkind (b), oder um ein Kind aus «natürlicher» Zeugung handelt, dessen rechtliche Eltern aber nicht die genetischen sind (c).

a) Rechtsgrundlage für mittels Samenspende gezeugte Kinder

221 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird für mittels Samenspende gezeugte Kinder sowohl auf Verfassungsebene (Art. 119 Abs. 2 lit. g BV) als auch auf Gesetzesebene (Art. 27 FMedG) festgehalten. Der **Informationsanspruch** des Kindes hat unter bestimmten Voraussetzungen **absolute Geltung**, weshalb er vor einem allfälligen Wunsch eines Samenspenders auf Anonymität grundsätzlich Vorrang hat.

222 Ein mittels Samenspende gezeugtes Kind kann erst nach seinem 18. Lebensjahr Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Samenspenders erlangen (Art. 27 Abs. 1 FMedG). Vor dem 18. Lebensjahr erhält ein Kind nur dann Auskunft, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran geltend machen kann (Art. 27 Abs. 2 FMedG). Es ist fraglich, ob die Beschränkung des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf volljährige Kinder resp. auf das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses im Einklang mit den Ansprüchen des Kindes steht, die sich aus der Verfassung (Art. 10 Abs. 2, Art. 11 BV) und

dem Völkerrecht (Art. 7 Abs. 1 UN-KRK) ergeben. Die Lehre geht davon aus, dass bereits dem urteilsfähigen (und nicht erst dem volljährigen) Kind ein umfassender Anspruch auf Auskunft zustehen müsste.

223 Unabhängig vom Alter des Kindes setzt das Recht des Kindes voraus, dass es von seinen Eltern über die Inanspruchnahme einer heterologen Insemination unterrichtet wurde. Eine Pflicht der Eltern, das Kind über eine Insemination zu informieren, findet sich im FMedG de lege lata nicht.¹³⁰ Eine solche Pflicht ergibt sich aus dem ZGB, namentlich aus der Pflicht der Eltern, dem Kind Beistand, Rücksicht und Achtung zu gewähren (Art. 272 ZGB). Eine Verletzung der Informationspflicht kann die Persönlichkeit des Kindes verletzen (Art. 28 ZGB).

224 Der Anspruch des mittels Samenspende gezeugten Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung bezieht sich lediglich auf die Kenntnis der eigenen Genetik, beinhaltet aber keinen Anspruch auf Kontakt zu den eigenen Verwandten.

225 Unberührt vom Anspruch des Kindes auf Kenntnis bleibt das bestehende Kindesverhältnis (vgl. Art. 23 FMedG; Art. 256 Abs. 3 ZGB).

b) Rechtsgrundlage für Adoptivkinder

226 Volljährige Adoptivkinder können jederzeit und ohne Rücksicht auf die Interessen der leiblichen Eltern die Bekanntgabe der Personalien und weitere Informationen über die leiblichen Eltern sowie über deren direkte Nachkommen verlangen; sie haben mithin ein absolutes Recht (Art. 268c Abs. 3 ZGB). Das minderjährige Adoptivkind hat einen Anspruch auf Auskunft über die leiblichen Eltern, soweit dadurch keine Rückschlüsse auf deren Identität möglich sind. Identifizierende Informationen sind nur im Fall eines schutzwürdigen Interesses möglich (Art. 268c Abs. 2 ZGB). Damit ein Adoptivkind seine Rechte wahrnehmen kann, sind die Adoptiveltern verpflichtet das Kind entsprechend seinem Alter und seiner Reife über die Tatsache der Adoption in Kenntnis zu setzen (Art. 268c Abs. 1 ZGB). Die Verletzung dieses Rechts kann eine Verletzung der Persönlichkeit des Kindes begründen (Art. 28 ZGB).

227 Im Fall eines *accouchement sous X* garantiert *Frankreich* einem Kind nur den Zugang zu nicht identifizierenden Informationen über die Umstände der eigenen Geburt; identifizierende Informationen erhält das Kind zu Lebzeiten der Geburtsmutter nur, wenn sie damit einverstanden ist. Damit gewährleistet Frankreich den genetischen Eltern, insbesondere der Geburtsmutter, die Anonymität auf Kosten des Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung (vgl. auch N 220 ff.).

¹³⁰ Eine solche Pflicht besteht hingegen im erst kürzlich revidierten Adoptionsrecht für Adoptiveltern (vgl. Art. 268c Abs. 1 ZGB). – Ein ausdrückliches Informationsrecht ist in *Schweden* in § 15 des schwedischen Elterngesetzbuchs geregelt: «Ein Kind, das durch eine Insemination oder Befruchtung außerhalb des Körpers entstanden ist, bei der andere als die eigenen Keimzellen der Eltern verwendet worden sind, hat ein Recht, dies von seinen Eltern zu erfahren. Die Eltern müssen das Kind so früh dies angezeigt ist darüber aufklären, dass es durch eine solche Behandlung entstanden ist.» (zitiert nach BERGMANN/FERID/HENRICH, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht).

c) Rechtsgrundlage für die übrigen Fälle

- 228 Die Lage der «natürlich gezeugten» Kinder unterscheidet sich massgeblich von jener der Adoptivkinder oder der mittels Fortpflanzungsmedizin gezeugten Kinder, denn im Fall «natürlich gezeugter» und nicht adoptierter Kinder werden naturgemäss keine Daten über die genetischen Elternteile im Personenstandsregister oder bei Behörden erfasst; vielmehr müssen diese von den involvierten Personen eingebracht werden. Der Staat verfügt in diesen Fällen nicht über die notwendigen Informationen. Eine Pflicht von Eltern und Kindern zur gegenseitigen Information, soweit diese zur Wahrung schutzwürdiger Interessen notwendig ist, ergibt sich zwar aus der Pflicht zu gegenseitigem Beistand und zu gegenseitiger Rücksicht und Achtung (Art. 272 ZGB). Diese Pflicht ist jedoch nicht einklagbar, zumal es sich lediglich um eine Leitbildnorm handelt. Ihre Missachtung kann aber eine Verletzung der Persönlichkeit des Kindes begründen (Art. 28 ZGB).
- 229 Der Zugang zur Kenntnis der eigenen Abstammung ist für diese Kinder deutlich erschwert, indem das Kind einerseits überhaupt erst erfahren muss, dass es unter Umständen von einer Person abstammen könnte, die nicht sein rechtlicher Elternteil ist, und andererseits die rechtlich geschützten Interessen anderer Personen im Weg stehen, namentlich das Geheimhaltungsinteresse der Mutter.
- 230 Das Schweizer Familienrecht kennt de lege lata keinen klagbaren Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung unabhängig von einer Statusklage.
- 231 Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird aber aus dem **Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB)** abgeleitet. Der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft gehört zum Schutzbereich von Art. 28 ZGB, zumal die Kenntnis über die eigene Herkunft ein wichtiger Aspekt der Identitätsbildung ist. Die Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst die Kenntnis über die Umstände der Zeugung und die Herkunft. Damit geht es um die Entstehung der eigenen Person und um den Kern der Identität.¹³¹
- 232 Dieser Anspruch besteht jedoch insofern nicht unbedingt, als **in jedem Einzelfall eine Abwägung** der sich entgegenstehenden Interessen vorzunehmen ist: Das Persönlichkeitsrecht des Kindes steht dem Persönlichkeitsrecht der Eltern gegenüber, Informationen aus dem eigenen Privatbereich nicht offenlegen zu müssen und dafür nicht zur Rechenschaft gezogen zu werden. Das Interesse an der genetischen Abstammung steht dem Interesse daran, dass die Vaterschaft nicht in Frage gestellt oder das Intimleben der Mutter nicht zum Thema wird, gegenüber. Bisher hat das Bundesgericht das Persönlichkeitsrecht des (volljährigen) Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung höher gewichtet als den Wunsch des rechtlichen Vaters, die Sache auf sich beruhen zu lassen¹³² oder den Wunsch der Mutter, ihre eigene Identität nicht preisgeben zu müssen¹³³. Abgesehen von dieser Abwägung der einander gegenüberstehenden persön-

¹³¹ Vgl. BGE 134 III 241, E. 5.2 f.

¹³² Vgl. BGE 134 III 241, E. 5.4.

¹³³ Vgl. BGE 128 I 63, E. 5.

lichkeitsrechtlichen Positionen kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Identität faktisch daran scheitern, dass die Mutter die Identität des genetischen Vaters eines Kindes nicht preisgeben möchte (bspw. Prostitution, Inzest, Vergewaltigung, Geschlechtsverkehr mit mehreren Männern, Furcht eines gleichgeschlechtlichen Frauenpaares vor einer Vaterschaftsklage gegen den genetischen Vater, ausländische Samenspende mit Anonymitätsgarantie).

233 Demgegenüber anerkennt *Deutschland* bereits seit 1988 ein nahezu unbedingtes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung für die «natürlich gezeugten Kinder». Dieses wird abgeleitet aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG). Die Kenntnisträger, wie beispielsweise die Geburtsmutter, können zudem mittels Sanktionen gezwungen werden, den Namen potentieller genetischer Väter preiszugeben. Im deutschen Expert-inn-enbericht Abstammungsrecht wird die Einführung einer statusunabhängigen Klärung der genetischen Vaterschaft gefordert.¹³⁴

234 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung beschränkt sich in der Schweiz auf identifizierende Informationen über die genetischen Eltern. Der Anspruch umfasst insbesondere kein Recht auf Kontakt, sondern lediglich ein **Recht auf Information**.

235 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat keine Gestaltungswirkung; es ist ein **statusunabhängiges Recht** (Feststellungsklage). Der Anspruch auf Kenntnis kann auch noch geltend gemacht werden, wenn die Fristen zur Anfechtung einer Vaterschaft bereits verstrichen sind und die rechtliche Elternschaft nicht mehr veränderbar ist.¹³⁵

d) *Umfang des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung*

236 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst das Recht auf Kenntnis der Identität des **genetischen Vaters und der genetischen Mutter**. Das ist insbesondere in jenen Fällen relevant, in denen Eltern im Ausland auf eine Eizellen- oder Embryonenspende zurückgegriffen haben.

237 Das Recht auf Kenntnis der Identität der **Grosseltern** ist derzeit nicht ausdrücklich geregelt.

238 Seit der letzten Adoptionsrechtsrevision haben Adoptivkinder einen (bedingten) Anspruch auf Kenntnis der Identität der **Geschwister**. Das volljährige Kind kann gemäss Art. 268c Abs. 3 ZGB «verlangen, dass ihm Informationen über direkte Nachkommen seiner leiblichen Eltern bekannt gegeben werden, wenn die Nachkommen volljährig sind und der Bekanntgabe zugestimmt haben.» Ob ein entsprechendes Recht auf Kenntnis der Identität der Geschwister sich allenfalls aus Art. 28 ZGB ableiten lässt und auch für minderjährige Kinder gilt, ist derzeit noch

¹³⁴ Vgl. Expertenbericht Deutschland, S. 82 ff. (vgl. auch § 1600g E-BGB); vgl. dazu ferner Bundesverfassungsgericht, Urteil (BvR 3309/13) vom 19. April 2016.

¹³⁵ BGE 137 I 154, E. 3.4.1.: Die zeitliche Begrenzung der Statusklage ist grundsätzlich EMRK-konform.

nicht geklärt. Es war bislang, soweit ersichtlich, in der Schweiz nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen oder anderer Abhandlungen.

- 239 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst nicht nur die genetische, sondern auch die **biologische Abstammungsbeziehung**. Konkret betrifft dies die Kenntnis darüber, von wem ein Kind geboren worden ist. Das ist insbesondere im Fall von Leihmutterschaft von Bedeutung. Das Bundesgericht hat in entsprechenden Fällen den Namen der Geburtsmutter im Personenstandsregister eintragen lassen.¹³⁶
- 240 Ferner wird in der Lehre ein Recht auf Nichtwissen im Sinn eines Anspruchs diskutiert. Inhalt dieses Anspruchs soll sein, dass niemand ungefragt mit Daten zu seiner eigenen Person (z.B. medizinische oder genetische) konfrontiert werden darf (siehe dazu auch Art. 8 revGUMG). In *Deutschland* wird diskutiert, ob sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein **Recht auf Nichtkenntnis der eigenen Abstammung** ableiten lässt. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bislang nicht abschliessend entschieden, es geht aber davon aus, dass das Recht auf Nichtkenntnis bei der Abwägung verfassungsrechtlicher Positionen zu berücksichtigen ist.¹³⁷ Es ist durchaus vorstellbar, dass eine Person sich über die aktive Unkenntnis ihrer Abstammung definiert. Dennoch wirft das Bundesverfassungsgericht die Frage auf, ob ein solches Recht als negative Kehrseite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das sich wiederum aus dem Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung ergibt, umfasst wird. «Denn die Nichtkenntnis eröffnet anders als die positive Kenntnis der Abstammung dem Einzelnen mit der Information nicht die Möglichkeit, sich zu konkreten Personen in Beziehung zu setzen und den persönlichen familiären Zusammenhang zu erfahren, an dem sich die eigene Identität ausrichten kann. Insofern ist im Falle eines Verfahrens zur Klärung der Abstammung des Kindes in Wahrheit auch nicht dessen Nichtwissen über die Abstammung betroffen, sondern sein möglicherweise nur vermeintliches Wissen über die Abstammung von seinem rechtlichen Vater, das durch Kenntnis der wahren Abstammung erschüttert werden könnte. Ein Recht aber, das eine möglicherweise fehlerhafte Annahme schützt und das Kind vor einer Klärung der tatsächlichen Abstammung bewahrt, hätte, selbst wenn es vom Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts umfasst wäre, grundsätzlich ein geringeres Gewicht gegenüber dem Recht auf Kenntnis der Abstammung, weil allein dieses letztlich einen dauerhaften Beitrag zur eigenen Identitätsfindung sowohl des Mannes als auch des Kindes leisten kann.»¹³⁸ Entsprechend gewichtete das Bundesverfassungsgericht das Recht eines Vaters auf Kenntnis der eigenen Nachkommen höher als das Recht eines Kindes auf informationelle Selbstbestimmung (in diesem Fall Nichtwissen der eigenen Abstammung). Das Recht des Kindes sei in diesem Fall nachrangig, da das Recht des

¹³⁶ Vgl. BGE 141 III 312, E. 8.1 f.

¹³⁷ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil (1 BvR 421/05) vom 13. Februar 2007.

¹³⁸ Bundesverfassungsgericht, Urteil (1 BvR 421/05) vom 13. Februar 2007, E. 3b/aa/1, teilweise publiziert in FamPra.ch 2007, S. 408 f.

Mannes auf Kenntnis nur durch Einschränkung des Rechts des Kindes auf Nichtwissen verwirklichtbar sei.

B. Reformbedarf

- 241 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung soll allen Kindern gleichermassen zustehen, ungeachtet der Umstände ihrer Zeugung und der rechtlichen Elternschaft (Empfehlung 23).
- 242 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung soll sich unter bestimmten Voraussetzungen auf die Grosseltern und die Nachkommen der Eltern erstrecken (Empfehlung 27).

2. Recht auf Kenntnis der eigenen Nachkommen

A. Geltendes Recht

- 243 Neben dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gibt es auch den umgekehrten Anspruch: das **Recht des genetischen Vaters auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft**. Dieses Recht ist noch nicht gleichermassen etabliert wie das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Nach den Regelungen des revGUMG dürfen DNA-Profile ausserhalb von behördlichen Verfahren nur erstellt werden, wenn die betroffenen Personen schriftlich zugestimmt haben. Ein urteilsunfähiges Kind, dessen Abstammung von einer bestimmten Person geklärt werden soll, kann von dieser nicht vertreten werden. Ob allerdings das Persönlichkeitsrecht einen Anspruch auf Klärung der Elternschaft auch gegen den Willen des Kindes vermittelt, ist nicht restlos geklärt, wird aber in der Lehre mehrheitlich bejaht. Das Obergericht Luzern hat als erstes Schweizer Gericht das Recht eines Mannes bejaht, zu wissen, ob er der genetische Vater seines rechtlichen Kindes ist, und zwar ausserhalb einer Statusklage und ohne statusrechtliche Wirkungen. Es hat dieses Recht höher gewichtet als das Interesse der zum Zeitpunkt des Urteils bereits 27-jährigen Tochter an der Verweigerung der DNA-Untersuchung.¹³⁹
- 244 Die genetische Vaterschaft kann ein wichtiger Teil der Biographie eines Mannes sein und ist entsprechend Teil seiner rechtlich geschützten Persönlichkeit. Bei der Kenntnis über allfällige Nachkommen geht es jedoch gemäss Bundesgericht nicht um das Werden oder Vergehen der eigenen Person, sondern um das Wissen über die «Weitergabe seines Blutes». Der persönlichkeitsbezogene Konnex scheint beim Recht auf Kenntnis der Nachkommen aber insofern loser, als es nicht um die Entstehung und Herkunft der eigenen Person und somit um die Identitätsfindung geht. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass «all diese Fragen, Abgrenzungen und Abwägungen – in welcher Hinsicht angesichts der

¹³⁹ Vgl. Obergericht Luzern, Urteil 3B 12 33 vom 18. September 2012, publiziert in FamPra.ch 14 (2013), S. 220 ff.

gesellschaftspolitischen Dimension primär der Gesetzgeber und weniger das Gericht in der Pflicht stünde – [...] vorliegend offenbleiben [können]». ¹⁴⁰

245 In *Deutschland* hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und ebenso ein Recht des Mannes auf Kenntnis der eigenen Nachkommen abgeleitet. ¹⁴¹ Motiviert durch dieses Urteil erliess der Gesetzgeber den § 1598a BGB über den Anspruch zur Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung: Zur Klärung der Abstammung des Kindes kann der Vater jeweils von Mutter und Kind, die Mutter von Vater und Kind und das Kind von beiden Elternteilen verlangen, dass sie in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt, wenn zur Verwirklichung des Grundrechts auf Kenntnis der Abstammung kein gesetzliches Verfahren vorgesehen ist. Ein solches von Statusklagen unabhängiges Verfahren verletze weder ein allfälliges Recht des Kindes auf Nichtkenntnis der eigenen Abstammung noch das Persönlichkeitsrecht der Mutter.

B. Reformbedarf

246 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Nachkommen soll genetischen Eltern, die nicht im Rahmen einer Keimzellenspende auf ihre Elternverantwortung verzichtet haben, grundsätzlich zustehen (Empfehlung 27).

VI. Internationalprivatrechtliche Sachverhalte

247 Im internationalen Kontext beschränkt sich das Mandat der Expert-inn-engruppe auf die Frage, wie das Abstammungsrecht der Tatsache Rechnung tragen kann, dass Reproduktionsmethoden, die in der Schweiz verboten sind, zunehmend im Ausland in Anspruch genommen werden. In den Empfehlungen zu einem neuen Abstammungsrecht (siehe separates Dokument) wurden insbesondere die Herausforderungen rund um die ausländische Eizellen- und Samenspende berücksichtigt. Neben diesen beiden Themen stehen weitere Fragestellungen des internationalen Privatrechts im Zusammenhang mit dem Abstammungsrecht. Im Vordergrund stehen insbesondere folgende: die Anerkennung eines Kindesverhältnisses, das unter Zuhilfenahme einer Leihmutter zustande gekommen ist (1.), die Anerkennung von originären Mit-Mutterschaften (2.) sowie die Anerkennung von Mehrelternschaft (3.):

1. Eizellen-, Embryonenspende und Leihmutterschaft

248 Die Bundesverfassung verbietet die Leihmutterschaft sowie die Embryonenspende (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV). Ferner ist auch die Eizellenspende verboten,

¹⁴⁰ BGE 144 III 1, E. 4.4.3.

¹⁴¹ Bundesverfassungsgericht, Urteil (1 BvR 421/05) vom 13. Februar 2007, E. 3b/aa/1, teilweise publiziert in FamPra.ch 2007, S. 408 f.

allerdings nur auf Gesetzesebene (Art. 4 FMedG). Eizellenspenden, Embryonenspenden und Leihmutterschaft werden aber mitunter in Ländern in Anspruch genommen, die diese erlauben. Findet alsdann die Geburt in der Schweiz statt, liegt kein IPR-Sachverhalt vor: Die Person, die das Kind gebärt, gilt als Mutter (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Findet dagegen die **Geburt im Ausland** statt und soll später das Kindesverhältnis in das Schweizer Personenstandsregister eingetragen werden, stellt sich die Frage der **Anerkennung des Kindesverhältnisses**. Im Fall von Kindern aus einer Eizellen- und Embryonenspende, die von der Person geboren werden, die auch als Mutter eingetragen werden soll, stellt die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz kein Problem dar, unabhängig davon, ob die Geburt im In- oder Ausland erfolgt ist. Dagegen werfen im Ausland vorgenommene anonyme Eizellen- und Embryonenspenden das Problem der fehlenden Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes auf. Selbst wenn die Identität geklärt wäre, bliebe de lege lata unklar, in welchem Register die entsprechenden Informationen in der Schweiz hinterlegt werden könnten. Aus diesem Grund soll sich die Schweiz dafür einsetzen, dass der internationale Handel mit Keimzellen wirksam unterbunden wird und Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass anonym gespendete Keimzellen in der Schweiz Verwendung finden.

249 Im Zusammenhang mit Kindern, die **im Ausland von einer Leihmutter geboren** werden, stellen sich regelmässig die Fragen des anwendbaren Rechts und der Anerkennung:

250 Die Anerkennung eines im Ausland begründeten Kindesverhältnisses erfolgt, abhängig von der Rechtslage im Geburtsland des Kindes, entweder gestützt auf eine ausländische Geburtsurkunde oder gestützt auf eine ausländische Entscheidung. Je nachdem ob der Begründung des Kindesverhältnisses eine **ausländische Geburtsurkunde oder eine Entscheidung** zugrunde liegt, kann dies in der Schweiz zu unterschiedlichen Rechtslagen führen: Grundsätzlich untersteht die Begründung eines Kindesverhältnisses dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (Art. 68 IPRG). Beruht die Begründung eines Kindesverhältnisses jedoch auf einer ausländischen *Entscheidung*, wird diese gemäss Art. 70 IPRG anerkannt, wenn sie im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, in dessen Heimatstaat oder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Mutter oder des Vaters ergangen ist. Für eine *Geburtsurkunde* gilt diese Ausnahme gemäss Art. 70 IPRG nicht, weshalb in diesem Fall der Grundsatz von Art. 68 IPRG zur Anwendung kommt und folglich nur auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes abgestellt wird. Dafür ist an sich der Aufenthaltsort des Kindes bei seiner Geburt massgeblich (Art. 69 Abs. 1 IPRG). Wird aber das Kind unmittelbar nach der Geburt in die Schweiz verbracht, gilt nach der geltenden Praxis des EAZW die Schweiz als gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes.¹⁴² Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes gilt ebenfalls als Anknüpfungspunkt im Fall der ausländischen Entscheidung, die ein Kindesverhältnis feststellt, jedoch nur,

¹⁴² Vgl. Verwaltungsgericht Zürich, VB.2019.00829 vom 14. Mai 2020.

sofern die Entscheidung nicht im Heimatstaat des Kindes oder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Mutter oder des Vaters ergangen ist. Eine Ausnahme stellen folglich die in den USA begründeten Kindesverhältnisse dar: Aufgrund des *ius soli* erhält das Kind mit der Geburt das US-Heimatrecht, weshalb die ausländische Entscheidung betreffend die Begründung des Kindesverhältnisses gestützt auf die Tatsache, dass die Entscheidung im Heimatstaat des Kindes ergangen ist, in der Schweiz anerkannt werden kann.

251 Das führt zu folgenden Unterschieden:

252 Wird ein Kind von einer Leihmutter in einem Land geboren, das die Elternschaft der intentionalen Eltern durch *Geburtsurkunde* festhält (z.B. Georgien, Ukraine, Russland), erfolgt die Begründung des Kindesverhältnisses nach derzeitiger Praxis gemäss Schweizer Recht, wenn die intentionalen Eltern das Kind nach der Geburt zu sich in die Schweiz nehmen. Das Kindesverhältnis muss mithin mit den Instrumenten des Schweizer Rechts begründet werden, also mittels Anerkennung der Vaterschaft und/oder Adoption durch die Mutter und/oder den Vater.

253 Wird ein Kind dagegen von einer Leihmutter in einem Land geboren, das die Elternschaft der intentionalen Eltern durch *Entscheidung* festhält (z.B. USA, Grossbritannien, Kanada), und ist diese Entscheidung im Wohnsitz- oder Heimatstaat des Vaters, der Mutter oder des Kindes ergangen, so kann sie in der Schweiz anerkannt werden. Nach geltender Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dafür eine genetische Verbindung zwischen Elternteil und Kind vorausgesetzt:

254 Die Umgehung des verfassungsrechtlichen Verbots der Leihmutterschaft durch Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland gilt in der Schweiz als Verstoß gegen den *Ordre Public*.¹⁴³ Daher lässt die derzeitige Praxis eine Anerkennung solcher ausländischen Entscheidungen gestützt auf Art. 8 EMRK nur insofern zu, als zwischen dem Kind und dem Elternteil, der das Kind nicht geboren hat (zweiter Elternteil), eine genetische Verbindung besteht. Diese Praxis steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR.¹⁴⁴ Der andere intentionale Elternteil (üblicherweise der Partner oder die Partnerin des zweiten Elternteils) kann die Elternschaft durch eine Stiefkindadoption übernehmen, sofern die Person, die das Kind für Dritte gebärt (Leihmutter), das Kind unter den massgeblichen Voraussetzungen zur Adoption freigibt bzw. auf die Elternschaft verzichtet. Diese Praxis entspricht im Ergebnis der Avis Consultatif des EGMR betreffend die Anerkennung des Kindesverhältnisses zur intentionalen Mutter.¹⁴⁵

¹⁴³ Vgl. BGE 141 III 312, E. 4; 141 III 328, E. 5.

¹⁴⁴ Vgl. EGMR Urteil Nr. 65192/11 vom 26. September 2014 in Sachen *Mennesson gegen Frankreich*; EGMR Urteil Nr. 65941/11 vom 26. September 2014 in Sachen *Labassee gegen Frankreich*.

¹⁴⁵ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, www.hudoc.echr. (zuletzt besucht am 21. April 2021). Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande

- 255 Diese Rechtslage, die zu einer unterschiedlichen Anerkennungspraxis in Abhängigkeit davon führt, ob das Kindesverhältnis in einer Geburtsurkunde oder in einer Entscheidung festgehalten wird (vgl. N 251), ist unbefriedigend. Sie wird deshalb seit 2016 von einer Expert-inn-engruppe der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht diskutiert.¹⁴⁶
- 256 Die Expert-inn-engruppe, die den vorliegenden Bericht verantwortet, ist der Ansicht, dass sich die Schweiz dafür einsetzen soll, dass Fragen der grenzüberschreitenden Fortpflanzungsmedizin in internationalen Abkommen geregelt werden. Das Ziel ist die Festlegung internationaler Minimal-Standards zum Schutz der Menschenwürde und der Grundrechte aller Beteiligten sowie zur Verhinderung von Missbräuchen. Als Vorbild für ein internationales Übereinkommen dient das Haager Adoptionsübereinkommen. Daneben soll die Schweiz auf bilateraler Ebene die Zusammenarbeit mit jenen Ländern regeln, die im Bereich der grenzüberschreitenden Fortpflanzungsmedizin von besonderer Bedeutung sind. Das Ziel dieser Zusammenarbeit ist es, präventiv Praktiken zu verhindern, die zu Kindesverhältnissen führen, die in der Schweiz nicht anerkannt werden könnten, weil sie im Widerspruch zum Ordre public der Schweiz stehen, weil sie die Menschenwürde oder die Kinderrechte verletzen.

2. Originäre Mit-Mutterschaft

- 257 Die originäre Mit-Mutterschaft für in der Schweiz geborene Kinder ist derzeit noch nicht gesetzlich verankert. Mit der vom Parlament am 18. Dezember 2020 angenommenen Gesetzesnovelle «Ehe für alle» soll in der Schweiz eine originäre Mit-Mutterschaft eingeführt werden.¹⁴⁷ Vorgesehen ist die Elternschaftsvermutung zugunsten der Ehefrau der Mutter im Fall der medizinisch assistierten Fortpflanzung in der Schweiz.¹⁴⁸ Im Fall der privaten Verwendung einer Samenspende oder der Behandlung im Ausland gilt die Elternschaftsvermutung der Ehefrau der Mutter allerdings nicht. Gegen die Gesetzesnovelle wurde das Referendum ergriffen, so dass das Volk darüber abstimmen muss.
- 258 Wird eine originäre Mit-Mutterschaft im Ausland begründet und soll sie im Schweizer Personenstandsregister eingetragen werden, ist dies derzeit je nach Konstellation möglich. Die originäre Mit-Elternschaft von zwei Frauen gilt grundsätzlich nicht als Ordre-Public-widrig, wie nun auch der Entscheid des Parlaments vom 18. Dezember 2020 bestätigt hat.

n° P16-2018-011), Strasbourg 10 avril 2019, [Avis Consultatif 2019](#) (zuletzt besucht am 21. April 2021).

¹⁴⁶ Weitere Hinweise unter www.hcch.net (zuletzt besucht am 21. April 2021).

¹⁴⁷ Vgl. BBl 2020, S. 9913 ff.

¹⁴⁸ Vgl. www.bk.admin.ch (zuletzt besucht am 21. April 2021).

3. Mehrelternschaft

- 259 Von wenigen Ausnahmen abgesehen, beruhen alle Rechtsordnungen auf dem Zwei-Eltern-Prinzip (vgl. dazu vorne N 201).
- 260 Die Anerkennung einer im Ausland begründeten Mehrelternschaft kann mit Herausforderungen verbunden sein, solange in der Schweiz das Zwei-Eltern-Prinzip gilt: In der Schweiz können derzeit maximal zwei rechtliche Elternteile in das Personenstandsregister eingetragen werden. Möglich ist allerdings die Eintragung von Adoptiveltern und leiblichen Eltern im Rahmen einer einfachen Adoption, da dem Zivilstandsamt zur Eintragung des Kindesverhältnisses zwei Masken zur Verfügung stehen (eine Maske für die Personen, die nach dem Adoptionsentscheid als Eltern gelten, und eine Maske für die Personen, die vor dem Adoptionsentscheid als Eltern galten). Zwar fehlen für die Eintragung einer Mehrelternschaft im Personenstandsregister mehrfache Masken. Allerdings können rein technische Herausforderung bei der Eintragung in das Personenstandsregister der Anerkennung einer Mehrelternschaft in der Schweiz nicht entgegenstehen.
- 261 Rechtlich stellt jedoch nicht nur die Eintragung in das Personenstandsregister eine Herausforderung dar, sondern auch die Tatsache, dass die rechtlichen Wirkungen der Elternschaft de lege lata auf zwei Elternteile ausgelegt sind. Bei der Anerkennung einer im Ausland begründeten Mehrelternschaft müsste folglich geklärt werden, wie sich dies auf die einzelnen rechtlichen Wirkungen der Elternschaft auswirkt.

