

# Bundesblatt

Bern, den 8. Juli 1974 126. Jahrgang Band II

Nr. 27

Erscheint wöchentlich. Preis: Inland Fr. 68.– im Jahr, Fr. 38.– im Halbjahr, Ausland Fr. 82.– im Jahr, zuzüglich Nachnahme- und Postzustellungsgebühr. Inseratenverwaltung: Permedia, Publicitas-Zentraldienst für Periodika, Hirschemattstrasse 36, 6002 Luzern, Tel. 041/23 66 66

---

12 003

## **Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis)**

(Vom 5. Juni 1974)

Sehr geehrter Herr Präsident,  
sehr geehrte Damen und Herren,

Wir unterbreiten Ihnen hiermit Botschaft und Entwurf für eine Revision der Artikel 252–327 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) über das eheliche und aussereheliche Kindesverhältnis (ohne Art. 264–269<sup>c</sup> über die Adoption, die bereits mit Bundesgesetz vom 30. Juni 1972<sup>1)</sup> geändert worden sind).

### **1 Übersicht**

Hauptziel der Revision ist die Verbesserung der Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes und seiner Mutter. Darüberhinaus bringt der Entwurf auch gewichtige Änderungen für das eheliche Kindesrecht, insofern als dem Kindeswohl vermehrt Rechnung getragen und die Gleichberechtigung von Vater und Mutter verwirklicht wird. Die durchgreifende Revision des Kindesrechtes führt zu einer Neukonzeption des siebenten und achten Titels des ZGB (Abschn. I Ziff. 1 des Entwurfes): an Stelle der überlieferten Einteilung «eheliches» und «aussereheliches Kindesverhältnis» tritt die Unterscheidung nach der Entstehung und den Wirkungen des Kindesverhältnisses. Ferner ist die Änderung weiterer Bestimmungen des ZGB (Abschn. I Ziff. 2 des Entwurfes) und einzelner Bestimmungen dreier anderer Erlasse, nämlich der Bundesgesetze über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechtes, betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter sowie über die Organisation der Bundesrechtspflege (Abschn. II des Entwurfes) notwendig.

<sup>1)</sup> AS 1972 2819

## 2 Allgemeiner Teil

### 21 Vorgeschichte

#### 211 Die Arbeit der Expertenkommission

Das Familienrecht soll, wie der Bundesrat in der Botschaft vom 12. Mai 1971 zum neuen Adoptionsrecht ausgeführt hat<sup>2)</sup>, etappenweise revidiert werden. Die erste Etappe ist mit Erlass des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1972 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321), in Kraft seit 1. April 1973, abgeschlossen. Gegenstand der zweiten Etappe soll das Ausserehelichen- und übrige Kindesrecht bilden. Sie ist ebenfalls von der Ende 1968 eingesetzten *Expertenkommission für die Revision des Familienrechtes* vorbereitet worden. Von den ursprünglichen Mitgliedern<sup>3)</sup> sind Fürsprecher Max Brand (Bern) durch Rechtsanwalt Dr. Hans Schümer (Zürich) und dieser in der Folge durch Rechtsanwalt Dr. Theo Kündig (Zug), ferner Blaise Bühler, Sekretär FOV (Lausanne), durch Dr. Maurice Veillard, ehemaligen Präsidenten der *Chambre pénale des mineurs* (Lausanne), und Frau Bezirksrichterin Aimée Graber (Lausanne) durch Frau Rechtsanwältin Emma Kammacher (Genf) ersetzt worden. Die Kommission hat in 15 Sitzungen der Plenarkommission und von zwei Subkommissionen die Neuordnung des Kindesrechts beraten. Die Bestimmungen über das internationale Recht sind von einer Subkommission selbständig vorbereitet worden. Der Bundesrat stützt sich auf den überzeugenden Kommissionsentwurf und legt seiner Botschaft im Wesentlichen den Schlussbericht der Expertenkommission, der aus der Feder von Professor Dr. Cyril Hegnauer, Zürich, stammt, zugrunde. Die Kommission hat seither die Beratungen zur Revision des Eherechts aufgenommen.

Als Vorarbeiten standen der Expertenkommission die Berichte und Vorentwürfe der Studienkommission Grossen vom 13. Juni 1962 und 28. Juni 1965<sup>4)</sup> sowie die Vernehmlassungen<sup>5)</sup> zur Verfügung. Vor und während den Beratungen der Expertenkommission ist das Problem der Revision des Kindesrechts aber auch in der weitem Öffentlichkeit eingehend erörtert worden. So befasste sich der Schweizerische Juristenverein am Juristentag 1965 in St. Gallen mit der Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis<sup>6)</sup>. An der Jahresversammlung 1970 liess sich die Schweizerische Gemeinnützige Gesellschaft ausser über die Adoption auch über die Revision des Ausserehelichenrechts unterrichten<sup>7)</sup>. Die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder nahm im Herbst 1971 eine Orientierung über das neue Kindesrecht entgegen. Im April 1972 veranstalte-

2) BBl 1971 I 1205

3) Vgl. BBl 1971 I 1204

4) Vgl. BBl 1971 I 1201

5) BBl 1971 I 1203

6) Vgl. Zeitschrift für Schweiz. Recht (ZSR) 1965 II: 1–200 Referat Hegnauer, 543–812 Referat Lalive, 891–948 Diskussion

7) Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 217: Grossen, La révision du droit de la filiation illégitime entre la théorie et la pratique; Hegnauer, Revisionsvorschläge zum Ausserehelichenrecht.

ten der Internationale Sozialdienst der Schweiz, die Stiftung Pro Juventute, der Schweizerische Berufsverband der Sozialarbeiter, die Schweizerische Landeskongress für Sozialwesen, die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder und die Vormundschaftsdirektoren-Konferenz gemeinsam eine stark besuchte Tagung in Bern, in welcher der Vorentwurf III der Expertenkommission in Referaten dargelegt und hierauf in Gruppen eingehend diskutiert wurde<sup>8)</sup>. Kritik und Änderungsvorschläge dieser Tagung wurden in den folgenden Beratungen der Expertenkommission weitgehend berücksichtigt. Über die Anpassung der Unterstützungspflicht an das neue Kindesrecht fand mit der Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren im Sommer und Herbst 1972 ein eingehender Meinungsaustausch statt. Schliesslich befasste sich auch der Bund Schweizerischer Frauenorganisationen an seiner Jahrestagung im Mai 1973 in Zug mit der Revision des Kindesrechts. Ferner sind in der rechtswissenschaftlichen Literatur der letzten Jahre verschiedene Fragen der Revision behandelt worden<sup>9)</sup>.

## 212 Die Vorschläge der Studienkommission

Die Studienkommission gelangte in ihren Berichten von 1962 und 1965 zum Schluss, die Revision sollte sich jedenfalls im Ausserehelichenrecht (siebenter Titel des ZGB) auf einzelne Änderungen beschränken, die sich aufgrund der veränderten Rechtsanschauungen und der praktischen Erfahrungen als unbedingt notwendig erwiesen<sup>10)</sup>.

Sie empfahl im Vaterschaftsprozess eine Erschwerung des Entlastungsbeweises für den Beklagten (Art. 314 Abs. 2 ZGB). Die Beiwohnung des Beklagten während der kritischen Zeit sollte nach wie vor die Vaterschaftsvermutung begründen. Um aber diese Vermutung zu entkräften, müsste der Beklagte die Unmöglichkeit oder hohe Unwahrscheinlichkeit seiner Vaterschaft dartun, anstatt

<sup>8)</sup> Vgl. Pro Juventute 1972, 238 ff.: Hegnauer, Grundgedanken der Revision des Kindesrechts; Grossen, Elterliche Gewalt und Kindesschutz; Blunschy-Steiner, Praktische Ziele der Revision des Kindesrechts

<sup>9)</sup> Nehrwein, Revision des Rechtes des ausserehelichen Kindes, Schweiz. Juristenzeitung (SJZ) 1957, 177; Spitzer, Vor einer Teilrevision des Familienrechts, Festschrift Amtsvormünder (Zürich 1963) 149; derselbe, Die elterliche Gewalt der ausserehelichen Mutter, Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW) 1966, 17; Grossen, Observations comparatives à propos de la réforme du droit suisse de la famille, ZVW 1966, 127/1967, 1; Yung, Note sur les droits successoraux des enfants naturels, La Semaine judiciaire (SJ) 1967, 137; Kehl, Die Familienrechtsreform, ZSR 1967 I 147; Hegnauer, Rechtsnorm und naturwissenschaftliche Erkenntnis in ihrer Bedeutung für die Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft, Festgabe für Fritz Schwarz (Bern 1968) 56; derselbe, Soll das Verbot der Standesfolge für ehewidrige Kinder beibehalten werden? SJZ 1968, 161; derselbe, Ehelichkeit und Ausserehelichkeit heute, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1971, 1; derselbe, Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses, ZSR 1971 I 5; derselbe, Grundgedanken des neuen Kindesrechts, Festschrift für Max Guldener (Zürich 1973) 127; Blunschy-Steiner, Die Revision des Kindesrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 1973, 113; Forni, Les lignes directrices de la revision en cours du droit de famille, ZZW 1973, 271; Hausheer, Das Familienrecht des Schweiz. ZGB, ZBJV 1973, 257

<sup>10)</sup> Bericht I, 5 ff, II, 1

bloss wie bisher mit dem Nachweis des Mehrverkehrs der Mutter erhebliche Zweifel daran zu erwecken. Unzüchtiger Lebenswandel der Mutter sollte für sich allein nicht mehr zur Abweisung der Klage führen. Demzufolge wäre Artikel 315 ZGB zu streichen. Die Verlängerung der ordentlichen Klagefrist auf zwei Jahre (Art. 308 ZGB) und die Einführung eines dritten Gerichtsstandes am Geburtsort – neben den Gerichtsständen am Wohnsitz zur Zeit der Geburt und am Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Klage (Art. 312 ZGB) – sollten der Klägerschaft die Einleitung der Vaterschaftsklage erleichtern und deren unbefriedigendes Scheitern aus bloss prozessualen Gründen möglichst verhindern. Ergänzend sollte in Artikel 310 ZGB die freie richterliche Beweiswürdigung vorgesehen und der Eid oder das Gelübde an Eides Statt als Beweismittel zur Erwahrung von Tatsachen, die zur Gutheissung oder Abweisung der Vaterschaftsklage führen, verboten werden. Schliesslich wurde in prozessualer Hinsicht noch die bundesrechtliche Verpflichtung vorgesehen, sich einer medizinischen Untersuchung zu unterziehen, wenn das Beweisergebnis von dieser Untersuchung abhängen sollte. Was die Rechtsbeziehungen des ausserehelichen Kindes zu seinen Eltern betrifft, bestand die wichtigste Neuerung darin, der Mutter einen im Streitfall – in letzter Instanz auf dem Weg der Berufung beim Bundesgericht – einklagbaren Anspruch auf die elterliche Gewalt einzuräumen: Die Vormundschaftsbehörde sollte die elterliche Gewalt der Mutter übertragen, wenn nicht das Wohl des Kindes die Bestellung einer Vormundschaft oder – im Fall der Standesfolge – die Unterstellung unter die elterliche Gewalt des Vaters erheischte. Die gesetzliche Vermutung der Unfähigkeit der ausserehelichen Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt (Art. 311 ZGB) würde damit umgekehrt, was das Verantwortungsgefühl der Mutter gegenüber dem Kind verstärken dürfte. Subsidiär sollte der ausserehelichen Mutter und dem ausserehelichen Vater im Fall eines rechtlichen Kindesverhältnisses das Recht auf angemessenen Verkehr mit dem nicht unter ihrer elterlichen Gewalt stehenden Kind eingeräumt werden.

