



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

SKMR-Newsletter Nr. 28 vom 24. Juni 2015
Themenbereich Institutionelle Fragen

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

von Eva Maria Belser und Andrea Egbuna-Joss

Relevanz für die Praxis

- Die Familie geniesst aufgrund ihrer besonderen Funktion in der Gesellschaft im Landes- und im Völkerrecht einen besonderen Schutz.
- Die internationalen Menschenrechtsabkommen und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte räumen den Staaten bei der Ausgestaltung des nationalen Familienrechts grosse Gestaltungsspielräume ein.
- Eine Privilegierung der heterosexuellen Ehe ist bis auf weiteres nicht völkerrechtswidrig. Sieht ein Staat jedoch vor, dass auch unverheiratete Paare ihre Beziehung rechtlich absichern können oder dass auch solchen Paaren und Einzelpersonen Zugang zur Adoption oder der Fortpflanzungsmedizin gewährt werden soll, darf ein Staat diese Möglichkeiten homosexuellen Paaren und Einzelpersonen nicht ausschliesslich aufgrund ihrer Homosexualität verschliessen.
- Während der Europäische Gerichtshof lediglich ein europäisches Minimum an Familienschutz sicherstellt, ergeben sich aus der schweizerischen Verfassung weitergehende Leitplanken für die Ausgestaltung des Familienrechts. Dies gilt namentlich beim Recht auf Gleichbehandlung und dem Schutz von Kindern und Jugendlichen.
- Bei der Gestaltung des Familienrechts im engeren Sinn zeichnet sich ab, dass sich Lehre und Rechtsprechung im Bereich der Grund- und Menschenrechte zusehends vom Konzept staatlich vorgegebener und privilegierter Familienbilder lösen und den Schutz der tatsächlich gelebten Familienbanden in den Vordergrund stellen.

Die Familie als „natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft“

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hält fest, dass die Familie «die natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft» ist und «Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat» hat ([Art. 16 Abs. 3](#)). Vergleichbare Garantien finden sich in [Art. 10 UN-Pakt I](#) und [Art. 23 UN-Pakt II](#) sowie in [Art. 8](#) und [12 EMRK](#). Auch die Schweizerische Bundesverfassung gewährleistet den Schutz der Familie und des Familienlebens ([Art. 13](#) und [14 BV](#)), verpflichtet Bund

und Kantone dazu, Familien zu schützen und zu fördern ([Art. 41 lit. c BV](#)), hält den Bund dazu an, bei der Erfüllung seiner Aufgaben auf die Bedürfnisse der Familie Rücksicht zu nehmen und ermächtigt ihn schliesslich, Massnahmen zum Schutz der Familie zu unterstützen ([Art. 116 BV](#)).

Völker- und Verfassungsrecht tragen damit der Tatsache Rechnung, dass familiäre Beziehungen für das physische, psychische und soziale Wohlbefinden von Menschen von grösster Bedeutung sind und als erstes Auffangnetz bei Krisen und Krankheiten auch den Staat entlasten. Der Staat ist deshalb nicht nur dazu verpflichtet, das Familienleben zu achten, sondern hat gesetzgeberische und andere geeignete Massnahmen zu treffen, um das Familienleben vor Störungen und Gefahren zu schützen und sein Gedeihen zu fördern.

Was aber unterscheidet «die Familie», die als grundlegende Einheit der Gesellschaft Rücksicht, Schutz und Förderung verdient, von anderen Gruppen und Gemeinschaften und von den «Mitgliedern der menschlichen Familie», denen die Präambel der Menschenrechtserklärung gleiche Rechte verspricht? Was kann – angesichts der Vielfalt der Familienformen und des tiefgreifenden Wandels des Familienlebens – als «natürliche» Einheit gelten? Diese Frage haben Gesetzgeber und Gerichte im Rahmen der Vorgaben des Verfassungs- und des Völkerrechts zu beantworten. Dabei ist unbestritten, dass der Staat seinen Schutz- und Förderauftrag nur sinnvoll wahrnehmen kann, wenn er diesen den sich wandelnden Familienformen und neuen Bedürfnissen anpasst.