De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation

Rapport du groupe d'expert-e-s

21 juin 2021

Table des matières

I. POSTULAT, MANDAT ET MÉTHODE DE TRAVAIL	1
1. Postulat du Conseil des États.....	1
2. Mandat de l'Office fédéral de la justice	1
3. Méthode de travail.....	2
4. Terminologie	3
5. Structure du rapport	3
II. FAMILLE ET PARENTÉ EN MUTATION	4
1. Signification de la parenté dans la société et la succession des générations....	4
2. Représentations familiales.....	5
A. Dans le droit de l'établissement de la filiation en vigueur	5
B. Dans la réalité sociétale	7
3. Évolution du droit	8
4. Mutations sociétales.....	9
A. Recul de la place du mariage comme fondement du lien de filiation.....	9
B. Augmentation des reconnaissances.....	11
C. Évolution des formes familiales	11
a) Divorce et dissolution du partenariat enregistré.....	11
b) Parents élevant seuls leurs enfants, parents non mariés et familles recomposées	12
c) Conséquences économiques de l'évolution des formes de famille.....	12
D. Progrès dans le domaine de la médecine reproductive.....	14
E. Recul des adoptions.....	15

5. Résumé et exigences posées à un nouveau droit de l'établissement de la filiation	15
--	-----------

III. LIGNES DIRECTRICES DU DROIT DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION 17

1. Exigences du droit et enseignements de la psychologie..... 17

A. Exigences en termes de droits fondamentaux	17
a) Approche programmatique : les droits fondamentaux en tant que mandat législatif	17
b) Approche individuelle : les droits fondamentaux en tant que droits justiciables	20
B. Exigences en termes de droits de la personnalité	26
C. Enseignements de la psychologie	28

2. Critères pour un nouveau droit de l'établissement de la filiation..... 30

A. Remarques préliminaires	30
B. Bien de l'enfant.....	31
C. Génétique et biologie	32
D. Intention	32
E. Relation sociale	33

3. Résumé

IV. ÉTABLISSEMENT ET EXTINCTION DE LA FILIATION 35

1. Établissement de la filiation..... 35

A. Premier parent.....	35
a) Droit en vigueur	35
aa) Rattachement à la naissance.....	35
bb) Accouchement anonyme et accouchement confidentiel	36
b) Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	38
B. Deuxième parent.....	38
a) Droit en vigueur	38

aa) Présomption de paternité du mari	39
bb) Reconnaissance de l'enfant.....	42
cc) Jugement de paternité	43
dd) Filiation à l'égard de la partenaire de la mère	44
ee) Filiation en cas de recours à un don de sperme	45
b) Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	47
2. Extinction de la filiation.....	48
A. Extinction de la filiation à l'égard du premier parent.....	48
a) Droit en vigueur	48
b) Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	49
B. Extinction de la filiation à l'égard du deuxième parent.....	49
a) Droit en vigueur	49
aa) Désaveu de paternité.....	49
bb) Contestation de la reconnaissance.....	52
b) Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	54
3. Autres parents.....	54
A. Droit en vigueur	54
a) Filiation à l'égard de plus de deux personnes	55
b) Droits parentaux octroyés à plus de deux personnes.....	57
B. Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	59
V. DROIT À CONNAÎTRE SES ORIGINES	59
1. Droit de l'enfant à connaître ses origines.....	59
A. Droit actuel	59
a) Enfant conçu au moyen d'un don de sperme	59
b) Enfant adopté	60
c) Autres cas.....	61
d) Étendue du droit à connaître ses origines	62
B. Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	64

2. Droit à connaître sa descendance.....	64
A. Droit en vigueur.....	64
B. Nécessité de réformer le droit en vigueur.....	65
 VI. QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	65
 1. Don d'ovules, don d'embryon et gestation pour autrui.....	65
2. Co-maternité originaire.....	68
3. Multiparenté.....	68

Bibliographie

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, RSJB 155 (2019), pp. 261 ss
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Ein neues Familienrecht für die Schweiz ? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, FamPra.ch 15 (2014), pp. 818 ss
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Persönlichkeitsschutz und Genetik – Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, RSJB 144 (2008), pp. 82 ss
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Abstammung und Kindesverhältnis – wo stehen wir heute ?, in : Girsberger Daniel/Luminati Michele (éd.), ZGB gestern – heute – morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zurich, 2007, pp. 111 ss
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 8 (2007), pp. 544 ss
- BATTEUR ANNICK (éd.), Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, 2^e édition, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016.
- BELSER EVA MARIA/PETER HÄNNI, Die Rechte der Kinder, PJA 7 (1998), pp. 139 ss
- BELSER EVA MARIA/EGBUNA-JOSS ANDREA, Familles en évolution, droit familial en mutation, Protection et promotion de la famille : l'influence des droits humains et des libertés fondamentales sur le droit familial, Newsletter CSDH n° 28 du 24 juin 2014.
- BELSER EVA MARIA/JUNGO ALEXANDRA, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, RDS 135 (2016), pp. 175 ss
- BERGOLD PIA/BUSCHNER ANDREA/MAYER-LEWIS BIRGIT/MÜHLING TANJA, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potentiale, Opladen/Berlin/Toronto, 2017.
- BESSON SAMANTHA, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, RDS 124 (2005), pp. 39 ss
- BLEISCH BARBARA/BÜCHLER ANDREA, Kinder wollen, Über Autonomie und Verantwortung, Munich, 2020.
- BLEISCH BARBARA/HOFFMANN MAGDALENA/LÖSCHKE JÖRG, Familienethik. Ein Forschungsbericht, Information Philosophie 2015, pp. 16 ss
- BORD MELANIE/PREMAND VIVIANE/SANDOZ SUZETTE/PIOTET DENIS, Le droit à la connaissance de ses origines, Zurich, 2006.

- BRANDHUBER VERONIKA ANNA, France, in : Bergmann Alexander/Ferid Murad/Henrich, Dieter, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Francfort-sur-le-Main/Berlin, 2019, état au 3 mai 2019
- BRITZ GABRIELE, Referat Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Verfassungsrechtliche Leitlinien, in : Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (éd.), Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages in Essen 2016, Vol. II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, Munich, 2017, pp. 11 ss
- BÜCHLER ANDREA, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz, RSJ 115 (2019), pp. 375 ss
- BÜCHLER ANDREA, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung : Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Bâle, 2017.
- BÜCHLER ANDREA, The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Form, in : Büchler Andrea/Keller Helen (éd.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge/Anvers/Portland, 2016, pp. 29 ss
- BÜCHLER ANDREA, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften. Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements, FamPra.ch 15 (2014), pp. 797 ss
- BÜCHLER ANDREA, Das Abstammungsrecht in rechtvergleichender Sicht, FamPra.ch 6 (2005), p. 437
- BÜCHLER ANDREA, Sag mir, wer die Eltern sind ... Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit, PJA 13 (2004), pp. 1175 ss
- BÜCHLER ANDREA, 16 Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Entscheid vom 14. Oktober 2003 i.S. U. gegen V. - 5C.130/2003, FamPra.ch 5 (2004), pp. 142 ss
- BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern ?, FamPra.ch 14 (2013), pp. 33 ss
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Fortpflanzungsmedizin und Kindeswohl! Kindeswohl und Fortpflanzungsmedizin ?, FamPra.ch 15 (2014), pp. 231 ss
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich, FamPra.ch 21 (2020), pp. 875 ss
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE/JAFFÉ PHILIP/SIMONI HEIDI, Empfehlungen zur Anhörung des Kindes im Verfahren der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, 2018 (à télécharger sous : [Empfehlungen 2018](#) ; consulté le 21 avril 2021).
- BÜCHLER ANDREA/MARANTA LUCA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis: Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 16 (2015), pp. 354 ss

- BÜCHLER ANDREA/PARIZER KARÈNE, Parental Rights of Female Same-Sex Couples Regarding their Children Conceived through Assisted Reproductive Technologies (ART). A Comparative Study of Legal Frameworks, Jusletter, 17 septembre 2018.
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Nr. 10 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 5. August 2016 i.S. A. gegen B.B. – 5A_492/2016, FamPra.ch 18 (2017), pp. 342 ss
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, Nr. 7 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 12. Oktober 2017 i.S. Gemeindeamt des Kantons Zürich, Stadt Winterthur, Gemeinde Flumserberg gegen A., B.B. – 5A_590/2016, FamPra.ch 20 (2019), pp. 224 ss
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHÉ BERNHARD (éd.), Handkommentar Fortpflanzungsmedizingesetz, Berne, 2020.
- BÜCHLER ANDREA/RYSER NADINE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 10 (2009), pp. 1 ss
- BÜCHLER ANDREA/SCHMUCKI ANTONELLA, Das Abstammungsrecht in rechtvergleichender Sicht, FamPra.ch 21 (2020), pp. 1 ss
- BÜCHLER ANDREA/VETTERLI ROLF, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3^e édition, Bâle, 2018,
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Das Recht auf (Kenntnis der eigenen) Abstammung, forum familienrecht 2017, pp. 224 ss
- COTTIER MICHELLE, Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen im Adoptionsdreieck, in : Fankhauser Roland/Reusser Ruth E./Schwander Ivo (éd.), Brennpunkt Familie, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich, 2017, pp. 151 ss
- COTTIER MICHELLE, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutter-schaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich / I. - II., pp. 1 ss, in : Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Fankhauser Roland (éd.), Siebte Schweizer Familienrechtstage: 23/24 janvier 2014, Bâle, 2014.
- COTTIER MICHELLE/WYTTEBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht zu art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 17 (2016), pp. 75 ss
- CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, Eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, Schriftenreihe zum Familienrecht, vol. n° 21, Berne, 2014.
- DECLERCK CHARLOTTE/CERULUS ULRIKE, Länderbericht Belgien, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/ Chicago, 2019, pp. 111 ss

- DETTENBORN HARRY, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte, 5^e édition, Munich, 2017.
- DIECKMANN INGE, Die rechtliche Stellung des lediglich biologischen Vaters im Wandel des gesellschaftlichen Familienbildes, Diss. Marburg, Francfort-sur-le-Main, 2013.
- FANKHAUSER ROLAND, Gutachten «Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», février 2019 (à télécharger sous : [Gutachten KESR](#) ; consulté le 21 avril 2021)
- FANKHAUSER ROLAND/VIONNET REBECCA, Die Samenspende im schweizerischen Recht, recht 2015, pp. 144 ss
- FÄSSLER SARAH/AEBI-MÜLLER REGINA/MÜLLER FRANZISKA/HERTIG VERA/LUEGER ALEXANDER/KIND CHRISTIAN/BALTHASAR ANDREAS, Social Freezing – Kinderwunsch auf Eis, 2019 (open access : DOI 10.3218/3963-4).
- FORMAN DEBORAH L., Länderbericht USA, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 583 ss
- FRANCOZ TERMINAL LAURENCE, Länderbericht Frankreich, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 249 ss
- FUX BEAT, Familiäre Lebensformen im Wandel, Neuchâtel, 2005.
- GABRIEL THOMAS/KELLER SAMUEL, Soziale Elternschaft und soziale Zugehörigkeit. Reflexionen der Zürcher Adoptionsstudie, Zeitschrift für Erziehungswissenschaften 23 (2020), pp. 295 ss
- GEISER THOMAS, Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft ?, FamPra.ch 10 (2009), pp. 41 ss
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6^e éd., Bâle, 2018.
- GINER NICOLE, Ist unser Abstammungsrecht noch zeitgemäss ?, Jusletter du 16 juillet 2007.
- GIROUX MICHELLE/GRUBEN VANESSA, Länderbericht Kanada, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 149 ss
- GRANET-LAMBRECHTS FRÉDÉRIQUE, Répertoire de droit civil (Dalloz). Possession d'état, état en octobre 2010.
- GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, Droit des familles. Les abrégés, Bâle, 2018.

- HADZIMANOVIC NATASA, Zwang versus Freiheit : vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, FamPra.ch 17 (2016), pp. 50 ss
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6^e édition, Berne, 2018.
- HAYWARD ANDY, Länderbericht England und Wales, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 219 ss
- HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5^e édition, Berne, 1999.
- HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II : Das Familienrecht, 2. Abteilung : Die Verwandtschaft, 1. Teilband : Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Art. 252–269c ZGB, Berne, 1984.
- HEIDERHOFF BETTINA, Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, Neue Juristische Wochenschrift 69 (2016), Heft 36, pp. 2629 ss
- HELMS TOBIAS, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, vol. 1/F, Munich, 2016.
- HELMS TOBIAS, multiparenté ?, in : Brinkmann Moritz/Effer-Uhe Daniel Oliver/Völzmann-Stickelbrock Barbara/Wesser Sabine/Weth Sabine (éd.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung, Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Cologne, 2018, pp. 41 ss
- HELMS TOBIAS, Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher paternité aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, in : Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (éd.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, pp. 105 ss
- HELMS TOBIAS, Wie viele Eltern trägt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht, in : Hilbig-Lugani Katharina/Huber Peter M. (éd.), Moderne Familienformen, Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, Berlin/Boston 2019, pp. 125 ss
- HILLGRUBER CHRISTIAN, Gibt es ein Recht auf ein Kind ?, Juristenzeitung 75 (2020), pp. 12 ss
- HILPERT KONRAD, Recht auf reproduktive Autonomie. Sinn und Problematik eines aktuellen menschenrechtlichen Topos, in : Klissenbauer Irene/Gassner Franz/Steinmair-Pösel Petra/Kirchschläger Peter G. (éd.), Menschenrechte und Gerechtigkeit als bleibende Aufgaben. Beiträge aus Religion, Theologie, Ethik, Recht und Wirtschaft, Wien 2020, pp. 413 ss (open access: DOI 10.14220/9783737011655.413).
- HÖFPLINGER FRANÇOIS, Wandel der Familie – und wie sich Elternschaft verändert hat, in: Blackbox Eltern: Tagung „Jugend und Arbeit“ vom 18. April 2013 (à télécharger sous : [Wandel der Familie](#) ; consulté le 21 avril 2021).

- JUD ANDREAS/MITROVIC TANJA/ROSCH DANIEL, Praxis der KESB im Umgang mit Feststellungen des Kindesverhältnisses, FamPra.ch 18 (2017), pp. 675 ss
- JUNGO ALEXANDRA/RUTISHAUSER LENA, Länderbericht Schweiz, in : Sosson Jehanne/Williams Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 385 ss
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ (éd.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 2^e éd., Munich, 2015.
- KESSLER GUILLAUME, La multiparenté, FamPra.ch 21 (2020), pp. 551 ss
- KÖRBER SANDRO/STEINEGGER HEIDI, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, FamPra.ch 21 (2020), pp. 59 ss
- KNEIS MAREK, Die Anfechtbarkeit und die Feststellbarkeit der Mutterschaft de lege lata und de lege ferenda, Diss. 2018, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 6, Potsdam 2019 (open access: DOI 10.25932/publishup-41384).
- KRELL CLAUDIA, Anonyme Kindesabgabe in anderen Ländern und Rechtskreisen, in: Busch Ulrike/Krell Claudia/Will Anne-Kathrin (éd.), Eltern (vorerst) unbekannt: anonyme und vertrauliche Geburt in Deutschland, Weinheim/Bâle, 2017, p. 28 ss
- KUHN MATHIAS, Recht auf Kinder ? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs, Diss., Zurich/St-Gall, 2008.
- LECKEY ROBERT, One Parent, Three Parents : Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016, International Journal of Law, Policy and The Family 2019, pp. 298 ss
- LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/SANDOZ SUZETTE, Quelle famille pour le XXI^{ème} siècle ?, in : Rapports suisses présentés au XVI^{ème} Congrès international de droit comparé, Brisbane, du 14 au 20 juillet 2002, Zurich, 2002, pp. 149 ss
- MARGOT LISA, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, FamPra.ch 18 (2017), pp. 696 ss
- MARQUET JACQUES, Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité. Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine, in : Recherches sociologiques et anthropologiques, Volume XLI, n° 2, 2010, pp. 51 ss
- MAYWALD JÖRG, Zum Begriff des Kindeswohls. Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention, IzKK-Nachrichten 2009, pp. 16 ss
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in : FamPra.ch 13 (2012), pp. 255 ss
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit de la filiation, 6^e édition, Zurich 2019.
- MESNIL MARIE, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, thèse de doctorat à l'Université de Neuchâtel 2015, Bâle, 2018.

- MONTISANO LUCA/UEBERSAX PETER, Die Leihmutterschaft im Migrationsrecht, RSJ 116 (2020), pp. 595 ss
- NAVE-HERZ ROSEMARIE, Ausblick : Die Zukunft der Familie, in : Nave-Herz Rosemarie (éd.), Familiensoziologie. Ein Lehr- und Studienbuch, Munich, 2014, pp. 213 ss
- OSHIMA LISA, Länderbericht Japan, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 385 ss
- PERRIN ELLEN C./SIEGEL BENJAMIN S./COMMITTEE ON PSYCHOSOCIAL ASPECTS OF CHILD AND FAMILY HEALTH OF THE AMERICAN ACADEMY OF PEDIATRICS, Promoting the well-being of children whose parents are gay or lesbian, Pediatrics, April 2013 (open access: DOI 10.1542/peds.2013-0377).
- PFAFFINGER MONIKA, Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik, FamPra.ch 15 (2014), pp. 604 ss
- PFAFFINGER MONIKA, Geheime und offene Formen der Adoption. Wirkungen von Information und Kontakt auf das Gleichgewicht im Adoptionsdreieck, Diss. Zürich 2006, Zurich/Bâle/Genève 2007.
- PFALLER CLAUDIA, Die anonyme Geburt in Frankreich, Marburg 2008.
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT (éd.), Commentaire romand, Code Civil I, art. 1–359 CC, Bâle, 2010.
- PLETTENBERG INA, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, Studien zum Privatrecht, Band 57, Diss. Regensburg, Tübingen, 2016.
- PREISNER KLAUS, Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, FamPra.ch 15 (2014), pp. 784 ss
- REICHENBACH MAÏKA, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, FamPra.ch 20 (2019), pp. 855 ss
- REUSS PHILIPP M., Theorie eines Elternschaftsrechts, Habil. München, Berlin, 2018.
- REUSS PHILIPP M., Möglichkeiten gemeinsamer rechtlicher Elternschaft von zwei Frauen in Deutschland, England, Frankreich und den Niederlanden, FamPra.ch, 16 (2015), pp. 858 ss
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, RSJB 136 (2000), pp. 605 ss
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnis im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 15 (2014), pp. 838 ss
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kenntnis der Abstammung : Recht von Kind und Eltern, Anwaltsrevue 2009, pp. 335 ss

- RUSCH MARTINA, Rechtliche Elternschaft: Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Schriftenreihe zum Familienrecht, Band 13, Diss. Zürich 2008, Berne, 2009.
- RÜTSCH BERNHARD, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit: Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Caroni Martina/Heselhaus Sebastian/Mathis Klaus/Norer Roland (éd.), Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Zurich/St-Gall 2011, pp. 4 ss
- SAGER BERNHARD, Die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater durch Anerkennung und seine Aufhebung, Diss. Zürich, 1979.
- SANDERS ANNE, Mehrelternschaft, Habil. Bonn 2017, Jus Privatum, Beiträge zum Privatrecht, Band 227, Tübingen 2018.
- SANDOZ SUZETTE, Faut-il réintroduire l'adoption simple ?, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden/Foëx Bénédict (éd.), Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève/Zurich/Bâle, 2017, pp. 233 ss
- SCHRÖDER SANDRA, Wer hat das Recht zur rechtlichen Vaterschaft, Vorschlag zur Neugestaltung der rechtlichen Stellung des biologischen Vaters im Abstammungsrecht bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichem Vater, Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht, Band 23, Diss. Hamburg 2014, Francfort-sur-le-Main, 2015.
- SCHUTTER SABINA, „Richtige“ Kinder, Von heimlichen und folgenlosen Vaterschaftstests, Diss. Wuppertal 2010, Wiesbaden, 2011.
- SCHWAB DIETER, Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie, in: Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (éd.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, pp. 41 ss
- SCHWENZER INGEBORG, Referat Plurale Elternschaft, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (éd.), Verhandlungen des 71. deutschen Juristentages in Essen 2016, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, Munich, 2017, pp. 25 ss
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», Bâle, 2013.
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 15 (2014), pp. 966 ss
- SCHWENZER INGEBORG, Model Family Code : From a global perspective, Anvers/Oxford, 2006.
- SCHWENZER INGEBORG, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, PJA 3 (1994), pp. 817 ss

- SIEGL VERONIKA/BIGLER CHRISTINE/BÜCHLER TINA/PERLER LAURA/SCHURR CAROLIN, Transnationale Reproduktive Mobilität aus der Schweiz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, Februar 2021 (à télécharger sous : [Gutachten Reproduktive Mobilität](#) ; consulté le 21 avril 2021)
- SIMONI HEIDI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten "Kindeswohl, Familie und Elternschaft" im Fortpflanzungsmedizingesetz, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, septembre 2012.
- SIMONI HEIDI, Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können), in: Kaufmann Claudia/Hausammann Christina (éd.), Zugang zum Recht. Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz, Bâle, 2017, pp. 91 ss
- SOSSON JEHANNE/WILLEMS GEOFFREY, Parentage, Parenthood und Parental Responsibility in Traditional Families, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 725 ss
- SPICKHOFF ANDREAS, Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion, in : Spickhoff Andreas/Schwab Dieter/Henrich Dieter/Gottwald Peter (éd.), Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bielefeld, 2007, p. 13 ss
- STEFANELLI STEFANIA, Länderbericht Italien, in: Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 351 ss
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle, 2020.
- STEINER EVA, L'accouchement sous X. réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française, FamPra.ch 8 (2007), pp. 568 ss
- STRAUB CHRISTINE MARLENE, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, Schriften zum Familien- und Erbrecht, Band 26, Diss. Mannheim 2019, Baden-Baden, 2020.
- STREULI JÜRIG, Kindeswohl aus Sicht der Medizinethik, in : Normative Implikationen des Kindeswohlbegriffs. Medizinische Sichtweise. Expertenbericht der Nationalen Ethikkommission (non publié), 2011, pp. 1 ss
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14^e éd., Zurich/Bâle/Genève, 2015.
- VASKOVICS LASZLO A., in : Schwab Dieter/Vaskovics Laszlo A. (éd.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, pp. 11 ss

- VOIGT MARC, Abstammungsrecht 2.0. Ein rechtsvergleichender Reformvorschlag vor dem Hintergrund der Methoden der künstlichen Befruchtung, Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht, Band 25, Diss., Francfort-sur-le-Main, 2015.
- VOITHOFER CAROLINE, Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetischer und sozialer Beziehungen : Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, FamPra.ch 17 (2016), pp. 422 ss
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (éd.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Bâle, 2015.
- WEDEMANN FRAUKE, Konkurrierende Vaterschaften und doppelte Mutterschaft im internationalen Abstammungsrecht, Diss. München, Baden-Baden, 2006.
- WIESNER-BERG STEPHANIE, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“ : – Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind ?, FamPra.ch 11 (2010), pp. 521 ss
- WYSS SISTI ESTHER, Der persönliche Verkehr Dritter: ein Recht auch für Kinder aus Fortsetzungsfamilien, FamPra.ch 9 (2008), pp. 494 ss
- WYTENBACH JUDITH/GROHSMANN IRENE, Welche Väter für das Kind ? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, PJA 23 (2014), pp. 149 ss
- YOUNG LISA, Länderbericht Australien, in : Sosson Jehanne/Willems Geoffrey/Motte Gwendoline (éd.), Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook, Cambridge/Anvers/Chicago, 2019, pp. 75 ss

Textes de loi

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie du 18 juin 1811 (Autriche)
BDRA	Births and Deaths Registration Act 1953, Chapter 20 1 and 2 Eliz 2 (Angleterre et Pays de Galles)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich du 18 août 1896 (Allemagne)
Børneloven	Bekendtgørelse af Børneloven (LBK nr 722 af 07/08/2019) (Danemark)
BW	Burgerlijk Wetboek (Pays-Bas)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CC argent.	Código Civil y Comercial de la Nación, Apropado por ley 26.994, Promulgado según decreto 1795/2014 (Argentine)
CC belg.	Code civil du 21 mars 1804 (Belgique)
CC esp.	Código Civil du 24 juillet 1889 (Espagne)
CC fr.	Code civil des Français du 21 mars 1804 (France)
CC it.	Codice Civile du 16 mars 1942 (Italie)
CC jap.	Code civil n° 89/1896 et n° 9/1898 (Japon)
CC lux.	Code civil du 21 mars 1804 (Luxembourg)
CC roum.	Codul Civil al României (n° 287/2009) du 17 juillet 2009 (Roumanie)
CCQ	Code civil du Québec, CCQ-1991 (Québec, Canada)
CDE-ONU	Convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CFRA	Children and Family Relationships Act 2015 (Irlande)
Children Act	Act of 8 April 1981 No. 7 relating to Children and Parents (Norvège)
Children Act	Children Act 1989 (Angleterre et Pays de Galles)
CLRA Ontario	Children's Law Reform ACT, R.S.O. 1990, Chapter C.12 (Ontario, Canada)

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DPR 2000/396	Decreto del Presidente della Repubblica 3 Novembre 2000 n. 369, Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127 (Italie)
Family Code	Family Code California du 1 ^{er} janvier 1994 (Californie, États-Unis)
FB	Föräldrabalk 1949:381 (Suède)
FLA BC	Family Law Act du 24 novembre 2011 [SBC 2011], Chapitre 25 (Colombie britannique, Canada)
FLA 1975	Family Law Act 1975, n° 53, 1975, Compilation n° 83 (Australie)
FLA 1986	Family Law Act 1986, Chapitre 55 (Angleterre et Pays de Galles)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland du 23 mai 1949
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Angleterre et Pays de Galles)
LAGH rev	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (RS 810.12), FF 2018, p. 3627
LPart	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)
LPMA	Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (RS 810.11)
LTRHA	Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida du 26 mai 2006 (Espagne)
OEC	Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)
RAVS	Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.101)
SCA	Status of Children Act 1987 (Irlande)
SchKG	Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten du 27 juillet 1992 (Allemagne)
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz du 22 juillet 1913 (Allemagne)

Travaux préparatoires

Adoptions illégales d'enfants du Sri Lanka : étude historique, recherche des origines, perspectives, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 17.4181 Ruiz Rebecca du 14.12.2017.

Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (éd.), Berlin, Cologne 2017.

Child and Parents in the 21st Century, Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, La Haye, 2016.

Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Paris 2014.

Gesetzliche Regelungen der Elternschaft, Ein Überblick über Regelungen der Elternschaft und die Möglichkeit einer multiparenté in verschiedenen Rechtsordnungen, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, 28 août 2018.

Initiative parlementaire « Mariage civil pour tous », Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, FF 2019, p. 8127.

Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015, p. 835 ss.

Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014, p. 511 ss.

Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I, p. 139 ss.

Message du 26 juin 1996 relatif à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III, p. 197 ss.

Message du 5 juin 1974 concernant la modification du code civil suisse (Filiation), FF 1974 II, p. 1 ss.

Mieux soutenir les mères en détresse et les familles vulnérables, Rapport du Conseil fédéral du 12 octobre 2016 donnant suite au postulat Maury Pasquier (13.4189).

Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), mars 2015.

Politique familiale, État des lieux et possibilités d'action de la Confédération, Rapport du Conseil fédéral du 20 mai 2015 en réponse au postulat Tornare (13.3135) « Politique de la famille » déposé le 20 mars 2013.

Prise de position n° 32/2019, Le don de sperme, Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine, 12 décembre 2019.

Rapport explicatif, Modification du Code civil (droit de l'adoption), 1972/3.

Rapport sur les familles 2017, Rapport du Conseil fédéral en réponse aux postulats
12.3144 Meier-Schatz du 14 mars 2012 et 01.3733 Fehr du 12 décembre 2001.

Santé sexuelle Suisse, Rapport annuel 2019.

I. Postulat, mandat et méthode de travail

1. Postulat du Conseil des États

- 1 Le 21 août 2018, la Commission des affaires juridiques a déposé au Conseil des États le postulat 18.3714 « Examen du droit de la filiation », qui demandait de charger le Conseil fédéral d'examiner la nécessité d'une réforme du droit de la filiation et, le cas échéant, de soumettre au Parlement des recommandations dans un rapport. Le rapport ne devait pas remettre en question l'interdiction actuelle du don d'ovules, du don d'embryon et de la maternité de substitution¹. Le 17 octobre 2018, le Conseil fédéral a proposé l'acceptation du postulat, proposition à laquelle le Conseil des États a donné suite le 12 décembre 2018. Le Conseil fédéral a donc chargé l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'examiner la nécessité d'une réforme et de lui faire des recommandations.

2. Mandat de l'Office fédéral de la justice

- 2 Le 1^{er} juillet 2019, l'OFJ a instauré un groupe d'expert-e-s interdisciplinaire « Droit de l'établissement de la filiation », composé des personnes suivantes :

Droit :

- Prof. Alexandra Jungo, Dr iur., professeure de droit civil, Université de Fribourg (présidence)
- Prof. Regina Aebi-Müller, Dr iur., professeure de droit privé et de droit comparé, Université de Lucerne
- Prof. Eva Maria Belser, Dr iur., professeure de droit constitutionnel et de droit administratif, Université de Fribourg
- Prof. Andrea Büchler, Dr iur., Dr h.c., professeure de droit privé et de droit comparé, Université de Zurich, présidente de la Commission nationale d'éthique dans le domaine de la médecine humaine
- Prof. Michelle Cottier, Dr iur., professeure ordinaire au département de droit civil, Université de Genève
- Prof. Philippe Meier, Dr iur., professeur ordinaire de droit civil, Université de Lausanne

Justice :

- Matthias Stein-Wigger, Dr iur., président de la cour civile, Tribunal civil de Bâle-Ville, Bâle

¹ Voir www.ofj.admin.ch > société > projets législatifs en cours > parenté et filiation (consulté le 21 avril 2021).

Barreau :

- Kai Burkart, avocat spécialiste FSA en droit de la famille, président du groupe « Droit de la famille » de l'Ordre des avocats zurichois, Zurich

Médecine reproductive et éthique médicale :

- Samia Hurst-Majno, Dr med., professeure ordinaire, directrice de l'Institut Éthique, Histoire, Humanités, Université de Genève

Psychologie de l'adolescence et protection de l'enfant :

- Heidi Simoni, Dr phil., psychologue spécialisée en psychothérapie FSP, directrice du Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zurich

- 3 Outre ces expert-e-s, d'**autres personnes** ont participé aux séances du groupe d'expert-e-s : David Rüetschi, Dr iur., chef de l'unité Droit civil et procédure civile, et Debora Gianinazzi, lic. iur., cheffe suppléante de l'unité Droit civil et procédure civile, en tant que représentants de l'OFJ, Peter Forster, lic. iur. et Matthias Bürgin, Dr iur., en tant que représentants de l'Office fédéral de la santé publique (à partir de février 2020), et Lena Rutishauser, Dr iur., Maître assistante à l'Institut de Recherche et du Conseil dans le Domaine de la Famille (Université de Fribourg), en qualité de collaboratrice scientifique.
- 4 L'OFJ a donné **mandat** au groupe d'expert-e-s d'évaluer la nécessité d'une réforme du droit de l'établissement de la filiation et de formuler des recommandations : le groupe d'expert-e-s a pour tâche d'examiner de manière approfondie si le droit de l'établissement de la filiation en vigueur est encore adapté aux réalités actuelles et de formuler des recommandations pour une réforme globale et cohérente, en tenant compte de l'évolution de la médecine reproductive. Il doit également examiner si et, dans l'affirmative, comment le droit de la filiation peut tenir compte du fait que l'on recourt de plus en plus souvent à l'étranger à des méthodes de procréation interdites en Suisse.

3. Méthode de travail

- 5 Le groupe d'expert-e-s s'est réuni quinze fois entre **août 2019 et juin 2021**, généralement dans les locaux de l'OFJ à Berne, parfois en ligne en raison de la pandémie de Covid-19.
- 6 Les **discussions** au sein du groupe d'expert-e-s n'ont pas donné lieu à des **votes** ; les majorités et les minorités ont été consignées dans les procès-verbaux accessibles au public sans les noms des personnes. À partir des réflexions exposées dans le présent rapport, le groupe d'expert-e-s a rédigé des recommandations qui ont reçu le soutien de ses membres.
- 7 Le groupe d'expert-e-s a fait appel à deux reprises à l'**expertise de l'OFJ** : lors de la séance du 3 avril 2020, Joëlle Schickel-Küng, lic. iur., co-cheffe de l'unité Droit International privé, a exposé la pratique actuelle dans ce domaine, en particulier s'agissant de la reconnaissance des décisions et actes étrangers. Lors des séances du 11 octobre 2019 et du 3 avril 2020, Cora Graf-Gaiser, lic. iur., cheffe de l'Office fédéral de l'état civil, et sa collaboratrice scientifique Fabia Nyfeler, lic. iur., ont rendu compte de la pratique de l'enregistrement dans le droit

national et dans le droit international ainsi que de la possibilité de mettre en place un registre des origines.

- 8 Les résultats des travaux du groupe d'expert-e-s sont exposés d'une part dans le présent **rapport**, d'autre part dans des **recommandations** séparées sur la nécessité de réformer le droit de l'établissement de la filiation. La présentation en deux documents distincts facilite la lisibilité des conclusions et permet un accès aisé aux recommandations. Le rapport tient compte de la doctrine et de la jurisprudence arrêtées au 21 avril 2021. La doctrine et la jurisprudence constantes ne font pas l'objet de références en note de bas de page dans le rapport.

4. Terminologie

- 9 Lorsque le rapport se réfère au droit en vigueur, les termes utilisés sont ceux qui figurent dans les textes de loi. Lorsqu'il expose et commente les réformes nécessaires, il utilise des termes non genrés.
- 10 Le premier parent est la personne qui donne naissance à l'enfant (mère biologique). Le deuxième parent est la personne avec laquelle il existe également un lien de filiation. Le premier et le deuxième parent peuvent être une femme, un homme ou une personne qui ne se reconnaît (pleinement) dans aucun des deux sexes. Pour appréhender cette réalité juridique de manière à la fois complète et aussi simple que possible, on parle de premier et de deuxième parent. Cela permet d'éviter que le droit utilise des termes qui ne coïncident pas avec l'identité sexuelle des personnes².

5. Structure du rapport

- 11 Le présent rapport sert de fondement aux recommandations émises séparément sur la nécessité de réformer le droit de l'établissement de la filiation. Il est structuré comme suit :
- 12 Il commence par aborder les mutations que connaissent la famille et la parenté (II.). Puis il expose les lignes directrices d'un nouveau droit de l'établissement de la filiation (III.). Il traite ensuite de l'établissement du lien de filiation et de l'extinction de ce lien *de lege lata* en Suisse et à l'étranger (IV.). Comme l'établissement du lien de filiation ne résulte pas toujours de la génétique, le droit à connaître ses origines apparaît essentiel ; le chapitre suivant en expose les conditions et en montre toute l'importance (V.) Enfin, le rapport aborde les situations soumises au droit international privé (VI.). Les chapitres IV. à VI. décrivent d'abord la situation juridique *de lege lata* en Suisse, puis, dans la mesure où cela présente un intérêt, celle d'autres États (a.) ; ils signalent ensuite les besoins de réforme (b.) qui sont explicités plus avant dans les recommandations (docu-

² Depuis l'arrêt n° 7 de la Cour EDH du 6 avril 2017, dans l'affaire A.P., Garçon et Nicot contre la France (requêtes n° 9885/12, 5247 1/13 et 52596/13), la stérilité ne peut plus être la condition d'une modification de la mention du sexe. Tel est aussi le cas en Suisse depuis la modification de l'art. 30b CC du 18 décembre 2020. Il suffit de faire une déclaration à l'office de l'état civil pour que l'inscription du sexe soit modifiée.

ment séparé). Le rapport (à partir du chap. IV.) et les recommandations suivent en principe la même structure.