Bei Fehlen der Standesfolge gegenüber dem Vater sollte das Kind nicht wie bisher den angestammten Namen der Mutter (Art. 324 Abs. 1 ZGB), sondern den gleichen Familiennamen wie diese tragen.

Erbrechtlich ist das aussereheliche Kind seit Inkrafttreten des ZGB in der mütterlichen Verwandtschaft den ehelichen gleichgestellt (Art. 461 Abs. 1 ZGB). Zwar besteht auch ein Erbrecht in der väterlichen Verwandtschaft, wenn das Kind durch Anerkennung oder Urteil des Richters den Stand des Vaters erhalten hat (Art. 461 Abs. 2 ZGB); in Konkurrenz mit ehelichen Nachkommen erbt das aussereheliche Kind aber nur die Hälfte dessen, was ein eheliches Kind erbt. Diese Benachteiligung des ausserehelichen Kindes im Erbrecht sollte ausgemerzt und zu diesem Zweck Artikel 461 Absatz 3 ZGB gestrichen werden.

Ferner wurden die Vermögensleistungen des ausserehelichen Vaters an die Mutter und das Kind nach dem Vorentwurf der Studienkommission etwas erhöht. Der Vater sollte den Unterhalt der Mutter während acht und nicht nur wie bisher während vier Wochen nach der Geburt (Art. 317 ZGB) und den Unterhalt des Kindes – entsprechend der längeren Ausbildungszeit – bis zum vollendeten

20. statt nur bis zum 18. Altersjahr (Art. 319 ZGB) bestreiten. Um diese Beiträge leichter erhältlich zu machen, wurde nach dem Muster des Eherechtes (Art. 171 ZGB) vorgesehen, dass der Richter die Schuldner des Vaters verpflichten könnte, ihre Zahlungen an die Mutter zu leisten (Art. 327<sup>bis</sup> neu).

Für den siebenten Titel des Zivilgesetzbuches über das eheliche Kindesverhältnis sah die Studienkommission nur wenige Änderungen vor<sup>11)</sup>. In Artikel 253 ZGB sollte die Aktivlegitimation des Kindes zur Anfechtung der Ehelichkeit ausdrücklich verankert und für die Klage der Richter am Wohnsitz des Klägers als zuständig erklärt werden. Artikel 272 Absatz 2 ZGB, wonach die Vormundschaftsbehörde den Eltern unter bestimmten Voraussetzungen erlauben kann, für Unterhalt und Erziehung das Vermögen des Kindes in gewissen Beträgen anzugreifen, wurde als zu eng befunden und entsprechend erweitert: Die Eltern sollten berechtigt sein, das Vermögen unmündiger Kinder zu deren Unterhalt, Erziehung und Ausbildung anzugreifen, soweit sich dies als notwendig erweisen würde. Schon damals wurde eine ersatzlose Streichung des Stichentscheides des Vaters bei Uneinigkeit der Eltern in der Kindererziehung (Art. 274 Abs. 2 ZGB) befürwortet. Im übrigen beschränkte sich die Kommission darauf, in Artikel 278 ZGB über das Züchtigungsrecht der Eltern das Wort «Züchtigungsmittel» durch «Strafen» zu ersetzen und als Voraussetzung für die Versorgung eines Kindes nach Artikel 284 ZGB seine ernstliche Gefährdung vorzuschreiben.

Im anschliessenden Vernehmlassungsverfahren und in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1965 sowie weiteren Veröffentlichungen zu den Berichten der Studienkommission wurde den meisten Vorschlägen der Studienkommission mehrheitlich zugestimmt, darüberhinaus wurden aber verschiedenste weitere Anregungen zur Revision und Ergänzung des Kindesrechtes unterbreitet. Es zeigte sich, dass eine punktuelle Revision, wie sie die Studienkommission vorgeschlagen hat, nicht zu befriedigen vermöchte, sondern dass sich eine vertiefte und umfassende Überprüfung und Neugestaltung des gesamten Kindesrechtes durch eine repräsentative Expertenkommission aufdrängte, deren Vorschläge sich der Bundesrat – wie erwähnt – anschliessen kann.

## 22 Die Revision des Kindesrechtes

### 221 Die soziale Situation des Kindes

Die Funktion der Eltern erschöpft sich nicht in der physischen Zeugung des Kindes. Es ist während Jahren nach seiner Geburt auf ihre Hilfe angewiesen. Die Eltern haben die Aufgabe, es zu einem selbständigen, eigenverantwortlichen Menschen zu erziehen. Und zwar obliegt diese Aufgabe nicht bloss der Mutter oder nur dem Vater, sondern beiden gemeinsam. Das Kind braucht Vater *und* Mutter. Und beide sind in ihrer Verantwortung für das Kind aufeinander angewiesen. Sie unterstützen und ergänzen und vertreten einander gegenseitig. Dieses Zusammenwirken der Eltern für das Kind findet in der Ehe seine dauernde Grundlage und

<sup>11)</sup> Bericht II, 22 ff.

seinen festen Halt. Darum kommt der Familie als Erziehungsgemeinschaft eine grosse Bedeutung zu<sup>12)</sup>.

Indessen ist nicht allen Kindern beschieden, in der Gemeinschaft ihrer Eltern aufzuwachsen. Einzelne verlieren durch frühen Tod Vater oder Mutter oder beide. Viel grösser ist jedoch die Zahl der Kinder, deren Eltern zwar leben, aber mit ihnen keine gemeinschaftliche Familie bilden. Es sind die ausserhehlichen Kinder und die Scheidungskinder. Die Ausserhehlichenziffer, d. h. der Anteil der ausserhehlichen Geburten auf 1000 Geburten, bewegte sich im Lauf der letzten 100 Jahre in der Schweiz um 40 (Maximum 49 (1871/75), Minimum 32 (1943/44); 1962: 44, 1971: 37).

Die Eidgenössische Statistik für die letzten zehn Jahre zeigt folgendes Bild<sup>13)</sup>:

Jahre	Lebendgeborene Kinder		
	Eheliche	Ausserhehliche	Total
1963.....	105 448	4 544	109 992
1964.....	108 157	4 733	112 890
1965.....	107 477	4 358	111 835
1966.....	105 527	4 211	109 738
1967.....	103 276	4 141	107 417
1968.....	101 096	4 034	106 130
1969.....	98 649	3 871	102 520
1970.....	95 470	3 746	99 216
1971.....	92 677	3 584	96 261
1972.....	87 942	3 400	91 342
1973.....	84 187	3 331	87 518

Die Zahl der unmündigen Kinder, deren Eltern geschieden werden, ist wesentlich grösser und nimmt ständig zu:

*Absolute Zahlen<sup>14)</sup>*

Jahre	Kinder, deren Eltern geschieden wurden
1963.....	5 120
1964.....	5 258
1965.....	5 261
1966.....	5 431
1967.....	5 446
1968.....	6 143
1969.....	6 482
1970.....	6 985
1971.....	7 659
1972.....	8 090
1973.....	8 307

Die ausserehelichen und die Scheidungskinder machen somit zusammen ungefähr 10 Prozent der unmündigen Kinder aus.

Die seelische und soziale Lage der beiden Gruppen unterscheidet sich im folgenden Punkt: Das Scheidungskind und das Kind verheirateter Eltern, welche ohne Scheidung die häusliche Gemeinschaft aufgegeben haben, wachsen in der Regel wenigstens eine Zeitlang mit beiden Eltern auf und haben darum zu beiden eine engere persönliche Beziehung, welche Scheidung oder faktische Trennung meist überdauert. Das aussereheliche Kind dagegen kennt seinen Vater nur selten persönlich. Auch ist das aussereheliche Kind meistens unerwünscht. Das gilt freilich auch für das eheliche Kind einer «Muss-Ehe». Dagegen besteht Übereinstimmung darin, dass vom Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft an das Kind geschiedener Eltern, wie das aussereheliche Kind, nicht in der gemeinsamen Obhut beider Eltern aufwächst, sondern nur bei einem Elternteil, in der Regel bei der Mutter, oder aber bei Dritten<sup>15)</sup>. Diese Familienlosigkeit haben das aussereheliche und das Scheidungskind mit der Waise gemeinsam. Darum werden jene auch Sozialwaisen genannt. Von diesen unterscheidet sich die Waise aber darin, dass die geistig-seelische Beziehung der Eltern in der Regel gut gewesen ist, während aussereheliche und geschiedene Eltern einander meist feindlich oder gleichgültig sind, was sich wiederum auf das Verhältnis zum Kind ungünstig auswirkt.

Diese Familienlosigkeit bedeutet für das aussereheliche nicht weniger als für das Scheidungskind einen empfindlichen Nachteil. Sie ruft häufig Störungen der geistigen oder seelischen Entwicklung hervor, die dem in der heilen Familie lebenden Kind erspart bleiben. Die Sozialwaise hat grössere Schwierigkeiten, sich in der Gemeinschaft, in der Schule, später im Beruf und in der eigenen Ehe zurecht zu finden<sup>16)</sup>.