Schutz der Familie oder Schutz der Vorstellung, was eine Familie zu sein hat?

Die rechtlichen und politischen Diskussionen über den Begriff der Familie und die zukünftige Gestaltung des Familienrechts weisen die unterschiedlichsten Facetten auf. Zahlreiche Auseinandersetzungen betreffen nicht das Familienrecht im engeren Sinn, sondern die Sozialversicherungen, das Steuer- und das Ausländerrecht und beziehen sich weniger auf das, was eine Familie ausmacht, als um das erwünschte Mass an sozialer Sicherheit, wirtschaftlicher Umverteilung und Zuwanderung.

Bei der Gestaltung des eigentlichen Familienrechts prallen zwei unterschiedliche Vorstellungen über die Rolle des Staats im Umgang mit Familien aufeinander, die beide im Verfassungsrecht und im Völkerrecht ihren Niederschlag gefunden haben. Die eine geht davon aus, dass der Staat einen Idealtypus von Familie vor Augen haben und diesen besonders schützen und fördern darf bzw. muss. Die andere sieht das Familienleben in seiner Vielfalt als dem Staat vorgegeben an und die staatliche Rolle darin, tatsächlich gelebte Familienbeziehungen zu schützen und zu fördern. Die gegenwärtigen Diskussionen über die Fortentwicklung des Familienrechts lassen sich als ein Ringen um den Vorrang des einen oder anderen Ansatzes verstehen. Auch wenn dieses im vollen Gang ist, so zeichnet sich doch ab, dass sich Lehre und Rechtsprechung im Bereich der Grund- und Menschenrechte zusehends vom Konzept staatlich vorgegebener und privilegierter Familienbilder lösen und den Schutz der tatsächlichen gelebten Familienbande in den Vordergrund stellen.

Von der Ehe über die Familie...

Ursprünglich schützten die Grund- und Menschenrechte vor allem das Recht, aus freiem Willen und ungestört von staatlichen Interventionen Ehen eingehen oder auf eine Eheschliessung verzichten zu können (vgl. [Art. 14 BV](#), [Art. 12 EMRK](#), [Art. 10 Ziff. 1 UN-Pakt I](#), [Art. 23 Ziff. 2 und 3 UN-Pakt II](#)). Als Ehe galt dabei die umfassende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zwischen zwei heiratsfähigen Menschen unterschiedlichen Geschlechts. Das Recht auf Ehe diente in der Vergangenheit vor allem dazu, staatliche Eheverbote und -hindernisse (z.B. wegen Verwandtschaft, sozialer Situation, Freiheitsentzug) oder Wartefristen auf ihre Rechtfertigung und Erforderlichkeit hin zu überprüfen (vgl. [EGMR, F. gegen Schweiz, Nr. 11329/85](#)).

Neben dem Recht, eine Ehe einzugehen, schützen die Grund- und Menschenrechte auch das Recht, Kinder zu haben und aufzuziehen. Staatliche Eingriffe, die dieses Recht beschränken (etwa Zwangssterilisation, Geburtenregelung, etc.), sind deshalb nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, auf einem überwiegenden öffentlichen Interesse beruhen und verhältnismässig sind.

Einen bedeutenden Schritt zur Weiterentwicklung dieser Ansprüche machte das schweizerische Bundesgericht im Jahre 1989, als es entschied, dass das Recht auf Familiengründung nicht nur staatlichen Eingriffen Schranken setzt, sondern auch Ansprüche begründet, z.B. auf Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Es sei «nicht zu verkennen», stellte das Gericht fest, «dass der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt». Kinder zu haben und aufzuziehen bedeute für viele Menschen eine zentrale Sinnggebung ihres Lebens, und die ungewollte Kinderlosigkeit werde oft als schwere Belastung erlebt. Jede Beschränkung des Zugangs zur Fortpflanzungsmedizin berühre die Betroffenen daher in ihrem Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit und müsse deshalb auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein, schloss das Gericht ([BGE 115 Ia 234 E. 5a](#)). Es fällte diesen richtungsweisenden Entscheid gestützt auf das ungeschriebene Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte zum damaligen Zeitpunkt – wie das höchste Gericht ausdrücklich festhält – „noch keine Entscheidungen zur künstlichen Fortpflanzung getroffen und weder zu einem entsprechenden Anspruch noch zum Umfang von Einschränkungen Stellung genommen“ ([BGE 115 Ia 234 E. 5c](#)).