II. Famille et parenté en mutation

1. Signification de la parenté dans la société et la succession des générations

- 13 Les mutations que la société a connues au cours des dix dernières années et les changements qu'elles impliquent pour les **réalités familiales** (voir les n° 21 ss) n'ont pas entraîné la dissolution, pourtant parfois annoncée, de la famille, mais bien plutôt sa revalorisation. Les relations familiales et le soutien de la famille sont particulièrement importants dans un monde marqué par une individualisation et un isolement croissants. Du point de vue subjectif, la famille est dotée d'une connotation fondamentalement positive ; les personnes considèrent la famille en général et la leur en particulier comme porteuses de sens, elles soulignent la grande « valeur personnelle » qu'elles leur accordent dans leur vie³. En revanche, le rôle économique que l'on faisait encore tenir aux enfants a perdu en importance au cours des dernières décennies. La société européenne moderne donne la priorité aux valeurs émotionnelles. La relation sociale et affective, l'intimité et la stimulation font partie des valeurs mises en avant par les jeunes parents interrogés sur les avantages d'une existence avec des enfants⁴.
- 14 Le lien émotionnel intime existant en général entre des parents et leurs enfants, tel que nous le connaissons aujourd'hui, ne va pas de soi. C'est avec l'**arrivée de la famille nucléaire bourgeoise**, dans le sillage de l'industrialisation, aux XVIIIe et XIXe siècle, que le lien émotionnel entre parents et enfants s'est fait plus étroit. Les relations entre parents et enfants semblent avoir été peu empreintes de sentiments auparavant (au Moyen Âge et au début des temps modernes), ce qui s'expliquait notamment par une mortalité infantile élevée et par le fait que beaucoup d'enfants quittaient la maison de leurs parents dès l'âge de dix à douze ans pour passer quelques années au service d'autres familles.
- 15 Le lien de filiation n'est pas seulement la condition ou l'expression d'une relation émotionnelle et affective, il a aussi des conséquences économiques, de droit des assurances sociales, de droit fiscal, de droit des migrations et bien d'autres dont il ne faut pas sous-estimer l'importance. Un des défis posés au droit de l'établissement de la filiation consiste à prendre ces différentes perspectives en considération tout en tenant compte du fait que le lien de filiation juridique ne coïncide pas forcément avec le lien génétique ni avec le lien social et affectif, et qu'il faut donc aussi déterminer lequel des liens doit l'emporter quand le lien factuel, le lien génétique et le lien juridique sont dissociés.

³ Voir NAVE-HERZ, p. 214.

⁴ Sur toute la question, voir aussi le rapport sur les familles 2017, p. 9 s.

- 16 Les sondages montrent que le nombre des personnes qui ne veulent pas avoir d'enfant n'a guère augmenté. On peut donc affirmer que le projet de vie de la majorité des jeunes gens reste d'avoir des enfants⁵. Être parent est et reste un désir qu'il est difficile de justifier ou d'imposer par des arguments (« ... ist und bleibt eine Sehnsucht, die sich schlecht begründen oder argumentativ durchdringen lässt. »⁶). Le **désir d'enfant** repose souvent une double motivation : l'envie de se reproduire, autrement dit d'avoir ses « propres » enfants, et l'envie de fonder une communauté affective. Une constante de ces dernières décennies veut toutefois que l'on fasse moins d'enfants que souhaité au départ⁷. Les projets de vie ne se réalisent pas toujours ou ne sont tout simplement pas réalisables : on a parfois moins d'enfants que prévu, ou on n'a pas d'enfants alors qu'on envisageait d'en avoir. Cette réalité s'explique cependant moins par une désaffection à l'égard de la famille que par les difficultés rencontrées lors de la réalisation des projets familiaux. Parallèlement, il naît encore et toujours des enfants que leurs parents (ou l'un des deux) ne désiraient pas.

2. Représentations familiales

A. Dans le droit de l'établissement de la filiation en vigueur

- 17 L'établissement de la filiation est régi par les art. 252 à 269c CC, au titre septième (« De l'établissement de la filiation ») de la deuxième partie (« Des parents ») du droit de la famille figurant dans le code civil (CC). Les règles qui président à l'établissement de la filiation répondent à la question de savoir qui sont la mère juridique et le père juridique d'un enfant, elles relient donc un enfant à des parents juridiques de manière contraignante. On parle ici du **droit de l'établissement de la filiation**. Si elles déterminent à quels parents les enfants sont attribués juridiquement, elles ne disent rien de la réalité génétique, sociale, émotionnelle ou affective.
- 18 La **principale fonction** du droit de l'établissement de la filiation est de déterminer quels sont les critères juridiquement reconnus pour qu'un enfant soit attribué à ses parents et quels liens originaires ainsi créés doivent pouvoir être corrigés si nécessaire. La question de savoir si un critère donné est juridiquement pertinent ou non dépend des représentations sociales et reçoit des réponses différentes selon les milieux culturels et les époques. Ces critères font à l'heure actuelle l'objet de nouvelles discussions, dans le sillage de différentes mutations sociales. Parmi celles-ci, on mentionnera l'égalité de statut accordée aux enfants légitimes et illégitimes (voir art. 2 CDE-ONU et art. 14 CEDH), la possibilité de vérifier le lien génétique⁸, la pluralisation des modes de vie et des formes de fa-

⁵ En 2013, seules 6 % des femmes de 20 à 29 ans interrogées ont dit ne pas vouloir d'enfant, soit autant qu'en 1994/5. Chez les hommes du même âge, la proportion n'était guère plus élevée (1994/5 : 9 % et 2013 : 8 %). Sur toute la question, voir le rapport sur les familles 2017, p. 10.

⁶ BLEISCH/BÜCHLER, p. 73.

⁷ Voir le rapport sur les familles 2017, p. 11.

⁸ Depuis la fin des années 1980 et le début des années 1990, on recourt à des tests ADN lors d'actions en paternité.

mille (voir les n° 21 ss, 38 ss), ainsi que l'évolution et l'internationalisation de la médecine reproductive (voir les n° 44 ss).

- 19 L'actuel droit de l'établissement de la filiation est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978. Il a remplacé la législation conçue par EUGEN HUBER en 1907 (en vigueur de 1912 à 1977), qui distinguait les enfants légitimes et illégitimes. À l'époque, les intérêts de l'enfant étaient relégués au second plan par l'idéal de la famille bourgeoise et par la place centrale donnée au mariage. Avec la révision du droit de la filiation de 1976 (en vigueur depuis 1978), l'intérêt de l'enfant s'est vu reconnaître encore plus de poids et la distinction entre enfants légitimes et illégitimes a largement été abandonnée. Certes, la loi ne définit pas la notion de famille, mais elle s'est fondée et se fonde toujours implicitement sur l'idéal de la famille bourgeoise traditionnelle de petite taille, composée de parents (de sexe différent) mariés pour la vie et de leurs enfants (communs). Si les familles ont toujours été davantage plurielles que ne le reflète le droit, cette réalité est de plus en plus entrée dans les consciences avec les nombreuses mutations de la société, ce que GUILLOD/BURGAT décrivent de manière opportune comme « l'évolution de la famille vers les familles »⁹ (voir à ce sujet les statistiques abordées aux n° 31 ss). Le droit de la famille **en vigueur**, et son **droit de l'établissement de la filiation**, ne prévoient donc **plus** une solution appropriée **pour toutes les situations**. Même si l'on ne peut plus affirmer que la famille fondée sur le mariage serait favorisée de façon unilatérale et que les autres formes de famille seraient préférentielles¹⁰, le droit en vigueur, avec sa conception traditionnelle de la filiation, n'assure encore de loin pas une égalité de traitement de toutes les formes de famille, qui serait dénuée de tout jugement de valeur. Ainsi, les familles monoparentales, les communautés de vie de fait, avec ou sans enfant, les familles recomposées, les familles arc-en-ciel et les couples de même sexe restent largement ignorés par le droit de la famille, quand ils n'en sont pas même explicitement exclu-e-s (voir art. 28 LPart et art. 3, al. 2 et 3, LPMA). Il existe en outre des différences importantes entre les règles qui régissent la contestation de la reconnaissance de paternité et celles qui régissent le désaveu de paternité du mari. Le lien purement juridique entre l'enfant né hors mariage et son père juridique est ainsi moins protégé que celui qui existe entre l'enfant né de parents mariés et son père juridique. Les séparations et la formation de nouvelles communautés de vie ont par ailleurs pour effet que d'autres personnes que les parents juridiques d'un enfant vont assumer une responsabilité dans son éducation et sa prise en charge, ce dont la réglementation actuelle ne tient guère compte, alors même que cette responsabilité peut être tout aussi fiable et stable que celle assurée par les parents juridiques. Le droit en vigueur ne règle de surcroît qu'imparfaitement les relations entre parenté juridique, parenté génétique et parenté sociale et prévoit des solutions qui ne correspondent pas aux réalités sociales d'aujourd'hui.

⁹ GUILLOD/BURGAT, p. 2.

¹⁰ Les enfants nés pendant le mariage ont toutefois toujours *ex lege* pour père le mari de leur mère (art. 255 CC).

- 20 Enfin, le droit en vigueur se fonde encore et toujours sur une **famille biparentale**. En conséquence, l'adoption de l'enfant du conjoint entraîne impérativement l'extinction du lien de filiation qui existait avec l'autre parent, tout comme celle des autres liens de parenté qui en découlaient. C'est le cas même lorsque cette adoption intervient après le décès de l'un des parents. Cette conception amène à devoir choisir le deuxième parent juridique entre le parent génétique et le parent social.

B. Dans la réalité sociétale

- 21 La représentation de la famille n'a pas seulement évolué en raison de la **pluralisation des modes de vie**, avec l'accroissement du nombre de séparations et de conclusions de nouvelles unions, mais aussi du fait de la **globalisation**.
- 22 La globalisation a d'abord pour effet que la population devient plus cosmopolite : avec la migration, la diversité des représentations familiales, d'une part, et des conceptions de la famille et de l'appartenance familiale, d'autre part, s'accroît, ce qui influe aussi sur nos propres représentations familiales.
- 23 Cette globalisation permet ensuite de recourir à des méthodes de procréation médicalement assistée qui sont interdites en Suisse, mais pratiquées à l'étranger. Avec les possibilités offertes aujourd'hui par la médecine reproductive, les couples hétérosexuels ne sont plus les seuls à pouvoir fonder une famille. Le don d'ovules et le don d'embryon permettent à une femme de devenir mère sans être apparentée génétiquement à l'enfant, et – lorsqu'il est fait recours à une mère de substitution – à un ou deux hommes de devenir père(s). Même si ces méthodes de procréation sont interdites en Suisse, des personnes y recourent, pour devenir ensuite parents en Suisse, ou à l'étranger avant de venir vivre en Suisse avec leurs enfants. Elles influent donc sur la conception de la famille, y compris en Suisse. L'internationalisation et les progrès de la médecine reproductive soulèvent de nombreuses questions juridiques.
- 24 La remise en cause de la place accordée au mariage et les mutations dans la conception même de la famille ne doivent pas être assimilées à une désagrégation de celle-ci. Ce sont seulement les **formes que prend la famille** qui évoluent, le besoin de nouer des relations familiales étroites ne faiblit pas quant à lui. Depuis l'entrée en vigueur du CC, c'est la réalité sociale des familles qui a changé, de même que la représentation sociale que l'on se fait d'une famille, de la manière dont elle se constitue et de qui en sont les protagonistes. Les normes et les conceptions sociales ont cependant elles aussi changé : la stigmatisation des naissances illégitimes et de la parenté homosexuelle a laissé la place à l'acceptation d'une pluralité de formes familiales. Il y a déjà longtemps que la famille n'est plus définie comme la communauté composée d'un mari, d'une femme et de leurs enfants (communs). Les parcours de vie, les représentations et les histoires familiales sont devenus plus variés et plus complexes, ce qu'illustrent les statistiques et les résultats des enquêtes réalisées (voir n° 31 ss). Cette évolution se traduit aussi par une conception large de la vie familiale au sens de l'art. 13, al. 1, Cst. et de l'art. 8 CEDH (voir n° 73 ss).

3. Évolution du droit

- 25 Comme on l'a mentionné plus haut (au n° 19), le **droit de l'établissement de la filiation** appliqué aujourd'hui est toujours, en très grande partie, celui qui a été adopté le 25 juin 1976 et qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978. Il repose pour l'essentiel sur la présomption de paternité du mari et l'impossibilité pour la mère et pour le père génétique putatif de la contester, tandis que l'enfant peut le faire seulement de manière limitée (art. 256, al. 1, ch. 2, et 256c, al. 2, CC ; voir n° 126 ss). Une reconnaissance de l'enfant par son père n'est possible que si la mère n'est pas mariée ou si la présomption de paternité du mari a été écartée au préalable. La parenté des couples de même sexe était tout aussi étrangère au législateur d'alors que la paternité juridique d'un homme contre la volonté du mari de la mère.
- 26 Ni le **droit matrimonial** révisé, ni le **droit du divorce** révisé, entrés respectivement en vigueur le 1^{er} janvier 1988 et le 1^{er} janvier 2000, n'ont modifié l'importance conférée au mariage par le droit de l'établissement de la filiation. De même, la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le **partenariat enregistré** entre personnes du même sexe, entrée en vigueur en 2007, n'a pas apporté de nouveauté dans le droit de l'établissement de la filiation : elle prévoit explicitement que « les personnes liées par un partenariat enregistré ne sont pas autorisées à adopter un enfant conjointement ni à recourir à la procréation médicalement assistée » (art. 28 LPart).
- 27 En Suisse, la **procréation médicalement assistée** n'est réglementée que depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), le 1^{er} janvier 2001. En vertu de cette loi, la procréation médicalement assistée ne peut être appliquée que si elle satisfait à l'une des exigences suivantes : (a.) elle permet de remédier à la stérilité d'un couple et les autres traitements ont échoué ou sont vains, ou (b.) le risque de transmission d'une maladie grave aux descendants ne peut être écarté d'une autre manière (art. 5 LPMA). En limitant l'accès à la médecine reproductive aux couples hétérosexuels et en réservant les dons de sperme aux couples mariés (art. 3, al. 3, LPMA), le législateur s'est aligné sur le droit de l'établissement de la filiation en vigueur. Pourtant, lors des délibérations parlementaires déjà, l'admissibilité du don d'ovules et le diagnostic préimplantatoire (DPI) avaient fait l'objet de discussions. Tandis que l'interdiction du DPI a été supprimée avec la modification constitutionnelle du 14 juin 2015 et la révision légale du 12 décembre 2014 (en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2017) et que le DPI a été réglé dans la loi (art. 5a LPMA), l'interdiction du don d'ovules subsiste aujourd'hui (art. 4 LPMA).
- 28 Ces dernières années, certains **changements ponctuels** sont apparus dans le droit de l'établissement de la filiation : ainsi, le don de sperme permet depuis longtemps à une ou deux femmes de devenir parents dans les faits ; depuis l'ouverture de l'adoption de l'enfant du conjoint aux partenaires enregistrés et aux couples de fait, le 1^{er} janvier 2018 (art. 264c CC), elles ont également la possibilité de devenir ensemble les parents juridiques de cet enfant. Les modifications introduites en matière d'adoption de l'enfant du conjoint sont la preuve d'une meilleure acceptation de la parenté homosexuelle et ont la particularité de

traiter les partenaires de fait de la même manière que les personnes mariées et les partenaires enregistrés, pour autant qu'ils fassent ménage commun depuis au moins trois ans. Le projet de loi « Mariage pour tous » du 18 décembre 2020¹¹, sur lequel le peuple est appelé à voter, prévoit pour sa part une filiation originaire avec celle qui est l'épouse de la mère au moment de la naissance de l'enfant. Cela est rendu possible par le fait que l'art. 3, al. 3, LPMA, qui réserve le don de sperme aux couples mariés, est dorénavant applicable également aux couples de femmes. L'extension du champ d'application de la norme est le fruit d'une nouvelle interprétation de l'art. 119, al. 2, let. c, Cst., selon laquelle la notion constitutionnelle de stérilité correspond au désir d'enfant inassouvi et s'applique par conséquent aussi aux couples de même sexe¹². L'art. 5, let. a, LPMA devra également être interprété en ce sens.

- 29 Deux femmes mariées pourront donc être ensemble parents juridiques dès la naissance. Mais le champ d'application de la parenté originaire se limitera au don de sperme conforme à la LPMA, même en cas d'acceptation du projet de loi « Mariage pour tous ». Il n'y aura pas de parenté originaire de l'épouse de la mère lorsqu'un couple recourt à un don de sperme de façon privée ou à l'étranger.
- 30 Malgré des adaptations ponctuelles aux mutations sociétales, l'évolution du droit de l'établissement de la filiation demeure peu perceptible. De par l'internationalisation de la médecine reproductive, il se passe cependant beaucoup de choses **en marge des prescriptions légales et des conceptions du législateur** : ainsi, les dons de sperme sont désormais utilisés de façon privée et hors du champ d'application de la LPMA. Les personnes intéressées ont la possibilité de recourir à l'étranger à des dons d'ovule, des dons de sperme ou des dons d'embryon, une réalité qui soulève régulièrement le problème de l'anonymat de la personne qui fait le don, avec l'atteinte portée au droit de l'enfant à connaître ses origines qui en résulte. Il existe par ailleurs de plus en plus de familles vivant une multiparenté et d'enfants liés simultanément, affectivement et/ou économiquement, à des parents génétiques et sociaux, ce qui soulève la question de la protection juridique de ces relations.

4. Mutations sociétales

- 31 Les statistiques et les résultats d'enquêtes exposés ci-dessous montrent que la société a connu une profonde mutation au cours des dernières décennies.

A. Recul de la place du mariage comme fondement du lien de filiation

- 32 Le contexte social a évolué très rapidement ces dernières années. Le nombre des **naissances hors mariage** augmente continuellement depuis 1970 et il a

¹¹ Voir FF 2020, p. 9607 ss

¹² Voir le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 2019 8127, p. 8141 s.

plus que doublé depuis 2010¹³. Leur part dans le total des naissances était déjà de 26,5 % en 2019, alors qu'elle n'était que de 10,7 % en l'an 2000.

- 33 Les enquêtes de l'Office fédéral de la statistique (OFS) datant de 2018 montrent que seuls 38,5 % des couples hétérosexuels sans enfant commun étaient mariés. La majorité des couples hétérosexuels ayant des enfants communs sont mariés (93,4 %). La part des couples non mariés (concubins) ayant des enfants est donc de 6,6 %. Il ne s'agit toutefois que d'une moyenne statistique, car le nombre des couples non mariés des générations les plus jeunes qui ont des enfants (c'est-à-dire ceux qui ont 25 à 34 ou 35 à 44 ans) est avec respectivement 15 et 11 % deux fois plus élevé que la moyenne¹⁴. On peut en déduire que le mariage a perdu sa position de monopole au moment de fonder une famille et ce, malgré les privilèges qui lui sont accordés par la loi¹⁵. Pourtant, la majorité des enfants naît encore dans le mariage de leurs parents. Sur 87 851 enfants nés vivants en 2018, 62 275 étaient issus d'un **couple marié**. L'estimation du nombre de cas dans lesquels il n'existe pas de lien génétique entre l'enfant et le mari de la mère a fait l'objet de nombreuses études, estimations et mythes. On suppose aujourd'hui que la non-paternité n'est pas aussi fréquente qu'on le pensait. Des études scientifiques indiquent des valeurs situées entre 0,94 %¹⁶ et 1,9 %¹⁷. Si on prend en revanche les chiffres fournis par les laboratoires qui réalisent des tests ADN pour établir une paternité, le chiffre est bien plus élevé (jusqu'à 55,6 %)¹⁸, ce qui s'explique toutefois par le fait que seules les personnes qui ont un doute quant à la paternité du mari font effectuer de tels tests.
- 34 Le lien entre mariage et parenté reste étroit, comme l'illustre le fait que les couples non mariés n'ont souvent qu'un seul enfant commun. Les statistiques de 2019 indiquent que sur 5753 couples non mariés ayant des enfants communs, plus de deux tiers (4084 couples) n'ont qu'un enfant, mais que seuls peu d'entre eux ont plus d'un enfant commun¹⁹. L'institutionnalisation de la relation de couple par le mariage est donc rattrapée après la naissance du premier enfant. Ainsi, en 2019, sur un total de 20 411 enfants nés en Suisse de mère célibataire,

¹³ Voir OFS, Naissances vivantes hors mariage selon le canton, 1970–2019. La part des enfants nés vivants hors mariage était de 3,8 % en 1970, de 6,1 % vingt ans plus tard (1990) et déjà de 18,6 % après vingt ans de plus (2010). En 2019, elle atteignait 26,5 %.

¹⁴ Voir OFS, Enquête sur les familles et les générations 2018, www.ofs.admin.ch (consulté le 21 avril 2021), p. 7 ss.

¹⁵ PREISNER, FamPra.ch 2014, p. 786 in fine.

¹⁶ C'est le résultat d'une étude allemande datant de 2012 : WOLF MICHAEL/MUSCH JOCHEN/ENCZMANN JUERGEN/FISCHER JOHANNES, Estimating the Prevalence of Nonpaternity in Germany, in : Human Nature, juin 2012 (open access : DOI 10.1007/s12110-012-9143-y).

¹⁷ Selon une étude comparative de 2006 « Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates » : ANDERSON KERMYT G., How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates, in : Current Anthropology Vol. 47 (2006), p. 513 ss (open access : DOI 10.1086/504167).

¹⁸ Voir la vue d'ensemble fournie par ANDERSON KERMYT G., How Well Does Paternity Confidence Match Actual Paternity? Evidence from Worldwide Nonpaternity Rates, in : Current Anthropology Vol. 47 (2006), p. 513 ss (open access : DOI 10.1086/504167).

¹⁹ Voir OFS, Couples ayant des enfants communs avant le mariage, 1980-2019, www.ofs.admin.ch (consulté le 21 avril 2021) : environ 1445 couples non mariés ont deux enfants communs, 224 en ont trois.

13 271 étaient un premier enfant²⁰. La grande importance du mariage n'était et n'est pas le fruit du hasard, ni une évidence naturelle. En effet, au cours du temps, l'État et l'Église ont établi et consacré l'institution du mariage, à la fois en le plaçant sous une protection spéciale et en le dotant de droits particuliers. Il s'agissait pour l'un comme pour l'autre de réglementer (les conséquences de) la sexualité (indissociable de la reproduction jusqu'à très récemment) et de garantir la sécurité économique et sociale à celles et ceux, notamment les femmes et les enfants, qui ne pouvaient pas compter sur un revenu propre ni sur une sécurité sociale en dehors de la famille.

B. Augmentation des reconnaissances

- 35 La reconnaissance de l'enfant par son père n'est possible et nécessaire *de lege lata* que si la mère n'est pas mariée ou que la présomption de la paternité du mari a été contestée avec succès (voir aussi n° 143 ss). Le nombre croissant des reconnaissances va par conséquent de pair avec le nombre croissant d'enfants nés de mères non mariées. Si, en 1998, seules 6842 reconnaissances ont eu lieu, elles étaient au nombre de 13 314 en 2008 et 22 256 en 2019.
- 36 L'enfant peut être reconnu avant ou après sa naissance. Entre 1980 et 2005, les enfants étaient dans la majorité des cas reconnus après leur naissance. Depuis, le nombre des reconnaissances anténatales augmente. Sur 22 256 reconnaissances en 2019, 14 564 dataient d'avant l'accouchement²¹. Ces reconnaissances donnent à penser que la conception de l'enfant avait bien été planifiée par ses parents non mariés et qu'ils s'étaient mis d'accord à ce sujet.
- 37 La déclaration de reconnaissance peut intervenir aussi bien à l'office d'état civil qu'auprès du tribunal (dans le cadre d'une action en paternité) ou, à titre posthume, par testament. En 2019, sur 22 256 reconnaissances, 153 seulement avaient été faites devant un tribunal. Cette proportion reste constamment faible depuis 2004²².

C. Évolution des formes familiales

a) Divorce et dissolution du partenariat enregistré

- 38 L'évolution des chiffres concernant les divorces illustre elle aussi la profonde mutation de la société : leur nombre a nettement augmenté au cours des dernières décennies. Dans les années 1970, moins de 10 000 couples divorçaient chaque année (1970 : 6406, 1975 : 8917)²³. Dans les années 1980, l'indicateur conjoncturel de divortialité était d'environ 30 % (1984 : 28,9 %, 1986 : 29,4 %, 1988 : 30,1 %, 1989 : 30,2 %, 1990 : 30,3 %, 1991 : 30,4 %, 1992 : 30,5 %, 1993 : 30,6 %, 1994 : 30,7 %, 1995 : 30,8 %, 1996 : 30,9 %, 1997 : 31,0 %, 1998 : 31,1 %, 1999 : 31,2 %, 2000 : 31,3 %, 2001 : 31,4 %, 2002 : 31,5 %, 2003 : 31,6 %, 2004 : 31,7 %, 2005 : 31,8 %, 2006 : 31,9 %, 2007 : 32,0 %, 2008 : 32,1 %, 2009 : 32,2 %, 2010 : 32,3 %, 2011 : 32,4 %, 2012 : 32,5 %, 2013 : 32,6 %, 2014 : 32,7 %, 2015 : 32,8 %, 2016 : 32,9 %, 2017 : 33,0 %, 2018 : 33,1 %, 2019 : 33,2 %).

²⁰ Voir OFS, Population/Naissances et décès/Naissances vivantes selon le rang biologique de naissance et l'état civil de la mère, 2005–2019. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index.html>

²¹ Voir OFS, Population/Naissances et décès/Reconnaissances de paternité, 1990–2019.

²² Voir OFS, Population/Naissances et décès/Reconnaissances de paternité/Reconnaissances de paternité selon la forme de reconnaissance, l'âge de l'enfant et le canton de la mère, 2004–2019.

²³ Voir OFS, Population/Mariages, partenariats et divorces/Divorces selon le canton, 1970–2019.

1988 : 32,7 %), dans les années 2005 (52,6 %), 2006 (51,7 %) et 2010 (54,4 %), il dépassait 50 %²⁴. Il est ensuite resté constamment élevé, aux alentours de 40% : de 2016 à 2019, on comptait 16 885 (2019), 16 542 (2018), 15 906 (2017) et 17 028 (2016) divorces par an, chiffres qui correspondent à un indicateur conjoncturel de divortialité d'environ 40 %²⁵. Il faut noter toutefois que les enquêtes réalisées à partir de 2011 ne reposent pas sur les mêmes bases statistiques, ce qui complique les comparaisons selon des critères empiriques. Quoi qu'il en soit, la forte hausse du nombre des divorces depuis les années 70 est bel et bien visible²⁶.

- 39 Sur les 16 885 divorces prononcés en 2019, 12 809 au total ont touché des enfants mineurs²⁷. Les taux de divorce élevés ont notamment pour conséquence une augmentation du nombre des parents élevant seuls leur enfant et des familles recomposées (voir n° 41)²⁸.
- 40 L'institution du partenariat enregistré pour les couples de même sexe a été ouverte avec effet au 1^{er} janvier 2007. En 2019, 674 partenariats ont été enregistrés, 200 ont été dissous²⁹.

b) Parents élevant seuls leurs enfants, parents non mariés et familles recomposées

- 41 Le ménage-type « couple avec enfant(s) de moins de 25 ans » a perdu sa position dominante au début du XXI^e siècle. Seuls 29,6 % des ménages privés relevaient encore de cette catégorie en 2018. D'autres formes de vie commune sont en contrepartie devenues plus fréquentes, ce qui s'explique d'un côté par l'augmentation du nombre des divorces, de l'autre par l'éclosion et l'acceptation de nouvelles formes de vie commune. L'augmentation des divorces a entraîné celle des ménages monoparentaux (2019 : 16 % des ménages) et des familles recomposées (2019 : 6 % des ménages). Dans 83 % des cas, les parents qui vivent seuls avec un ou plusieurs enfants sont des femmes³⁰.

²⁴ Voir OFS, Population/Mariages, partenariats et divorces/ Divorces selon le canton, 1970–2019. L'indicateur conjoncturel de divortialité représente la proportion de mariages dissous par divorce à chaque durée de mariage, aux conditions de divortialité observées durant l'année considérée.

²⁵ Voir OFS, Population/Mariages, partenariats et divorces/Indicateur conjoncturel de divortialité selon le canton, 1984–2019.

²⁶ Depuis 2011, les données sur les divorces sont transmises à l'OFS par le registre informatisé de l'état civil (Infostar) alors qu'elles provenaient directement des tribunaux cantonaux auparavant. De surcroît, aucune donnée n'est plus relevée et analysée sur les motifs de jugement, les séparations, les actions rejetées ainsi que sur l'attribution parentale, voir www.ofs.admin.ch (consulté le 21 avril 2021).

²⁷ Voir OFS, Population/Mariages, partenariats et divorces/ Divorces, divortialité.

²⁸ Voir aussi OFS, Population/Familles/Formes de vie familiale.

²⁹ Voir OFS, Population/Mariages, partenariats et divorces/ Partenariats enregistrés et dissous selon le sexe et le canton, 2007–2019. **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

³⁰ Sur toute la question, voir OFS, Population : Panorama, mars 2021.

c) Conséquences économiques de l'évolution des formes de famille

- 42 L'évolution des modes de vie familiaux, et notamment l'augmentation du nombre des parents élevant seuls leur(s) enfant(s), a aussi des conséquences économiques : en 2019, près d'un tiers de tous les bénéficiaires de l'aide sociale de Suisse étaient des enfants ou des jeunes. Plus de la moitié de toutes les personnes que l'aide sociale soutient vivent dans des familles avec enfants³¹. Les familles monoparentales sont celles qui courent de loin le plus grand risque, comparées aux autres formes de famille, de devoir faire appel un jour aux prestations de l'aide sociale : en 2019, une famille monoparentale sur cinq en Suisse bénéficiait de prestations sociales³².
- 43 Malgré les efforts déployés en matière de politique familiale (par ex. déductions fiscales, allocations familiales, réductions sur les primes des caisses-maladie ou rentes pour enfants), les familles avec enfants restent particulièrement exposées au risque de précarité³³. La raison en est le coût élevé des enfants, composé aussi bien de coûts directs (consommation) que de coûts indirects. Les coûts indirects représentent le coût du temps que les parents consacrent à leurs enfants, en lien avec le travail domestique et familial non rémunéré, et la diminution du revenu tiré de l'activité professionnelle qui en résulte³⁴. Ce phénomène concerne surtout les mères : les femmes qui exercent une activité lucrative et dont l'enfant le plus jeune a moins de quatre ans représentaient en 2019 la plus grande partie (82,3 %) des personnes travaillant à temps partiel³⁵. Lorsque l'activité lucrative et l'éducation des enfants sont assumées par plus d'une personne et qu'un seul ménage doit être financé, les ressources suffisent dans la plupart des cas. L'évolution des formes de famille a toutefois pour effet qu'il faut de plus en plus souvent financer deux ménages. Une situation déjà tendue en termes de revenus peut donc devenir précaire si les besoins financiers augmentent. Après une séparation, les revenus sont fréquemment insuffisants, de sorte que les contributions d'entretien versées sont elles aussi insuffisantes. L'obligation de supporter unilatéralement le déficit en cas de divorce accroît le problème. Quand le revenu commun ne permet plus de couvrir tous les coûts, après la séparation, le parent créancier d'aliments (généralement celui qui assume la prise en charge principale des enfants) doit supporter seul l'écart entre les moyens disponibles et les besoins³⁶. En général, ce parent et l'enfant seront amenés à devoir solliciter l'aide sociale, ce qui entraînera une obligation de remboursement à la charge de ce parent. Dès que sa situation financière le lui per-

³¹ Voir OFS, Sécurité sociale/Aide sociale/Bénéficiaires de l'aide sociale/Bénéficiaires de l'aide sociale en Suisse en 2019, p. 1.

³² Voir OFS, Sécurité sociale/Aide sociale/Bénéficiaires de l'aide sociale/Bénéficiaires de l'aide sociale en Suisse en 2019, p. 3.

³³ Voir le message sur l'entretien de l'enfant, p. 518 : voir aussi le rapport sur les familles 2017, p. 5.

³⁴ Voir OFS, Catalogues et banques de données/Publications/Le coût des enfants en Suisse 2009, p. 3.

³⁵ Voir OFS, Communiqué de presse « Le travail à temps partiel en Suisse 2017 » du 17 janvier 2019, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/medien/communiqués-de-presse/2019/2019-01-17-le-travail-a-temps-partiel-en-suisse-2017.html>

³⁶ Voir ATF 135 III 66.

met, le parent doit rembourser les prestations d'aide sociale dont il a bénéficié³⁷, de sorte qu'il peut s'avérer difficile pour lui de sortir de la précarité.