## 222 Die Aufgabe des Kindesrechts

Die Ehe von Vater und Mutter steht als Erziehungsgemeinschaft im Vordergrund. Die Verantwortung der Eltern für das Kind verwirklicht sich hier weitgehend im Rahmen der Sitte und bedarf nur in wenigen Punkten rechtlicher Gestaltung<sup>17)</sup>. Dazu gehören vorab die Abgrenzung der Befugnisse von Mutter und

12) Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren «Für die Familie», vom 10. Oktober 1944, BBl 1944 905 ff.

13) Statistisches Jahrbuch 1973, 72; Zahlen für 1973 laut Mitteilung des Eidg. Stat. Amtes.

14) Statistisches Jahrbuch 1973, 66; Zahlen für 1972 und 1973 laut Mitteilung des Eidg. Stat. Amtes.

15) Das Konkubinat kann ausser Betracht gelassen werden, weil es selten dauerhaft ist.

16) Bericht «Für die Familie» BBl 1944 909 f. 1094; Groth, Kinder ohne Familie (München 1961), 192 ff.; Bowlby, Mütterliche und kindliche Entwicklung (München/Basel 1972), 69 ff.; Landolf, Kind ohne Vater (Bern/Stuttgart 1968); Mitscherlich, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft (München 1963): «... in der Kindheit kann ein Leben ohne väterliches Vorbild ebensowenig wie eines ohne Nähe der Mutter folgenlos ertragen werden» (S. 348).

17) Huber E., Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweiz. ZGB, 2. Ausgabe (Bern 1914) I 237

Vater, sowie die Stellung des Kindes gegenüber den Eltern; in besonderen Fällen überdies die Frage, ob der Ehemann als Vater eines Kindes der Ehefrau zu gelten habe.

Unverhältnismässig grösser ist die Aufgabe des Rechts gegenüber den Sozialwaisen. Sie hat zwei grundsätzliche Aspekte: Der eine betrifft die rechtliche Begründung und Ausgestaltung des Kindesverhältnisses zu den nicht oder nicht mehr durch Ehe verbundenen Eltern, der andere das soziale Grundproblem der Familienlosigkeit. Letzteres ist freilich vom Recht her nur unvollkommen lösbar. Die Gesetzgebung vermag dem Scheidungskind und dem ausserehelichen Kind eine elterliche Familie nicht zu geben. Aber sie kann immerhin dazu beitragen, dass die Familienlosigkeit soweit möglich gemildert oder überwunden wird. An erster Stelle ist hier die Legitimation durch nachfolgende Ehe zu nennen, die durch Artikel 54 Absatz 5 der Bundesverfassung von 1874 für die ganze Schweiz anerkannt worden ist und mehr als einen Drittel der ausserehelich geborenen Kinder erfasst<sup>18)</sup>.

Die eidgenössische Statistik zeigt folgende Ergebnisse<sup>19)</sup>:

Jahr	Eheschliessungen total	Zahl der Ehepaare, wo Kinder vorhanden	Legitimierte Kinder total
1963 .....	43 946	1 525	1 636
1964 .....	44 172	1 549	1 685
1965 .....	45 082	1 523	1 676
1966 .....	44 266	1 490	1 634
1967 .....	45 269	1 385	1 559
1968 .....	45 711	1 349	1 476
1969 .....	46 886	1 379	1 500
1970 .....	46 693	1 333	1 433
1971 .....	44 881	1 329	1 447
1972 .....	43 081	1 261	1 413
1973 .....	40 768	1 295	1 410

Im Zeitpunkt der Legitimation waren rund 57 Prozent der Kinder weniger als ein Jahr, 18 Prozent ein Jahr, 17 Prozent zwei bis vier Jahre alt und 8 Prozent fünf Jahre und älter.

Einen wesentlichen Fortschritt hat sodann das neue Adoptionsrecht vom 30. Juni 1972 gebracht, das die volle rechtliche Eingliederung familienloser Kinder in die Familien ihrer Pflegeeltern oder – im Fall der Stiefkinder – in die neue Familie eines Elternteils ermöglicht. Weitere Verbesserungen strebt dieser Entwurf für ein neues Kindesrecht an, indem er bei der Unterhaltspflicht, bei der elterlichen Gewalt und bei der Namensänderung das Stiefkind und das Pflegekind berücksichtigt (Art. 278 Abs. 2, 294, 299, 300, 307 Abs. 2, 3, 310 Abs. 1, 3, 315

<sup>18)</sup> Dahingestellt sei allerdings, inwieweit diese Ehen sich auch als beständig erweisen.

<sup>19)</sup> Statistisches Jahrbuch 1973, 56, 75; Zahlen für 1973 laut Mitteilung des Eidg. Stat. Amtes.



Abs. 2, 30 Abs. 2 Ziff. 3 und 4). Sodann versucht der Entwurf auch die wirtschaftliche Bedrängnis des familienlosen Kindes durch Ausbau des Unterhaltsrechts zu mildern (Art. 281 ff, 290 ff.). Indessen sind die Mittel des Privatrechts hier begrenzt. Der mannigfachen Beeinträchtigung der sozialen Sicherheit der Ausserehelichen und der Scheidungskinder in Fragen des Unterhaltes, der gesundheitlichen Betreuung und der Ausbildung ist nur durch zielbewusste sozialpolitische Massnahmen des Gemeinwesens und gemeinnütziger Institutionen zu begegnen. Sie liegen in gleichem Mass im Interesse der Gesellschaft wie des Kindes selbst<sup>20)</sup>.

Was aber die erste Aufgabe – die Ordnung des Verhältnisses zu den Eltern – betrifft, so beschränkt sich das Recht im Fall der Scheidung auf die Zuteilung der Obhut über das Kind und die Festsetzung der Rechte und Pflichten des einen und des andern Elternteils (Art. 156/157 ZGB). Im übrigen bleibt die Rechtsstellung des Kindes schon nach geltendem Recht unberührt. Die Scheidung der Eltern hat keinen Einfluss auf die rechtliche Verwandtschaft zum Kind und die damit zusammenhängenden Rechtsfolgen. Für das Verhältnis geschiedener Eltern zum Kind ist einzig der Grundsatz sachgerechter, d. h. vom Wohl des Kindes bestimmter Ordnung massgebend. Die Scheidung der Eltern soll das Kind auf keinen Fall rechtlich benachteiligen.

Ganz anders lauten dagegen die Rechtsvorschriften für das aussereheliche Kind.

## **223 Die Bedeutung der Ehelichkeit und Ausserehelichkeit für das Kindesrecht**

### *223.1 Die traditionelle Bedeutung der Unterscheidung*

Ehelichkeit und Ausserehelichkeit sind in unserer Rechtstradition grundlegende Einteilungskriterien des Kindesrechts. Sie haben aber nicht nur die Bedeutung sinnvoller Rechtskategorien, wie z. B. die Begriffe der natürlichen und juristischen Personen oder Grundeigentum und Fahrniseigentum. Vielmehr entspricht der Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit auch die Vorstellung eines ausgeprägten Gegensatzes von Wert und Unwert. Ehelichkeit ist das der Ordnung Gemässe, Legitime, Ausserehelichkeit dagegen ihre Verneinung, das Irreguläre, Illegitime. Die Wurzeln dieser Wertung reichen tief ins Gebiet der Religion, der Ethik, der Psychologie und der Soziologie hinein. Ehelichkeit und Ausserehelichkeit wurden dadurch zu irrationalen Begriffen von schicksalhaftem, fast mythischem Rang. Entsprechend wird das aussereheliche Kind in der Rechtsordnung grundsätzlich hinter das eheliche zurückgesetzt. Das Bestreben, die Ehe zu stärken, ist dabei mit im Spiel.

Indessen ist das aussereheliche Kind an den Umständen seiner Zeugung unschuldig und hat nicht weniger als das eheliche Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde. Diese Einsicht hat sich im Lauf der Jahrhunderte nur langsam und gegen mannigfaltige und zähe Widerstände Bahn gebrochen. Die Besserstel-

<sup>20)</sup> Grossen, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 218

lung des ausserehelichen Kindes hat sich bisher auf zwei Ebenen vollzogen. Auf der einen wurde der Rahmen der Ehelichkeit möglichst weitgesteckt und ihre Anfechtung nur in engsten Grenzen gestattet, ausserdem aber auch dem ausserehelichen Kind der Weg in die Ehelichkeit geöffnet durch die Ehelicherklärung (Legitimation) kraft nachfolgender Ehe der Eltern und kraft behördlichen Aktes, später auch durch die Adoption. Auf der andern Ebene wurden dem ausserehelichen Kind allgemein oder unter gewissen Voraussetzungen Rechte des ehelichen Kindes zugebilligt. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts kamen die gerichtliche Nachforschung nach der Vaterschaft, ihre Feststellung und Ausstattung mit Rechtsfolgen auf. Beschränkten sich diese zunächst auf Vermögensleistungen an Mutter und Kind, so entwickelten sich später verschiedene Formen der Standesfolge<sup>21)</sup>. Wesentliche Impulse zur Besserstellung des ausserehelichen Kindes gingen von der Aufklärung aus. 1783 deckte Pestalozzi in seiner erschütternden Schrift «Von Gesetzgebung und Kindermord» das Elend der ausserehelichen Mutter und ihres Kindes und die Verantwortung der Gesellschaft und des Staates hiefür auf:

Es ist ein offenbares Naturbedürfnis der Menschheit, dass eine jede Mutter zur Erziehung und Erhaltung eines Kindes einen Vater und den ganzen fortdauernden Genuss dieses Verhältnisses, der sich mit keinem schnöden Jahrgeld vergüten lässt, an der Hand habe .... Die Natur legt aller Menschheit, die in Befriedigung des Naturtriebes sich fortpflanzt, Vater- und Mutterpflichten auf. Sitten und Gesetze heiligen diese Pflichten im Ehestand; sie sind bei unverehelichten Eltern nicht minder heilig ... (Der Staat) darf den Vater von der ganzen ausgedehnten Pflicht, die die Natur ihm für Mutter und Kind auferlegte, nicht entlasten, oder er zeige diesen einen Realersatz dagegen; und dieser Ersatz kann für das Mädchen in nicht weniger bestehen, als dass ihm sein Mutterstand nicht zur Kränkung und sein Kind nicht zur Last wird ... Für den Staat ist ein uneheliches Kind nur insofern ein Schaden, als es nicht recht erzogen wird. Für die Menschheit ist ein uneheliches Kind unzweideutig ein Gewinn, wenn es recht erzogen wird, und für seinen Vater und für seine Mutter ist ein uneheliches Kind ein Band ihrer Menschlichkeit und ein Mittel ihrer Besserung, solange sie es ungekränkt lieben dürfen.