Der Verfassungsgeber trug der neuen Entwicklung im Jahre 1999 Rechnung, indem er in der totalrevidierten Bundesverfassung das Recht auf Ehe um ein Recht auf Familie ergänzte ([Art. 14 BV](#)). Die Tragweite dieser Neuerung, die auf Wunsch der Verfassungskommission des Nationalrats erfolgte, war allerdings von Anfang an umstritten. Es wurde namentlich befürchtet, es könnten sich auch unverheiratete und gleichgeschlechtliche Paare auf die Garantie stützen, um Zugang zur Adoption oder zur Fortpflanzungsmedizin zu erhalten. Lehre und Rechtsprechung stützten sich in der Folge jedoch stark auf eine Äusserung des ständerätlichen Berichterstatters, wonach unter Familie «die heute gängigen Familienformen» zu verstehen seien, nämlich das Zusammenleben von Eltern mit ihren Kindern ([Amtl. Bulletin SR 1998, 226](#)).

Auch im Völkerrecht wurde das Recht auf Familie zunächst eng mit der Ehe verbunden. [Art. 12 EMRK](#) hält ausdrücklich fest, dass „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter“ das Recht haben, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen (ähnlich [Art. 23 Abs. 2 UN-Pakt II](#)).

...zum Familienleben

Sowohl im Völkerrecht als auch im Verfassungsrecht hat sich die Beschränkung familienrechtlicher Ansprüche auf Ehegatten mittlerweile weitgehend verflüchtigt. Aus der Begründung des schweizerischen Bundesgerichts, dass der Wunsch nach Kindern zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeit gehört, ergibt sich bereits, dass alle Menschen Träger dieses Rechts sind, nicht nur Ehegatten. Jede Beschränkung des Rechts auf Familiengründung bedarf deshalb nach schweizerischem Recht einer dreifachen Rechtfertigung (Gesetz, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit). Die Beurteilung der Rechtfertigung kann nicht ein für alle Mal vorgenommen werden. Schon 1989 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass die Beschränkung der persönlichen Freiheit „mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen ethische Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden Sozialverhältnisse“ zu prüfen ([BGE 115 Ia 234 E. 5b](#)) – und damit immer wieder zu überprüfen – sei.

1989 hatte das Bundesgericht noch festgehalten, dass sich aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Umstände eine Beschränkung der künstlichen Befruchtung mit nicht vom Ehemann stammenden Samen (heterologe Insemination) auf verheiratete Paare und die damit verbundene Privilegierung der Ehe als verhältnismässig erweise. Die Einschränkung verfolge das Ziel, die Anzahl der Kinder, die keinen rechtlichen Vater hätten (und damit keinen Anspruch auf Beistand, Pflege, Erziehung und Unterhalt) möglichst tief zu halten; diese Ziel liege im Interesse des Kindeswohls ([BGE 115 Ia 234 E. 6b und c](#)). Dieses Argument verliert allerdings in dem Masse an Bedeutung, als das Recht andere Mittel zur Verfügung stellt, um Kindern rechtlich geschützte Beziehungen zu beiden Elternteilen zu ermöglichen (z.B. durch die Möglichkeit der vorgängigen Anerkennung).

Nach älterer Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte konnten sich gleichgeschlechtliche Paare und ihre Familien nur auf den Schutz des Privatlebens, nicht auf den Schutz des Familienlebens berufen, was insbesondere Auswirkungen auf den Familiennachzug hatte. Als Begründung für die Schlechterstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften führte das Bundesgericht noch im Jahre 2000 an, dass die Ehe und Familie „aus biologischen Gründen immer noch und natürlicherweise in anderer Form zum Fortbestand der Gesellschaft“ beitrage „als die gleichgeschlechtliche Partnerschaft“ ([BGE 126 II 425 E.4b](#)).