D. Progrès dans le domaine de la médecine reproductive

- 44 Les progrès accomplis par la médecine reproductive ont eux aussi des effets sur le droit de la famille. Le premier enfant né par fécondation in vitro³⁸ a vu le jour en 1978 en Grande-Bretagne. Les techniques médicales ont continué à se développer depuis. La fécondation in vitro (FIV) est arrivée en Suisse en 1983. La loi suisse sur la procréation médicalement assistée, restrictive en comparaison internationale, date du 18 décembre 1998, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 et a été révisée en 2017. Les statistiques montrent clairement que les familles se forment aujourd'hui plus tard que par le passé³⁹; comme le risque d'infertilité biologique augmente avec l'âge des femmes et des hommes, le recours aux méthodes de procréation médicalement assistée, y compris s'agissant de méthodes non autorisées en Suisse, ne cesse d'augmenter.
- 45 En 2018, 2987 couples ont entamé une FIV⁴⁰. Lorsque la FIV (injection intracytoplasmique de spermatozoïdes [ICSI] incluse) n'aboutit pas, les couples mariés peuvent recourir à un don de sperme pour surmonter leur infertilité (ou éviter la transmission d'une maladie héréditaire) (art. 3, al. 3, LPMA). Le nombre total des naissances annoncées comme issues d'un don de sperme inscrites dans le registre depuis le 1^{er} janvier 2001 était de 4126 au 31 décembre 2019 (soit 217 naissances par an)⁴¹. Le nombre des donneurs de sperme enregistrés depuis le 1^{er} janvier 2001 est de 895⁴².
- 46 Les raisons pour lesquelles des personnes désirant avoir un enfant font appel à la médecine reproductive sont variées. En Suisse, l'accès à la procréation médicalement assistée est réservé aux couples (et aux couples mariés en cas de don de sperme hétérologue) qui veulent surmonter leur infertilité ou éviter la transmission d'une maladie héréditaire grave. Les autres couples et les personnes seules souhaitant avoir un enfant doivent donc se tourner vers l'étranger, car l'accès à la procréation médicalement assistée leur est fermé en Suisse. Sont ainsi interdits le don de sperme pour les femmes célibataires, le don d'ovules, le

³⁷ Pour plus de détails sur le sujet, voir le message sur l'entretien de l'enfant, p. 540 ss.

³⁸ La fécondation in vitro est la fusion d'un ovule et d'un spermatozoïde en dehors du corps de la femme (voir art. 2, let. c, LPMA).

³⁹ Voir le rapport sur les familles 2017, p. 11 s. et OFS, Population/Naissances et décès/Âge moyen des mères et des pères à la naissance de l'enfant selon la nationalité, 1971–2019. L'âge plus élevé des mères à la naissance de leur premier enfant s'explique par des formations plus longues, une entrée plus tardive dans la vie professionnelle, l'évolution des modes de vie et des comportements, etc.; voir aussi OFS, Population: Panorama 2020, p. 6, www.ofs.admin.ch (consulté le 21 avril 2021): « Les difficultés à concilier vie professionnelle et vie familiale ainsi que l'allongement du temps de formation peuvent expliquer que la fondation d'une famille, lorsqu'elle a lieu, survient toujours plus tard. »

⁴⁰ Voir Office fédéral de la santé publique, Nombre de couples ayant commencé un traitement FIV : raison du traitement, 2008–2018, www.ofsp.admin.ch (consulté le 21 avril 2021).

⁴¹ Voir Office fédéral de la santé publique, Enfants nés suite à un don de sperme, www.ofsp.admin.ch (consulté le 21 avril 2021). **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

⁴² Voir Office fédéral de la santé publique, Enfants nés suite à un don de sperme, www.ofsp.admin.ch (consulté le 21 avril 2021). **Fehler! Linkreferenz ungültig.**

don d'embryon et la gestation pour autrui (voir n°248 ss). Les couples et les femmes célibataires recourent parfois aussi – quand cela leur paraît possible et souhaitable – à l'utilisation de dons de sperme privés.

E. Recul des adoptions

- 47 Le nombre des adoptions a continuellement baissé depuis les années 1980. Le recul des adoptions d'enfants venant de l'étranger s'explique de différentes manières. Citons par exemple la ratification de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH), dont le but est d'éviter si possible de couper les enfants de leur environnement culturel. À la suite de la révélation de plusieurs cas de trafic d'enfants, de nombreux pays d'origine ont par ailleurs durci leur politique en matière d'adoption⁴³. La baisse du nombre des grossesses non désirées, l'acceptation des mères célibataires par la société et la possibilité de réaliser son désir d'enfant grâce aux méthodes de procréation médicalement assistée expliquent également cette baisse⁴⁴.
- 48 Il ressort des statistiques de la Confédération que plus de deux tiers des adoptions des dernières années étaient des adoptions de l'enfant du conjoint, cas dans lesquels un père social a en général décidé d'endosser la paternité juridique d'un enfant⁴⁵. En 2019, il y a eu 462 adoptions (2018 : 429 ; 2017 : 305). Dans 340 cas (2018 : 295 ; 2017 : 195), il s'agissait d'une adoption de l'enfant du conjoint, dont deux seulement (2018 : 1 ; 2017 : 3) étaient des adoptions par la belle-mère.

5. Résumé et exigences posées à un nouveau droit de l'établissement de la filiation

- 49 Avec la plus grande liberté existant aujourd'hui dans le choix de l'organisation familiale, la baisse du nombre des mariages et la hausse de celui des divorces, mais aussi grâce aux progrès accomplis par la médecine reproductive, qui a notamment ouvert aux couples de même sexe la possibilité de fonder une famille, les projets de vie et de famille se sont faits beaucoup plus variés. À côté des familles monoparentales (le plus souvent des mères avec leurs enfants) et des familles recomposées ou patchwork, la grande diversité des formes familiales s'explique aussi par les possibilités offertes par une procréation médicalement assistée devenue globalisée.
- 50 Ces évolutions sociétales ne se limitent pas à la Suisse, mais s'observent dans bien des régions du monde, et en particulier en Europe. La pluralisation des formes familiales pose un défi aux ordres juridiques européens. Ces dernières années, les législateurs de plusieurs pays ont ainsi révisé le droit de la famille, et en particulier le droit de l'établissement de la filiation. Tel est le cas de l'Autriche

⁴³ Voir par ex. le rapport Adoptions illégales d'enfants du Sri Lanka, p. 13.

⁴⁴ Voir OFS, Population/Naissances et décès/Adoptions ; KUHN, p. 14.

⁴⁵ Voir OFS, Population/Naissances et décès/Adoptions, 1980–2019. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population-naissances-et-deces/adoptions.html>

et de certaines provinces canadiennes. Le droit de l'établissement de la filiation d'autres pays, comme l'Allemagne, la France et les Pays-Bas, a fait l'objet de modifications ponctuelles et doit maintenant également faire l'objet d'une révision globale⁴⁶.

- 51 Les évolutions sociétales ont également entraîné une évolution du droit : le droit en vigueur interdit la discrimination à raison du mode de vie, le « mariage pour tous » a été adopté par les deux chambres du Parlement fédéral⁴⁷, la parenté des couples de même sexe sera admise en droit (voir n° 28)⁴⁸, l'enfant est considéré comme un sujet à part entière. Un nouveau droit de l'établissement de la filiation doit s'inscrire dans cette nouvelle donne juridique.
- 52 Au vu des évolutions sociétales et juridiques exposées plus haut, il y a lieu de redéfinir la notion de parenté et la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation ne fait donc aucun doute⁴⁹. Même le Tribunal fédéral l'a fait remarquer ces dernières années⁵⁰. L'heure d'une nouvelle réforme du droit de l'établissement de la filiation en Suisse a dès lors sonné.
- 53 Le droit de l'établissement de la filiation a pour fonction de garantir l'attribution claire, rapide et univoque des enfants à un ou plusieurs parents. Il doit également préciser à quelles conditions le lien ainsi établi peut être annulé. Le droit de l'établissement de la filiation définit les critères selon lesquels la filiation juridique est créée à l'origine, puis comment elle peut être supprimée par la suite. Le rôle des décisions juridiques reste toutefois limité dans ce domaine, car les choix et les relations privés échappent à leur emprise. En réglant l'attribution de la parenté, le droit de l'établissement de la filiation permet de déterminer qui détient l'autorité parentale, qui a juridiquement le droit d'avoir des contacts personnels avec l'enfant, qui doit subvenir à son entretien et qui est en droit d'hériter ; mais il n'en demeure pas moins que les relations sociales et affectives se nouent indépendamment du droit. Avec l'augmentation du nombre des familles recomposées, l'attribution juridique et l'appartenance émotionnelle s'entremêlent toujours plus. C'est pourquoi on peut d'ores et déjà parler aujourd'hui de multiparenté de fait. Le droit de l'établissement de la filiation doit également tenir compte de ce phénomène, en reconnaissant l'importance et le rôle d'une relation affective et/ou génétique même lorsqu'elle ne se traduit pas par un lien de parenté juridique.

⁴⁶ Voir les rapports d'experts *France* : Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapport du groupe de travail « Filiation, origines, parentalité », Paris, 2014 ; *Pays-Bas* : Child and Parents in the 21st Century, Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood, La Haye, 2016 ; *Allemagne* : Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (éd.), Berlin, Cologne, 2017.

⁴⁷ FF 2020, p. 9607 ss

⁴⁸ Filiation avec l'épouse de la mère : art. 255a nCC.

⁴⁹ Voir aussi BOCE 2018, p. 334, rapporteur Noser ; ATF 144 III 1, consid. 4.4.3 ; Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr 12.3607, passim.

⁵⁰ ATF 144 III 1, consid. 4.4.1 ; TF 5A_541/2017 du 10 janvier 2018.

III. Lignes directrices du droit de l'établissement de la filiation

1. Exigences du droit et enseignements de la psychologie

A. Exigences en termes de droits fondamentaux

- 54 La nouvelle conception du droit de l'établissement de la filiation doit obéir aux lignes directrices contraignantes de la Constitution et du droit international. Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique, selon les termes de la Constitution, c'est-à-dire aussi dans le droit de la famille (art. 35, al. 1, Cst.). Les autorités, à savoir le législateur, le gouvernement et l'administration, doivent également veiller à ce que les droits fondamentaux, « dans la mesure où ils s'y prêtent », soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux (art. 35, al. 3, Cst.). L'absence de contrôle constitutionnel des lois fédérales (art. 190 Cst.) explique, précisément dans le domaine du droit de l'établissement de la filiation, le manque partiel de concrétisation des droits fondamentaux par le Tribunal fédéral. Il est dès lors d'autant plus important que le législateur veille lui-même au respect des droits fondamentaux et les protège, en tenant compte en particulier de la CEDH, qui l'emporte sur les lois fédérales. Le contrôle conventionnel a d'ailleurs déjà amené quelques évolutions sous l'empire du droit en vigueur.
- 55 En matière de réglementation de la filiation, il s'agit de se conformer aussi bien aux normes qui sont de nature programmatique et qui servent de cadre aux projets législatifs (a), qu'aux exigences individuelles résultant des droits fondamentaux et des droits de l'homme, qui peuvent être invoqués en justice dans un cas concret (b).
- a) *Approche programmatique : les droits fondamentaux en tant que mandat législatif*
- 56 La dignité humaine (1.), le bien de l'enfant (2.) ainsi que l'égalité et l'interdiction de la discrimination (3.) sont les droits fondamentaux programmatiques à mettre au premier plan.
- 57 **1. Dignité humaine** : elle est le fondement même de l'être humain et de l'ensemble de l'ordre juridique. L'obligation de respecter et de protéger la dignité humaine est déterminante pour tous les domaines du droit et oblige « les autorités à fonder leurs décisions sur un ordre de valeurs qui se base sur la reconnaissance de la valeur intrinsèque des individus »⁵¹. La dignité humaine est inscrite à l'art. 7 Cst. en tant que droit fondamental, mais elle est aussi reconnue en tant que principe constitutionnel général non écrit.

⁵¹ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 1, p. 143.

- 58 La teneur et la portée de la dignité humaine ne sont pas claires en tous points. Tandis qu'une partie de la doctrine part du principe que les embryons⁵² et les fœtus sont déjà détenteurs de droits fondamentaux, même limités, et que la protection de la dignité s'étend au-delà de la mort, la majorité de la doctrine plus récente estime que la dignité humaine, en tant que droit fondamental, commence à la naissance accomplie de l'enfant et finit avec la mort. Tandis que la dignité humaine, comme droit fondamental, est une garantie dont l'essence est intangible, elle représente en tant que principe constitutionnel une directive générale que le législateur peut concrétiser, voire éventuellement limiter. En tant que principe constitutionnel, la dignité humaine ne concerne pas uniquement la personne physique individuelle, mais s'étend aussi à la vie avant la naissance et aux personnes décédées. Il en va de bien plus que de l'individu pris comme tel : il en va de la protection de ce qui fait l'appartenance au genre. La dignité humaine peut dès lors aussi être atteinte lorsque ce n'est pas un être humain concret qui souffre, mais l'idée même de l'être humain (par ex. dans le cas du clonage). C'est la protection d'un consensus social – par conséquent sujet à mutations – sur ce qui fait l'être humain. En tant que principe constitutionnel non écrit et indéterminé, la dignité humaine ne constitue pas à elle seule une base légale suffisante pour empiéter sur les droits et les libertés de l'individu, raison pour laquelle il incombe à l'auteur de la Constitution et au législateur de veiller au respect et à la protection de la dignité humaine, de procéder à certaines pesées d'intérêt et, si nécessaire, de prévoir des mesures de protection étatiques.
- 59 **2. Bien de l'enfant :** la signification programmatique de la protection du bien de l'enfant est comparable à celle de la dignité humaine ; elle va elle aussi au-delà de la protection de l'individu et fait de la sauvegarde du bien de tous les enfants (y compris de ceux qui ne sont pas encore nés et ne jouissent donc pas encore de droits fondamentaux) un cadre contraignant pour l'action de l'État. Le législateur et les autorités sont par conséquent tenus de mettre en place des conditions-cadre pour protéger le bien de tous les enfants, y compris au stade où ils ne sont encore que désirés par leurs parents. Cette portée programmatique résulte en premier lieu de l'art. 3, par. 1, CDE-ONU, qui prévoit que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Selon la doctrine et la jurisprudence suisses, le bien de l'enfant est la maxime suprême du droit de la filiation, constitue un principe constitutionnel général et doit toujours être considéré en priorité lorsque l'État adopte des mesures qui concernent les enfants⁵³. Cette prise en compte prioritaire du bien de l'enfant découle également de la garantie spécifique des droits

⁵² Voir aussi ATF 119 Ia 460, consid. 7a : « Angesichts des Umstandes, dass mit der Befruchtung einer Eizelle in bezug auf das Erbgut eine menschliche Individualität determiniert ist, kann das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft in der Tat nicht gleichgültig sein. » (comme la fécondation d'un ovule va déterminer une individualité humaine, au plan de l'hérédité, la communauté juridique ne peut rester indifférente au destin de l'embryon in vitro).

⁵³ Voir ATF 144 II 233, consid. 8.2.1 ; 141 III 328, consid. 5.4, 340 ; 129 III 250, consid. 3.4.2.

fondamentaux des enfants et des jeunes inscrite à l'art. 11, al. 1, Cst., du but social contraignant prévu à l'art. 41, al. 1, let. g, Cst., selon lequel les enfants et les jeunes doivent être encouragés dans leur développement et soutenus dans leur intégration, et de l'obligation faite à la Confédération et aux cantons par l'art. 67 Cst. de tenir compte des besoins de développement et de protection propres aux enfants et aux jeunes⁵⁴. Il s'agit pour le législateur de concevoir les normes de droit de manière à garantir les intérêts des enfants dans les situations les plus diverses. Il doit adopter des réglementations nuancées et prévoir suffisamment de marge d'appréciation et de possibilités de dérogations pour qu'il soit possible de tenir compte des besoins individuels des enfants dans les diverses situations familiales problématiques qui peuvent se présenter⁵⁵. Ainsi, le principe impératif du bien de l'enfant a été déterminant lors de la révision du droit de l'adoption, notamment en lien avec l'extension des cas d'adoption de l'enfant du conjoint⁵⁶. De même, plusieurs dispositions du droit de l'adoption et de la procréation médicalement assistée visent à protéger le droit de l'enfant à connaître ses origines.

- 60 Le bien de l'enfant est une notion juridique indéterminée qui appelle une concrétisation. S'il sert de principe directeur pour le législateur, il ne substitue pas à la réglementation légale. Selon le Tribunal fédéral, le bien de l'enfant recouvre entre autres les possibilités de développement au niveau moral, psychique, physique et social, en fonction de l'âge de l'enfant ; il faut donc rechercher la meilleure solution possible pour l'enfant compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce⁵⁷. Pour concrétiser le bien de l'enfant, il faut aussi prendre en compte les enseignements livrés par d'autres disciplines scientifiques, car la notion ne peut pas être explicitée sous ses seuls aspects juridiques. Ces enseignements partent de l'hypothèse qu'un enfant a besoin d'au moins un parent, qui en assume la responsabilité, le soutient et l'accompagne sur le chemin qui l'amène à devenir une personne indépendante et responsable, et lui garantit la stabilité dont il a besoin.
- 61 L'état civil des parents d'un enfant n'est pas déterminant pour son bien. Si la relation des parents, stable et inscrite dans la durée, peut être considérée comme un facteur positif pour son bien, le mariage n'est pas un garant de la stabilité de la relation, des aptitudes éducatives des parents ou de la sécurité économique de l'enfant. La capacité des adultes à offrir à un enfant des conditions lui assurant sécurité et stabilité ne dépend en effet pas de leur état civil ou de leur mode de vie. Les couples non mariés ou de même sexe, les personnes seules et, selon les circonstances, les « familles » dans lesquelles il existe plus de deux parents, ne sont pas moins aptes à élever un enfant conformément à son bien.
- 62 **3. Égalité et interdiction de la discrimination :** le principe général d'égalité (art. 8, al. 1, Cst.) ne lie pas seulement les autorités qui appliquent le droit, mais

⁵⁴ Voir ATF 144 II 233, consid. 8.2 et les références citées.

⁵⁵ KUHN, p. 224.

⁵⁶ Voir le message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption) du 28 novembre 2014, p. 836 : « La révision du droit de l'adoption consacre la volonté de mettre le bien de l'enfant au centre de la décision d'adoption. »

⁵⁷ ATF 129 III 250, consid. 3.4.2 (trad. JdT 2003 I 187).

aussi celles qui légifèrent. Selon la jurisprudence constante, une norme viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances⁵⁸. Le principe de l'égalité commande donc que les personnes et les situations semblables soient traitées de manière identique, mais peut parfois aussi justifier, voire, selon le contexte, imposer un traitement différent (obligation de différenciation). L'égalité devant la loi consacrée à l'art. 8, al. 2, Cst. interdit de discriminer des êtres humains à raison de certains critères personnels (comme le sexe, le mode de vie ou l'âge). Lorsque le législateur se fonde sur l'un de ces critères, cela entraîne la présomption d'une discrimination interdite, qui ne peut être renversée que par la preuve de l'existence de motifs particulièrement qualifiés. Le législateur n'est pas seulement tenu de renoncer lui-même à des discriminations directes et indirectes, il doit aussi protéger les titulaires de droits fondamentaux de discriminations dans les faits. Certaines caractéristiques constitutives de la personnalité d'un individu ou certaines décisions qui lui sont propres ne doivent pas le désavantager dans l'ordre juridique ou dans la société. L'interdiction de la discrimination comporte donc un mandat général de protection de l'État.

b) Approche individuelle : les droits fondamentaux en tant que droits justiciables

- 63 Les principaux droits fondamentaux de l'individu liés à la parenté et à la filiation sont la protection de la dignité humaine (1.), l'interdiction de la discrimination (2.), la protection de la liberté personnelle, et en particulier de l'autonomie reproductive et de l'autodétermination (3.), la protection des enfants et des jeunes (4.) et de la vie familiale (5.) et le droit à connaître ses origines (6.).
- 64 **1. Dignité humaine :** à la différence de son contenu programmatique, la dignité humaine en tant que droit fondamental confère un droit individuel justiciable (voir n° 58). L'art. 7 Cst. énonce que la dignité humaine doit être respectée et protégée. La dignité humaine est, en tant que garantie fondamentale intangible, inviolable dans son essence (voir art. 36, al. 4, Cst.). L'art. 7 Cst. interdit toute mesure qui traite un être humain en tant qu'objet ou personne de moindre valeur, le catégorise ou l'instrumentalise. Toute vie humaine doit être respectée et protégée dans son unicité et son altérité. La dignité humaine est violée lorsqu'un traitement porte atteinte à l'estime qu'une personne a d'elle-même, lui dénie sa valeur propre ou limite outre mesure sa liberté et son autodétermination. La dignité humaine est inaliénable, elle ne se périmé ni ne se prescrit, de sorte que tout être humain peut invoquer en tout temps et sans condition la protection et le respect de sa dignité. La protection de l'art. 7 Cst. n'est offerte qu'aux personnes physiques, menacées ou déjà frappées par un tort concret. Elle ne commence

⁵⁸ ATF 131 I 1.

qu'à la naissance de l'individu, de sorte que l'enfant à naître n'est pas encore protégé par l'art. 7 Cst.⁵⁹.

- 65 **2. Interdiction de la discrimination** : l'art. 8, al. 2, Cst. interdit toute discrimination directe ou indirecte. La disposition n'exclut pas toute inégalité de traitement fondée sur des critères en principe exclus, mais elle place la barre très haut en termes de justification. Lorsqu'il est fait référence à des éléments particulièrement sensibles de l'être humain, tels ceux énumérés à l'art. 8, al. 2, Cst. (origine, race, sexe, âge, langue, situation sociale, mode de vie, convictions religieuses, philosophiques ou politiques et déficience corporelle, mentale ou psychique), on peut partir de l'idée que l'on se trouve en face d'une discrimination interdite. Pour écarter ce soupçon, l'État doit apporter la preuve de l'existence de motifs qualifiés. Il doit démontrer que les mesures adoptées ne visent pas à rabaisser, marginaliser ou désavantager les personnes répondant à ces critères, mais se justifient pour des raisons particulièrement importantes et légitimes. Dans la mesure où la Constitution interdit aussi bien la discrimination directe que la discrimination indirecte, elle est également violée lorsque des normes ou des mesures sont certes formulées en termes neutres, mais désavantagent un groupe protégé (par ex. les femmes ou les homosexuels) sans que ce désavantage ne soit justifié par des intérêts supérieurs.
- 66 **3. Droit à la liberté personnelle** : ce droit, inscrit à l'art. 10, al. 2, Cst., protège en particulier l'intégrité corporelle et spirituelle et la liberté de mouvement ainsi que, selon la jurisprudence constante, toutes les libertés relevant des aspects élémentaires de l'épanouissement de la personnalité. Si elle n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme si peu importante soit-elle⁶⁰, elle recouvre en revanche toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine⁶¹. Ces libertés élémentaires et le droit à l'épanouissement de la personnalité comprennent en premier lieu le droit à connaître ses origines (voir n° 219 ss)⁶². Les limitations apportées à ce droit ne sont conformes à la constitution que si elles sont prévues par la loi, justifiées par un intérêt public prépondérant ou par la protection des droits fondamentaux de tiers et proportionnées. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, l'âge avancé d'une personne ne diminue pas son intérêt à connaître ses origines⁶³. Le droit à connaître ses parents génétiques est inaliénable et ne se périme pas⁶⁴ ; il doit aussi être réalisé dans les relations qui lient les particuliers entre eux.
- 67 Au nombre des libertés élémentaires relevant de l'épanouissement de la personnalité figure aussi le choix d'avoir et d'élever des enfants, ou non. La doctrine internationale et, de plus en plus, la doctrine suisse également parlent à ce pro-

⁵⁹ La protection de l'enfant à naître est garantie, contre les abus de la médecine reproductive, par l'art. 119 Cst.

⁶⁰ ATF 101 Ia 336, consid. 7a.

⁶¹ ATF 101 Ia 336, consid. 7a.

⁶² Voir ATF 128 I 68, consid. 3.1 ; 134 III 241, consid. 5.5.

⁶³ Voir Cour EDH, arrêt n° 58757/00 du 13 octobre 2006 dans l'affaire Jäggi c. Suisse, consid. 40.

⁶⁴ ATF 134 III 241, consid. 5.2.2.

pos d'*autonomie reproductive*. On entend par là la capacité et la possibilité de penser les questions liées à la procréation à la lumière de ses désirs et de ses valeurs propres. Le mouvement féministe a lutté pour l'accès à la contraception et à des méthodes sûres d'interruption de grossesse. Mais la liberté de se reproduire, dans sa dimension originelle, a aussi été gravement violée lorsque des personnes ont été empêchées de procréer, par des stérilisations forcées par exemple, pratiquées avec un objectif eugéniste ou de politique démographique. Le droit de ne pas être contraint de procréer et celui de ne pas en être empêché constituent l'essence même de l'autonomie reproductive. Cela signifie que la nécessité du désir d'enfant n'a pas à être examinée et que ce désir n'a pas besoin d'être justifié à l'endroit des organes de l'État⁶⁵.

- 68 Le droit de faire appel à une assistance médicale pour procréer fait l'objet de davantage de contestations que le droit à ne pas voir ses choix reproductifs faits par d'autres. La procréation médicalement assistée a suscité beaucoup de demandes en termes d'autodétermination, y compris s'agissant de l'accès aux mesures technologiques les plus diverses. Ainsi, la question de l'accès à des possibilités de plus en plus étendues met en jeu l'étendue même du droit à l'autonomie reproductive. On parle parfois d'*autonomie reproductive positive*, terme qui peut être trompeur dans la mesure où il n'en résulte, dans la compréhension qu'on en a aujourd'hui, aucune obligation pour l'État de garantir un accès gratuit à l'ensemble des méthodes de la médecine reproductive. Mais la conception de l'autonomie est positive dans le sens où l'on y voit la réalisation d'un but, celui de pouvoir devenir parents.
- 69 L'autonomie reproductive est inscrite à l'art. 8 CEDH, qui consacre le droit au respect de sa vie privée et familiale. Cette place démontre la proximité conceptuelle et normative qui existe entre la vie privée et la liberté, qui englobe aussi le droit de décider soi-même de son corps. En droit suisse, l'autodétermination reproductive est déduite du droit fondamental à la liberté personnelle. Il subsiste toutefois beaucoup d'incertitude quant à sa véritable portée. Il est cependant admis que l'accès aux méthodes permettant de réaliser son désir d'enfant en fait partie. Le Tribunal fédéral le constatait déjà en 1989 au sujet de la question de l'accès aux méthodes de procréation artificielle : avoir des enfants et les élever constitue pour beaucoup d'êtres humains une préoccupation centrale de leur vie et rester sans enfants sans qu'on l'ait choisi est souvent considéré comme une épreuve par les personnes concernées⁶⁶. La Cour EDH a elle aussi souligné, quand elle s'est penchée sur le droit autrichien, que l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée rentrait dans le champ protégé par le droit au respect de la vie privée⁶⁷.
- 70 Cela ne donne pas pour autant naissance à un droit constitutionnel « à avoir des enfants », car aucun être humain ne saurait prétendre à un droit sur un autre être humain. Il est seulement exigé de l'État qu'il respecte le désir d'enfant et

⁶⁵ HILPERT, p. 413.

⁶⁶ ATF 115 Ia 234, consid. 5a.

⁶⁷ Cour EDH, arrêt n° 57813/00 du 3 novembre 2011 dans l'affaire S.H. c. Autriche.

contribue à sa réalisation, sans qu'il en résulte pour lui d'obligation de fournir des prestations qui peuvent être déduites en justice. La reconnaissance de l'autonomie reproductive en tant que droit fondamental signifie que les limitations juridiques qui lui sont apportées doivent satisfaire aux conditions énoncées à l'art. 36 Cst. : l'État doit exposer, dans sa réglementation de la médecine reproductive, les intérêts publics qu'il défend et dans quelle mesure les éventuelles limitations de l'accès aux méthodes permettant de réaliser le désir d'enfant sont proportionnées. Il ne peut pas le faire en recourant aux images traditionnelles de la famille et du partage des rôles, mais doit avant tout veiller à adopter des mesures pour protéger la dignité humaine et le bien de l'enfant, et pour prévenir les abus, qui soient le moins incisives possibles.

- 71 **4. Protection des enfants et des jeunes** : les enfants et les jeunes sont titulaires dès leur naissance de presque tous les droits fondamentaux. La Constitution leur accorde de plus un droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement (art. 11, al. 1, Cst.). Cette norme fondamentale de protection de la jeunesse consacrée par le catalogue des droits fondamentaux garantit aussi le droit fondamental de l'enfant à ce que l'État assure sa prise en charge et son éducation par ses parents, et à ce que ses parents prennent soin de lui et l'éduquent ; elle légitime les mesures permettant d'offrir davantage de protection et d'encouragement aux enfants et aux jeunes qu'aux adultes et d'accorder la priorité à leurs intérêts en cas de conflit. La Constitution garantit aussi aux enfants et aux jeunes un droit fondamental indépendant à pouvoir exercer eux-mêmes tous leurs droits et leurs libertés (pas seulement les droits strictement personnels) dans la mesure où ils sont capables de discernement (art. 11, al. 2, Cst.). Toute limite d'âge fixée pour l'exercice autonome des droits et des devoirs nécessite une justification, tant dans la perspective de l'art. 11, al. 2, Cst. que dans celle de l'interdiction de la discrimination inscrite à l'art. 8, al. 2, Cst.
- 72 **5. Droit au respect de la vie privée et de la vie familiale** : le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale est garanti explicitement à l'art. 8 CEDH. La protection assurée par cette disposition s'étend à tout ce qui, en Suisse, découle des art. 10, al. 2, 13, al. 1, et 14 Cst. La protection du libre-choix des relations familiales constitue le noyau du droit à la protection de la vie familiale. L'art. 8 CEDH ne protège en revanche pas le simple désir de fonder une famille. Ni la CEDH, ni la Cst. ne définissent la notion de « vie familiale ». Celle-ci a considérablement évolué en Suisse et en Europe au cours des dernières décennies. La notion ancrée à l'art. 8 CEDH vise aujourd'hui moins à protéger une vie familiale traditionnelle ou bourgeoise idéalisée, basée sur le mariage, que des relations réellement vécues, présentant une certaine intensité et une certaine stabilité.
- 73 La Cour EDH recourt, dans l'application de l'art. 8 CEDH, à une notion large et flexible de la famille, dont le contenu n'est pas précisément déterminé⁶⁸. La priorité n'est pas de protéger la famille constituée selon le droit, mais la vie familiale

⁶⁸ ATF 135 I 143, consid. 3.1.

réellement vécue, de sorte que l'orientation sexuelle des parents, par exemple, ne joue aucun rôle. L'enfant du conjoint ou un enfant accueilli dans le cadre d'un placement extrafamilial peut également former une famille, au sens de l'art. 8 CEDH, avec le ou la partenaire de son parent ou sa famille d'accueil.

- 74 À côté de la famille nucléaire, la notion englobe d'autres situations familiales, pour autant qu'il existe une relation suffisamment proche, vraie et effectivement vécue⁶⁹. Les indices de telles relations sont par exemple une vie commune sous un même toit, une dépendance financière, des liens familiaux particulièrement étroits, des contacts réguliers ou la responsabilité assumée pour une autre personne⁷⁰. Une simple parenté biologique ne suffit en revanche pas s'il n'existe pas de parenté juridique ou d'indice d'une relation réellement vécue⁷¹. Cette conception de la famille paraît privilégier *prima facie* la parenté sociale par rapport à la parenté génétique⁷². Mais la simple intention de mener une vie familiale peut exceptionnellement elle aussi entrer dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH, surtout dans les cas où les circonstances empêchant que cette vie familiale soit déjà devenue réalité ne sont pas imputables à la personne qui souhaite nouer une relation familiale. S'agissant du cas d'un père génétique, les critères déterminants sont la nature de la relation entre les parents génétiques de l'enfant, l'engagement du père génétique avant et après la naissance et l'intérêt qu'il a manifesté pour l'enfant⁷³. C'est ainsi que la Cour EDH a par le passé reconnu le droit au respect de leur vie familiale à des pères génétiques qui ne pouvaient pas (encore) avoir de contact avec l'enfant⁷⁴. Des enfants adoptés peuvent également former une famille avec leurs parents adoptifs quand la vie familiale n'est pas encore réellement vécue, mais qu'elle est prévue⁷⁵.
- 75 Pour l'heure, il ne semble pas (encore) exister de droit à l'égalité de traitement des parents sociaux, génétiques et juridiques. La Cour EDH a par exemple jugé que les différences entre le père génétique, le père juridique et la mère en matière de contestation de la paternité juridique ne violaient pas l'interdiction de la discrimination (art. 8 en rel. avec l'art. 14 CEDH), car elles étaient justifiées par un but de protection de l'enfant et de sa famille sociale. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur et du juge de décider dans quelles circonstances il y a lieu d'accorder la priorité à la relation existant entre le père juridique (et so-

⁶⁹ ATF 135 I 143, consid. 3.1.

⁷⁰ ATF 135 I 143, consid. 3.1.

⁷¹ Voir Cour EDH, arrêt n° 45582/99 du 1^{er} juin 2004 dans l'affaire L. c. Pays-Bas, consid. 37 in fine : « [...] la Cour ne partage pas l'avis du requérant selon lequel une simple parenté biologique dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite doit être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'article 8. »

⁷² WYTTEBACH/GROHSMANN, PJA 2014, p. 151.

⁷³ Voir Cour EDH, arrêt n° 20578/07 du 21 décembre 2010 dans l'affaire Anayo c. Allemagne, consid. 57 ; Cour EDH, arrêt n° 45071/09 du 22 mars 2012 dans l'affaire Ahrens c. Allemagne, consid. 58, et les références citées.