Im Lauf des 19. Jahrhunderts konnte die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit aber auch im Privatrecht mit den allerdings bedeutsamen Ausnahmen im Familien- und Erbrecht wenigstens grundsätzlich überwunden werden<sup>22)</sup>. Bezeichnend ist § 103 des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Kanton Luzern von 1831:

<sup>1</sup> Dem Stande eines unehelichen Kindes hängt gar kein Schandfleck an. Dasselbe geniess alle bürgerlichen und politischen Rechte, die jedem andern Bürger zukommen.

<sup>2</sup> Es gehört jedoch weder zur Familie seines Vaters noch zu derjenigen seiner Mutter, und ist in Hinsicht auf diese Familien von den Rechten ausgeschlossen, welche in der Verwandtschaft ihren Grund haben; hingegen kann ein uneheliches Kind durch die Heirat eine eigene Familie und verwandtschaftliche Verhältnisse stiften, welche das Gesetz anerkennt.

<sup>21)</sup> Vgl. Huber E., System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, IV 529 ff.

<sup>22)</sup> Immerhin haben sich Reste mehr zufälliger Art bis in die jüngste Gegenwart erhalten, vgl. z. B. für das Dienstverhältnis der Bundesbeamten BGE 95 I 402.

In keinem Gebiet des schweizerischen Privatrechts, vielleicht mit Ausnahme der Testierbefugnis, bestanden so tiefgreifende Verschiedenheiten unter den Kantonen wie beim ausserehelichen Kindesverhältnis<sup>23)</sup>. Gingen einzelne kantonale Rechte in den Wirkungen des Verhältnisses zum Vater über das ZGB hinaus, so knüpften sie in ihrer Mehrheit die Herstellung dieses Verhältnisses an so enge Voraussetzungen, dass es nur wenigen Kindern zugute kommen konnte. Die Vaterschaftsklage war in Neuenburg, in der Waadt und im Tessin nach dem Vorbild des französischen Code civil überhaupt ausgeschlossen. In Zürich, im Thurgau, in Schaffhausen, Zug, Obwalden, Solothurn, Luzern und im Aargau durfte sie gegenüber einem verheirateten Mann nicht angehoben werden. Im Aargau, in Bern und Freiburg setzte sie eine Anzeige der Schwangerschaft vor der Geburt voraus. In Obwalden, Nidwalden, Luzern und im Aargau trat das Kind nicht einmal zur Mutter in ein familienrechtliches Verhältnis. Ebenso mannigfaltig war die erbrechtliche Regelung. Sie reichte vom Ausschluss jeglichen Erbrechts über verschiedenste Abstufungen der Erbberechtigung bis zur vollen erbrechtlichen Gleichstellung mit dem ehelichen Kind gegenüber der mütterlichen und väterlichen Seite<sup>24)</sup>.

### 223.2 Die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes im ZGB

Das ZGB hat die überlieferte Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausser-ehelichkeit beibehalten. Es regelt im siebenten Titel (Art. 252–301 ZGB) das eheliche und im achten (Art. 302–327 ZGB) das aussereheliche Kindesverhältnis. Im Bereich des letztgenannten brachte das neue Recht wesentliche Verbesserungen. Hervorzuheben sind:

- die allgemeine Zulassung der Vaterschaftsklage (Art. 307 ff. ZGB),
- die Ausdehnung der Klagefrist (Art. 308 ZGB),
- die Einräumung des Klagerechts an das Kind und die Bestellung eines Beistandes (Art. 307, 311 ZGB),
- die der Willkür des Beklagten entzogene örtliche Zuständigkeit (Art. 312 ZGB),
- die Beschränkung der Klageausschluss- und -abweisungsgründe (Art. 314/315, 310 ZGB),
- die Ausdehnung der Unterhaltspflicht nach Inhalt und Dauer (Art. 319–322 ZGB),
- die Gleichstellung des ausserehelichen Kindes mit dem ehelichen in der mütterlichen Verwandtschaft und die Möglichkeit, es unter die elterliche Gewalt der Mutter zu stellen (Art. 324 ZGB),
- die Möglichkeit, durch Anerkennung oder Urteil das Kindesverhältnis zum Vater herzustellen, das weitgehend die Wirkungen des ehelichen hat und die Verleihung der elterlichen Gewalt an den Vater erlaubt (Art. 303, 323, 325 ZGB).

<sup>23)</sup> Vgl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I 484–550, II 111–134, 278 f., 286

<sup>24)</sup> So in Bern, Gesetz über das Erbrecht der Unehelichen, vom 4. Juli 1863, §§ 2 und 7; Glarus, Bürgerliches Gesetzbuch, § 217 in der Fassung vom 5. Mai 1889.

Diese gemessen am früheren Rechtszustand entscheidenden Fortschritte bezeugen deutlich den Willen des Gesetzgebers, die rechtliche Zurücksetzung des ausserehelichen Kindes zu überwinden. Eugen Huber schrieb in den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB<sup>25)</sup>:

Verweigert man dem ausserehelich geborenen Kinde nicht die Rechtsfähigkeit, will man es in die bürgerliche Gesellschaft als vollberechtigtes Glied aufnehmen, so geht es nicht an, ihm die Rechtsstellung zu verweigern, die seiner natürlichen Abstammung entspricht. Trägt es gesellschaftlich ohnedies schwer am Makel seiner Geburt, so verstösst es auch gegen eine vernünftige Gesetzgebungspolitik, diese Individuen dadurch in der Rechtsordnung noch stärker zurückzusetzen, dass man ihnen die Anerkennung ihrer natürlichen Abstammung versagt. Man widerspricht sich selbst, wenn man das uneheliche Kind als rechtsgleich im allgemeinen aufnimmt und ihm doch die Bande der Blutsverwandtschaft vorenthält. Daraus aber ergibt sich eine Gleichstellung, die nicht in der Tatsache der ausserehelichen Geburt, sondern nur in andern Erwägungen, wie namentlich im Schutze der legitimen Ehe und ihrer Kinder, eine Schranke finden darf.

### 223.3 *Die Reformbedürftigkeit des Kindesrechts des ZGB*

Das ZGB verwirklichte im Kindesrecht eine Ordnung, die nicht nur gegenüber dem früheren kantonalen und dem zeitgenössischen ausländischen Recht inhaltlich fortschrittlich war, sondern auch durch ihre freie Form einer fruchtbaren Fortbildung durch Rechtslehre und Rechtsprechung weiten Raum gewährte. Seit der Schaffung des ZGB haben sich jedoch durch die beiden Weltkriege eingreifende gesellschaftliche und geistige Wandlungen vollzogen, die in stärkstem Mass auch die Familie und die Auffassungen über ihre Ordnung betreffen. Sind die kühnen Neuerungen des ZGB seither Allgemeingut geworden, so erscheinen umgekehrt andere Regeln, die das ZGB zu Beginn des Jahrhunderts als selbstverständlich und unbestritten übernahm, aufgrund der seitherigen Entwicklung als überholt.

Vorab der achte Titel über das aussereheliche Kindesverhältnis ist schon früh Gegenstand von Kritik und Änderungsvorschlägen geworden. Sie betrafen zunächst das Verbot der Standesfolge für ehewidrige Kinder (Art. 304 ZGB), die Beurteilung der Vaterschaftsklage (Art. 314 Abs. 2, 315 ZGB), später weitere Modalitäten der Klage, sowie die Stellung der ausserehelichen Mutter und ihres Kindes. Schon 1936 gab August Egger in der Einleitung zu seinem Kommentar des Verwandtschaftsrechts der Meinung Ausdruck, die Bestimmungen über das aussereheliche Kindesverhältnis seien wie kein anderer Teil des ZGB durch die seitherige Entwicklung in wichtigen Punkten überholt und revisionsbedürftig geworden<sup>26)</sup>. Auch die Schweizerische Vereinigung der Amtsvormünder wies 1936, 1951 und 1966 auf Mängel der Vaterschaftsklage hin und schlug Verbesserungen vor. Weitere Vorstösse wurden vom Bund Schweizerischer Frauenvereine (1954, 1958), von den Sozialdemokratischen Frauengruppen (1956) und vom Verband Pro Familia (1956) unternommen. Die Verbesserung des Ausserehelichenrechts

<sup>25)</sup> Erläuterungen (2. A. 1914) I 239

<sup>26)</sup> N 5

ist schliesslich auch das Ziel einer Reihe von Postulaten im Nationalrat gewesen: Oprecht vom 16. Juni 1926 (abgeschrieben), von Roten, Nr. 5951 vom 5. Oktober 1950 (abgeschrieben am 1. Dezember 1952), Grendelmeier, Nr. 6620 vom 20. September 1955, Huber, Nr. 6920 vom 20. September 1955, Gitermann, Nr. 7452 vom 4. Juni 1958, Hayoz, Nr. 9204 vom 23. Juni 1966.

Die Erfahrungen der Rechtsanwendung und die Untersuchungen der Doktrin wiesen aber auch Unzulänglichkeiten im Recht des ehelichen Kindesverhältnisses nach. Es sei erinnert an die Anfechtung der Ehelichkeit durch das Kind, den Stichentscheid des Vaters bei der elterlichen Gewalt, zahlreiche Lücken und Kontroversen im Unterhaltsrecht und Kindesschutz und den ungenügenden Schutz des Kindesvermögens. Die Postulate Eggenberger, Nr. 5465 vom 24. September 1948 (abgeschrieben), Forel, Nr. 10988 vom 14. März 1972 und Jaccottet, Nr. 9273 vom 24. März 1966 beantragen entsprechende Änderungen. Anregungen ergingen auch vom Bund Schweizerischer Frauenvereine (1960), vom Schweizerischen Katholischen Frauenbund (1960), von den sozialdemokratischen Frauengruppen (1959) sowie von der Vereinigung für Kinder- und Frauenschutz (1963).