Mit dem Inkrafttreten des [Partnerschaftsgesetz \(PartG\)](#) von 2007 wurde gleichgeschlechtlichen Paaren zwar die Möglichkeit eröffnet, ihre Partnerschaft rechtlich abzusichern, und seither ist unbestritten, dass auch eingetragene Paare den grund- und menschenrechtlichen Schutz des Familienlebens geniessen. Gleichzeitig verwehrt das Partnerschaftsgesetz eingetragenen Paaren aber ausdrücklich den Zugang zur Adoption und der Fortpflanzungsmedizin ([Art. 28 Partnerschaftsgesetz](#)). Auch Paare in faktischen Lebensgemeinschaften sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Stiefkindadoption ausgeschlossen ([BGE 129 III 656](#)). Die Argumentation des Bundesgerichts wie auch das umfassende Verbot von [Art 28 PartG](#) müssen als überholt gelten, steht doch mittlerweile fest, dass die Gründung einer Familie nicht mehr vom Bestehen einer traditionellen Ehe zwischen Mann und Frau abhängig ist. Vielmehr geniessen auch Konkubinatspaare, registrierte oder nicht registrierte gleichgeschlechtliche Paare sowie Einzelpersonen

grundsätzlich einen geschützten Anspruch auf Familiengründung, der nur im öffentlichen Interesse, namentlich zum Schutz des Kindeswohls, beschränkt werden darf.

Während die Öffnung des Familienbegriffs im Kontext von [Art. 14 BV](#) und [Art. 12 EMRK](#), die die Familiengründung unter Schutz stellen, nur teilweise erfolgt und die Ehe – nicht zuletzt aufgrund ihrer ausdrücklichen Gewährleistung – weiterhin bestimmte Privilegien genießt, hat sich in [Art. 13 BV](#) und [Art. 8 EMRK](#), die als Teil der Privatsphäre das Familienleben garantieren, ein weiter Familienbegriff durchgesetzt. Der Schutz des Familienlebens reicht weit über die Kernfamilie hinaus. Nach der Rechtsprechung können etwa Beziehungen zwischen gegen- oder gleichgeschlechtlichen Paaren mit oder ohne Ehe, zwischen Eltern und Kindern, zwischen Geschwistern und Halbgeschwistern, zwischen Grosseltern und Enkeln sowie zwischen Tanten und Onkeln und ihren Nichten und Neffen den Schutz des Familienlebens finden. In Frage kommen grundsätzlich Beziehungen „zwischen allen nahen Verwandten, die in der Familie eine wesentliche Rolle spielen können“. Ausserhalb der Kernfamilie spricht es für das Vorliegen einer schützenswerten Familienbeziehung, wenn Personen einander beistehen und sich unterstützen und bei Bedarf Pflege- und Fürsorgeaufgaben übernehmen ([BGE 120 Ib 257 E. 1d](#)). Entscheidend ist somit weniger die Verwandtschaft, als die faktische Lebens- und Solidaritätsgemeinschaft, die eine gewisse Stabilität und Verlässlichkeit aufweist.

Reformbestrebungen

Während sich die grundrechtlichen Ansprüche im Bereich der Familie in den letzten Jahren sehr dynamisch entwickelt haben und zusehends auf den Schutz und die Förderung faktisch gelebter Beziehungen abstellt, sind das Familienrecht sowie andere Bereiche der Rechtsordnung (etwa das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht) noch stark von der traditionellen, auf Ehe gegründeten Familie geprägt und auf diese ausgerichtet. Dies kann vor allem für jene Personen zu Schwierigkeiten führen, die ohne eine Ehe eingehen zu wollen oder eingehen zu können mit oder ohne Kinder zusammenleben, Alleinerziehende und ihre Kinder, nicht verheiratete und geschiedene Eltern, Geschwister, Grosseltern und Aussenstehende, die Kinder oder Kranke betreuen, Patchwork- und Regenbogenfamilien.