⁷⁴ Voir Cour EDH, arrêt n° 46165/99 du 19 juin 2003 dans l'affaire Nekvedavicius c. Allemagne, consid. 1 ; Cour EDH, arrêt n° 55339/99 du 18 août 2006 dans l'affaire Rozanski c. Pologne, consid. 64.

⁷⁵ Voir Cour EDH, arrêt n° 42276/08 du 20 mai 2010 dans l'affaire Kurochkin c. Ukraine, consid. 37 ; Cour EDH, arrêt n° 29192/95 du 11 juillet 2000 dans l'affaire Ciliz c. Pays-Bas.

cial) et l'enfant par rapport à la relation existant entre le père génétique et l'enfant⁷⁶. Selon le Tribunal fédéral aussi, l'art. 8 CEDH ne permet pas au père génétique de contester le statut du père juridique aussi longtemps que ce dernier vit dans une relation familiale avec l'enfant. En revanche, en vertu de l'art. 8 CEDH, le père génétique doit au moins pouvoir reconnaître juridiquement son enfant lorsque celui-ci n'a pas encore de père juridique⁷⁷.

76 L'intérêt à établir ou à maintenir une filiation juridique relève certes de la protection garantie par l'art. 8 CEDH, raison pour laquelle le non-établissement d'un lien de filiation avec un parent génétique doit être justifié par une loi et par des intérêts publics prépondérants, et apparaître proportionné. Mais chaque État est libre de régler dans sa législation les conditions de la reconnaissance et de la contestation d'une paternité. Il résulte cependant de l'art. 8 CEDH, au sens d'une obligation positive, que les États doivent prévoir dans leurs législations les instruments nécessaires pour que l'enfant puisse être dès sa naissance relié juridiquement à sa famille⁷⁸, ainsi qu'une procédure adéquate pour que les intérêts en conflit puissent être équitablement pondérés. Dans cette mesure, il apparaît délicat qu'une présomption légale l'emporte sur la réalité biologique sans que l'on n'ait procédé à une pesée équitable des intérêts⁷⁹. L'art. 7 CDE-ONU garantit par ailleurs l'enregistrement de l'enfant, son individuation (droit à un nom) et son attribution à un État et à des parents.

77 **6. Droit à connaître ses origines** : ce droit est protégé aussi bien par l'art. 7, al. 1, CDE-ONU que par l'art. 8 CEDH (en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée) et par l'art. 10, al. 2, Cst. (en tant qu'élément de la liberté personnelle). Selon l'art. 7 CDE-ONU, l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance. Il a dès lors le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Le droit à connaître ses origines peut se heurter aux droits, garantis constitutionnellement, de tiers, notamment à ceux de ses parents génétiques. Ce conflit entre droits fondamentaux doit être résolu au moyen d'une pesée des intérêts. Les critères à utiliser peuvent être fixés dans la Constitution ou dans une loi. Le droit suisse prévoit ainsi, pour les *enfants adoptés ou conçus au moyen d'un don de sperme*, un *droit inconditionnel* à connaître leurs origines dès l'âge de 18 ans (art. 268c CC, art. 27, al. 1, LPMA ; voir aussi n° 82). Il existe donc en Suisse une obligation de saisir les données concernant les adoptions dans le registre de l'état civil (art. 7, al. 2, let. m, OEC), respectivement une obligation de consigner les don-

⁷⁶ Voir Cour EDH, arrêt n° 45071/09 du 22 mars 2012 dans l'affaire Ahrens c. Allemagne, consid. 89 s. ; arrêt n° 23338/09 du 24 septembre 2012 dans l'affaire Kautzor c. Allemagne, consid. 91 s.

⁷⁷ Cour EDH, arrêt n° 46185/08 du 21 septembre 2011 dans l'affaire Kruskovic c. Croatie, consid. 18, et les références citées.

⁷⁸ Voir Cour EDH, arrêt n° 6833/74 du 13 juin 1979 dans l'affaire Marckx c. Belgique, consid. 31. Cela découle aussi de l'art. 7 CDE-ONU, qui prévoit que l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et qu'il a dès lors le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

⁷⁹ Voir Cour EDH, arrêt n° 26111/02 du 12 janvier 2006 dans l'affaire Mizzi c. Malte, consid. 113 ss.

nées relatives aux dons de sperme (art. 24 LPMA), de sorte que les enfants adoptés ou conçus par don de sperme en Suisse puissent retrouver les données concernant leur origine génétique (voir n° 219 ss pour les détails).

- 78 En vertu de l'**art. 119, al. 2, let. g, Cst.**, « toute personne » a accès aux données relatives à son ascendance. Le législateur n'a concrétisé ce droit, à première vue valable pour tous, que pour les personnes qui ont été conçues par insémination hétérologue. Le champ d'application de la disposition est donc limité à la procréation médicalement assistée. Les modalités du droit à connaître ses origines dont jouit l'enfant conçu par don de sperme figurent dans la LPMA (voir n° 221 ss).
- 79 Le droit à connaître ses origines fait partie des aspects élémentaires de la personnalité et il est à ce titre protégé par l'**art. 10, al. 2, Cst.** L'accès aux données contenant des informations sur les origines d'une personne fait en outre partie du droit à l'autodétermination informationnelle au sens de l'**art. 13, al. 2, Cst.**

B. Exigences en termes de droits de la personnalité

- 80 L'origine biologique ou génétique (voir n° 96 ss) d'une personne et les données qui s'y rapportent sont des composantes de la personnalité, au sens de l'art. 28, al. 1, CC, et de la vie privée. La recherche et la connaissance de son origine biologique ou génétique relèvent de la protection de l'identité garantie par l'art. 28 CC. Quant au lien social des enfants avec leurs parents, il fait lui aussi partie de la personnalité protégée par le CC. En matière d'origine et de famille, les aspects qui relèvent du droit de la personnalité recoupent largement ceux qui relèvent des droits fondamentaux. La protection constitutionnelle de la vie privée et de la vie familiale sert également de protection de la personnalité. Il peut ainsi être renvoyé aux explications données au sujet de l'art. 7, al. 1, CDE-ONU et de l'art. 8 CEDH (voir ci-dessus n°72 ss). Certaines spécificités en découlent toutefois en ce qui concerne le droit à connaître ses origines (voir n° 219 ss).
- 81 La **connaissance de ses origines génétiques** est importante indépendamment de l'établissement de la filiation juridique. Il s'agit d'un droit de la personnalité de l'enfant, sans égard aux circonstances de sa conception. La connaissance de ses origines est un aspect essentiel de l'identité personnelle, puisqu'elle renseigne sur un **pan essentiel de sa propre histoire** et permet de se situer dans la chronologie des générations. Les recherches menées sur les enfants adoptés, trouvés ou issus de dons de sperme ont démontré que la connaissance de ses racines est nécessaire pour construire un sentiment d'identité cohérent tout au long de l'existence. Il est donc incontestable qu'il est essentiel pour les êtres

humains de connaître leur origine génétique⁸⁰. L'intérêt pour ses propres origines ne dépend pas de l'âge de l'enfant et ne faiblit pas avec l'âge⁸¹.

- 82 Comme déjà indiqué, les adoptions doivent être inscrites au registre de l'état civil (art. 7, al. 2, let. m, OEC) et les données concernant les dons de sperme pratiqués en Suisse doivent être consignées (art. 24 LPMA ; voir n° 77). Dans tous les autres cas de figure, ni le registre de l'état civil ni les autorités ne disposent de données. Le droit de l'enfant à connaître ses origines repose dans tous ces cas, selon la jurisprudence aujourd'hui constante du Tribunal fédéral, sur la protection de la personnalité garantie à l'art. 28 CC. Cette disposition ne garantit pas un droit inconditionnel à connaître ses origines, mais requiert une pesée des différents droits de la personnalité en présence, l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines étant cependant jugé très important par le Tribunal fédéral⁸². Le droit de l'enfant à connaître ses origines peut entrer en collision avec les droits d'autres personnes, notamment avec le droit du père juridique ou génétique ou de la mère. Inversement, l'intérêt du père juridique ou génétique à savoir s'il est bien le géniteur de l'enfant peut entrer en collision avec l'intérêt de l'enfant à ce que la paternité ne soit pas remise en cause et que la structure familiale qui fonde son identité demeure intacte (au sujet du droit à ne pas savoir, voir n° 240).
- 83 Une pesée des intérêts est aussi nécessaire en ce qui concerne la **collecte des données relatives à l'origine génétique** : il appartient aux personnes concernées, à savoir la mère et le père, de les fournir. Aujourd'hui, un test ADN permet de relier génétiquement un enfant, sans plus aucune incertitude, à ses parents, ses grands-parents, ses frères et sœurs et éventuellement à d'autres membres de sa parenté. Les analyses génétiques réalisées sur l'être humain (art. 3, let. a, LAGH rev) représentent toutefois à maints égards une atteinte aux droits de la personnalité d'une personne. Le prélèvement d'un échantillon pour le test (comme un frottis de la muqueuse jugale ou une prise de sang) touche à l'intégrité corporelle, qui fait partie de la personnalité protégée par les art. 28 ss CC. Les données génétiques et le droit à l'autodétermination informationnelle font également partie de la personnalité protégée par l'art. 28 CC ; entreprendre des recherches à leur sujet représente par conséquent une atteinte à la personnalité. En vertu de l'art. 51 LAGH rev, un profil d'ADN ne peut dès lors être établi en dehors d'une procédure qu'avec le consentement écrit de la personne concernée. Dans une procédure civile, le profil d'ADN d'une partie ou d'un tiers ne peut être établi que sur ordre du juge ou avec le consentement écrit de la personne concernée (art. 49 LAGH rev).

⁸⁰ Cette conclusion est confirmée par des études menées sur les enfants qui ont été conçus par don de sperme, voir BÜCHLER/RYSER, FamPra.ch 2009, p. 5, et les références à TURNER AJ/COYLE A., What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy, Human Reproduction 2000, 2041–2051.

⁸¹ Voir Cour EDH, arrêt n° 58757/00 du 13 octobre 2006 dans l'affaire Jäggi c. Suisse, consid. 40.

⁸² Voir ATF 134 III 241, consid. 5.4.2.

- 84 *S'agissant des actions d'état*, l'art. 296, al. 2, CPC fournit une base légale pour le prélèvement d'un échantillon en vue d'un profil d'ADN. Il prévoit que les parties et les tiers doivent se prêter aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation et y collaborer, dans la mesure où leur santé n'est pas mise en danger. Les dispositions concernant le droit des parties et des tiers de ne pas collaborer ne sont pas applicables. Le Tribunal fédéral a jugé récemment qu'il est admissible, en vertu de l'art. 296, al. 2, CPC, de faire exécuter un test ADN sous la contrainte lorsque l'intéressé ne satisfait pas à son obligation de collaborer⁸³. La doctrine est partagée quant à l'admissibilité de la contrainte corporelle. Selon une partie des auteurs, la contrainte peut être admise bien qu'elle représente une atteinte à l'intégrité physique et psychique d'un être humain. *De lege ferenda*, il y aurait lieu de créer à cet effet une base légale expresse, comme celle qui figure aux art. 434 ss CC. Dans les autres *procédures* mettant en jeu la *connaissance de ses origines* (sans effets d'état civil), c'est l'art. 49, al. 1, LAGH rev qui sert de base légale. Cette disposition prévoit que, dans une procédure civile, un profil d'ADN peut être établi soit avec le consentement écrit de la personne concernée, soit (en l'absence de consentement) sur ordre du juge⁸⁴.
- 85 Pour une autre partie de la doctrine, les tests ADN sont certes obligatoires, mais ils ne peuvent pas être exécutés sous la contrainte physique, ni dans une action d'état ni dans une autre procédure civile ; il y aurait plutôt lieu de sanctionner le refus de collaborer (art. 292 CP) et d'en tenir compte dans l'appréciation des preuves. Selon cette approche, l'exécution par la contrainte d'un frottis de la muqueuse jugale ne constitue jamais une atteinte seulement mineure à l'intégrité corporelle. L'usage de la contrainte et l'atteinte au droit à l'autodétermination sur son propre corps qui en découle sont toujours graves, même si l'intervention proprement dite ne l'est pas. Une telle atteinte grave ne peut être justifiée, dans le cas d'une action en constatation ou en contestation de la filiation, par le fait qu'elle servirait en priorité le bien de la personne concernée, à la différence des traitements dispensés sous la contrainte à des personnes placées à des fins d'assistance (art. 434 ss CC) ou de la stérilisation d'une personne durablement incapable de discernement (art. 7 de la loi sur la stérilisation).

C. Enseignements de la psychologie

- 86 Sous l'angle de la psychologie, il s'agit de mettre en perspective les réflexions menées autour du bien de l'enfant avec les connaissances dont on dispose sur ses besoins fondamentaux et sur les conséquences du non-respect de ces besoins. Parmi ces besoins, on trouve bien sûr l'alimentation, les soins, la protection face aux dangers, mais aussi le besoin de vivre des expériences émotionnelles et sociales dans les relations de confiance que l'enfant entretient avec des

⁸³ Voir TF 5A_590/2016 du 12 octobre 2017, consid. 6 ; TF 5A_492/2016 du 5 août 2016, consid. 3 ; voir aussi MEIER, FamPra.ch 2012, p. 279 ss.

⁸⁴ Voir aussi le message du 5 juillet 2017 concernant la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, FF 2017 5253, p. 5370 s.

êtres humains proches et aimants, la possibilité de vivre des expériences correspondant à son développement dans un environnement motivant, ainsi que la possibilité de disposer de structures et de communautés qui lui permettent de s'orienter et lui donnent un sentiment d'appartenance. Le bien-être et le développement d'un enfant sont menacés par la négligence et par les mauvais traitements physiques et psychiques (y compris des conflits hostiles entre ses personnes de référence), ou par une discontinuité dans les conditions de vie à la suite d'événements imprévisibles ou inévitables. L'on songe notamment aux ruptures de relations provoquées par une séparation ou un divorce, au cas où une personne de référence se retire de la vie de l'enfant, à un changement de lieu d'accueil, ainsi qu'aux pertes liées à la maladie, à la mort ou à la disparition. La **qualité et la continuité des relations** ou du réseau relationnel sont décisives pour le bien de l'enfant.

- 87 Il est également essentiel pour son bien-être, sa santé et son développement que l'enfant puisse faire l'expérience de **l'agentivité**, c'est-à-dire de la possibilité d'exercer une influence sur son quotidien et sur les circonstances de sa vie. Même s'il est dépendant de son environnement social, l'enfant est dès le début de son existence une personne qui sent, perçoit, choisit et agit. Le droit lui-même reflète aujourd'hui le constat que les enfants ne sont pas simplement des êtres humains en devenir, mais qu'ils le sont à part entière dès le départ⁸⁵. Au siècle passé, les enfants sont devenus des sujets titulaires de droits propres. Selon l'art. 12 CDE-ONU, les enfants qui sont capables de discernement ont le droit d'exprimer librement leur opinion sur toute question les intéressant⁸⁶. Du point de vue psychologique, il est important que les enfants reçoivent toujours les informations nécessaires, indépendamment de leur niveau de développement et de leurs facultés cognitives mais conformément à leur âge et à leur degré de maturité, et que leurs opinions soient prises en considération dans les décisions qui les concernent.
- 88 Il est également important pour le développement de son identité que l'enfant dispose d'**informations sur ses origines**. La connaissance de la manière dont on est venu au monde comprend les informations sur l'ascendance génétique et sur les circonstances de la conception ; le besoin d'information des enfants est toutefois moindre en ce qui concerne ce dernier élément. Une importance excessive accordée aux racines génétiques serait cependant tout aussi trompeuse que leur négation⁸⁷. Pour les enfants comme pour les adultes, il est important de

⁸⁵ SIMONI, Zugang zum Recht, p. 92.

⁸⁶ Le Comité des droits de l'enfant n'interprète pas la capacité de discernement, à l'art. 12 CDE-ONU, de la même manière qu'à l'art. 16 CC. Selon le Comité, les formes de communication non verbales des très jeunes enfants doivent aussi être prises en considération. Voir UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of a child during adolescence, 6 December 2016 (cit. CRC/C/GC/20), par. 21 : « Consequently, full implementation of article 12 requires recognition of, and respect for, non-verbal forms of communication including play, body language, facial expressions, and drawing and painting, through which very young children demonstrate understanding, choices and preferences. » L'art. 12 CDE-ONU est directement applicable en Suisse dans toutes les procédures relatives à des affaires concernant les enfants, voir ATF 124 III 90, consid. 3a.

⁸⁷ SIMONI, Gutachten, p. 65.

pouvoir identifier un fil rouge dans leur biographie, qui s'étende également aux autres générations.

- 89 **À la question de savoir combien de parents** il faut à un enfant, la psychologie apporte la réponse suivante : pour sa protection, l'enfant gagne à avoir une relation juridique avec plus d'une personne et avoir plus d'une personne qui assume des responsabilités parentales à son égard. Il est dans son intérêt, premièrement, qu'il puisse compter sur une prise en charge parentale fiable, obligatoire et continue, et deuxièmement, qu'aucune personne centrale de son réseau relationnel ne soit exclue ou marginalisée par une réglementation juridique ou un changement apporté à cette réglementation. Il en résulte le postulat selon lequel l'enfant a droit à des relations aussi stables que possibles avec plus d'une personne et que l'ordre juridique ne doit pas perturber les relations stables déjà existantes, mais au contraire les protéger, même lorsqu'il n'en va pas de parents juridiques. Il n'est en revanche pas possible de répondre de manière générale à la question de savoir si l'existence de plus de deux parents (juridiques) entraîne un partage des responsabilités et donc une sécurité accrue pour l'enfant, ou au contraire un désengagement accru.
- 90 **La question de savoir combien de parents** il faut à un enfant est en effet aussi une question d'engagement. Un enfant a besoin d'au moins une personne de référence, une personne proche, fiable, disponible et aimante qui est là pour lui. Il lui est ainsi bénéfique de pouvoir compter sur un réseau relationnel composé de plusieurs personnes de référence. Il peut s'agir de parents juridiques, mais ce n'est pas la question prioritaire du point de vue de l'enfant. Le défaut de reconnaissance juridique d'une relation parent-enfant peut cependant être source de stress pour la famille et par conséquent s'avérer néfaste pour le bien de l'enfant. Il faut par ailleurs rappeler que les parents peuvent se séparer et que le nombre et la complexité du monde (ou des mondes) de l'enfant vont par conséquent souvent se transformer.

2. Critères pour un nouveau droit de l'établissement de la filiation

A. Remarques préliminaires

- 91 La parenté n'est pas un fait naturel, mais un phénomène empirique et une construction sociale⁸⁸. Dans les recherches sur la famille, il est usuel d'opérer une distinction entre les différentes dimensions de la parenté. Il est notamment fréquent de différencier les parentés biologique, génétique, sociale et juridique. Le fait que la parenté, dans ses différentes dimensions, puisse être répartie entre plusieurs personnes n'est pas nouveau : il suffit de penser à l'adoption, ou au remariage de parents veufs. Quant à la scission entre parenté génétique et parenté sociale, elle a pris une importance particulière avec la dissociation de la

⁸⁸ BÜCHLER, PJA 2004, p. 1175.

sexualité et de la reproduction : les parents génétiques ne veulent pas forcément assumer la responsabilité des soins et de l'éducation (donneur de sperme par ex.) ; les parents d'intention souhaitent pour leur part assumer la responsabilité des soins et de l'éducation sans avoir de lien génétique (époux qui ont opté ensemble pour le don de sperme d'un tiers par ex.).

- 92 La parenté juridique est une construction normative ; elle peut, mais ne doit pas nécessairement, coïncider avec la parenté génétique. Il est vrai que le législateur suisse se fonde d'abord sur le lien génétique entre parents et enfant, en présumant l'existence d'un tel lien à partir de certaines circonstances, comme le mariage des parents ou la reconnaissance. Toutefois, les règles relatives à la contestation de la paternité (limitation de la qualité pour agir, délais restrictifs) confirment qu'il n'accorde pas de priorité absolue au lien génétique.
- 93 Le droit de l'établissement de la filiation doit avoir pour objectif de trouver un équilibre adéquat et nuancé entre les différents besoins de l'enfant : être lié à sa personne de référence par un lien de filiation, entretenir un lien social et se sentir une appartenance génétique. L'ordre juridique doit se positionner dans le champ de tension existant entre certitude génétique et sentiment de sécurité des relations sociales⁸⁹. Il faut bien sûr penser aussi à l'intérêt des parents à pouvoir assumer et vivre cette parenté. Le rapport présente brièvement ci-dessous les différentes dimensions de la parenté qu'il faudra prendre en considération au moment d'établir la filiation avec le deuxième parent : le bien de l'enfant (B.), la génétique et la biologie (C.), l'intention (D.) et la relation sociale (E.).

B. Bien de l'enfant

- 94 Le bien de l'enfant joue un rôle central aussi bien en tant que principe constitutionnel qu'en tant que droit individuel ; ceux-ci se manifestant différemment dans le droit de l'établissement de la filiation en fonction de la question à traiter. Il y a lieu de distinguer ici entre l'établissement originaire du lien de filiation, à la naissance ou juste après celle-ci, et sa modification ultérieure. L'établissement du lien à la naissance intervient sur la base de critères abstraits, sans égard aux circonstances du cas d'espèce. Le bien de l'enfant joue néanmoins (aussi) un rôle lorsqu'il s'agit d'appliquer et d'interpréter les critères fixés par le législateur. Il en va différemment de l'extinction du lien juridique : le législateur se laisse certes ici aussi guider par des considérations abstraites lorsqu'il fixe les conditions et les délais applicables, mais il est possible de tenir compte du bien de l'enfant dans le cas d'espèce quand il s'agit de modifier un lien de filiation existant.
- 95 Les enfants ont besoin d'être accompagnés et soutenus de manière attentionnée, aimante, responsable et constante par leurs personnes de référence. Peu importe l'état civil ou le sexe de celles-ci. Ils ont aussi besoin de se situer dans la lignée généalogique. La décision prise par les parents d'avoir un enfant, c'est-à-dire leur intention d'assumer une parenté, est la meilleure garantie qui soit pour

⁸⁹ BÜCHLER, FamPra.ch 2004, p. 149.

que l'enfant dispose d'une personne de référence fiable et aimante à ses côtés. Cette décision va généralement, mais pas toujours, de pair avec l'existence d'un lien génétique. L'intention et le lien génétique sont d'ailleurs les deux critères pertinents pour établir la filiation à la naissance de l'enfant. Il en va différemment lorsqu'il s'agit de modifier ultérieurement les liens existants : les relations sociales qui se sont établies doivent alors être prises en considération.

C. Génétique et biologie

- 96 La **parenté génétique et biologique** est celle qui repose sur le lien génétique et/ou biologique existant entre les enfants et les parents. Il faut distinguer entre les termes « génétique » et « biologique » : la maternité génétique et la maternité biologique peuvent ne pas coïncider. La mère génétique est celle dont l'ovule fécondé permet la formation d'un embryon ; la mère biologique est celle qui porte l'enfant et lui donne naissance.
- 97 L'appartenance génétique, ou du moins la connaissance des origines, peut avoir de l'importance pour le développement de la personnalité (voir aussi les n° 81 ss), mais aussi en lien avec certaines mesures médicales, pour vérifier par exemple l'existence de prédispositions génétiques. La représentation que le droit se fait du lien biologico-génétique repose sur la présomption que les parents biologico-génétiques sont par nature disposés et appelés à assumer la responsabilité de l'enfant, ou du moins qu'ils sont tenus de le faire. Le lien génétique et le lien biologique sont des critères fiables et stables pour fonder la filiation juridique de l'enfant ; ils existent déjà à la naissance (et même avant) avec une probabilité de près de 100 pour cent ou peuvent être établis à l'aide d'un test ADN. C'est un argument qui plaide en faveur de la primauté du lien génétique sur les autres critères, également à la lumière de l'évolution internationale (devant la Cour EDH aussi, voir les n° 73 ss).
- 98 Le droit en vigueur s'oriente donc prioritairement sur les rapports biologico-génétiques, en ce sens qu'il fonde le lien originaire de filiation sur des facteurs dont on peut présumer qu'ils correspondent à la parenté biologique et génétique. La préférence accordée au lien génétique et biologique s'illustre avant tout par le fait qu'une fois le lien établi, il ne peut plus être contesté ou écarté, quelles que soient les autres relations en présence ou les considérations relatives au bien de l'enfant. Le lien biologique et génétique devra rester déterminant pour l'attribution de la parenté à l'avenir également.

D. Intention

- 99 La préférence donnée au lien génétique et biologique est étroitement liée au principe de l'**autonomie reproductive** (voir n° 70). Sous l'angle de l'autodétermination, il est essentiel que les décisions prises en matière de procréation voient aussi leurs effets s'étendre à l'attribution juridique de la parenté⁹⁰. L'autonomie reproductive amène à assumer la responsabilité pour un en-

⁹⁰ BÜCHLER, Reproductive Autonomie und Selbstbestimmung, p. 71.

fant. C'est pourquoi les critères de la biologie et de la génétique doivent être complétés par l'intention.

100 La **parenté d'intention**⁹¹ est celle qui repose sur une volonté exprimée de devenir parent. Lui est en principe associée la volonté d'assumer la responsabilité des soins et de l'éducation de l'enfant. La parenté d'intention peut concorder avec la parenté génétique. Tel est généralement le cas lors d'une reconnaissance. Le futur droit de l'établissement de la filiation doit attacher davantage d'importance à cette volonté d'assumer une parenté. Ainsi, la filiation avec le conjoint de la mère qui a donné naissance à l'enfant devrait également reposer sur une manifestation de volonté : d'une part, parce que le droit de l'établissement de la filiation doit être conçu indépendamment de l'état civil et, d'autre part, parce qu'une telle déclaration manifeste l'intention d'assumer la responsabilité des soins et de l'éducation et qu'elle est synonyme d'engagement.

101 Mais la parenté d'intention et la parenté génétique peuvent aussi, à dessein, ne pas concorder, notamment lorsque les gamètes proviennent d'une tierce personne. Dans ce cas, la parenté d'intention doit primer, car c'est elle qui manifeste la décision de procréer et la volonté d'assumer la responsabilité de l'enfant. C'est ce qui se passe *de lege lata* lors d'un don de sperme : si l'époux a consenti à l'utilisation des spermatozoïdes donnés, ni lui ni l'enfant ne peuvent contester la paternité. Le droit en vigueur ne protège toutefois pas de manière cohérente les intentions des personnes concernées. Lorsque, par exemple, un couple de femmes homosexuelles réalise son désir d'enfant avec l'aide d'un ami, l'intention des parties impliquées n'est pas reconnue juridiquement. L'autonomie reproductive et le bien de l'enfant justifient tous les deux qu'un nouveau droit de l'établissement de la filiation accorde un rôle déterminant à la parenté d'intention.

E. Relation sociale

102 La **parenté sociale** est celle qui repose sur le fait d'assumer responsabilité (pas forcément économique) des soins et de l'éducation de l'enfant, de manière effective et fiable, indépendamment de la parenté génétique et/ou juridique. L'on songe ici aux personnes de référence avec lesquelles l'enfant vit dans une relation sociale et familiale⁹². Il y a parenté sociale avant tout avec le ou la partenaire de la personne qui accouche de l'enfant.

103 La parenté sociale repose sur l'**intention des parties** d'assumer durablement la responsabilité d'un enfant⁹³. S'ajoute à l'intention le fait que la relation est effectivement vécue et déjà éprouvée dans la vie quotidienne. Comme une relation

⁹¹ Le terme et le concept de parenté d'intention ont été développés par INGEBORG SCHWENZER. Voir en particulier : SCHWENZER, Model Family Code, p. 91 ss.

⁹² Voir § 1685, al. 2, BGB.

⁹³ Voir aussi l'arrêt du TF 5A_755/2020 du 16 mars 2021, consid. 5.2 (ATF 147 III 209) où le Tribunal fédéral désigne la parenté de la partenaire enregistrée de la mère de trois enfants comme sous le terme de parenté sociale fondée sur un « projet parental » commun. Ladite partenaire n'était pas [encore] parent juridique, car elle n'avait pas adopté les enfants.

sociale doit d'abord prendre naissance avant de pouvoir être effectivement vécue, elle ne peut pas jouer de rôle autonome déjà au moment de l'établissement du lien de filiation. En revanche, une fois qu'elle est établie, une relation parent-enfant vécue, empreinte de responsabilité, revêt sans aucun doute une grande importance pour le bien de l'enfant.

- 104 La question se pose, par conséquent, du rapport entre une parenté sociale et juridique effectivement vécue, fruit d'une reconnaissance, et une parenté génétique s'en écartant. En principe, une parenté génétique devrait supplanter une parenté juridique non génétique. Mais au moment de supprimer une relation parent-enfant, il faudra prendre les relations sociales en considération à la lumière du bien de l'enfant.
- 105 Le droit en vigueur protège la relation sociale qui est confortée par un lien juridique en limitant dans le temps la possibilité de la contester. Dans le cas de la paternité du mari, s'y ajoute la limitation du cercle des personnes ayant qualité pour agir. Ces limitations sont toutefois indépendantes de toutes considérations sur le bien de l'enfant dans le cas d'espèce : ce bien n'est donc pris en compte qu'implicitement. Dans le nouveau droit, en revanche, il y aura lieu de considérer le bien de l'enfant de manière concrète, et non plus abstraite, à chaque fois qu'il s'agira de supprimer un lien existant. Par principe, une parenté à la fois sociale et juridique ne devrait pas pouvoir être écartée et il ne devrait pas être possible d'y renoncer. Cela peut certes donner lieu à des pesées d'intérêts délicates par rapport au parent génétique, surtout lorsque l'enfant a noué une forme de relation, quelle qu'en soit la nature, tant avec le parent à la fois juridique et social qu'avec le parent « uniquement » génétique. Déterminer si la suppression du lien de filiation est dans l'intérêt de l'enfant ou non constitue une décision difficile, qui ne peut être prise qu'en prenant toutes les circonstances du cas concret en considération. Elle serait plus facile à prendre si, outre les parents juridiques, d'autres personnes pouvaient elles aussi être investies de droits parentaux (voir aussi les n° 210 ss).

3. Résumé

- 106 La réforme du droit de l'établissement de la filiation offre la possibilité de traduire les réalités sociales en droit et, par conséquent, de prendre en compte la diversité des familles : les familles sont composées d'enfants avec un, deux ou plus de parents, lesquels en assumant la responsabilité, indépendamment de la forme de leur vie commune et de leur orientation sexuelle.
- 107 Le droit de l'établissement de la filiation doit veiller à ce que les enfants aient des parents juridiques. Il doit le cas échéant déterminer avec quels parents – d'intention, génétiques et sociaux – un lien de filiation est établi. Le fondement des soins et de l'éducation que les parents assumeront pour l'enfant repose sur la volonté qu'ils ont eux-mêmes exprimée dans ce sens, autrement dit sur la parenté d'intention.

IV. Établissement et extinction de la filiation

1. Établissement de la filiation

108 L'**établissement originaire de la filiation** (attribution de l'enfant à ses parents) désigne l'institution du premier lien de filiation juridique juste après la naissance. L'adoption n'est pas une forme d'établissement originaire de la filiation. Les adoptions se pratiquent dans le cadre d'une procédure spéciale, qui supprime la filiation originaire (voir les art. 264 ss CC). Le présent rapport n'aborde dès lors pas les conditions et la procédure d'établissement de la filiation par adoption. L'**extinction de la filiation** (du lien de filiation originaire) consiste à supprimer un lien de filiation qui ne correspond pas au lien génétique.

109 Le rapport traite ci-après de l'établissement de la filiation à l'égard du premier (1.) et du deuxième parent (2.), puis de l'extinction de la filiation à l'égard du premier (3.) et du deuxième parent (4.). Puis il examine la question de l'établissement de la filiation à l'égard d'autres parents (5.). A chaque fois, c'est le droit en vigueur en Suisse et dans les ordres juridiques de quelques pays choisis qui sert de point de départ à la réflexion (a). Le rapport aborde ensuite la nécessité de réformer le droit suisse en vigueur (b.). Sur la base de ces développements, les expert-e-s ont élaboré des recommandations, motivation à l'appui, pour un nouveau droit de l'établissement de la filiation (document séparé).

A. Premier parent

a) *Droit en vigueur*

aa) *Rattachement à la naissance*

110 En Suisse, la filiation à l'égard de la mère résulte de la **naissance** (art. 252, al. 1, CC). La mère juridique d'un enfant est la personne qui accouche de lui ; cela ne dépend ni du lien génétique avec l'enfant⁹⁴, ni de l'état civil de la femme. Pour le législateur historique, il allait de soi que la mère qui accouchait était aussi la mère génétique de l'enfant. L'établissement originaire de la filiation à l'égard de la mère par un autre moyen que l'accouchement, comme la **reconnaissance**, n'est **pas possible**. Même dans le cas particulier d'un enfant trouvé, il existe une filiation juridique à l'égard de la mère du fait de la naissance, quand bien même elle ne peut (provisoirement) pas être établie.

111 La femme qui accouche d'un enfant a *de lege lata* la possibilité de le donner à l'adoption (voir art. 265b, al. 1, CC). Lorsque l'enfant est adopté, la filiation à l'égard de la mère s'éteint. L'adoption est le seul moyen d'obtenir un changement de mère juridique.