#### 223.4 *Kann die Revision punktuell erfolgen?*

Ausgangspunkt der Reformbewegung im Kindesrecht ist das Bedürfnis, die Stellung des ausserehelichen Kindes zu verbessern und die bestehenden Ungleichheiten abzubauen<sup>27)</sup>. Dieses Ziel ist zunächst durch Vorschläge auf Änderung einzelner Bestimmungen des geltenden Ausserehelichenrechts angestrebt worden. Allein, die punktuelle Methode erscheint bei einer grundsätzlichen Besinnung fragwürdig. Ging es bei früheren Reformen um den schrittweisen Abbau der rechtlichen Zurücksetzung des ausserehelichen Kindes im Rahmen der überlieferten Kategorien von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit, so steht heute nicht mehr die Frage im Vordergrund, welche der noch vorhandenen rechtlichen Ungleichheiten zu beseitigen seien, als vielmehr, ob und inwieweit eine Unterscheidung rechtlich überhaupt noch gerechtfertigt sei. Diese Untersuchung wird nicht nur dem Sinne nach, sondern unmittelbar durch den Wortlaut des Artikels 4 der Bundesverfassung gefordert: Denn mit Vorrechten der Geburt überhaupt wird auch ein Vorrecht der ehelichen vor der ausserehelichen Geburt ausgeschlossen<sup>28)</sup>.

#### 223.5 *Ist die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit gerechtfertigt?*

##### 223.51 Für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater

Die überlieferte Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit stellt auch im schweizerischen Recht lediglich darauf ab, ob die Mutter im Zeitpunkt der Zeugung oder Geburt des Kindes verheiratet gewesen ist oder nicht. Diese Tatsache hat jedoch nur Bedeutung als Voraussetzung der Ehelichkeitsvermu-

<sup>27)</sup> Bericht der Studienkommission I 4

<sup>28)</sup> Vgl. dazu Grossen, in Schweiz. Privatrecht II 295

tung. Ist die Mutter nämlich verheiratet, so gilt ihr Ehemann von Gesetzes wegen als Vater des Kindes (Art. 252 ZGB). Ist sie dagegen nicht verheiratet, so hat das Kind zunächst keinen Vater im Rechtssinne, sondern muss ihn erst noch suchen, vielleicht in einem langwierigen Prozess<sup>29)</sup>. Ehe oder Nichtehe der Eltern hat somit eine notwendige und unentbehrliche Funktion für die Begründung des rechtlichen Kindesverhältnisses zum Vater. Sie hat aber entgegen ihrer zentralen Stellung im heutigen System für die Gestaltung des Kindesrechts weder umfassende noch ausschliessliche Bedeutung.

### 223. 52 Für die Wirkungen der Verwandtschaft

So beruhen richtigerweise die Anerkennung der Verwandtschaft und ihrer Wirkungen allein auf der Abstammung und sind demgemäss von der Ehe oder Nichtehe der Eltern unabhängig. Infolgedessen ist die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit grundsätzlich bedeutungslos für das Erbrecht der Verwandten, die Verwandtenunterstützungspflicht, aber auch für die anderen familienrechtlichen Wirkungen des Kindesverhältnisses, wie z. B. die Fähigkeit, Inhaber der elterlichen Gewalt oder eines Besuchsrechts zu sein.

#### 223. 521 Zur mütterlichen Seite

Dieser Gedanke hat sich im Verhältnis zur mütterlichen Seite schon lange durchgesetzt. Das ist verständlich. Denn die mütterliche Abstammung wird durch die Geburt sofort und eindeutig offenbar. Das rechtliche Kindesverhältnis zur Mutter entsteht gleichgültig, ob sie verheiratet sei oder nicht. Demgemäss gilt schon im frühesten Recht der Satz: Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind<sup>30)</sup>. Später ist er freilich stark eingeschränkt worden<sup>31)</sup>. Das ZGB hat ihn aber sowohl hinsichtlich der Entstehung als auch der Wirkungen des Kindesverhältnisses wieder voll verwirklicht. Mit Ausnahme weniger Punkte (Name und Bürgerrecht, elterliche Gewalt) kennt das geltende Recht gegenüber der mütterlichen Seite keinen Unterschied zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis (Art. 302 Abs. 1, 324 ZGB)<sup>32)</sup>.

#### 223. 522 Zur väterlichen Seite

Langsamer ist die Entwicklung auf der väterlichen Seite verlaufen. Da das aussereheliche Kind zunächst keinen Vater im Rechtssinne hat und dieser oft nur mit Mühe festgestellt werden kann, sind dem Kinde auch nur zögernd und zurückhaltend Rechte gegenüber dem Vater und dessen Verwandten eingeräumt worden. Um so stärkere Beachtung verdient, dass das ZGB mit dem Institut der

<sup>29)</sup> Wentzel, Plessl in Klags Kommentar zu § 156 ABGB, 112 N 20

<sup>30)</sup> Schmidt-Hidding W., Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (Bielefeld 1967) 22

<sup>31)</sup> Huber, Schweizerisches Privatrecht I 529 ff., II 111 ff., 529 ff.

<sup>32)</sup> Hegnauer, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 252 ZGB

Standesfolge auch im Verhältnis zum Vater grundsätzlich den Durchbruch zur Gleichstellung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind vollzogen hat<sup>33)</sup>. Die Standesfolge begründet ein Kindesverhältnis, das dem ehelichen im wesentlichen ebenbürtig ist (Art. 325, 326 ZGB)<sup>34)</sup>. Ausgenommen sind die elterliche Gewalt (Art. 325 Abs. 3 ZGB) und das Erbrecht, welches vorsieht, dass das aussereheliche Kind in Konkurrenz mit ehelichen Nachkommen des Vaters nur die Hälfte erhält (Art. 461 Abs. 3 ZGB).

Die *Standesfolge* steht aber nicht allen ausserehelichen Kindern offen. Der Gesetzgeber von 1907 wollte ein familienrechtliches Verhältnis lediglich zulassen, wenn die Vaterschaft gewiss ist. Solche Gewissheit hielt er aber nur für gegeben, wenn das Kind freiwillig anerkannt wird oder – im Fall des Urteils – wenn ausser den Voraussetzungen für die Gutheissung der Vaterschaftsklage ein Eheversprechen des Beklagten vorliegt oder er sich mit der Beiwohnung an der Mutter eines Verbrechens schuldig gemacht hat (Art. 303, 323 Abs. 1 ZGB)<sup>35)</sup>. Überdies schloss der Gesetzgeber in der Meinung, damit die eheliche Familie zu schützen, die im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kinder von der Standesfolge aus (Art. 304, 323 Abs. 2 ZGB)<sup>36)</sup>. Viele aussereheliche Kinder erfüllen aber diese Voraussetzungen der Standesfolge nicht und können deshalb zu ihrem Vater nicht in ein familienrechtliches Verhältnis treten. Um sie nicht leer ausgehen zu lassen, billigt ihnen das Gesetz wenigstens einen Anspruch auf Unterhaltsbeiträge gegen den Vater zu (Art. 319 ZGB). Diese *Zahlvaterschaft* brachte in Verbindung mit der allgemeinen Zulassung der Vaterschaftsklage einen wesentlichen Fortschritt für das aussereheliche Kind.

Heute ist der *Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft* jedoch fragwürdig geworden<sup>37)</sup>. Die erbbiologischen Gutachten haben die Aussichten zuverlässiger Feststellung der Vaterschaft oder Nichtvaterschaft eines bestimmten Mannes derart verbessert, dass im Ernst nicht mehr davon die Rede sein kann, die freiwillige Anerkennung, ein Eheversprechen oder eine durch Verbrechen erlangte Beiwohnung biete höhere Gewissheit der Vaterschaft als das einfache Vaterschaftsurteil<sup>38)</sup>. Der Beklagte wird zu Zahlungen verpflichtet, weil er der Vater ist. Rechtsgrund ist somit die natürliche Abstammung<sup>39)</sup>. Dennoch wird die rechtliche Verwandtschaft verneint. Damit werden alle Wirkungen, die an diese anknüpfen, ausgeschlossen: Das Kind ist familienrechtlich vaterlbus, der

<sup>33)</sup> Sie war bereits in einzelnen kantonalen Rechten verwirklicht, vgl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I 533 f.

<sup>34)</sup> Hegnauer N 5 ff. zu Art. 324–327 ZGB

<sup>35)</sup> Huber, Erläuterungen I 240, 242 f.; Im Durchschnitt der Jahre 1963–1972 wurden 314 Kinder anerkannt. Im Zeitpunkt der Anerkennung waren 9,3 % der Kinder noch nicht geboren, 59,5 % im ersten Lebensmonat, 21,7 % zwischen 2–12 Monaten und 9,8 % über ein Jahr alt (Stat. Jahrbuch 1973, 75). Die Zahl der Zusprechungen mit Standesfolge durch den Richter ist gering; eine Landesstatistik hiezu fehlt.

<sup>36)</sup> StenBull 1905, 765, 767, 771–773, 1197, 1200–1204, 1269–1277

<sup>37)</sup> Vgl. Egger, Zürcher Kommentar, N 5 der Vorbemerkungen vor Art. 252, N 8 zu Art. 302 ZGB

<sup>38)</sup> Hegnauer, in Festschrift für Fritz Schwarz, 56

<sup>39)</sup> Art. 309 Abs. 1 ZGB: «Die Vaterschaftsklage geht auf Vermögensleistungen des Vaters ...».

Zahlvater kinderlos. «Le père physique est à l'égard de l'enfant un étranger»<sup>40)</sup>. Der Zahlvater kann nie Inhaber der elterlichen Gewalt werden, auch wenn er gewillt und fähig wäre, die volle Verantwortung für die Erziehung des Kindes zu übernehmen. Zur Unterstützung des Kindes sind die Mutter und ihre Familie verpflichtet, niemals die väterliche Verwandtschaft. Stirbt der Vater, so ist nicht sein leibliches Kind gesetzlicher Erbe, sondern vielleicht ein entfernter Verwandter oder das Gemeinwesen oder kraft Testamentes gar eine Drittperson.