Es erstaunt deshalb nicht, dass das schweizerische Familienrecht während der letzten Jahrzehnte verschiedentlich revidiert wurde und Forderungen nach weiteren Reformen erhoben wurden. Im Jahre 2012 wurde der Bundesrat mit dem [Postulat Fehr 12.3607](#) („Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht“) aufgefordert, in einem Bericht aufzuzeigen, wie die rechtlichen – in erster Linie zivil- und insbesondere familienrechtlichen – Grundlagen den heutigen und künftigen gesellschaftlichen Bedingungen angepasst werden können. Dabei sei insbesondere dem Grundsatz der Gleichberechtigung der unterschiedlichen Lebensformen Rechnung zu tragen.

Am 25. März 2015 hat der Bundesrat seinen [Bericht zur „Modernisierung des Familienrechts“](#) vorgelegt. Der Bericht basiert auf drei in Auftrag gegebenen externen Gutachten sowie einer öffentlichen Tagung, die im Juni 2014 an der Universität Freiburg stattfand. Er gibt einen Überblick über die Ziele und den aktuellen Stand der Modernisierung des Schweizer Familienrechts. Um Diskussion über weitere Reformen des Familienrechts zu ermöglichen und zu fördern, stellt der Bericht folgende Hauptpunkte ins Zentrum:

- Die Lebensbeziehungen unter Erwachsenen (Ehe, eingetragene Partnerschaft sowie deren Verhältnis zueinander; Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen und Partnerschaften; faktische Lebensgemeinschaft und Konkubinat)
- Das Kindesrecht (Elterliche Sorge; Mutterschaft; Vaterschaft; Leihmutterchaft und Eizellenspende; Adoption);
- Die finanziellen Aspekte des familiären Zusammenlebens (Unterhalt bei Scheidung, Unterhaltsanspruch des Kindes, Güterrecht in der Ehe, Vorsorgeausgleich bei Eheleuten, eingetragenen Partnern und faktischen Lebensgemeinschaften);
- Die für das Familienleben bedeutenden Regelungen ausserhalb des materiellen Familienrechts (Sozialversicherung, Steuerrecht, Verfahrensfragen).

Während Postulat und Bericht auf eine stärkere Ausrichtung des Familienrechts auf die tatsächlich gelebten Familienbeziehungen gerichtet sind und auf den diskriminierungsfreien Schutz dieser Beziehungen zielen, so regt sich auch Widerstand gegen die Ausdehnung dessen, was als Familie Schutz und Förderung verdient. So will etwa die [Motion Herzog 14.3371](#) „[f]ragwürdige Reformen im Ehe- und Familienrecht stoppen“; wohl mit dem gleichen Ziel wurde vor kurzem ein Verein „für eine traditionelle Familie“ gegründet.

Auch auf internationaler Ebene stehen Bestrebungen, die familiären Beziehungen in ihrer Vielfalt gleichberechtigt zu schützen, solchen gegenüber, die von einem Idealbild der Familie ausgehen und dieses rechtlich durchsetzen oder zumindest privilegieren möchten. In die letzte Richtung geht wohl eine [Resolution des Menschenrechtsrats vom Juni 2014 zum Schutz der Familie](#), die von 13 Staaten eingebracht wurde, die sich für ein Festhalten an einem traditionellen Familienverständnis einsetzen.

Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber

Bei den anstehenden Reformen hat sich die schweizerische Rechtsordnung im Rahmen der völkerrechtlich geschützten Ordnung zu bewegen. Insbesondere ist der Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofs Rechnung zu tragen, der den Schutz von Ehe, Familie und Familienleben dynamisch weiterentwickelt und den schweizerischen Rechtsentwicklungen verbindliche Leitplanken vorgibt.