⁹⁴ La règle s'applique par conséquent aussi dans le cas d'un don d'ovules ou d'une gestation pour autrui.

- 112 Il ne semble pas que des voix se soient fait entendre dans la doctrine pour demander l'abrogation du principe selon lequel la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Pour soutenir et mieux protéger les femmes enceintes qui ne veulent pas devenir mère, avant, pendant et après l'accouchement, il existe diverses autres possibilités, comme l'adoption de dispositions légales sur l'accouchement anonyme ou confidentiel (voir b).
- 113 L'établissement de la filiation à l'égard de la mère se rattache, dans tous les **ordres juridiques examinés**, à la **naissance**, ou à l'**acte de naissance**, et il est donc comparable à la réglementation juridique en Suisse.
- 114 Le fait que l'**accouchement** établisse en droit la maternité sur l'enfant est notamment valable en *Allemagne* (§ 1591 BGB), en *Australie* (Sec. 60 H (2) FLA 1975), en *Angleterre et au Pays de Galles* (The Amphill Peerage Case : HL 1977), au *Japon* (Supreme Court, 27 avril 1962, Minshu 16-7-1247), aux *Pays-Bas* (art. 1:189, al. 1, let. a, BW), en *Norvège* (§ 2 Children Act), en *Autriche* (§ 143 ABGB) et en *Espagne* (art. 115, al. 1, art. 120, al. 5, CC esp.).
- 115 Dans certains ordres juridiques, ce n'est pas l'accouchement qui est déterminant mais l'inscription du nom de la mère sur l'**acte de naissance**. Sans mention dans l'acte de naissance, la filiation avec la mère n'est pas établie ; tel est le cas dans les pays de tradition romaniste, comme la *Belgique* (art. 312, § 1, CC belg.), la *France* (art. 311-25 CC fr.) et en principe aussi le *Canada*. En France, la mention de la mère dans l'acte de naissance remplace la reconnaissance expresse de la maternité (art. 311-25 CC fr.). En Italie, une femme non mariée doit reconnaître sa maternité, à la différence d'une femme mariée (art. 254 CC ital.).

bb) Accouchement anonyme et accouchement confidentiel

- 116 L'idée maîtresse de l'**accouchement anonyme** est de permettre à la mère qui porte l'enfant et qui ne souhaite devenir ni la mère juridique ni la mère de fait, et qui veut également garder l'anonymat, de bénéficier de soins médicaux lors de l'accouchement, tout en ne faisant pas l'objet d'une inscription à l'état puisqu'elle ne veut pas divulguer ses coordonnées. Dans le droit en vigueur, une naissance doit être annoncée à l'office de l'état civil (c'est le personnel de l'hôpital ou de la maison de naissance qui s'en charge en général) ; l'accouchement anonyme n'est donc pas autorisé (voir art. 34 OEC). La doctrine majoritaire s'oppose à l'introduction de l'accouchement anonyme parce qu'il est contraire au droit de l'enfant à connaître ses origines. Le Conseil fédéral a rejeté une motion récente allant dans ce sens⁹⁵ pour deux raisons : premièrement, le droit suisse part du principe que tout enfant doit avoir juridiquement une mère et un père, parce qu'il n'existe pas « d'enfant de personne » ; deuxièmement, l'hypothèse selon la-

⁹⁵ Voir la motion (01.3479) « Naissance anonyme. Miséricorde », déposée au Conseil national le 27 septembre 2001 par Christian Waber ; la motion (05.3338) « Droit d'accoucher de manière anonyme dans un hôpital », déposée au Conseil national le 16 juin 2005 par Josy Gyr-Steiner ; l'initiative parlementaire (08.454) « Autoriser les accouchements sous X pour mieux protéger la vie », déposée au Conseil national le 29 septembre 2008 par Reto Wehrli ; l'interpellation (13.3840) « Boîtes à bébé. Une fenêtre sur le passé », déposée au Conseil national le 29 septembre 2013 par Liliane Maury Pasquier.

quelle l'accouchement anonyme permet d'éviter des abandons ou des infanticides n'est pas prouvée. Ni les études scientifiques ni les expériences pratiques ne démontrent qu'il permet de protéger efficacement les enfants⁹⁶.

- 117 Seuls quelques ordres juridiques règlent l'**accouchement anonyme** dans leur législation. La possibilité d'un accouchement anonyme est notamment prévue dans la loi en France (voir art. 326 CC fr.), en Italie (DPR 369/2000) et au Luxembourg (art. 57 CC lux.).
- 118 En *France*, l'accouchement dit sous X est réglé par la loi et l'anonymat de la mère est garanti à vie, les parturientes étant cependant tenues de laisser leur identité auprès d'un organe indépendant créé à cet effet, le Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP). De son vivant, l'identité de la mère ne peut être divulguée à l'enfant qu'avec son accord. Selon un arrêt de la Cour EDH datant de 2003, l'accouchement anonyme tel qu'il est pratiqué en France avec l'accouchement sous X ne porte pas atteinte à l'art. 8 CEDH⁹⁷. La proportionnalité de la réglementation française a notamment été admise par la Cour EDH parce que les personnes nées anonymement en France ont accès à certaines informations (non identifiantes) sur les circonstances de leur naissance et que la France met à leur disposition, avec le CNAOP, un organe auprès duquel elles peuvent obtenir des informations identifiantes sur leurs origines si la mère est d'accord.
- 119 En *Italie*, seules les femmes (non mariées et mariées) qui tombent enceintes sans recourir à une méthode de procréation médicalement assistée peuvent éviter la maternité juridique en exerçant leur droit à un accouchement anonyme.
- 120 Dans le cas d'un **accouchement confidentiel (ou discret)**, une femme peut accoucher à l'hôpital sans que son entourage ne soit mis au courant de la naissance d'un enfant. La mère fournit certes ses coordonnées à l'hôpital, de sorte que le droit de l'enfant à connaître ses origines est garanti, mais celles-ci sont traitées de manière confidentielle et ne peuvent être divulguées à l'enfant qu'à partir d'un certain âge.
- 121 L'accouchement confidentiel n'est pas réglé par la loi en Suisse. Selon le rapport du Conseil fédéral du 12 octobre 2016⁹⁸ et les communications officielles de l'OFEC, l'option d'un accouchement confidentiel existe cependant déjà en Suisse avec un enregistrement de la naissance dans une procédure spéciale, de sorte que la discrétion reste assurée à la mère. Dans ce cas, l'identité de la femme qui accouche et donne son enfant à l'adoption est certes inscrite au registre de l'état civil, mais les communications usuelles aux différentes autorités

⁹⁶ Voir www.dfp.admin.ch (consulté le 21 avril 2021). – Les partisans de l'accouchement anonyme partent de l'idée qu'il correspond le plus souvent à un stade transitoire : la plupart des femmes finissent par renoncer à l'anonymat et optent pour une forme d'adoption ouverte ou semi-ouverte. L'accouchement anonyme donne aux femmes la possibilité de réfléchir et les aide à retrouver des forces dans une situation d'urgence et à savoir ce qu'elles veulent vraiment (à condition qu'elles soient accompagnées correctement pendant cette période).

⁹⁷ Voir Cour EDH, arrêt n° 42326/98 du 13 février 2003 dans l'affaire Odièvre c. France.

⁹⁸ Voir le rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat Maury Pasquier (13.4189) « Mieux soutenir les mères en détresse et les familles vulnérables ».

n'interviennent que là où les prescriptions légales l'exigent de manière absolument impérative. De plus, pour protéger la mère et l'enfant, il est recommandé de bloquer les données d'état civil au sens de l'art. 46, al. 1, let. a, OEC⁹⁹. L'adoption d'une réglementation légale serait néanmoins souhaitable, pour des raisons de sécurité juridique et comme signal politique.

122 La doctrine suisse est en principe favorable à l'accouchement confidentiel, car il protège les femmes qui ne peuvent ou ne veulent pas garder leur enfant et, dans le même temps et contrairement à l'accouchement anonyme, préserve le droit de l'enfant à connaître ses origines (voir les n°219 ss).

123 L'accouchement confidentiel, tel que l'*Allemagne* l'a aussi introduit dans la loi il y a quelques années (§ 25 ss Schwangerschaftskonfliktgesetz)¹⁰⁰, n'existe pas encore dans la plupart des ordres juridiques européens.

b) Nécessité de réformer le droit en vigueur

124 Il n'est pas nécessaire de réformer le droit en vigueur en ce qui concerne l'établissement de la filiation à l'égard du premier parent (recommandations 1 et 3).

125 La loi doit en revanche régler la possibilité d'un accouchement confidentiel, mais non celle d'un accouchement anonyme (recommandation 2).

B. Deuxième parent

a) Droit en vigueur

126 La **filiation originaire à l'égard du père** peut, en vertu de l'art. 252, al. 2, CC être établie par trois moyens : son mariage avec la mère (aa), ou, si la mère n'est pas mariée ou que la présomption de paternité du conjoint a été levée, par reconnaissance (bb), ou encore par jugement (cc). *De lege lata*, la co-maternité avant ou immédiatement après l'accouchement n'est pas possible et l'enfant ne peut avoir qu'*un seul* père juridique (dd).

127 La filiation à l'égard du père ne peut être établie que si la **mère de l'enfant est connue**. La connaissance de la mère ou l'existence d'une filiation juridique à son égard est, en droit suisse, une condition (implicite) de la filiation à l'égard du père.

⁹⁹ Voir les communications officielles de l'OFEC n° 140.17 du 1^{er} novembre 2016, « Communications aux autorités à partir d'Infostar lors de l'enregistrement d'un accouchement confidentiel ».

¹⁰⁰ En *Allemagne*, l'accouchement confidentiel est régi depuis 2014 par les § 25 ss de la Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG). La femme qui accouche confidentiellement d'un enfant reste sa mère en droit allemand (voir le § 1591 BGB), mais elle n'est pas tenue de divulguer son identité et peut accoucher sous un pseudonyme, ses coordonnées étant scellées dans une enveloppe conservée en sécurité par le Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftlichen Aufgaben (§ 26 SchKG). À son 16^e anniversaire, la personne née confidentiellement a le droit de prendre connaissance des informations conservées par l'office fédéral ou d'en demander une copie (§ 31, al. 1, SchKG). La mère peut, à certaines conditions, limiter le droit d'accès de l'enfant, ce qui l'oblige alors à introduire d'abord une procédure auprès du juge aux affaires familiales (§ 31, al. 2 à 4, SchKG).

- 128 En ce qui concerne la filiation originaire du père, le législateur n'exige aucune preuve de la parenté génétique dans deux cas de figure sur trois. L'établissement de la filiation repose cependant, pour ce qui est du mariage et de la reconnaissance, sur la présomption de l'existence d'un lien génétique. La vérification de la véracité génétique de cette paternité n'intervient que dans le cas d'un désaveu de paternité (art. 256 CC) ou d'une contestation de la reconnaissance (art. 260a CC). Lorsque la filiation originaire est établie à l'issue d'une action en paternité au sens des art. 261 ss CC, l'existence de la paternité génétique en est une condition à vérifier.
- 129 Dans un cas de figure particulier, l'intention de devenir père juridique, manifestée par le consentement donné à la conception par un tiers (voir art. 256, al. 3, CC), est jugée suffisante pour l'établissement de la filiation, bien que le lien génétique fasse défaut.
- 130 Comme on le constate, si le lien génétique avec l'enfant est le critère prioritaire pour établir la filiation, le droit actuel n'ignore pas pour autant l'intention. C'est d'abord le cas avec la reconnaissance de paternité, possible sans condition. Ensuite, la combinaison du consentement du mari à la conception par un tiers et de sa présomption de paternité repose elle aussi sur l'idée d'une parenté d'intention avec le parent non génétique.

aa) Présomption de paternité du mari

- 131 L'art. 255, al. 1, CC présume que le mari de la mère est le père de l'enfant (*Pater est, quem nuptiae demonstrant* ; règle dite **pater-est**). En d'autres termes, les enfants nés pendant le mariage avec la mère sont considérés juridiquement comme les enfants du mari¹⁰¹.
- 132 La présomption de paternité du mari se rattache uniquement à l'**existence formelle du mariage** entre la mère et son mari. Peu importe le lien génétique entre le père juridique et l'enfant. La présomption de paternité du mari n'est affectée ni par la séparation de fait ni par la séparation judiciaire des époux ; elle s'applique également en cas de mariage fictif et lorsque le défaut de lien génétique est connu (par ex. en cas de don de sperme ou de conception par un tiers : art. 256, al. 3, CC).
- 133 **Historiquement**, la parenté était fortement liée au mariage. La présomption de paternité du mari en était la suite logique. Elle servait à protéger l'institution du mariage (*favor matrimonii*), les femmes, les relations familiales et la paix familiale. Elle était également nécessaire pour protéger les enfants, auxquels seul le statut d'enfant légitime assurait la reconnaissance sociale. Aux yeux du législateur, au début du XXe siècle, la procréation devait prendre place à l'intérieur d'un mariage et la conception d'enfants en dehors des liens du mariage était moralement proscrite, voire pénalement punissable.

¹⁰¹ Si l'initiative parlementaire « Mariage pour tous » (13.468) est acceptée en votation populaire, la parenté de l'épouse de la mère résultera elle aussi d'une présomption (« présomption de parentalité » selon le texte légal de l'art. 255a CC).

- 134 Le contexte scientifique et social a évolué depuis : la paternité génétique est facile à établir par un test ADN, les enfants nés hors mariage ne sont plus menacés d'exclusion sociale et la présomption de paternité du mari ne revêt plus de fonction protectrice. La doctrine est toutefois partagée en ce qui concerne le maintien, ou non, de la présomption de paternité du mari.
- 135 L'**avantage de la règle pater-est** réside dans le fait que la filiation à l'égard d'un homme peut être établie rapidement, clairement et sans équivoque possible, sur la seule base du statut des époux. Une partie de la doctrine est d'avis qu'il est juste de conserver la présomption légale puisqu'elle correspond à l'origine génétique et/ou aux souhaits du couple dans une majorité des cas.
- 136 Une autre partie de la doctrine ne considère plus l'existence formelle d'un mariage comme un critère d'établissement de la filiation *per se*. Elle estime que la **règle pater-est** présente l'**inconvenient** de maintenir l'image idéale de la paternité biologique et sociale du mari dans une famille nucléaire bourgeoise intacte. Elle contribuerait donc à perpétuer, de manière dissimulée, la distinction entre les enfants légitimes et les autres¹⁰².
- 137 *Tous les ordres juridiques d'Europe continentale* se fondent en priorité sur la règle pater-est pour la filiation juridique de l'enfant. Des pays extra-européens, comme les *États-Unis, le Canada et le Japon*, connaissent eux aussi la présomption de paternité du mari. Elle a toutefois perdu du terrain dans plusieurs États au cours des dernières décennies. Son champ d'application, les délais et les possibilités de contestation varient dès lors considérablement. Voir à ce sujet l'illustration ci-après (source : SOSSON/WILLEMS, p. 729) :

¹⁰² Ce privilège donné au mariage a subsisté même après la réforme du droit de la filiation, entrée en vigueur en 1978, qui a réalisé l'égalité en droit des enfants légitimes et illégitimes ; voir le message concernant la modification du code civil suisse (Filiation), FF 1974 II, p. 1.

Table 2: Scope of the marital presumption

	Very limited	Limited	Limited	Less limited	Large
	Algeria	Japan	Argentina Belgium France Italy Spain USA (most states)	Australia Germany Netherlands <u>Sweden</u> Switzerland	Canada/Quebec DR Congo England & Wales Ireland Romania
Starting point	+ 6 months after marriage	+ 200 days after marriage	+ 0 day after marriage	+ 0 day after marriage	+ 0 day after marriage
Termination point	+ 300 days after separation, divorce and death	+ 300 days after death or divorce	+ 300 (+/-) days after death or divorce and (official) separation	+ 300 days after death (only) + 0 day after divorce	+ 300 days after death or divorce

138 En *Allemagne*, la règle pater-est fait l'objet de critiques dans la mesure où la filiation peut être établie sans autre formalité à l'égard du mari, mais pas à l'égard du partenaire de fait de la mère. Il est toutefois prévu de la maintenir dans son principe, puisqu'elle est bien établie et que personne ou presque ne demande son abolition¹⁰³.

139 En *France*, la présomption de paternité ne s'applique pas si le mari de la mère n'est pas désigné en tant que père dans l'acte de naissance (art. 313, 1^{re} phrase, CC fr.).

140 L'inscription du mari en tant que père est provisoire au *Danemark* : la mère, le mari ou le tuteur de l'enfant peuvent engager une procédure de constatation de la paternité dans les six mois suivant la naissance de l'enfant (§ 5, al. 1, Børneloven). De plus, le mari de la mère ne devient père juridique qu'à la condition que les époux n'aient pas vécu séparément au moment de la naissance de l'enfant (§ 1 Børneloven).

141 En *Suède*, le mari a la faculté de consentir à la reconnaissance par un autre homme (§ 2, n° 3, FB).

¹⁰³ Une relativisation de la présomption de paternité est toutefois envisagée : selon le Diskussionsentwurf, p. 10 ch. 11, elle pourrait être écartée conventionnellement lorsqu'un autre homme a reconnu sa paternité avec le consentement de la mère et de celui qui est son mari au moment de l'accouchement (déclaration tripartite au sens du § 1599, al. 2, P-BGB). La reconnaissance devrait intervenir avant ou dans les huit semaines suivant l'accouchement, ou dans l'année qui suit le prononcé du divorce pour autant que la demande de divorce ait été pendante au moment de l'accouchement (§ 1599, al. 2, ch. 1 et 2, E-BGB). La déclaration tripartite n'est possible *de lege lata* que lorsque la procédure de divorce est déjà pendante (voir § 1599, al. 2, BGB).

bb) Reconnaissance de l'enfant

- 142 S'il existe une filiation à l'égard de la mère et si l'enfant n'a pas encore de père juridique ou que la paternité originaire a été écartée (art. 256 ss, art. 260a CC), la filiation peut être établie au moyen d'une **reconnaissance** (art. 260 CC). La preuve de la paternité génétique de l'auteur de la reconnaissance n'est pas une condition de sa validité ; même une reconnaissance volontairement fausse crée la filiation et ne peut être supprimée que par une action en contestation. L'officier de l'état civil ne peut refuser l'inscription de la déclaration de reconnaissance qu'à titre tout à fait exceptionnel, comme lorsqu'il a connaissance du fait que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père génétique (parce que sa non-paternité a été constatée par un juge par ex.).
- 143 La reconnaissance est la déclaration d'un homme par laquelle il accepte un enfant comme étant le sien et l'accueille ainsi dans sa parenté¹⁰⁴. Cette **déclaration de volonté** est soumise à **certaines conditions formelles**. Une reconnaissance ne peut avoir lieu que par déclaration devant l'officier de l'état civil, par testament ou – lorsqu'une action en constatation de paternité est pendante – devant le juge (art. 260, al. 3, CC). Elle peut avoir lieu avant la naissance de l'enfant et ce, dès la date de la conception (art. 11, al. 2, OEC), et déploie alors ses effets à condition que l'enfant naisse vivant (art. 31, al. 2, CC). Comme il s'agit d'un droit strictement personnel absolu, seul le père peut reconnaître l'enfant. S'il est mineur, s'il est sous curatelle de portée générale ou si l'autorité de protection de l'adulte en a décidé ainsi, la reconnaissance requiert en sus le consentement du représentant légal (voir art. 260, al. 2, CC ; art. 11, al. 4, OEC). Si le père est incapable de discernement, une reconnaissance est exclue ; la filiation à l'égard du père doit alors être établie au moyen d'une action en paternité (art. 261 ss CC).
- 144 De l'avis du Tribunal fédéral, une **reconnaissance conditionnelle**, dont les effets ne se produisent qu'à partir du moment où la filiation existante à l'égard d'un autre homme est supprimée, n'est pas possible¹⁰⁵. La doctrine majoritaire est pour sa part d'avis, en se référant à l'intérêt de l'enfant, qu'elle doit être admise « lorsque le lien actuel de filiation paternelle sera, selon toute vraisemblance, écarté à bref délai »¹⁰⁶.
- 145 Les *pays suivants, de tradition civiliste*, prévoient l'institution de la **reconnaissance de paternité** : l'Allemagne (§ 1592, ch. 2, BGB), la Belgique (art. 55, art. 319, CC belg.), la France (art. 316 ss CC fr.), l'Italie (art. 250 ss CC ital.), le Japon (art. 779 et 781 CC jap.), la Roumanie (art. 408, al. 3, et 415, al. 2, CC roum.), l'Argentine (art. 570 CC argent.). A l'inverse, dans bien des *pays de common law*, il suffit que le nom du père soit **enregistré sur l'acte de naissance** de l'enfant pour établir la filiation hors du mariage. Tel est le cas par exemple en *Australie* (Sec. 69R FLA 1975), en *Angleterre* et au *Pays de Galles*

¹⁰⁴ SAGER, p. 20.

¹⁰⁵ Voir ATF 108 II 344 ; 107 II 403.

¹⁰⁶ MEIER/STETTLER, n° 121.

(Sec. 34 (2) Births and Deaths Registration Act 1953) et en Irlande (Sec. 46 (3) Status of the Children Act 1987). Il en va également ainsi en *Espagne* (art. 120, ch. 1, CC esp.) et au *Québec* (art. 523 CCQ), qui sont pourtant tous deux de tradition civiliste.

146 En Suisse, la reconnaissance doit être communiquée à la mère et à l'enfant ou – après sa mort – à ses descendants (art. 11, al. 7, OEC). Le **consentement** de la mère et/ou de l'enfant à la reconnaissance n'est **pas requis**, ils ne peuvent pas lui faire obstacle (voir art. 260 CC a contrario). Une partie de la doctrine critique cette situation. Le CC prévoyait jusqu'en 1978 la possibilité pour la mère et l'enfant de faire opposition. L'art. 305 aCC avait la teneur suivante : « ¹La mère, l'enfant ou ses descendants après sa mort peuvent s'opposer à la reconnaissance auprès de l'office de l'état civil compétent dans les trois mois à partir du jour où ils ont su qu'elle a eu lieu ; ils devront alléguer que l'auteur de la reconnaissance n'est ni le père, ni le grand-père ou qu'elle serait préjudiciable à l'enfant. ²L'officier de l'état civil communique l'opposition à l'auteur de la reconnaissance ou à ses héritiers, qui pourront faire valoir leurs droits en justice, dans les trois mois, au siège de l'office de l'état civil compétent. »

147 Le fait que l'ordre juridique suisse admette une reconnaissance de l'enfant sans le consentement de la mère est inhabituel par comparaison avec beaucoup d'autres ordres juridiques (en particulier européens). A noter toutefois que la France n'exige pas non plus que la mère consente à la reconnaissance de l'enfant ; comme en Suisse, la mère doit simplement être avisée de la reconnaissance par l'office de l'état civil (art. 57-1 CC fr.). La doctrine suisse critique le fait que le consentement de la mère et de l'enfant ne soit pas requis au motif que la reconnaissance affecte directement le statut de la mère et de l'enfant. D'autres États, comme la *Belgique* (art. 329^{bis} CC belg.), l'*Allemagne* (§ 1595 BGB), l'*Italie* (art. 250, al. 2, CC it.), les *Pays-Bas* (art. 1:204, al. 1, let. d, BW) et l'*Espagne* (art. 123 CC esp.), exigent pour leur part le consentement de la mère ou de l'enfant (ou de son représentant légal, qui peut être la mère). En Allemagne en tout cas, il n'est jamais possible d'y renoncer, ni de lui substituer une autre condition. Cette exigence démontre que le législateur n'entend pas appréhender les positions parentales respectives de la mère et du père indépendamment l'une de l'autre. Le consentement donné par la mère est perçu comme un indice important en faveur de la conformité de la reconnaissance avec la réalité génétique.

cc) Jugement de paternité

148 Si un enfant n'a pas de père juridique, la mère ou l'enfant ou son curateur peut intenter une **action** pour que la **filiation soit constatée à l'égard du père** (art. 261, al. 1, CC ; contrairement aux termes de la loi, il ne s'agit pas d'une action en constatation, mais d'une action formatrice). Le législateur est parti du principe qu'il est dans l'intérêt de l'enfant (né hors mariage) (et sans doute aussi de l'État) que sa filiation à l'égard du père soit établie, de sorte que le juge n'a pas à examiner spécifiquement cet intérêt. Si l'action aboutit, c'est le jugement de paternité qui établit la filiation, rétroactivement à la naissance, entre l'enfant et le défendeur.

- 149 L'action en paternité au sens des art. 261 ss CC sert uniquement à **attribuer** le **statut** de père au géniteur d'un enfant qui n'a pas de père juridique. Il n'est pas possible, dans le cadre d'une action en paternité, de se limiter à établir l'origine génétique (au sens d'une action en constatation), sans conséquence en termes de statut juridique.
- 150 La loi prévoit certes différentes présomptions en lien avec la preuve à rapporter dans le cadre de l'action en paternité (voir art. 262 CC), mais elles ne servent aujourd'hui que pour déterminer qui devra faire l'avance des frais de justice. Depuis 1991, la paternité d'un homme est établie exclusivement au moyen d'un test de paternité, autrement dit d'un **test ADN**.

dd) Filiation à l'égard de la partenaire de la mère

- 151 Le CC ne définit pas le terme de parent. Il ressort toutefois implicitement des dispositions sur l'établissement de la filiation que les parents originaires d'un enfant sont toujours une femme et un homme (la « mère » et le « père »). Depuis le 1^{er} janvier 2018, l'établissement ultérieur de la filiation à l'égard d'une personne du même sexe que le premier parent est cependant ouvert. La **co-maternité** (et, dans ce contexte, la co-paternité également) est en effet possible par adoption (de l'enfant du conjoint ou du partenaire) (voir art. 264c CC). Il s'agit d'un premier pas fait en direction de la reconnaissance de parents de même sexe, mais il ne permet pas encore aux couples homosexuels d'établir une filiation originaire à l'égard des deux parents. Les choses devraient changer avec le projet de loi « Mariage pour tous » que le Parlement a adopté le 18 décembre 2020, sur lequel le peuple aura à se prononcer, puisqu'il ouvre l'accès au don de sperme aux couples lesbiens et introduit la possibilité d'une filiation (originaire) avec l'épouse de la mère si l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme conformément à la LPMA¹⁰⁷. La parenté commune originaire restera en revanche exclue pour les couples de femmes non mariées, ainsi que pour les couples de femmes qui recourent à un don de sperme privé ou un don de sperme à l'étranger, indépendamment de leur statut (mariées ou non).
- 152 Dans l'intervalle, *plusieurs ordres juridiques européens* ont introduit la possibilité d'établir une filiation originaire avec la partenaire de la mère. C'est notamment le cas des *Pays-Bas* (seulement pour la procréation médicalement assistée avec don de sperme dans une clinique, pas pour l'insémination pratiquée en privé ou pour la conception naturelle, les deux femmes devant en outre être mariées ou en partenariat ; art. 1:198, al. 1, let. b et c, BW), de l'*Autriche* (seulement pour la PMA, pas pour l'insémination privée ; § 144, al. 2, ABGB), du *Danemark*¹⁰⁸ (§ 3a

¹⁰⁷ Voir FF 2020, p. 9607 ss ; www.bk.admin.ch (consulté le 21 avril 2021).

¹⁰⁸ Au *Danemark*, la femme mariée ou en partenariat avec la mère devient co-mère de l'enfant depuis 2013 en vertu des § 3a et 27 Børneloven si l'enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme anonyme et que la femme/partenaire a donné son consentement à la procréation médicalement assistée. La cour suprême danoise a jugé que la dissolution d'une co-maternité n'était pas possible même quand la mère et la co-mère étaient toutes les deux d'accord. Dans le cas dont elle avait à connaître, il n'y avait pas de relation entre l'enfant et la co-mère, parce que le couple s'était séparé peu après sa naissance. La cour a cependant estimé qu'une radiation de l'enregistrement de la co-mère, avec l'extinction des obligations légales qu'elle entraînait,

en rel. avec § 27 Børneloven ; LBK nr 772 af 07/08/2019 ; depuis 2013), de la *Suède* (chap. 1, § 9, FB), de la *Norvège* (§ 4a Children Act), de la *Belgique*¹⁰⁹ (art. 325/1 CC belg.), de l'*Angleterre* et du *Pays de Galles* (Sec. 42 HFEA pour la procréation médicalement assistée ou l'insémination privée, pas pour la procréation naturelle). En *Espagne*, il n'existe pas de présomption de parenté pour l'épouse de la mère. En vertu de l'art. 7, al. 3, LTRHA, l'épouse de la mère peut toutefois devenir parent de l'enfant (mais elle n'y est pas obligée) en faisant une déclaration devant l'office de l'état civil après la naissance de l'enfant.

ee) *Filiation en cas de recours à un don de sperme*

153 Les spermatozoïdes provenant d'un don peuvent être utilisés avec l'assistance d'un médecin ou de façon privée. Ils peuvent être mis à la disposition d'une banque de sperme ou d'une personne en particulier (don dit « dirigé », indépendamment de l'utilisation qui en sera faite ultérieurement (avec l'assistance d'un médecin ou de manière privée). L'utilisation privée d'un don de sperme dirigé peut intervenir de différentes manières : on peut songer aussi bien à la méthode dite du gobelet qu'à des rapports sexuels.

154 Il y a dès lors lieu de distinguer les **cas de figure** suivants :

- 1) Utilisation médicalement assistée d'un don provenant d'une banque de sperme : elle est réservée en Suisse aux seuls couples mariés (art. 3, al. 3, LPMA).
- 2) Utilisation médicalement assistée d'un don de sperme dirigé : elle est interdite en Suisse¹¹⁰.
- 3) Utilisation privée d'un don de sperme dirigé : elle est pratiquée dans les faits, mais n'est pas spécifiquement régie par la loi.
- 4) Utilisation privée d'un don provenant d'une banque de sperme : elle n'est possible en Suisse que si les spermatozoïdes proviennent d'une banque de sperme étrangère.

155 En Suisse, le **1^{er} cas de figure** ne peut se présenter aujourd'hui que pour des couples mariés. C'est pourquoi le mari est considéré comme le père de l'enfant (voir ci-dessus n°131 ss). La filiation à l'égard du mari, qui a consenti à la conception par un tiers, ne peut être contestée ni par lui-même (art. 256, al. 3, CC)

nait, nuisait à la position juridique de l'enfant. Elle s'est référée aux travaux préparatoires relatifs au § 27 Børneloven, dont il ressort que la co-maternité doit avoir les mêmes effets juridiques que la paternité génétique, voir Højesteret, arrêt du 12 novembre 2019 (2. Afdeling, Sag BS-48699/2018-HJR).

¹⁰⁹ En *Belgique*, les enfants nés d'un couple de même sexe sont automatiquement les enfants des deux femmes (art. 325/2 CC belg.). Les enfants nés hors mariage peuvent être reconnus moyennant consentement de la mère (art. 325/4 CC belg.).

¹¹⁰ C'est ce qui ressort des travaux préparatoires : FANKHAUSER/VIONNET, recht 2015, p. 155 ; FANKHAUSER, Kommentar FMedG, n° 10 ad art. 22 LPMA ; COTTIER/CREVOISIER, Kommentar FMedG, n° 16 ad art. 23 LPMA, note 38.

ni par l'enfant (art. 23, al. 1, LPMA). L'action en paternité contre le donneur est par ailleurs exclue (art. 23, al. 2, LPMA). Le législateur entend ainsi assurer que la filiation est bien établie à l'égard des deux époux et qu'aucun lien de filiation ne peut exister à l'égard du donneur.

- 156 Le **2^e cas de figure** n'est pas autorisé dans les cliniques suisses de procréation. Si un don de sperme dirigé est néanmoins utilisé, le père juridique est l'homme qui est marié avec la mère ou qui reconnaît l'enfant. Les dispositions générales des art. 256 ss, qui régissent l'action en désaveu, sont applicables (art. 23, al. 1, LPMA, a contrario) : l'enfant ne peut par conséquent contester la présomption de paternité du mari de la mère qu'aux conditions énoncées à l'art. 256, al. 1, ch. 2, CC. Quant au mari, il ne peut pas contester la filiation lorsqu'il a consenti à la conception par un tiers (que ce soit par un don de sperme au sens de la LPMA ou par un don de sperme dirigé) (voir ci-dessus n°132). La possibilité d'agir en paternité contre le donneur de sperme lorsqu'il n'y a ni paternité juridique du mari ni reconnaissance est controversée.
- 157 Une partie du groupe d'expert-e-s est d'avis que l'action en paternité contre le donneur est exclue dans ce 2^e cas de figure, car les conditions énoncées à l'art. 23, al. 2, LPMA ne sont pas réunies : l'action n'est en effet ouverte que si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession. La reconnaissance de l'enfant par le donneur demeure toutefois possible (art. 260 CC ; voir le message sur la LPMA, p. 263).
- 158 Selon une autre partie du groupe d'expert-e-s, il est possible, dans ce 2^e cas de figure, d'établir la paternité à l'égard du donneur par voie d'action, car le don de sperme (un don dirigé) est intervenu en dehors de la réglementation mise en place par la LPMA ; le donneur ne peut par conséquent pas se réclamer de cette loi, les dispositions générales du droit civil demeurant applicables.
- 159 Dans le **3^e cas de figure**, les dispositions générales du droit civil s'appliquent : l'homme marié à la mère ou qui reconnaît l'enfant est considéré comme le père (voir ci-dessus n°126 ss). S'il existe une filiation à l'égard du mari et si ce dernier a consenti à la conception par un tiers, il ne peut contester la filiation même en cas de don de sperme dirigé (voir art. 256, al. 3, CC). L'enfant peut en revanche contester la paternité du mari de sa mère dans les conditions énoncées à l'art. 256, al. 1, ch. 2, CC. Si la contestation aboutit, une action en paternité contre le donneur est également possible (voir art. 23, al. 2, LPMA ; et voir n°148 ss au sujet de l'action en paternité), même si les parties se sont préalablement mises d'accord pour exclure l'établissement d'un lien de filiation avec le donneur. De tels accords restent par principe dépourvus d'effets.
- 160 Dans le **4^e cas de figure**, les dispositions générales du droit civil s'appliquent également (voir n° 159).
- 161 Le rapport d'experts publié en *Allemagne* propose, en cas de procréation médicalement assistée, que l'utilisation privée d'un don de sperme (dirigé) ne puisse être traitée de la même manière qu'un don officiel (provenant d'une banque de sperme) qu'à des conditions strictes. Ces conditions sont : le consentement des

parents d'intention, une déclaration écrite de renonciation à la paternité juridique de la part du donneur et son accord à ce que ses données soient enregistrées et transmises au registre des donneurs¹¹¹. Selon le projet de loi partiel mis en discussion par le Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, la possibilité d'une parenté originaire conjointe devrait se limiter aux cas de procréation médicalement assistée au moyen d'un don de sperme (qu'il provienne d'une banque ou qu'il s'agisse d'un don privé). Dans les cas d'utilisation privée de dons de sperme (dirigés), hors d'une méthode de procréation médicalement assistée, la situation légale devrait rester inchangée¹¹².