Bisweilen wird freilich die Meinung vertreten, die rechtliche Vaterlosigkeit liege im Interesse des Kindes, weil sie den Vater von jeder Mitsprache in der Erziehung ausschliesst und ihm keinen Anspruch auf persönlichen Verkehr gibt. Das ist aber nicht in jedem Fall und zwingend ein Vorteil<sup>41)</sup>. Vor allem aber wird übersehen, dass auch bei Anerkennung eines familienrechtlichen Kindesverhältnisses zum Vater durch sachgerechte Regelung der Wirkungen eine unerwünschte Einmischung des Vaters unterbunden werden kann.

Der Grundsatz, dass der Zahlvater mit dem Kind rechtlich nicht verwandt sei, lässt sich denn auch gar nicht folgerichtig durchführen<sup>42)</sup>. So erfüllt die Zahlvaterschaft nach herrschender Meinung das Tatbestandsmerkmal der Verwandtschaft beim Ebehindernis, beim Zeugnisverweigerungsrecht und bei den Delikten gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie. Um so weniger vermag der Ausschluss der übrigen familienrechtlichen Wirkungen zu überzeugen.

Abgesehen vom unaufhebbaren Widerspruch, ein und denselben Mann bald als Vater, bald als Nichtvater zu behandeln, wird das aussereheliche Kind nicht nur materiell, sondern auch moralisch benachteiligt. Denn die rechtliche Vaterlosigkeit stempelt das Kind gewissermann zum eindimensionalen Menschen. Sie verletzt damit sein Selbstgefühl und brandmarkt es gesellschaftlich<sup>43)</sup>.

Im übrigen kann nicht gesagt werden, der Ausschluss familienrechtlicher Wirkungen im Verhältnis zur väterlichen Seite schrecke von ausserehelichen Geschlechtsbeziehungen ab, oder umgekehrt, ihre Einräumung begünstige solche. Die rechtliche Gleichstellung ändert nichts an der schweren sozialen Benachteiligung des ausserehelichen Kindes und seiner Mutter.

Auch der Ausschluss des Ehebruch- und Blutschandekindes von der Standesfolge hält näherer Prüfung nicht stand<sup>44)</sup>. Er vergilt am Kind den Fehler seiner Eltern, ohne ihn ungeschehen zu machen<sup>45)</sup>, und ändert an der natürlichen Abstammung des Kindes nichts. Ebensovienig vermag er das Ärgernis der Feststellung der familien- und ehewidrigen Zeugung zu vermeiden, gesteht das Gesetz doch mit Recht auch diesem Kind den Anspruch auf Unterhaltsbeiträge gegen den Vater zu. Nicht das aussereheliche Kind gefährdet die Ehe, sondern die

40) BGE 40 II 302

41) Weber, Zur personalen Rolle des Vaters im Leben des unehelichen Kindes, in Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1961, 195

42) Vgl. Hegnauer N 14 ff. zu Art. 324–327 ZGB

43) Hegnauer ZSR 1965 II 21 und dort in N 24 und 25 Zitierte

44) Vgl. im einzelnen Hegnauer SJZ 1968, 161 ff.

45) Vgl. dazu auch BGE 96 I 425



aussereheliche Verbindung seiner Eltern<sup>46)</sup>. Ungerechtfertigt erscheint zudem, dass hier dem Vater und der väterlichen Familie ein Schutz zugebilligt wird, der der Mutter und der mütterlichen Familie versagt bleibt.

Mit Recht führte schon die Studienkommission über die Zahlvaterschaft aus<sup>47)</sup>:

Diese Vaterschaft mit beschränkter Haftung leistet der Unmoral im allgemeinen und der Eheunmoral im besonderen mehr Vorschub als eine bessere Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes; deren Annäherung an die Rechtsstellung des ehelichen Kindes dient daher letzten Endes auch dem Familienschutz, abgesehen von der Menschenwürde des an seinem Los unschuldigen, ausserehelichen Kindes. Die Verteidiger des Familienschutzes wären schlecht beraten, das Gegenteil zu befürchten.

Die nach den Materialien zum ZGB für das Verbot entscheidende Befürchtung, die eheliche Familie des Vaters müsse im Fall der Anerkennung das im Ehebruch gezeugte Kind in die Hausgemeinschaft aufnehmen, ist nicht stichhaltig. Denn der Vater erwirbt nicht von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt, sondern nur kraft ausdrücklicher Verleihung durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 325 Abs. 3 ZGB, Art. 298 Abs. 2 des Entwurfes). Eine Verleihung der elterlichen Gewalt an den Vater kommt freilich nach den Umständen nur in seltenen Fällen in Frage. Sie kann aber im Interesse des Kindes liegen und zwar auch dann, wenn das Kind in Blutschande oder im Ehebruch gezeugt worden ist. Es sei etwa an Fälle erinnert, wo die Mutter gestorben, urteilsunfähig ist oder aus irgendwelchen Gründen mit dem Kind nichts zu tun haben will, oder zur Erziehung des Kindes nicht geeignet ist, der Vater aber gewillt und befähigt ist, es zu erziehen und seine – vielleicht kinderlose – Gattin damit einverstanden ist<sup>48)</sup>.

Schliesslich widerspricht das Verbot auch der Zulassung der Legitimation des Ehebruchkindes. Es ist nicht einzusehen, wieso das rechtliche Schicksal des ausserehelichen Kindes davon abhängen soll, ob die durch Ehebruch belastete Ehe aufgelöst werde und die leiblichen Eltern sich heiraten. Diese ungleiche Behandlung des Ehebruchkindes kann sich geradezu ehe- und familienfeindlich auswirken, indem der Ehemann aus Verantwortungsgefühl für das Kind die Scheidung seiner im übrigen nicht zerrütteten Ehe anstrebt, die Ehefrau, die sonst zur Weiterführung der Ehe bereit wäre, aus Mitleid zur Scheidung Hand bietet, und die leiblichen Eltern dann nur um des Kindes willen heiraten, obwohl die innern Voraussetzungen einer gedeihlichen Ehe fehlen<sup>49)</sup>. Das Verbot hat somit die paradoxe Wirkung, dass die Ehefrau, welche die Scheidung wegen Ehebruchs erwirkt, dem Ehemann die Legitimation des Ehebruchkindes ermöglicht, während sie, wenn sie den Ehebruch verzeiht, das Kind dem Verbot unterstellt und es damit den Ehebruch ihres Gatten entgelten lässt. In der französischen Doktrin ist deshalb vorgeschlagen worden, dass die Legitimation des Ehebruchkindes

<sup>46)</sup> Vgl. Grossen, Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1970, 219

<sup>47)</sup> Bericht I 44

<sup>48)</sup> Vgl. die instruktiven Beispiele: BGE 70 I 216; ZVW 1951, 36 Nr. 15, 1963, 63 Nr. 13; bei einem Blutschandekind: Baumann SJZ 1967, 324

<sup>49)</sup> Lalive ZSR 1965 II 608

nach Scheidung der Ehe untersagt, seine Anerkennung dagegen gestattet werde<sup>50)</sup>.

Das Verbot dient auch nicht etwa dem Schutz der ehelichen Familie, den Eugen Huber als Schranke der Gleichstellung des ausserehelichen Kindes in der zitierten Stelle der Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB postulierte, lehnte er doch die Übernahme des Verbotes ausdrücklich ab<sup>51)</sup>. In der damaligen grossen Expertenkommission wurde die Aufnahme des Verbotes beantragt, aber mit starker Mehrheit verworfen<sup>52)</sup>. Auch seither hat es in der Rechtslehre praktisch einhellige und entschiedene Ablehnung gefunden<sup>53)</sup>. Den ausländischen Rechten, welche das aussereheliche Kind familienrechtlich mit dem Vater verknüpfen, ist es ausserhalb des Rechtskreises des Code civil fremd. In Frankreich und Italien ist das Verbot durch Gesetz und Praxis stark beschnitten worden<sup>54)</sup>. Die Reform des französischen Code civil von 1972 behält es teilweise für das Blutschandekind bei (Art. 334–10), während das anerkannte Ehebruchskind lediglich gewissen erbrechtlichen Einschränkungen unterworfen wird (Art. 759–764). Ähnliches sieht der Gesetzesentwurf zur Gesamtreform des italienischen Familienrechts vor<sup>55)</sup>. Auch nach dem Entwurf des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung von Kindern, die ausserhalb der Ehe geboren sind<sup>56)</sup>, sollen die Schranken für die Feststellung des Kindesverhältnisses des Ehebruchskindes beseitigt werden (Art. 2, 5).

Der Dualismus des Verhältnisses des ausserehelichen Kindes zu seinem Vater lässt sich daher nicht mehr aufrechterhalten. Die Einheit der Abstammung ruft auch der Einheit des Kindesverhältnisses und seiner durch die Verwandt-

<sup>50)</sup> Vgl. Lalive ZSR 1965 II 608 N 159; Les Cahiers du Droit, n° 31, 1954, 119 und 102

<sup>51)</sup> Huber, Erläuterungen I 264

<sup>52)</sup> Prot ExpKom. I 298 f.

<sup>53)</sup> Artus A., La reconnaissance des enfants illégitimes en droit suisse et turc (Diss. Lausanne 1940), 51 ff.; Aubert J. F., Les actions de la filiation en droit civil suisse (Diss. Neuenburg 1955), 77 ff.; Baumann SJZ 1967, 324; Bridel M., La règle «Pater is est ...» en droit suisse (Diss. Lausanne 1927), 99; Decoppet G., L'enfant naturel et son père (Diss. Lausanne 1917), 28; Egger, Zürcher Kommentar, N 2 zu Art. 304 ZGB; Hegnauer N 28 zu Art. 304 ZGB; Heim G., La condition de l'enfant naturel dans le Code civil suisse (Diss. Montpellier 1924), 122 ff.; Holleaux G., De la filiation en droit allemand, suisse et français (Paris 1966), 160; Lalive ZSR 1965 II 619, 946; derselbe ZZW 1966, 246; Larese W., Wesen und Bedeutung der Realien, Wege zu ihrer Erkenntnis (Diss. Zürich 1968), 67 ff.; Liver, Berner Kommentar, Einleitungsband, Einleitung N 102; Peyer O., Die Familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder im Schweiz. Privatrecht (Diss. Zürich 1907), 135; Robert L., De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code civil suisse et le Code civil allemand (Diss. Genf 1912), 179; Rossel et Mentha, Manuel I, Nr. 667; Silbernagel, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 304 ZGB; Zimmermann O., Die Anerkennung des ausserehelichen Kindes und deren Anfechtung durch den Anerkennenden (Diss. Bern 1930), 72.