Der schweizerische Gesetzgeber und die schweizerischen Gerichte können sich aber nicht damit begnügen, europäische Entscheide nachzuvollziehen. Weil das Familienleben, sein Schutz und seine Förderung sehr eng mit kulturellen und rechtlichen Traditionen verbunden sind und unterschiedliche soziale Entwicklungen und ethische Vorstellungen in diesem Bereich besonders bedeutsam sind, räumt der Europäische Gerichtshof den einzelnen Mitgliedstaaten einen grossen Gestaltungsspielraum ein. Diese entscheiden im Wesentlichen selbst, welche gesetzlichen Rahmenbedingungen für Ehe und Familie gelten sollen. Angesichts der Vielfalt der nationalen Lösungen hält sich der Gerichtshof (vorläufig) stark zurück, vor allem wenn es um den Zugang zur Adoption und zur Fortpflanzungsmedizin geht.

Einen nächsten Schritt zur Weiterentwicklung des familienrechtlichen Schutzes macht der Gerichtshof in der Regel nur, nachdem rechtsvergleichende Untersuchungen ergeben haben, dass

unter den (meisten) Mitgliedstaaten ein Konsens über den erforderlichen Schutz und die angemessene Förderung der Familie entstanden ist. Die eigentlichen Motoren der grund- und menschenrechtlichen Entwicklungen sind deshalb, zumindest im Bereich des Familienrechts, die einzelnen Staaten. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Subsidiarität des Gerichtshofes, der mit dem [Zusatzprotokoll Nr. 15](#) nochmals prominent in der Präambel der EMRK verankert wurde, sowie der Tatsache, dass die Entwicklung eines neuen europäischen Konsens‘ schliesslich davon abhängt, ob die nationalen Rechtsentwicklungen in ihrer Mehrheit über die geltenden minimalen Schutzstandards der EMRK hinausgehen.

Problematische Beschränkung des Zugangs zu zulässigen Formen der Familiengründung

Während der nationale Gesetzgeber vor allem bei der Frage nach der Zulässigkeit bestimmter Formen der Familiengründung einen erheblichen Gestaltungsspielraum genießt und diesen zu nutzen hat, so gilt dies viel weniger für die Frage nach dem Zugang zu grundsätzlich erlaubten Arten der Familiengründung. So ist es nach gegenwärtiger Rechtsprechung wohl möglich, die Einzeladoption oder heterologe Insemination gestützt auf öffentliche Interessen zu verbieten. Aufgrund der diskriminierenden Wirkung ist es dagegen unzulässig, diese als Möglichkeiten zwar vorzusehen, aber Personen eines Geschlechts oder eines bestimmten Alters oder heterosexuellen Personen vorzubehalten.

Während deshalb die schweizerischen Verbote der Eizellenspende, der Embryonenspende und der Leihmutterchaft bis auf weiteres als völkerrechtlich zulässig gelten können, so ist fraglich, ob spezifische Zugangsbeschränkungen zu zulässigen Formen der Familiengründung nicht einer verfassungs- und völkerrechtswidrigen Diskriminierung gleichkommen. Dies gilt etwa für die restriktiven Voraussetzungen zur Adoption bei Ehepaaren, Konkubinatspaaren, registrierten und nicht-registrierten gleichgeschlechtlichen Paaren und Einzelpersonen, aber auch beim Zugang zur Fortpflanzungsmedizin.

Zum Beispiel: Revision des Adoptionsrechts

Die [vorgesehene Revision des Adoptionsrecht](#) soll hier zumindest teilweise für Abhilfe sorgen: So soll in Zukunft die Stiefkindadoption nicht nur Ehepaaren, sondern auch Paaren in eingetragener Partnerschaft und Paaren in faktischer Lebensgemeinschaft offenstehen. Gleichzeitig soll das Mindestalter adoptionswilliger Personen gesenkt, das Ermessen der Behörden erweitert und das Adoptionsgeheimnis gelockert werden. Das Revisionsvorhaben trägt einerseits dem Wunsch Rechnung, Kindern wenn möglich rechtliche Beziehungen zu zwei Elternteilen zu gewähren und faktische Erziehungs-, Betreuungs- und Unterhaltsverhältnisse auch rechtlich abzusichern. Andererseits erleichtert es die Adoption und trägt den persönlichen Interessen der genetischen Eltern an Informationen über das Wohl ihres Kindes Rechnung.