162 Au *Canada*, l'utilisation privée de sperme provenant d'un don est réglée par la loi. Au Québec, c'est le cas depuis 2002 (voir art. 538 ss CCQ : « apport de forces génétiques au projet parental d'autrui »). En principe, aucune filiation ne peut être établie entre la personne qui donne son sperme et l'enfant. La seule exception concerne le don de sperme fait à l'occasion de rapports sexuels (« apport de forces génétiques par relation sexuelle »). Dans ce cas, une filiation peut être établie avec l'enfant dans l'année qui suit sa naissance (art. 538.2 CCQ).

163 Aux *États-Unis*, la situation légale concernant l'utilisation privée d'un don de sperme varie d'un État à l'autre. Certains ordres juridiques reconnaissent les accords passés entre les parties concernées (comme la mère, le deuxième parent d'intention et la personne qui donne son sperme) au sujet du don de sperme et de la parenté, d'autres pas. Dans le cas d'un don de sperme fait pendant des rapports sexuels, le principe est que les parties sont traitées comme toutes les autres personnes qui ont des enfants.

b) Nécessité de réformer le droit en vigueur

164 La filiation à l'égard du deuxième parent doit résulter de la reconnaissance, indépendamment de l'état civil des parents. Le consentement du premier parent et de l'enfant n'est pas nécessaire ; mais le premier parent et l'enfant doivent pouvoir s'opposer à cette reconnaissance, à certaines conditions (recommandations 4, 5, 6, 7 et 8).

165 En l'absence de reconnaissance, la filiation doit pouvoir être établie au moyen d'une action en établissement de la filiation (recommandation 10).

166 Il existe des spécificités concernant le don de sperme : il faut en premier lieu régler la manière dont le donneur de sperme renonce à l'établissement d'une filiation avec l'enfant issu du don. Ensuite, il faut assurer l'établissement d'une filiation avec le parent d'intention. Cela peut se faire par une reconnaissance ou par une action en établissement de la filiation. Lorsque le parent d'intention ne reconnaît pas l'enfant, par exemple parce qu'il a changé d'avis, il peut être exigé de lui qu'il respecte son intention originelle. Dans ce cas, la filiation est établie

¹¹¹ Voir le rapport d'experts allemand, p. 64 s.

¹¹² Voir Diskussionsteilentwurf du Bundesministerium, p. 3.

par une action judiciaire. L'intention doit être consignée dans une convention de filiation passée entre le premier et le deuxième parent (recommandation 11).

2. Extinction de la filiation

A. Extinction de la filiation à l'égard du premier parent

a) *Droit en vigueur*

167 Le droit en vigueur repose sur le principe « mater semper certa est » et donc sur l'impossibilité de contester la **maternité de la personne qui met l'enfant au monde**. Ce principe part de l'hypothèse que la personne qui accouche est aussi liée génétiquement à l'enfant. Avec le don d'ovules, le don d'embryon et la maternité de substitution, il existe toutefois aujourd'hui des moyens de dissocier la maternité génétique et la maternité biologique. Ces méthodes de procréation médicale sont interdites en Suisse (art. 119, al. 2, let. d, Cst. ; art. 4 LPMA), mais cela n'exclut pas qu'on y recoure à l'étranger.

168 Il est difficile d'évaluer le nombre de **dons d'ovules et de gestations pour autrui** qui sont pratiqués à l'étranger. Au cours des années 2016 à 2019, les offices suisses de l'état civil ont eu à traiter 144 cas de gestation pour autrui. Dans 123 cas, la gestation pour autrui était le fruit d'un don d'ovules, de sorte qu'il n'existait de parenté génétique entre la mère d'intention et l'enfant que dans 21 cas¹¹³.

169 La filiation à l'égard de la mère ne peut en principe pas être contestée non plus dans les ordres juridiques qui autorisent la maternité de substitution ou le don d'ovules et le don d'embryon. La faculté de **contester la maternité** n'existe que dans quelques ordres juridiques européens, à savoir en *Belgique* (art. 330 CC belg.), en *France* (voir art. 333 CC fr.), en *Espagne* (art. 139 CC esp.) et en *Roumanie* (art. 422 CC roum.). Une contestation de la maternité est également possible en *Australie*. Mais il s'agit de contestations dont l'objectif est de permettre d'établir la filiation avec la personne qui accouche, non de contestations entre la personne qui accouche et la donneuse d'ovules.

170 En *France* (tout comme en *Australie*), il est présumé que la personne dont le nom figure sur l'acte de naissance est la mère (art. 311-25 CC fr. ; voir ci-dessus n°115). Comme il ne s'agit que d'une présomption, elle peut être contestée (voir art. 332 CC fr.). Il faut alors prouver que la mère juridique (désignée sur l'acte de naissance) n'a pas accouché de l'enfant. Lorsque la personne qui affirme être la mère génétique n'est pas mentionnée nommément sur l'acte de naissance, elle peut exiger un test ADN et faire constater la filiation à son égard par un juge. En *Espagne*, l'épouse peut contester sa maternité si elle fait valoir une substitution d'enfant ou une incertitude quant à l'identité de l'enfant (art. 139 CC esp.). En

¹¹³ Voir Conférence des autorités de surveillance de l'état civil (CEC), Maternités de substitution 2016–2019, Sondage des autorités cantonales de surveillance de l'état civil, version 1.1, 3 juin 2020.

Roumanie, si l'origine maternelle n'est pas établie par un certificat de naissance ou que l'exactitude de celui-ci est contestée, il est possible d'intenter une action en constatation de maternité, dans laquelle tous les moyens de preuve sont admis (art. 422 CC roum.). La qualité pour agir appartient à l'enfant (art. 423, al. 1, CC roum.) et son droit est imprescriptible (art. 423, al. 4, CC roum.).

171 En Suisse, il est déjà possible aujourd'hui de contester l'inscription figurant au registre de l'état civil si elle est erronée. Dans ce cas, le juge peut être requis *d'ordonner la rectification* des données litigieuses relatives à l'état civil par *une action fondée sur l'art. 42 CC*. En principe, un test ADN ou la preuve que c'est bien la personne intéressée qui a accouché de l'enfant (et non la personne inscrite au registre) devraient suffire.

172 Une partie de la doctrine demande, *de lege ferenda*, que la maternité de la personne qui accouche puisse être contestée dans certains cas très précis. La nécessité de pouvoir supprimer la filiation à l'égard du premier parent existe notamment lorsqu'une femme s'est vu implanter des ovules étrangers sans son consentement (confusion d'ovules). Mais c'est là un cas exceptionnel qui n'influe pas sur les règles de principe. Aucun droit de contester ne doit en revanche être accordé à la mère qui a consenti à l'implantation d'ovules étrangers (par analogie avec l'absence de droit de contestation du mari dans le cas où il a consenti à la conception par un tiers ou à un don de sperme ; art. 256, al. 3, CC). Tout le monde s'accorde par ailleurs sur le fait que la donneuse d'ovules, en tant que mère génétique, ne doit pas se voir reconnaître un droit de contester la maternité.

b) Nécessité de réformer le droit en vigueur

173 La filiation à l'égard de la personne qui accouche de l'enfant ne doit pas pouvoir être modifiée, quels que soient les liens génétiques (recommandations 12, 13 et 14).

B. Extinction de la filiation à l'égard du deuxième parent

174 Le but de la contestation de la filiation est de procéder à une **correction au profit de l'origine génétique**. C'est pourquoi une contestation n'est envisagée que pour la présomption de paternité (a.) et la reconnaissance (b.), pas pour la paternité fondée sur un jugement, car elle est déjà le résultat de l'existence d'un lien génétique.

a) Droit en vigueur

aa) Désaveu de paternité

175 La présomption de paternité du mari peut être attaquée aux conditions prévues aux art. 256 ss CC.

176 **Ont qualité pour agir** au sens de l'art. 256, al. 1, CC le mari ou ses parents s'il est décédé ou devenu incapable de discernement avant l'expiration du délai (voir art. 258 CC). L'enfant a également qualité pour agir, mais seulement si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité (art. 256, al. 2, CC) ;

lorsque ses parents vivent toujours ensemble, l'enfant ne peut pas agir. En n'octroyant un droit d'action à l'enfant que si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité, le législateur a limité le droit de tous les enfants nés d'une mère mariée de faire constater leurs véritables origines. Le Tribunal fédéral a néanmoins atténué la portée de cette restriction en accordant à ces enfants le droit à connaître leurs origines sur la base de la protection de la personnalité (art. 28 CC). Mais cette prétention porte uniquement sur la connaissance des origines (action en constatation), sans aucun effet d'état civil. L'enfant qui sait qu'il est issu d'une relation extra-conjugale ne peut par conséquent contester la paternité du mari de sa mère qu'aux conditions strictes prévues à l'art. 256 CC.

- 177 Ni la mère ni le père génétique de l'enfant **n'ont la qualité pour agir**. La mère peut toutefois faire en sorte qu'un curateur soit nommé pour représenter l'enfant incapable de discernement (voir art. 308, al. 2, CC), afin de mener l'action en désaveu en son nom. Pour sa part, le père génétique (putatif) ne peut faire la lumière sur une éventuelle discordance entre mariage, génétique et relation sans le concours du mari ou de l'enfant (via la mère). La doctrine critique depuis longtemps le fait que cette limitation de la qualité pour agir sert à préserver l'apparence d'un mariage « intact » et repose sur l'hypothèse, aujourd'hui dépassée, que l'enfant né hors mariage et sa mère doivent être protégés par la société¹¹⁴.
- 178 Le droit de contester la présomption de paternité est ouvert à un cercle plus ou moins large de personnes dans les autres pays.
- 179 Dans certains pays, comme en Suisse, **seul le mari et/ou l'enfant** peuvent attaquer la présomption de paternité. Il s'agit notamment du *Japon* (art. 774 et 777 CC jap. ; seulement le mari) et de la *Suède* (chap. 3, § 1 et 2, FB ; le mari et l'enfant). En *Italie* (art. 243 ss CC ital.) et aux *Pays-Bas* (art. 1:200 BW), outre le mari et l'enfant, la mère jouit aussi d'un droit de contestation. Ces ordres juridiques ne confèrent pas de qualité pour agir en désaveu au père génétique.
- 180 D'autres États accordent un droit d'action non seulement au mari, à la mère et à l'enfant, **mais aussi au père génétique** (à certaines conditions). C'est notamment le cas de la *Belgique* (art. 318 CC belg.), de la *Roumanie* (art. 429, art. 432 CC roum.) et de l'*Espagne* (art. 133 f. CC esp.). La *France* (art. 332 ss CC fr.) et l'*Allemagne* (§ 1600, al. 2 et 4, BGB) n'autorisent l'action du père génétique que pour autant qu'il n'existe pas de relation père-enfant vécue entre l'enfant et le père juridique. En *France* et en *Belgique*, la relation père-enfant vécue est protégée par ce qu'on appelle la possession d'état (art. 311-1 CC fr. ; art. 324 CC belg.). La possession d'état peut être constatée en *France* soit par une action en constatation (constatation d'une réalité sociale existante), soit par un acte de no-

¹¹⁴ Jusqu'à dans les années 1970, les jeunes mères ne donnaient leur enfant à l'adoption que sous la pression des autorités quand l'enfant était illégitime (grossesse pré-nuptiale). Parfois, elles étaient placées dans différentes institutions par décision administrative en raison de leur « in-conduite ».

torité du notaire. L'élément essentiel¹¹⁵ en est la reconnaissance personnelle, sociale et publique de la relation parent-enfant, qui peut être établie notamment par le versement de contributions financières ou par le nom de famille porté par l'enfant. La possession d'état doit être continue, pacifique, publique et non équivoque (voir art. 311-2 CC fr.) et prouvée par un ensemble de circonstances. Elle doit en principe exister depuis la naissance.

181 En *Norvège*, le **père juridique, la mère, l'enfant et le père génétique** de l'enfant peuvent contester la paternité du mari à tout moment et sans restriction (§ 6 Children Act)¹¹⁶.

182 En *Argentine* (art. 592 CC argent.), en *Australie* (Sec. 69V ss FLA 1975), en *Angleterre et au Pays de Galles* (sec. 55a (1) FLA 1986) ainsi qu'en *Irlande* (sec. 35 Status of Children Act 1987 en rel. avec sec. 80 Children and Family Relationships Act 2015), **toute personne ayant un intérêt peut** contester la paternité du mari. En *Angleterre et au Pays de Galles* ainsi qu'en *Australie*, la paternité peut être contestée sans limite de temps par tous les intéressés. En *Angleterre et au Pays de Galles*, il n'existe pas de procédure particulière pour contester la présomption de paternité du mari. Cela signifie que la paternité peut être alléguée ou contestée dans toutes les procédures où elle joue un rôle (comme par exemple dans une procédure portant sur l'entretien). Le juge peut rejeter l'action en contestation s'il estime qu'elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

183 Si le mari ou l'enfant entendent faire cesser la présomption de paternité, ils doivent respecter certains **délais pour agir**. En Suisse, le **mari** doit agir dans un *délai relatif d'une année*, qui commence à courir dès qu'il apprend qu'il n'est pas le père génétique ou qu'un tiers cohabitait avec la mère à l'époque de la conception (art. 256c, al. 1, CC). Pour que le délai commence à courir, il ne suffit pas d'avoir des doutes ou des appréhensions, il faut une connaissance certaine des faits. Le *délai absolu de cinq ans* court dès la naissance de l'enfant (art. 256c, al. 1, CC). A l'expiration de ces délais, il n'est plus possible de faire concorder la situation juridique avec la réalité génétique, sauf s'il existe de justes motifs rendant le retard excusable (voir art. 256c, al. 3, CC). Dans ce cas, la contestation demeure possible après l'échéance du délai. La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par juste motif au sens de l'art. 256c, al. 3, CC. Selon la jurisprudence, il existe des justes motifs lorsque le mari n'avait jusque-là aucune raison de douter de sa paternité génétique¹¹⁷. Si l'existence de justes motifs (une notion que le

¹¹⁵ L'art. 311-1 CC fr. prévoit que « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° Que cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parent ; 2° Que ceux-ci ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation ; 3° Que cette personne est reconnue comme leur enfant, dans la société et par la famille ; 4° Qu'elle est considérée comme telle par l'autorité publique ; 5° Qu'elle porte le nom de celui ou ceux dont on la dit issue ».

¹¹⁶ La situation semble réglée de manière analogue en droit russe et kazakh, voir HELMS, *Rechtliche Vaterschaft*, p. 110 s.

¹¹⁷ Pour un exemple : TF 5A_298/2009 du 31 août 2009, consid. 4.2., publié dans FamPra.ch 2010, p. 194 ss.

Tribunal fédéral n'interprète pas de manière homogène) est admise, aucun nouveau délai ne commence à courir. L'action doit être intentée avec toute la célérité possible au regard des circonstances du cas, c'est-à-dire en principe dans le mois qui suit, sous réserve de circonstances particulières¹¹⁸. Pour l'**enfant**, le délai est d'un an et commence à courir au moment où il atteint l'âge de la majorité (art. 256c, al. 2, CC).

184 Dans les autres ordres juridiques, les **délais d'action** sont variables. Plusieurs États connaissent des délais aussi courts qu'en Suisse pour contester la paternité (le délai commence à courir à la naissance de l'enfant [pour la mère] ou dès la connaissance du défaut de lien génétique [pour le mari]) :

- Le délai est d'un an en *Argentine* (art. 591 CC argent.) et en *Belgique* (art. 318, § 2, CC belg.), d'un an (à partir du moment où le mari apprend la naissance de l'enfant) au *Japon* (art. 777 CC jap.), d'un an également aux *Pays-Bas* (art. 200, al. 5, BW) et en *Espagne* (art. 136 CC esp.).
- Le délai est de deux ans en *Allemagne* (§ 1600b).
- Le délai est de trois ans en *Roumanie* (art. 430, al. 1, CC roum.).
- Le délai est de cinq ans en *Italie* (art. 224 CC ital.).
- Les pays qui accordent le droit de contester la paternité à toutes les personnes intéressées ne connaissent pas de délai. Tel est le cas de l'*Australie*, des provinces de common law du *Canada*, de l'*Angleterre et du Pays de Galles* ainsi que de l'*Irlande*.

185 Dans la plupart des pays, le délai est différent pour l'enfant. Aux *Pays-Bas*, par exemple, l'enfant dispose de trois ans, à partir du moment où il apprend que le mari n'est probablement pas son père génétique, pour intenter action. S'il est mineur, il doit intenter l'action au plus tard trois ans après avoir atteint sa majorité (art. 200, al. 6, BW). En *Italie* (art. 244 CC ital.) et en *Roumanie* (art. 433, al. 2, CC roum.), l'action de l'enfant est imprescriptible.

186 Par comparaison, la Suisse compte au nombre des pays où les délais d'action sont plutôt courts.

bb) Contestation de la reconnaissance

187 La reconnaissance peut elle aussi être contestée devant le juge, à des conditions nettement moins restrictives que la présomption de paternité du mari de la mère.

188 **Tout intéressé a la qualité pour agir** (voir art. 260a, al. 1, CC), donc la mère ou le père génétique de l'enfant également. L'art. 260a, al. 1, CC confère aussi un droit d'agir indépendant à la commune d'origine et à la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance. L'action n'est ouverte à l'auteur de la reconnaissance que s'il a fait celle-ci en croyant qu'un danger grave et imminent le

¹¹⁸ Voir aussi ATF 136 III 593, consid. 6.1.1 ; 132 III 1, consid. 3.2.

menaçait personnellement, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens, ou s'il était dans l'erreur concernant sa paternité (art. 260a, al. 2, CC).

189 Comme en Suisse, la contestation de la reconnaissance est plus facile ou ouverte à un cercle de personnes plus large que la contestation de la présomption de paternité au *Japon* (art. 774 et 777 CC jap.) et en *Italie* (art. 263, al. 1, CC it.). Toutefois, la tendance internationale va vers une réduction des différences entre la contestation de la paternité par reconnaissance et celle par mariage, avec notamment une uniformisation du cercle des personnes ayant qualité pour agir. En *France*, en *Allemagne* et au *Québec*, par exemple, les conditions pour contester la présomption de paternité du mari et la reconnaissance sont identiques.

190 La **qualité pour agir autonome de la commune d'origine et la commune de domicile** de l'auteur de la reconnaissance (selon l'art. 260a, al. 1, CC) avait déjà fait l'objet de discussions lors de la révision du CC de 1976/78. La disposition applicable aujourd'hui ne tient aucun compte du fait qu'une contestation puisse être, dans le cas concret, contraire à l'intérêt de l'enfant¹¹⁹. Malgré le texte clair et le but de la disposition, la majorité de la doctrine estime que les communes doivent aussi prendre en compte l'intérêt de l'enfant avant de décider d'agir et qu'il leur appartient, le cas échéant, de renoncer à le faire lorsque l'intérêt public à supprimer la filiation a moins de poids. La doctrine est d'avis, *de lege ferenda*, que le droit d'agir des tiers devrait être restreint chaque fois qu'il porterait atteinte à une relation père-enfant vécue ; une telle atteinte suscite aussi des critiques à la lumière de l'art. 3, par. 1, CDE-ONU (selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale) et de l'art. 8 CEDH (là également en vertu du respect de l'intérêt de l'enfant).

191 D'autres ordres juridiques européens accordent un droit de contester la paternité de l'auteur de la reconnaissance à certaines autorités. En *France* par exemple, la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi (art. 336 CC fr.). Il en va de même aux *Pays-Bas* pour les procureurs (*openbaar ministerie* ; public prosecution service) si l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père génétique de l'enfant et que la reconnaissance de paternité porte atteinte à l'ordre public (art. 1:205, al. 2, BW). En *Allemagne*, le § 1597a BGB ne prévoit pas de véritable droit de contester la reconnaissance, mais plutôt un contrôle préventif de la part des autorités, qui vise à empêcher les reconnaissances indésirables (« abusives »)¹²⁰. Ce contrôle est critiqué par la doctrine allemande¹²¹.

¹¹⁹ Voir ATF 142 III 642, consid. 3.2, et les références à RO 1977 237, p. 240 et SAGER, p. 148 s.

¹²⁰ Le § 1597a BGB a la teneur suivante : « Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der nach § 85a des Aufenthaltsgesetzes zuständigen Behörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen. »

¹²¹ Voir Arbeitskreis Abstammungsrecht, p. 44 (thèse 15).

192 **A qualité pour défendre** le père ou l'enfant (voir art. 260a, al. 3, CC), mais pas la mère. Celle-ci ne peut ainsi apparaître comme défenderesse à la procédure dans laquelle le père conteste sa reconnaissance en raison d'une erreur et n'a donc pas non plus qualité pour recourir contre le jugement. Elle peut toutefois être intervenante accessoire à la procédure (ce qui lui permet de faire valoir tous moyens d'attaque et de défense, et aussi d'interjeter recours, à condition qu'ils correspondent aux volontés de la partie principale, voir art. 74 et 76 CPC). La mère et l'enfant sont des consorts passifs nécessaires dans la procédure de contestation de la reconnaissance. Dans la procédure de recours, la mère et l'enfant forment une consorité improprement dite, qui n'exige pas de conduite commune du procès.

193 Pour pouvoir contester la reconnaissance, il faut respecter les **délais d'action** prévus à l'art. 260c CC. Le *délai relatif* est d'un an à compter du jour où le demandeur a appris que la reconnaissance a eu lieu et que son auteur n'est pas le père ou qu'un tiers a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Une fois ce délai écoulé, l'action ne peut encore être intentée que si de justes motifs rendent le retard excusable (art. 260c, al. 3, CC).

b) Nécessité de réformer le droit en vigueur

194 Les conditions pour supprimer la filiation à l'égard du deuxième parent doivent être les mêmes pour les enfants nés de parents mariés et ceux nés de parents non mariés (recommandation 15).

195 Le parent génétique doit avoir qualité pour agir (recommandation 16).

196 Le droit d'action des autorités doit se limiter aux cas d'abus de droit (recommandation 16).

197 Le délai prévu pour la suppression de la filiation à l'égard du deuxième parent doit être conçu de manière plus souple (recommandation 20).

198 En fonction des circonstances, la parenté sociale doit être prise en considération (recommandation 19).

3. Autres parents

A. Droit en vigueur

199 Le recours à la médecine reproductive et le nombre croissant de familles recomposées relativisent toujours plus le principe de la double parenté dans les faits : beaucoup d'enfants ont, au cours de leur vie, des **relations parentales sociales avec différentes personnes**. Certains futurs parents recherchent dès le départ à associer plusieurs personnes à leur projet (par ex. le donneur de sperme ou la donneuse d'ovules). Ces tendances se dessinent aussi dans le cas de l'adoption : les parents adoptifs et les parents biologiques peuvent ainsi convenir ensemble que ces derniers auront le droit d'entretenir avec l'enfant les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 268e CC). Dans ces différentes constellations, il faut distinguer les situations où plus de deux personnes sont les parents juridiques de l'enfant (ce qui est le cas dans certaines provinces canadiennes) et celles où plus de deux personnes sont titulaires de droits paren-

taux sur l'enfant (par ex. en Angleterre et au Pays de Galles). Tandis que l'attribution d'une filiation juridique entraîne une responsabilité à vie envers l'enfant pour le parent concerné, indépendamment de l'existence effective d'une relation entre celui-ci et l'enfant, l'octroi de droits et devoirs parentaux s'avère nettement plus flexible.

a) Filiation à l'égard de plus de deux personnes

200 En Suisse, c'est le **principe de la double parenté** qui prévaut. Il repose sur la conception historique occidentale de la double nature – biologique et sociale – de la famille, une conception qui s'est peu à peu assouplie dans les temps modernes. En accouchant, une femme devient la mère juridique de son enfant (voir ci-dessus n°110). Selon l'état civil de la femme, il en résulte différentes conséquences pour l'établissement de la filiation à l'égard du père. Si la paternité juridique peut être établie de plusieurs manières (voir ci-dessus n°126 ss), elle a, une fois fondée, un « effet de barrage », dans le sens où elle empêche l'établissement de toute autre paternité. Un enfant ne peut en conséquence avoir plus de deux parents. Cette affirmation est également valable dans le contexte de l'adoption, où l'établissement d'une nouvelle filiation éteint la filiation antérieure (voir art. 267, al. 2, CC ; adoption dite plénière).

201 Aucun *ordre juridique européen* ne prévoit (encore) *de lege lata* une **multiparenté juridique** (plus de deux parents juridiques). En *Allemagne*, selon les recommandations du groupe de travail « Abstammungsrecht », rien ne devrait changer *de lege ferenda* en ce qui concerne le principe de la double parenté : comme jusqu'à présent, un enfant ne devrait pas pouvoir avoir en même temps plus de deux parents juridiques¹²².

202 Quelques ordres juridiques européens connaissent cependant une exception au principe de la double parenté, dans la mesure où ils autorisent une **multiparenté a posteriori** dans certains cas de figure : ainsi, lors d'une **adoption dite simple**, les relations de parenté entre l'enfant adopté et sa famille d'origine subsistent même après l'établissement de la filiation à l'égard des parents adoptifs.

203 L'*Allemagne* conçoit l'adoption de personnes majeures comme une adoption simple (§ 1770, al. 2, BGB)¹²³. L'adopté a donc deux couples de parents (au maximum quatre parents), envers lesquels il a des droits et des devoirs réciproques en matière d'entretien et de succession. L'adoption d'un adulte ne lui confère toutefois pas la nationalité allemande (§ 6 Staatsangehörigkeitsgesetz ; StAG)¹²⁴.

¹²² Rapport d'experts, p. 76 (recommandation n° 62).

¹²³ L'adoption simple d'un mineur a été supprimée à la suite de la réforme du droit de l'adoption en 1976.

¹²⁴ Voir § 6 StAG : « Mit der nach den deutschen Gesetzen wirksamen Annahme als Kind durch einen Deutschen erwirbt das Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, die Staatsangehörigkeit. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erstreckt sich auf die Abkömmlinge des Kindes. »

- 204 En *Autriche*, tant l'adoption d'un enfant mineur que l'adoption d'une personne majeure sont conçues comme des adoptions simples. En d'autres termes, les relations de parenté avec les anciens parents juridiques ne s'éteignent pas du fait de l'adoption ; seuls l'autorité parentale et le droit de contact des premiers parents sont supprimés (voir § 197s. ABGB), de sorte que l'enfant adopté a au final plus de deux parents (et qu'il peut par ex. hériter quatre fois ; § 199 ABGB).
- 205 Avec l'*adoption dite simple*, la *France* prévoit elle aussi une adoption qui maintient la filiation avec les anciens parents juridiques (art. 364 CC fr.), mais l'autorité parentale est supprimée, contrairement à la vocation successorale (art. 365 CC fr.). En ce qui concerne l'entretien, l'obligation des parents d'origine subsiste elle aussi, mais elle vient en second lieu, après celle des parents adoptifs.
- 206 En *Suisse*, l'adoption simple a été supprimée lors de la grande révision du droit de l'adoption de 1972 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 1973). Le législateur a estimé que la poursuite des relations avec la famille d'origine et la limitation des effets de l'adoption étaient insatisfaisantes, car cela empêchait l'enfant adopté d'être pleinement intégré à sa famille d'adoption¹²⁵. C'est l'adoption plénière qui a dès lors introduite, laquelle a pour effet d'éteindre la filiation juridique à l'égard des premiers parents. Ce changement allait de pair avec le principe de l'adoption incognito, et notamment avec le secret de l'identité de la famille adoptive : on supposait à l'époque qu'une séparation non seulement juridique, mais aussi informationnelle était nécessaire entre l'enfant et ses parents biologiques.
- 207 Certaines parties du Canada et États-Unis, où le droit de l'établissement de la filiation relève au moins en partie de la compétence des provinces/territoires de ces États, prévoient en revanche la possibilité d'une **multiparenté originaire**.
- 208 Les provinces de *Colombie britannique* et de l'*Ontario* l'ont introduite dans leurs lois respectivement en 2013 et en 2016¹²⁶. En Ontario, c'est le *cross parenting* qui est avant tout visé : il permet aux personnes de même sexe de devenir parents d'un enfant avec d'autres parents. La parenté sur un enfant est établie *ipso iure* par une convention entre les parents d'intention et peut dans ce cas comporter jusqu'à quatre parents. Il peut aussi y avoir plus de quatre parents, mais alors seulement avec l'autorisation d'un juge, de sorte que la parenté est établie par jugement (voir art. 6–13 CLRA Ontario). La disposition correspondante en Colombie britannique (art. 30 FLA BC) est nettement plus stricte. Elle présuppose que la conception a eu lieu au moyen de la procréation assistée et que le parent supplémentaire a un lien génétique avec l'enfant. Le Family Law Act limite le nombre de parents à trois, en mentionnant les deux cas de figure aux-

¹²⁵ Voir sur cette la question le rapport explicatif à l'appui de la modification du code civil (droit de l'adoption), p. 5.

¹²⁶ En novembre 2016, la province de l'Ontario a adopté une loi, le « All Families Are Equal Act », qui régit entre autres la multiparenté juridique. Elle suivait ainsi l'exemple de la province de Colombie britannique, qui avait déjà adopté son Family Law Act en 2013. – La multiparenté originaire n'est pas régie légalement dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada. Au Québec et en Alberta, par exemple, elle ne l'est pas.

quels la multiparenté doit se limiter : *premièrement* celui de parents d'intention, ayant une relation entre eux, et de la mère qui a donné naissance à l'enfant et qui souhaite en devenir le parent, et, *deuxièmement*, celui d'une mère et de la personne avec laquelle elle a une relation et du donneur qui souhaite lui aussi devenir parent de l'enfant.

209 Aux États-Unis, une grande partie des États continuent de limiter la parenté juridique à deux personnes. La *Californie* et le *Maine* font exception. La Californie a été le premier État à régler expressément la multiparenté dans la loi. Contrairement aux provinces canadiennes de l'Ontario et de Colombie britannique, le but, pour la Californie et le Maine, n'est pas la multiparenté originaire, mais la multiparenté a posteriori ou successive. La Sec. 7601, let. c, Family Code de Californie prévoit ce qui suit : « This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents. » (ce chapitre n'interdit pas de retenir qu'un enfant a un lien de filiation avec plus de deux parents). La Sec. 7611 Family Code énumère différentes présomptions pouvant conduire à une paternité. Lorsque ces présomptions se vérifient pour plus d'un homme, la loi prévoit expressément que le juge peut ordonner, par décision, que la filiation s'établisse à l'égard de plus de deux parents (Sec. 7612, let. c, Family Code).

b) Droits parentaux octroyés à plus de deux personnes

210 Sur le plan juridique, le principe de la double parenté prévaut (voir n° 200). Dans les faits, bon nombre de personnes vivent aujourd'hui dans des situations familiales où un enfant considère plusieurs personnes comme ses parents, ou plusieurs personnes se considèrent comme les parents d'un enfant et par conséquent exercent des droits et assument des responsabilités analogues à ceux d'un parent juridique.

211 Le *droit suisse* permet d'octroyer et d'imposer certains droits et devoirs, en principe réservés aux parents d'un enfant, à d'autres personnes (comme à l'homme qui est le père génétique mais pas le père juridique). C'est notamment le cas du droit de visite au sens de l'art. 274a CC, qui peut être accordé à des tiers si les circonstances particulières l'exigent et que le contact entre la personne et l'enfant sert le bien de l'enfant. Il ne s'agit toutefois pas d'une prétention juridique du tiers : le droit est uniquement octroyé s'il est dans l'intérêt de l'enfant¹²⁷. Le beau-parent (dans les couples hétérosexuels comme dans les couples homosexuels) est quant à lui tenu d'assister le parent de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien et dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent (art. 299 CC, art. 27 LPart). Le droit de l'adoption connaît en outre à l'art. 268e CC, depuis le 1^{er} janvier 2018, une forme d'adoption plus ou moins ouverte, dans laquelle les parents biologiques peuvent obtenir le droit d'entretenir avec l'enfant des relations personnelles indiquées par les circonstances. Enfin, il faut signaler le droit de l'enfant recueilli à une rente d'orphelin au décès de ses parents nourriciers

¹²⁷ Voir TF 5C.146/2003 du 23 septembre 2003, consid. 3.2 (non publié à l'ATF 129 III 689).