<sup>54)</sup> Vgl. Schmidt-Hidding W., Die Stellung des unehelichen Kindes in den romanischen Rechtsordnungen Europas (Bielfeld 1967), 44 ff.

<sup>55)</sup> Jayme, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1973, 20

<sup>56)</sup> Vgl. hinten Ziffer 224

schaft bestimmten Wirkungen unter Einschluss der Unterstützungspflicht und des Erbrechts. Die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit ist infolgedessen in diesem Bereich auch gegenüber der väterlichen Seite nicht mehr gerechtfertigt.

### 223.53 Für Unterhalt und Erziehung

Es bleibt das weite und wichtige Feld des *Unterhalts* und der *Erziehung* des Kindes. Für seine rechtliche Ordnung ist von Bedeutung, ob die Eltern verheiratet seien oder nicht. Allerdings kommt es nun hier nicht darauf an, ob die Ehe im Zeitpunkt der Geburt bestanden habe, sondern darauf, ob sie als soziale Tatsache während der Kindheit und Jugend bestehe. Ist das der Fall, so pflegen und erziehen die Eltern das Kind nach den Grundsätzen des Eherechts gemeinsam (Art. 159–161, 272 Abs. 1, 274 Abs. 1 ZGB). Besteht dagegen keine eheliche Gemeinschaft, so müssen die Unterhaltspflicht und die elterliche Gewalt für Vater und Mutter gesondert geregelt werden: Der eine Elternteil hat die Obhut über das Kind, der andere ist zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages verpflichtet und hat Anspruch auf ein Besuchsrecht (Art. 156, 274 Abs. 3, 319, 324 Abs. 3, 325 Abs. 3, 326 ZGB). Hat keiner der Eltern die Obhut über das Kind, so sind beide zu Unterhaltsleistungen heranzuziehen und kann beiden ein Besuchsrecht zustehen. Von Bedeutung ist somit hier die soziale oder materielle Funktion der Ehe als Erziehungsgemeinschaft während der Unmündigkeit des Kindes. Sie kennzeichnet die Situation des Kindes als Ehelichkeit oder Ausserehelichkeit im materiellen oder sozialen Sinne, während der herkömmliche, durch den Zivilstand der Mutter im Zeitpunkt der Geburt geprägte Begriff der Ehelichkeit oder Ausserehelichkeit eher formaler Art ist.

Gehen die ausserehelichen Eltern *nachträglich* die Ehe miteinander ein, so entspricht die soziale Lage des Kindes völlig der eines ehelich geborenen. Dementsprechend stellt das Recht das voreheliche Kind der Ehegatten dem in der Ehe geborenen gleich (Art. 258, 263 ZGB). Die Legitimation oder Ehelicherklärung durch nachfolgende Ehe ist rechtlicher Ausdruck dieser Ehelichkeit im materiellen Sinne.

Häufiger geschieht aber das Umgekehrte: Die *eheliche Gemeinschaft* der Eltern *löst sich* während der Kindheit oder Jugend auf. Das ehelich geborene Kind wird durch den Verlust des elterlichen Heims im materiellen oder sozialen Sinne «ausserehelich». Das Verhältnis der Eltern zum Kind richtet sich nicht mehr nach den Regeln über die eheliche Gemeinschaft, sondern muss, wie bei einem ausserehelich geborenen und ausserehelich geliebten Kind, für den Elternteil, der das Kind bei sich hat, und für den andern je gesondert geregelt werden. Für die Ordnung der Unterhaltspflicht und der elterlichen Gewalt ist daher nicht in erster Linie von Bedeutung, ob das Kind während der Ehe seiner Eltern geboren sei, sondern vielmehr, ob *es in ihrer ehelichen Gemeinschaft aufwachte*.

Dieser Gedanke ist freilich im geltenden Recht nur teilweise verwirklicht. Die Unterhaltspflicht des ausserehelichen Vaters ist in wichtigen Punkten, wie

z. B. der Dauer oder der Möglichkeit und Wirkung vertraglicher Regelung oder der Abänderung, anders geregelt als die Unterhaltspflicht des geschiedenen Elternteils<sup>57)</sup>, ohne dass hierfür überzeugende sachliche Gründe zu finden wären. Ähnliches gilt von der elterlichen Gewalt, die ehelichen Eltern von Gesetzes wegen, ausserehelichen dagegen nur aufgrund ausdrücklicher Verleihung durch die Vormundschaftsbehörde zukommt, ehelichen Eltern nur aus einem gesetzlichen Grund, ausserehelichen dagegen nach freiem Ermessen entzogen werden kann. Die Unterschiede beruhen wenigstens zum Teil darauf, dass die Unterhaltspflicht und die elterliche Gewalt für das eheliche und das aussereheliche Kindesverhältnis je gesondert geregelt werden. Dadurch wird die Fortdauer rechtlicher Zurücksetzung des ausserehelichen Kindes begünstigt und zugleich die Einsicht in die entscheidende Bedeutung der elterlichen Erziehungsgemeinschaft verdunkelt. Die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit im herkömmlichen Sinne erweist sich daher in dem für das Kind existenziell wichtigsten Bereich des Unterhalts und der Erziehung nicht nur als unnötig, sondern für eine sachgerechte Ordnung geradezu als hinderlich.

#### 223. 54 Zusammenfassung

Als Ergebnis dieser Überlegungen ist festzuhalten:

Die *Unterscheidung* ehelicher und ausserehelicher Geburt bleibt wegen der Ehelichkeitsvermutung notwendig für die *Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater*.

Dagegen hat die Ehe oder Nichtehe der Eltern *keine* Bedeutung für die *rechtliche Anerkennung der Verwandtschaft* und die durch sie bestimmten *Rechtswirkungen*.

Für den *Unterhalt* und die *Erziehung* des Kindes schliesslich ist das Bestehen oder Nichtbestehen der elterlichen Ehe als *Erziehungsgemeinschaft* massgebend.

Die geltende grundlegende Gegenüberstellung des ehelichen und des ausserehelichen Kindesverhältnisses wird dieser unterschiedlichen Bedeutung der Ehe oder Nichtehe der Eltern nicht gerecht. Das heutige System des Kindesrechts vereinigt, was verschieden ist, und trennt, was zusammengehört.

#### 224 Einheit des Kindesverhältnisses

Der Entwurf gibt darum die überlieferte Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit preis und setzt an ihre Stelle den Grundsatz der *Einheit des Kindesverhältnisses*. Diese neue Lösung gestattet die Bedeutung der Ehe nach ihrer unterschiedlichen sachlichen Funktion für die einzelnen Teile des Kindesrechts zu berücksichtigen und damit gleichzeitig die rechtliche Zurücksetzung des ausserehelichen Kindes zu überwinden. Es macht allerdings eine formelle Gesamtrevision des Kindesrechts notwendig.

<sup>57)</sup> Hegnauer N 7 zu Art. 319, N 9 ff. zu Art. 320 ZGB

Nach dem Entwurf ordnet nun der siebente Titel die *Entstehung* und der achte Titel die *Wirkungen* des Kindesverhältnisses. In dieser wesentlichen und eingreifenden Neuerung liegt keine Geringschätzung des bisherigen Kindesrechts. Im Gegenteil fordert gerade die Achtung vor dem Werke Eugen Hubers, dass es in der nämlichen aufgeschlossenen und zukunftsgerichteten Haltung erneuert werde, in der es geschaffen wurde.

Wenn der Revisionsentwurf heute den Verzicht auf die Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit und damit die grundsätzliche Gleichstellung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind vorschlägt, so setzt er sich nicht in Widerspruch zum Geist des ZGB, sondern verwirklicht ein Ziel, das schon der Gesetzgeber von 1907 bejahte, aber damals noch nicht ganz zu erreichen vermochte. Die sinngemässe Weiterführung und Vollendung einer vom ZGB wesentlich geförderten Entwicklung bezeugt grössere Treue zum Geist der schweizerischen Kodifikation als ängstliches Festhalten an veralteten Positionen.

Der Entwurf steht im übrigen im Einklang mit der ausländischen Rechtsentwicklung. Skandinavien (Norwegen 1956, Dänemark 1960, Schweden 1969), einzelne amerikanische Gliedstaaten (Arizona 1956, Nord Dakota, Oregon 1963)<sup>58)</sup>, verschiedene südamerikanische Staaten<sup>59)</sup>, die Volksdemokratien Osteuropas ohne die Sowjetunion (DDR 1965, Polen 1964, Tschechoslowakei 1963, Bulgarien 1968, Ungarn 1957), England 1969 und Neuseeland 1969 haben den Verzicht auf die allgemeine Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit bereits verwirklicht. Auch die Bundesrepublik Deutschland (1969), Österreich (1970) und Frankreich (1970/1972) haben ihr Kindesrecht vollständig revidiert, allerdings unter Beibehaltung der beiden formellen Grundkategorien des ehelichen und ausserehelichen Kindesverhältnisses. Dabei sind diese einander auch stark angenähert worden – in Deutschland und Österreich bis zur fast völligen, in Frankreich bis zur nur noch durch wenige Vorbehalte durchbrochenen Gleichstellung. Um so mehr wird die Fortdauer eines gesonderten Ausserehelichenrechts bedauert<sup>60)</sup>.

Die rechtliche Gleichstellung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind ist auch das Ziel internationaler Bestrebungen. Sie bildet Gegenstand der Entschliessung 1787 (LIV) des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinigten Nationen vom 18. Mai 1973 mit dem Titel «Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage et projet de principes généraux relatifs à l'égalité et à la non-discrimination à l'égard de ces personnes». Sodann hat ein Expertenkomitee am 13. November 1973 dem Europäischen Komitee für juristische Zusammenarbeit (Comité européen de Coopération juridique) zuhanden des Ministerrates des Europarates den Entwurf für ein Europäisches Übereinkommen über die Rechts-

<sup>58)</sup> Ebenso der Entwurf einer Uniform Act on Legitimacy, vgl. Siehr FamRZ 1972, 54; vgl. auch Krause, Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht, FamRZ 1969, 304

<sup>59)</sup> Vgl. Krause, Bastards Abroad Foreign Approaches to Illegitimacy, American Journal of Comparative Law Vol. 15, 728

<sup>60)</sup> Vgl. Bechtold, in Recht in Ost und West (Berlin 1971) 72; Kralik, Juristische Blätter (Wien 1971) 273; Neuhaus Fam RZ 1972, 279

stellung von Kindern, die ausserhalb der Ehe geboren sind, unterbreitet. Dieser Entwurf verpflichtet, wie das sogenannte Strassburger Übereinkommen über die Adoption von 1967, die Vertragsstaaten, für die Angleichung ihrer Gesetzgebung an bestimmte grundlegende Vorschriften (Art. 4–13) zu sorgen und überdies gewisse weitere Bestimmungen (Art. 14–17) bei ihrer Gesetzgebung in Erwägung zu ziehen.