Mit Blick auf die Grund- und Menschenrechte ist zu bemerken, dass namentlich die Erleichterung der Stiefkindadoption aus grundrechtlicher Sicht als geboten erscheint. Die geltende Situation, in welcher insbesondere für Paare in eingetragener Partnerschaft ein umfassendes Adoptionsverbot gilt ([Art. 28 Partnerschaftsgesetz](#)), kann nicht als verfassungskonform gelten. Sie trifft Unterscheidungen, die nicht an der Stabilität der Beziehung oder der Eignung zur Eltern-

schaft, sondern an der Ehe oder Partnerschaft anknüpfen und benachteiligt namentlich homosexuelle Paare und deren Kinder.

Das Parlament wird voraussichtlich in der Sommersession 2015 über die Revision beraten. Bereits jetzt hat sich jedoch ein Komitee formiert, welches gegen ein allfällig beschlossenes Adoptionsrecht für homosexuelle Paare das Referendum ergreifen will. Es bleibt zu hoffen, dass sich das Volk, das sich im Rahmen eines Referendums als Gesetzgeber betätigen würde, sich seiner Bindung an die Verfassung, namentlich an die Grund- und Menschenrechte, bewusst wäre ([Art. 35 BV](#)). Denn sollte das Referendum zustande kommen und erfolgreich sein, so bliebe es dem Bundesgericht aufgrund von [Art. 190 BV](#) verwehrt, die ungenügende gesetzliche Situation von sich aus mit der Verfassung in Übereinstimmung zu bringen. Es hätte vielmehr abzuwarten, bis die Weiterentwicklung der europäischen Rechtsprechung ihm Mittel an die Hand geben würde, ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen im schweizerischen Familienrecht zu überwinden.

Anspruch auf Gleichbehandlung

Gleichzeitig liegt auf der Hand, dass die geplante Revision des Adoptionsrechts zwar Ungleichbehandlungen beseitigen, gleichzeitig aber neue schaffen würde. Die eigentliche Adoption bliebe nämlich sowohl gleichgeschlechtlichen Partnerinnen und Partnern wie auch Paaren in faktischen Lebensgemeinschaften weiterhin verwehrt (vgl. [Botschaft BR](#), 916 ff.). Diese Rechtslage steht zwar nicht im Widerspruch zum europäischen Minimum, das vom EGMR durchgesetzt wird, widerspricht aber den Grundrechten der schweizerischen Bundesverfassung.

Der Wunsch, Kinder zu haben und zu erziehen, steht als Teil der persönlichen Freiheit allen Menschen ohne Rücksicht auf sexuelle Orientierung zu. Einschränkungen sind nur zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig sind. Die Ehe oder die Gegengeschlechtlichkeit der Eltern bieten allerdings ebenso wenig eine Garantie für den Schutz des Kindeswohls, als die fehlende Ehe oder die Gleichgeschlechtlichkeit der Eltern dieses gefährdet. Wo immer der Staat Hand bietet zur Familiengründung (etwa indem er eine Adoption zulässt oder den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin gewährt), hat er im Einzelfall und diskriminierungsfrei zu prüfen, ob Wunschvater und/oder Wunschmutter die Voraussetzungen erfüllen, um das Kindeswohl zu schützen und dem Kind gedeihliche und verlässliche Bedingungen für sein Aufwachsen zu bieten.

Gleiche Erwägungen gelten für den Bereich der Fortpflanzungsmedizin. Es widerspricht dem Anspruch auf Familiengründung und auf Gleichbehandlung, die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gegengeschlechtlichen Paaren – bzw. im Fall der heterologen Insemination – Ehepaaren vorzubehalten. Massgebend muss vielmehr sein, ob Personen- und Familienkonstellationen gute Voraussetzungen für die optimale physische und psychische Entwicklung der Kinder bieten. Vorurteile gegenüber bestimmten Familienkonstellationen können dabei nicht als Grund für eine Benachteiligung ins Feld geführt werden, sondern sollten Anlass dafür sein, negative Stereotype durch Forschung, Bildung und Sensibilisierung zu bekämpfen und von Vorurteilen betroffene Familien besonders zu unterstützen und zu fördern.