(art. 49 RAVS). Ces prérogatives partielles entraînent déjà, dans le droit en vigueur, une forme de pluralisation ou de fragmentation de la parenté. Si les droits parentaux peuvent être répartis entre plusieurs personnes, une multiparenté à proprement parler n'est en revanche pas prévue *de lege lata*. La question se pose toutefois de savoir si la limitation à deux parents juridiques se justifie encore, tout spécialement lorsqu'un parent est décédé et qu'une nouvelle personne, qui souhaiterait devenir parent, assume à sa place la responsabilité des soins et de l'éducation.

212 Dans certains ordres juridiques européens, d'autres personnes peuvent être investies, à côté des parents juridiques, de « droits parentaux typiques », dont l'ampleur varie fortement.

213 En *Allemagne*, le nouveau conjoint ou partenaire d'un parent peut obtenir une co-autorité parentale (« petite autorité parentale », §§ 1682, 1687b BGB) ou un droit à des relations personnelles (§ 1685 BGB). Cela lui permet de participer aux décisions de la vie de tous les jours, d'entente avec le parent qui est seul titulaire des droits parentaux.

214 En *Angleterre et au Pays de Galles*, les parents juridiques peuvent décider ensemble d'accorder en partie l'autorité parentale à un ou deux beaux-parents de l'enfant (à condition que ce beau-parent soit marié ou en partenariat avec l'un des parents). Les deux parents et le beau-parent doivent alors remplir une déclaration commune (Step-Parent Parental Responsibility Agreement ; Sec. 4a, al. 1 et 2, Children Act 1989) et faire certifier leurs signatures par le personnel du tribunal aux affaires familiales. La déclaration, remplie et signée devant témoin, doit ensuite être envoyée à la Central Family Court, qui l'enregistre (« record the agreement »), conserve le document original et renvoie aux parties une copie munie du sceau du tribunal (« stamped with the seal of the court »)¹²⁸. La convention sur l'autorité parentale subsiste même si le beau-parent se sépare du parent de l'enfant. Elle ne s'éteint qu'à la majorité de l'enfant ou par décision de justice. Cette dernière peut être demandée par l'enfant ou par une personne qui jouit de l'autorité parentale (Sec. 4a, al. 3, Children Act 1989). Selon l'al. 2 de la Section 4a du Children Act 1989, il est également possible que le juge confie au beau-parent, à sa demande – et sans le consentement des deux parents juridiques –, la responsabilité parentale sur l'enfant.

215 La jurisprudence de quelques *États nord-américains* prévoit elle aussi des cas dans lesquels plus de deux personnes (en fait trois) obtiennent des « parental-type rights » (droits de type parental). C'est ce qui se passe par exemple pour des couples de même sexe qui ont conçu un enfant avec l'aide d'un donneur de sperme connu d'eux. Dans toutes ces situations, le donneur de sperme avait joué un rôle actif dans la vie de l'enfant¹²⁹.

¹²⁸ Voir www.service.gov.uk (consulté le 21 avril 2021).

¹²⁹ Voir FORMAN, p. 612 s., et les références à un cas de Pennsylvanie (Jacob v. Shultz-Jacob, 923 A.2d 473, 479, Pa. Super. Ct. 2007) et un autre du Minnesota (LaChapelle v. Mitten, 607 N.W.2d 151, 157, Minn. Ct. App. 2000).

B. Nécessité de réformer le droit en vigueur

- 216 Le principe de la double parenté (parenté juridique) doit être maintenu (recommandation 21).
- 217 Des exceptions au principe de la double parenté ne doivent être admises que dans des cas exceptionnels, notamment en cas de décès d'un ou des deux parents (recommandation 22).
- 218 Des droits parentaux doivent pouvoir être accordés à plus de deux personnes (recommandation 21).

V. Droit à connaître ses origines

1. Droit de l'enfant à connaître ses origines

A. Droit actuel

- 219 Le droit à connaître ses origines est de première importance au plan psychologique (voir ci-dessus n° 88). Il joue toujours un rôle quand la parenté génétique ou biologique ne coïncide pas avec la parenté juridique. Dans ces cas, l'enfant se pose en effet souvent la question de son origine génétique et/ou biologique. La **scission entre parenté génétique, sociale et juridique** peut avoir différentes raisons ; elle est même parfois prévue par la loi, par exemple en cas d'adoption (art. 264 ss CC) ou d'insémination hétérologue (art. 3, al. 3, et 27 ss LPMA). Il existe en outre des situations dans lesquelles cette scission n'est pas prévue en droit, mais à tout le moins envisagée : c'est le cas avec la présomption de paternité du mari et les possibilités limitées de la contester (art. 255 s. CC). Il faut aussi penser au recours fait à différentes méthodes de procréation médicalement assistée interdites en Suisse, mais disponibles à l'étranger, cas dans lesquels parenté génétique et parenté juridique sont dissociées ; c'est par exemple le cas lors d'un don d'ovules ou d'embryon intervenu à l'étranger.
- 220 Le droit à connaître ses origines est désormais largement reconnu en droit suisse. Il est inscrit, en tant que droit fondamental, aussi bien dans la Constitution que dans la CEDH et la CDE-ONU (voir n° 77). Son fondement légal varie, *de lege lata*, selon que l'on a affaire à un enfant conçu au moyen d'un don de sperme (a), à un enfant adopté (b) ou à un enfant conçu « naturellement » dont les parents juridiques ne sont pas les parents génétiques (c).

a) *Enfant conçu au moyen d'un don de sperme*

- 221 Le droit de l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme à connaître ses origines est prévu aussi bien au niveau de la Constitution (art. 119, al. 2, let. g, Cst.) qu'au niveau de la loi (art. 27 LPMA). Le **droit à l'information** de l'enfant se voit reconnaître un caractère **absolu** à certaines conditions, raison pour laquelle il l'emportera alors sur le souhait éventuel du donneur de rester anonyme.
- 222 Un enfant conçu au moyen d'un don de sperme ne peut obtenir des données concernant l'identité du donneur et son aspect physique qu'à partir de son 18^e anniversaire (art. 27, al. 1, LPMA). Avant, ces renseignements ne lui sont fournis

que s'il peut faire valoir un intérêt légitime (art. 27, al. 2, LPMA). On peut se demander si l'exigence de la majorité ou, à défaut, d'un intérêt légitime est réellement compatible avec les droits que la Constitution (art. 10, al. 2, et 11 Cst.) et le droit international (art. 7, par. 1, CDE-ONU) confèrent aux enfants. La doctrine estime qu'il faudrait accorder à l'enfant un droit étendu à l'information dès qu'il est capable de discernement (et pas seulement à sa majorité).

223 Indépendamment de l'âge, la mise en œuvre de ce droit présuppose que les parents ont informé l'enfant du fait qu'ils ont eu recours à une insémination hétérologue. *De lege lata*, la LPMA ne prévoit pas d'obligation d'information à la charge des parents¹³⁰. Mais cette obligation découle du CC, notamment de l'obligation faite aux parents d'assurer aide, égards et respect à leur enfant (art. 272 CC). Une violation de l'obligation d'informer peut porter atteinte à la personnalité de ce dernier (art. 28 CC).

224 Le droit de l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme à connaître ses origines porte uniquement sur la connaissance de son ascendance génétique ; il n'englobe pas le droit d'avoir des contacts avec les membres de sa parenté biologique.

225 Le droit à connaître ses origines n'affecte pas le lien de filiation existant (voir art. 23 LPMA ; art. 256, al. 3, CC).

b) Enfant adopté

226 L'enfant adopté majeur peut à tout moment, et sans égard pour les intérêts de ses parents biologiques, exiger que les données personnelles et d'autres informations concernant ses parents biologiques et leurs descendants directs lui soient communiquées ; il jouit ainsi d'un droit absolu (art. 268c, al. 3, CC). L'enfant adopté mineur n'a pour sa part droit à des renseignements sur ses parents biologiques que s'il ne peut pas en déduire leur identité. Des informations identifiantes ne peuvent lui être fournies qu'en cas d'intérêt légitime (art. 268c, al. 2, CC). Pour qu'un enfant adopté puisse faire valoir ses droits, ses parents adoptifs sont tenus de l'informer qu'il a été adopté, en tenant compte de son âge et de son degré de maturité (art. 268c, al. 1, CC). La violation de ce droit peut porter atteinte à la personnalité de l'enfant (art. 28 CC).

227 Dans le cas d'un accouchement sous X, la *France* garantit à l'enfant uniquement l'accès à des informations non identifiantes sur les circonstances de sa naissance ; l'enfant ne peut recevoir des informations identifiantes du vivant de la

¹³⁰ Une telle obligation existe en revanche pour les parents adoptifs depuis la révision récente du droit de l'adoption (voir art. 268c, al. 1, CC). – En *Suède*, le § 15 du *Elternesetzbuch* règle explicitement le droit d'être informé : « Ein Kind, das durch eine Insemination oder Befruchtung außerhalb des Körpers entstanden ist, bei der andere als die eigenen Keimzellen der Eltern verwendet worden sind, hat ein Recht, dies von seinen Eltern zu erfahren. Die Eltern müssen das Kind so früh dies angezeigt ist darüber aufklären, dass es durch eine solche Behandlung entstanden ist. » (cité par BERGMANN/FERID/HENRICH, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*) (Un enfant né par insémination ou fécondation in vitro au moyen d'autres gamètes que ceux de ses parents a le droit d'en être informé par ceux-ci. Ils doivent lui indiquer qu'il a été conçu au moyen d'une telle méthode dès qu'il apparaît opportun de le faire).

mère que si elle y consent. La France garantit ainsi l'anonymat aux parents génétiques, en particulier à la mère, au détriment du droit de l'enfant à connaître ses origines (voir aussi n° 219 ss).

c) *Autres cas*

228 La situation de l'enfant « conçu naturellement » se distingue considérablement de celle de l'enfant adopté ou de l'enfant conçu avec l'aide de la médecine reproductive, car dans son cas, aucune donnée sur ses parents génétiques n'est par définition enregistrée à l'état civil ou auprès des autorités ; il faut au contraire que ces données soient fournies par les personnes concernées. L'État ne dispose pas des informations nécessaires. Les parents et l'enfant se doivent certes une information mutuelle, pour autant qu'un intérêt digne de protection le justifie ; cela découle de leur devoir réciproque d'aide et de respect (art. 272 CC). Il s'agit toutefois d'un simple principe directeur et cette obligation ne peut pas être déduite en justice. Sa violation peut cependant porter atteinte à la personnalité de l'enfant (art. 28 CC).

229 Pour cet enfant, l'accès à ses propres origines est rendu plus difficile à un double titre : il lui faut d'abord apprendre qu'il pourrait avoir été conçu par une personne qui n'est pas son parent juridique ; ensuite, les intérêts juridiquement protégés d'autres personnes, en particulier l'intérêt au secret de la mère, pourraient faire obstacle à la mise en œuvre de son droit.

230 *De lege lata*, la réglementation suisse ne connaît pas de droit à connaître ses origines pouvant être déduit en justice en dehors d'une action d'état civil.

231 Ce droit découle toutefois de la **protection de la personnalité (art. 28 CC)**. La recherche de ses origines est un droit relevant de la protection de la personnalité garantie par l'art. 28 CC : cette information est en effet un aspect essentiel pour la formation de son identité. La connaissance de ses origines englobe celle des circonstances de sa conception et celle de son ascendance. Il en va de la création même de la personne et du noyau de son identité¹³¹.

232 Ce droit n'est toutefois pas inconditionnel. **Dans chaque cas, il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts** en présence : le droit de la personnalité de l'enfant se voit confronté au droit de la personnalité de ses parents de ne pas devoir révéler des informations sur leur sphère privée et de ne pas devoir rendre des comptes à ce sujet. L'intérêt pour ses origines génétiques s'oppose à l'intérêt à ne pas voir la paternité remise en question ou à ce que la vie intime de la mère ne devienne pas un sujet de discussion. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a accordé davantage de poids au droit de l'enfant (majeur) à connaître ses origines qu'au souhait du père juridique d'être laissé en paix¹³² ou à celui de la mère de ne pas devoir révéler son identité¹³³. Abstraction faite de cette confrontation d'intérêts opposés en termes de droit de la personnalité, le droit à con-

¹³¹ Voir ATF 134 III 241, consid. 5.2 s.

¹³² Voir ATF 134 III 241, consid. 5.4.

¹³³ Voir ATF 128 I 63, consid. 5.

naître son origine peut se heurter matériellement au refus de la mère de fournir l'identité du père génétique de l'enfant (par ex. dans les cas de prostitution, d'inceste, de viol, de rapports sexuels avec plusieurs hommes, ou parce qu'un couple de femmes craint qu'une action en paternité soit intentée contre le père génétique, ou encore en cas de don de sperme anonyme à l'étranger).

233 Pour sa part, l'*Allemagne* reconnaît déjà depuis 1988 un droit quasi inconditionnel des enfants conçus naturellement à connaître leurs origines. Ce droit est déduit de la garantie de la dignité humaine (art. 1, al. 1, GG) et du droit au libre épanouissement de sa personnalité (art. 2, al. 1, GG). Les personnes qui disposent des informations nécessaires, en particulier la mère, peuvent de surcroît être contraintes, sous peine de sanctions, à fournir le nom des pères génétiques potentiels. Le rapport d'experts Abstammungsrecht préconise d'introduire la possibilité de faire établir la paternité génétique indépendamment de tous effets d'état civil¹³⁴.

234 En *Suisse*, le droit à connaître ses origines porte uniquement sur l'obtention des informations identifiantes sur les parents génétiques. Il n'inclut aucun droit à des contacts : il a seulement la portée d'un **droit à l'information**.

235 Le droit à connaître ses origines n'a pas d'effet formateur ; il s'agit d'un **droit indépendant de l'état civil** (action en constatation de droit). Il est dès lors toujours possible de faire valoir ce droit lorsque les délais pour contester une paternité sont déjà échus et que la paternité juridique ne peut plus être modifiée¹³⁵.

d) *Étendue du droit à connaître ses origines*

236 Le droit à connaître ses origines englobe le droit à connaître l'identité de son **père génétique et de sa mère génétique**. Cet aspect est important en particulier dans les cas où des parents ont recours à un don d'ovules ou d'embryon à l'étranger.

237 Le droit à connaître l'identité des **grands-parents** n'est pas réglé expressément aujourd'hui.

238 Depuis la dernière révision du droit de l'adoption, les enfants adoptés disposent d'un droit (conditionnel) à connaître l'identité de leurs **frères et sœurs**. L'enfant majeur peut, en vertu de l'art. 268c, al. 3, CC « demander des informations concernant les descendants directs des parents biologiques si lesdits descendants sont majeurs et y ont consenti ». La question de savoir si un même droit pourrait résulter de l'art. 28 CC ou s'il pourrait être invoqué par l'enfant mineur demeure ouverte. A notre connaissance, elle n'a jusqu'ici pas fait l'objet de décisions de justice en Suisse, ni de contributions spécifiques.

¹³⁴ Voir le rapport d'experts de l'Allemagne, p. 82 ss (voir aussi § 1600g E-BGB) ; et à ce sujet Bundesverfassungsgericht, arrêt BvR 3309/13 du 19 avril 2016.

¹³⁵ ATF 137 I 154, consid. 3.4.1. : la limitation temporelle de l'action d'état civil est en principe conforme à la CEDH.

- 239 Le droit à connaître ses origines porte non seulement sur l'origine génétique, mais aussi sur **l'origine biologique**, c'est-à-dire concrètement sur l'identité de la personne qui a accouché de l'enfant. Cet aspect est notamment important dans les cas de gestation pour autrui. Dans ces situations, le Tribunal fédéral a au demeurant exigé l'inscription à l'état civil du nom de la mère qui avait donné naissance à l'enfant¹³⁶.
- 240 La doctrine débat par ailleurs de l'existence d'un droit à ne pas savoir. Le but de ce droit serait que nul ne puisse être confronté à des données (médicales ou génétiques par ex.) le concernant sans l'avoir demandé (voir aussi art. 8 LAGH rev). En *Allemagne*, les auteurs se demandent si un **droit à ne pas connaître ses origines** pourrait être déduit de l'art. 2, al. 1, en rel. avec l'art. 1, al. 1, GG. Le Bundesverfassungsgericht n'a pas encore tranché définitivement cette question, mais il estime qu'un tel droit doit être pris en compte lorsque l'on procède à une pesée des différents intérêts constitutionnels en cause¹³⁷. On peut en effet tout à fait concevoir qu'une personne se définisse par une « ignorance active » de ses origines. Le Bundesverfassungsgericht se demande cependant si un tel droit constitue bien l'autre face du droit à connaître ses origines (fondé quant à lui sur le droit au libre épanouissement de sa personnalité). Car, à la différence de la connaissance de ses origines, l'ignorance de celles-ci n'offre pas à l'individu la faculté de nouer des relations avec des personnes concrètes grâce à l'information fournie et de découvrir son contexte familial personnel, tous éléments susceptibles de contribuer à la construction de sa propre identité. Dans le cas d'une procédure visant à clarifier l'origine de l'enfant, il n'en va en réalité pas tant de son droit à demeurer ignorant de ses origines, mais du fait qu'il sait, ou croit seulement savoir, qu'il descend de son père juridique et qu'un tel fait pourrait être remis en cause par la connaissance de ses véritables origines. Même si on devait le déduire de la protection de la personnalité, un droit qui protégerait une supposition potentiellement erronée, et préserverait l'enfant d'une clarification de ses origines réelles, devrait par principe avoir moins de poids que le droit à connaître ses origines ; seul ce droit peut en effet contribuer durablement à la formation de l'identité aussi bien de l'homme que de l'enfant¹³⁸. En conséquence, le Bundesverfassungsgericht a accordé davantage d'importance au droit d'un père à connaître sa descendance qu'au droit à l'autodétermination informationnelle de l'enfant (dans ce cas, au droit de ne pas connaître ses origines). Dans un tel cas, le droit de l'homme à savoir ne pouvait en effet être réalisé qu'en restreignant dans le même temps le droit de l'enfant à ne pas savoir.

¹³⁶ Voir ATF 141 III 312, consid. 8.1 s.

¹³⁷ Voir Bundesverfassungsgericht, arrêt 1 BvR 421/05 du 13 février 2007.

¹³⁸ Bundesverfassungsgericht, arrêt 1 BvR 421/05 du 13 février 2007, consid. 3b/aa/1, en partie publié dans FamPra.ch 2007, p. 408 s.

B. Nécessité de réformer le droit en vigueur

- 241 Le droit à connaître ses origines doit être accordé à tous les enfants, indépendamment des circonstances de leur conception et de leur filiation juridique (recommandation 23).
- 242 Le droit à connaître ses origines doit, à certaines conditions, s'étendre aux informations relatives aux grands-parents et aux descendants des parents (recommandation 27).

2. Droit à connaître sa descendance

A. Droit en vigueur

- 243 Au droit à connaître ses origines correspond aussi le **droit du père génétique à connaître sa descendance**. Ce droit ne s'est pas encore aussi fermement établi que son pendant. Selon les dispositions de la LAGH rev, en dehors d'une procédure, un profil ADN ne peut être établi qu'avec le consentement écrit des personnes concernées. Un enfant incapable de discernement dont une personne donnée veut élucider les origines ne saurait être représenté par celle-ci. La question de savoir s'il existe un droit à faire établir sa descendance qui serait fondé sur le droit de la personnalité et qui permettrait de se passer du consentement de l'enfant, n'a pas encore été tranchée, mais la doctrine y est majoritairement favorable. L'Obergericht du canton de Lucerne a été le premier tribunal suisse à octroyer à un homme le droit de savoir s'il était le père génétique de son enfant juridique et ce, en dehors de toute action d'état civil et sans effet au plan de l'état civil. Il a jugé que ce droit primait l'intérêt de sa fille, alors âgée de 27 ans déjà, de refuser un test ADN¹³⁹.
- 244 La paternité génétique peut constituer un élément important de l'histoire de vie d'un homme et relève en conséquence de sa personnalité, protégée juridiquement. Pourtant, selon le Tribunal fédéral, la connaissance de son éventuelle descendance ne concerne pas tant le devenir ou l'extinction de sa propre personne que le fait de savoir à qui son sang a été transmis. Le lien avec la personnalité serait moins étroit pour le droit à connaître sa descendance, puisqu'il n'en irait pas de la naissance et de l'origine de la personne, autrement dit de la construction de sa propre identité. Le Tribunal fédéral est toutefois parvenu à la conclusion que toutes ces questions, délimitations et considérations, qui, au vu de leur dimension socio-politique, relèvent prioritairement du législateur, et non du juge, pouvaient rester ouvertes dans le cas d'espèce¹⁴⁰.
- 245 En *Allemagne*, le Bundesverfassungsgericht a déduit de l'art. 2, al. 1, en rel. avec l'art. 1, al. 1, GG un droit de l'enfant à connaître ses origines tout comme un droit de l'homme à connaître sa descendance¹⁴¹. A la suite de cet arrêt, le lé-

¹³⁹ Voir Obergericht Luzern, arrêt 3B 12 33 du 18 septembre 2012, publié dans FamPra.ch 2013, p. 220 ss.

¹⁴⁰ ATF 144 III 1, consid. 4.4.3.

¹⁴¹ Bundesverfassungsgericht, arrêt 1 BvR 421/05 du 13 février 2007, consid. 3b/aa/1, en partie publié dans FamPra.ch 2007, p. 408 s.

gislateur a adopté le § 1598a BGB sur le droit d'exiger un consentement à l'analyse génétique destinée à établir l'origine biologique : ainsi, pour élucider l'origine de l'enfant, le père peut exiger de la mère et de l'enfant, la mère peut exiger du père et de l'enfant, et l'enfant peut exiger des deux parents qu'ils consentent à un examen génétique. Selon le Bundesverfassungsgericht, le défaut de toute procédure légale pour réaliser le droit fondamental à connaître ses origines porte atteinte au libre épanouissement de la personnalité. Une telle procédure, indépendante de toute action d'état civil, ne porte atteinte ni à l'éventuel droit de l'enfant à ne pas connaître ses origines, ni à la personnalité de la mère.

B. Nécessité de réformer le droit en vigueur

- 246 Le droit à connaître sa descendance doit en principe être reconnu aux parents génétiques qui n'ont pas renoncé à leurs responsabilités parentales dans le cadre d'un don de gamètes (recommandation 27).

VI. Questions de droit international privé

- 247 Dans le contexte international, le mandat du groupe d'expert-e-s se limite à la question de savoir comment le droit de l'établissement de la filiation peut tenir compte du fait que de plus en plus de personnes recourent à l'étranger à des méthodes de reproduction interdites en Suisse. Dans les recommandations pour un nouveau droit de l'établissement de la filiation (voir document séparé), il a été tenu compte en particulier des défis soulevés par le don d'ovules et le don d'embryon à l'étranger. Mais d'autres questions de droit international privé concernent aussi le droit de l'établissement de la filiation. C'est notamment le cas de la reconnaissance d'une filiation à la suite d'une gestation pour autrui (1.), de la reconnaissance de co-maternités originaires (2.) et de la reconnaissance de la multiparenté (3.).

1. Don d'ovules, don d'embryon et gestation pour autrui

- 248 La Constitution interdit la maternité de substitution et le don d'embryon (art. 119, al. 2, let. d, Cst.). Le don d'ovules est lui aussi interdit, mais seulement au niveau de la loi (art. 4 LPMA). Cela étant, les dons d'ovules, les dons d'embryon et la gestation pour autrui sont utilisés dans des pays qui les autorisent. Lorsque l'enfant qui en est le fruit naît en Suisse, la question ne relève pas de la LDIP : la personne qui accouche est considérée comme la mère (art. 252, al. 1, CC). En revanche, lorsque **l'accouchement a lieu à l'étranger**, et que la filiation doit être inscrite au registre de l'état civil en Suisse, se pose la question de la **reconnaissance du lien de filiation**. Dans le cas des enfants conçus au moyen d'un don d'ovules ou d'un don d'embryon dont accouche la personne enregistrée comme mère, la reconnaissance de la filiation en Suisse ne pose pas de problème, que l'accouchement ait eu lieu en Suisse ou à l'étranger. En revanche, le don d'ovules et le don d'embryon pratiqués à l'étranger posent, lorsqu'ils sont anonymes, le problème du défaut de connaissance des origines de l'enfant. Même si cette identité génétique était établie, on ne saurait pas, *de lege lata*, dans quel registre les informations correspondantes pourraient être consignées

en Suisse. C'est pourquoi la Suisse doit s'engager pour que le commerce international de gamètes soit interdit de manière efficace et prendre des mesures pour empêcher que des gamètes donnés anonymement soient utilisés en Suisse.

249 En ce qui concerne les enfants qui sont **mis au monde à l'étranger par une mère porteuse**, les questions du droit applicable et de la reconnaissance se posent de manière récurrente.

250 La reconnaissance d'une filiation fondée à l'étranger se fait, indépendamment de la situation juridique du pays de naissance de l'enfant, sur la base soit d'un acte de naissance étranger, soit d'une décision étrangère. Selon que la filiation est fondée sur **un acte de naissance étranger ou une décision**, la situation juridique peut varier en Suisse. En principe, l'établissement de la filiation est régi par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (art. 68 LDIP). Lorsque la filiation se fonde sur une *décision* étrangère, celle-ci est toutefois reconnue en vertu de l'art. 70 LDIP lorsqu'elle a été rendue dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant ou dans son État national, ou dans l'État du domicile ou l'État national de la mère ou du père. L'exception prévue à l'art. 70 LDIP ne vaut pas pour un *acte de naissance* : c'est le principe de l'art. 68 LDIP qui trouve application dans ce cas et l'on pourra uniquement se fonder sur le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. C'est en principe son lieu de résidence à la naissance qui est déterminant (art. 69, al. 1, LDIP). Toutefois, si l'enfant est amené en Suisse immédiatement après sa naissance, l'OFEC a pour pratique de considérer la Suisse comme son État de résidence habituelle¹⁴². La résidence habituelle de l'enfant servira également de critère de rattachement dans le cas d'une décision étrangère constatant la filiation, mais seulement si cette décision n'a pas été rendue dans l'État national de l'enfant ou l'État de domicile ou d'origine de la mère ou du père. Les filiations établies aux États-Unis constituent une situation exceptionnelle : en effet, conformément au *ius soli*, l'enfant acquiert à sa naissance la nationalité américaine, et la décision étrangère concernant la filiation peut dès lors être reconnue en Suisse, puisque la décision a bien été rendue dans l'État national de l'enfant.

251 Il en résulte les différences suivantes :

252 Lorsqu'un enfant naît d'une mère de substitution dans un pays qui constate la parenté des parents d'intention par *acte de naissance* (par ex. la Géorgie, l'Ukraine, la Russie), l'établissement de la filiation est régi, selon la pratique actuelle, par le droit suisse si les parents d'intention rentrent en Suisse avec l'enfant après la naissance. La filiation doit alors être établie à l'aide des instruments du droit suisse, c'est-à-dire par une reconnaissance de paternité et/ou l'adoption par la mère et/ou par le père.

253 En revanche, lorsqu'un enfant naît d'une mère de substitution dans un pays qui constate la parenté des parents d'intention par *décision* (par ex. les États-Unis,

¹⁴² Voir Verwaltungsgericht Zurich, VB.2019.00829 du 14 mai 2020.

la Grande-Bretagne, le Canada), et que cette décision est rendue dans l'État de domicile ou national du père, de la mère ou de l'enfant, elle peut être reconnue en Suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut cependant qu'il existe un lien génétique entre le parent et l'enfant.

254 Contourner l'interdiction constitutionnelle de recourir à la gestation pour autrui en faisant appel à une mère porteuse à l'étranger est en effet considéré en Suisse comme une atteinte à l'ordre public¹⁴³. C'est pourquoi la jurisprudence actuelle n'admet de reconnaître ces décisions étrangères, sur la base de l'art. 8 CEDH, que s'il existe un lien génétique entre l'enfant et le parent qui n'a pas accouché de lui (deuxième parent). Cette jurisprudence correspond à celle de la Cour EDH¹⁴⁴. L'autre parent d'intention (généralement le ou la partenaire du deuxième parent) peut établir un lien de filiation en adoptant l'enfant de son ou sa partenaire, pour autant que la personne qui a accouché de l'enfant (mère porteuse) le donne à l'adoption dans le respect des conditions qui sont posées, ou renonce à la parenté. Cette pratique aboutit aux mêmes résultats que ceux de l'avis consultatif de la Cour EDH sur la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention¹⁴⁵.

255 Cette situation juridique, qui entraîne une différence de pratique en matière de reconnaissance selon que la filiation se fonde sur un acte de naissance ou une décision (voir n° 251), n'est pas satisfaisante. C'est pourquoi elle fait l'objet de discussions au sein d'un Groupe d'experts de la Conférence de La Haye de droit international privé depuis 2016¹⁴⁶.

256 Le groupe d'expert-e-s à l'origine du présent rapport est d'avis que la Suisse doit s'engager pour que les questions soulevées par la médecine reproductive transfrontalière soient réglées dans des accords internationaux. L'objectif doit être de fixer des normes internationales minimales pour protéger la dignité humaine et les droits fondamentaux de toutes les parties concernées et pour prévenir les abus. La Convention de La Haye sur l'adoption peut servir de modèle. En parallèle, la Suisse devrait régler au niveau bilatéral la coopération avec les États qui jouent un rôle particulièrement important dans le domaine de la médecine reproductive transfrontalière. Il s'agit d'empêcher de façon préventive les pratiques aboutissant à des situations où des enfants ne peuvent pas être reconnus en Suisse parce ces pratiques sont contraires à l'ordre public suisse, car portant atteinte à la dignité humaine ou aux droits de l'enfant.

¹⁴³ Voir ATF 141 III 312, consid. 4 ; 141 III 328, consid. 5.

¹⁴⁴ Voir Cour EDH arrêt n° 65192/11 du 26 septembre 2014 dans l'affaire *Mennesson c. France* ; Cour EDH arrêt n° 65941/11 du 26 septembre 2014 dans l'affaire *Labassee c. France*.

¹⁴⁵ Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande n° P16-2018-011), Strasbourg 10 avril 2019, [Avis Consultatif 2019](#) (consulté le 21 avril 2021).

¹⁴⁶ Autres références sous <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/> (consulté le 21 avril 2021).

2. Co-maternité originaire

257 La co-maternité originaire d'enfants nés en Suisse n'est pour l'heure pas réglée au niveau législatif. La loi sur le « Mariage pour tous », adoptée par le Parlement le 18 décembre 2020, introduit cependant une telle co-maternité originaire en Suisse¹⁴⁷. Elle prévoit une présomption de parenté (« parentalité » selon le texte légal) en faveur de l'épouse de la mère dans le cas d'une procréation médicalement assistée en Suisse¹⁴⁸. Lorsqu'un don de sperme est fait à titre privé ou que le traitement a lieu à l'étranger, cette présomption ne trouve en revanche pas à s'appliquer. Une demande de référendum ayant abouti, le peuple devra se prononcer sur ce projet de loi.

258 Lorsqu'une co-maternité originaire est établie à l'étranger, elle peut, selon les cas de figure, être inscrite au registre de l'état civil en Suisse. La co-parenté originaire de deux femmes n'est pas considérée comme contraire à l'ordre public, ainsi que l'a confirmé le vote du Parlement du 18 décembre 2020.

3. Multiparenté

259 À quelques exceptions près, tous les ordres juridiques reposent sur le principe de la double parenté (voir ci-dessus n° 201).

260 Aussi longtemps que le principe de la double parenté prévaut en Suisse, la reconnaissance d'une multiparenté établie à l'étranger peut soulever certaines difficultés. A l'heure actuelle, seuls deux parents juridiques au maximum peuvent être inscrits au registre de l'état civil. Il est toutefois possible d'enregistrer des parents adoptifs et des parents biologiques dans le cas d'une adoption simple, l'office de l'état civil disposant de deux masques pour inscrire la filiation de l'enfant (un masque pour les personnes considérées comme ses parents après la décision d'adoption, un masque pour les personnes qui étaient considérées comme ses parents avant cette décision). Il n'existe pas plusieurs masques pour une multiparenté. Mais des difficultés d'ordre purement technique au moment de l'inscription à l'état civil ne devraient pas faire obstacle à la reconnaissance d'une multiparenté en Suisse.

261 L'inscription au registre de l'état civil n'est pas la seule difficulté qui se présente sur le plan juridique. En effet, *de lege lata*, les effets juridiques de la filiation sont conçus par rapport à deux parents seulement. En cas de reconnaissance d'une multiparenté établie à l'étranger, il faudrait donc examiner ce que ces différents effets juridiques deviennent.

Fribourg/Zurich, le 21 juin 2021, AJ/LR

¹⁴⁷ Voir FF 2020, p. 9607 ss.

¹⁴⁸ Voir www.bk.admin.ch (consulté le 21 avril 2021).