In diese Richtung weist auch die UN-Kinderrechtskonvention, die der Familie eine besondere Rolle beimisst und in der Präambel die Überzeugung der Vertragsstaaten zum Ausdruck bringt, dass „die Familie als Grundeinheit der Gesellschaft und natürlicher Umgebung für das Wachsen und Gedeihen aller ihrer Mitglieder, insbesondere der Kinder, der erforderliche Schutz und Beistand gewährt werden sollte, damit sie ihre Aufgaben innerhalb der Gemeinschaft voll erfüllen kann.“ Leben Kinder und Erwachsene zusammen, so ist deshalb entscheidend, dass den Kindern der erforderliche Schutz und der notwendige Beistand gewährt werden kann. Alle Kinder haben Anspruch darauf, dass ihre Eltern bei Bedarf bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben unterstützt werden – und keinesfalls aufgrund ihrer Herkunft, ihres Geschlechts, ihres Alters oder ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt werden.

Schutz von gelebten Familienbeziehungen

Schliesslich sind die staatlichen Pflichten bei der Gründung von Familien von jenen Pflichten zu unterscheiden, die der Staat beim Schutz und der Förderung tatsächlich gelebter Familienbeziehungen hat. Sind Kinder an diesen Beziehungen beteiligt, so ist der Staat aufgrund der Verfassung ([Art. 11 BV](#)) und der Kinderrechtskonvention zu besonderer Rücksicht und besonderem Schutz verpflichtet.

Aber auch andere tatsächlich gelebte Formen des familiären Zusammenlebens, des Beistands und der Solidarität verdienen staatlichen Schutz- und staatliche Förderung. Dies kann etwa für Beziehungen zwischen Grosseltern und Enkeln, Onkeln und Tanten, Patinnen und Paten und zwischen Geschwistern gelten sowie für alle andere Bindungen, die auf Vertrautheit und Verlässlichkeit beruhen. Auch sie gehören, wenn sie eine bestimmte Dauer und Intensität erreichen, zu den elementaren Formen der Persönlichkeitsentwicklung, bieten dem Einzelnen Schutz und Geborgenheit und sichern ihn im Falle persönlicher, sozialer und wirtschaftlicher Krisen. Auch sie verdienen deshalb grundrechtlichen Schutz vor Beeinträchtigungen, darüber hinaus aber auch Schutz und Förderung durch die Regeln des Sozialversicherungs-, Steuer- und Ausländerrechts.

Nimmt der Staat diese Schutz- und Förderpflicht wahr, hat er sich zwar mit zahlreichen und vielfältigen Formen des verbindlichen Zusammenlebens auseinanderzusetzen, profitiert aber gleichzeitig auch von den verschiedensten Formen gesellschaftlicher Zusammengehörigkeit und von Gefühlen der Verbundenheit, die die Stabilität einer Gemeinschaft ausmachen.

Dokumentation

- [Modernisierung des Familienrechts](#) (pdf, 61 S.)
Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), 25. März 2015
- [Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches \(Adoption\)](#) (pdf, 72 S.)
Botschaft des Bundesrates, 28. November 2014
- [Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht](#)
Postulat Fehr (12.3607), 29. August 2012
- [Fragwürdige Reformen im Ehe- und Familienrecht stoppen](#)
Motion Herzog (14.3371), 2. Juli 2014

- [Protection of the Family resolution increases vulnerabilities and exacerbates inequalities](#)
Artikel vom International Service for Human Rights über die UNO-Resolution zum Schutz der Familie, welche in der Juni-Session des Menschenrechtsrats ein Thema ist, 19. Juni 2015

Kontakt

- evamaria.belser@unifr.ch

Zitiervorschlag

Eva Maria Belser und Andrea Egbuna-Joss: Die Familie im Wandel – Das Familienrecht im Umbruch.

In: SKMR-Newsletter Nr. 28 vom 24. Juni 2015

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/150624_IF_familienrecht.pdf