### 225 Formelle und materielle Gesamtrevision

Die gesetzgeberische Zielsetzung des neuen Kindesrechts hat, wie erwähnt, zur Folge, dass der siebente Titel über das eheliche und der achte über das aussereheliche Kindesverhältnis als Ganzes revidiert werden. Diese formelle Gesamtrevision schliesse an sich nicht aus, dass die materielle Revision punktuell auf jene Bestimmungen beschränkt würde, deren Änderung in den bisherigen Vorarbeiten als dringlich erkannt worden ist. Indessen ergäbe sich daraus ein Flickwerk, das nicht zu befriedigen vermöchte. Auch hier gilt, dass neuer Wein nicht in alte Schläuche gegossen und altes Tuch nicht mit neuen Lappen geflickt werden darf. Die formelle Gesamtrevision führt notwendig zur umfassenden materiellen Überprüfung des bisherigen Rechts. Dabei zeigt sich, dass neben den Bestimmungen, die Gegenstand ausdrücklicher Revisionspostulate gebildet haben, auch zahlreiche weitere der Änderung bedürfen. Betreffen jene Vorstösse vor allem Fragen, in welchen das geltende Recht in seinen Ergebnissen besonders stossend ist, so haben Rechtswissenschaft und -praxis viele weitere Punkte nachgewiesen, in welchen die geltenden Bestimmungen unklar, widersprüchlich oder lückenhaft sind oder materiell nicht befriedigen. Diese hätten zwar allein eine Gesamtrevision nicht erfordert, vermochten doch eine schöpferische Auslegung und Fortbildung des Gesetzes diese Mängel weitgehend zu mildern. Erweist sich aber die formelle Gesamtrevision aus andern Gründen – nämlich um der grundsätzlichen Gleichstellung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind – als notwendig, so darf der Gesetzgeber sich der Aufgabe nicht entziehen, gleichzeitig auch jene Änderungen vorzunehmen.

Diese materiell durchgreifende Erneuerung entspricht auch der Funktion der Kodifikation als einer umfassenden, möglichst vollständigen, gedanklich und technisch einheitlichen Regelung eines Rechtsgebiets<sup>61)</sup>. Die Normen, welche nicht mehr aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgehen, sondern auf wissenschaftlicher Arbeit und richterlicher Rechtsfindung beruhen, sind gerade im Kindesrecht zahlreich. Ihre Kodifizierung dürfte wesentlich dazu beitragen, die Orientierungskraft und die Volkstümlichkeit des ZGB zu stärken<sup>62)</sup>. Diese Wirkung ist auch zu erwarten von einer den heutigen Anschauungen entsprechenden Verwirklichung der beiden schon vom ZGB bejahten Postulate einer freieren Stellung der Kinder und der Gleichstellung der Geschlechter<sup>63)</sup>. Sie ist ebenfalls im Rahmen einer Gesamtrevision leichter durchzuführen.

61) Vgl. Liver, Berner Kommentar, Emleitungsband, N 2 der Einleitung

62) Vgl. dazu Liver, a. a. O. N 138

63) Huber, Erläuterungen I 101

Im Gegensatz zur Studienkommission, welche die Revision auf das kurzfristig und materiell Nötigste beschränken wollte<sup>64)</sup>, gelangen die Expertenkommission und mit ihr der Bundesrat daher – wie schon beim Adoptionsrecht – zum Vorschlag einer formellen und materiellen Gesamtrevision des Kindesrechts. Sie teilen die Auffassung einer regierungsrätlichen Vernehmlassung zum Bericht der Studienkommission, dass eine beschränkte punktuelle Anpassung die spätere umfassendere, grundsätzliche Revision nicht fördern, sondern auf unabsehbare Zeit verzögern würde<sup>65)</sup>. Auch die jüngere ausländische Gesetzgebung hat den Weg der Gesamtrevision beschritten, Deutschland und Österreich allerdings in zwei Etappen zunächst für das aussereheliche und hernach für das eheliche Kindesverhältnis und Frankreich zuerst für die elterliche Gewalt und darauf für das Kindesverhältnis.

## 226 Aufbau des Entwurfs

Gibt der Entwurf dem Kindesrecht auch ein neues Gesicht, so bleibt er doch materiell den bewährten Grundgedanken des bisherigen Rechts treu. Die neuen Bestimmungen schliessen an die geltenden an und werden aus ihnen heraus entwickelt. Das gilt in gleicher Weise für Form und Inhalt.

Der siebente Titel über die *Entstehung des Kindesverhältnisses* gliedert sich in vier Abschnitte. Der erste mit den Artikeln 252–254 enthält die *allgemeinen Bestimmungen*. Er ist neu und vereinigt bisher zerstreute Vorschriften. Der zweite Abschnitt mit dem Titel «*Die Vaterschaft des Ehemannes*» (Art. 255–259) entspricht dem bisherigen über die eheliche Abstammung (Art. 252–257 ZGB). Der dritte Abschnitt «*Anerkennung und Vaterschaftsurteil*» (Art. 260–263) übernimmt wesentliche Teile des bisherigen achten Titels. Die Bestimmungen dieser ersten drei Abschnitte sind in achtzehn Artikel gegliedert (Art. 252–263, worunter sechs Einschaltartikel: 256<sup>a, b, c</sup>, 260<sup>a, b, c</sup>). Es folgt der vierte Abschnitt über die Adoption mit den Artikeln 264–269<sup>c</sup> in der Fassung vom 30. Juni 1972. Der neue achte Titel über die *Wirkungen des Kindesverhältnisses* umfasst ebenfalls vier Abschnitte. Der erste über die *Gemeinschaft der Eltern und Kinder* (Art. 270–275) entspricht dem heutigen vierten Abschnitt des siebenten Titels (Art. 270–272 ZGB). Der zweite über die *elterliche Unterhaltspflicht* (Art. 276–295) ist neu. An dritter Stelle wird der Abschnitt über die *elterliche Gewalt* (Art. 296–317) eingefügt. Der vierte Abschnitt über das *Kindesvermögen* (Art. 318–327) enthält die bisher im Abschnitt über die elterlichen Vermögensrechte zusammengefassten Bestimmungen (Art. 290–301 ZGB). Der achte Titel kommt mit einem Einschaltartikel aus (Art. 316<sup>a</sup>).

Die Neugestaltung des Kindesrechts erfordert ausserdem eine Änderung der Bestimmungen über die Verwandtenunterstützungspflicht und das Erbrecht, sowie die Anpassung des Bürgerrechtsgesetzes und der Organisation der Bundesrechtspflege, des Schlusstitels und des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen

<sup>64)</sup> Bericht I 5/6, II 1

<sup>65)</sup> Vgl. auch Hausheer ZBJV 1973, 281

Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Gleichzeitig wird auch eine eingreifende Änderung der Zivilstandsverordnung nötig sein. Darauf ist jedoch hier nicht näher einzugehen.

## 227 Terminologie

Schliesslich ist noch eine terminologische Neuerung hervorzuheben. Die eheliche oder aussereheliche Geburt hat, wie dargelegt, nur noch für einzelne wenige Fragen materielle Bedeutung. In diesen Fällen kann der Sachverhalt anders umschrieben werden. Freilich ist das nicht mehr mit einem kurzen Wort möglich. Dieser Nachteil rechtfertigt jedoch nicht, die bisherigen Ausdrücke «ehelich» und «ausserehelich» beizubehalten. Der Entwurf gibt sie preis, um auch auf diese Weise wenigstens im Rahmen der rechtlichen Ordnung die vorurteilsbelastete Unterscheidung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit zu überwinden.

## 3 Spezieller Teil: Erläuterung des Entwurfes

### 31 Die Entstehung des Kindesverhältnisses

#### 311 Allgemeine Bestimmungen

##### 311.1 Die Entstehung des Kindesverhältnisses im allgemeinen (Art. 252)

Artikel 252 des Entwurfes hat sein Vorbild in Artikel 302 ZGB. Danach entsteht das aussereheliche Kindesverhältnis zwischen dem *Kind* und der *Mutter* mit der Geburt (Abs. 1), während es zwischen dem Kind und dem Vater durch Anerkennung oder durch den Richter festgestellt wird (Abs. 2). Die erste Bestimmung wurde vor allem zur Abgrenzung gegen das System des französischen Code civil aufgenommen, das auch für das Kindesverhältnis zur Mutter eine ausdrückliche Anerkennung verlangte (Art. 334/335 alte Fassung) und in abgeschwächter Form noch heute verlangt (Art. 337 Fassung von 1972). Der Grundsatz, dass das Kindesverhältnis zur Mutter von Gesetzes wegen mit der Geburt entsteht, gilt aber ebenso für das eheliche Kindesverhältnis<sup>66)</sup>. Er ist daher richtigerweise auch allgemein zu formulieren (Art. 252 Abs. 1 des Entwurfes). Die Feststellung einer streitigen Mutterschaft kann von jedem, der ein Interesse hat, jederzeit durch Klage auf Berichtigung der Zivilstandsregistereintragung (Art. 45 ZGB) oder, wenn eine solche fehlt, durch selbständige Klage verlangt werden<sup>67)</sup>. Eine besondere Bestimmung ist hierüber nicht nötig.

Der zweite Absatz von Artikel 302 ZGB fasst die Entstehungsgründe der ausserehelichen *Vaterschaft* programmatisch zusammen, um sie anschliessend im einzelnen zu regeln (Art. 303–306, 307–323 ZGB). Artikel 252 Absatz 2 des Ent-

<sup>66)</sup> BGE 41 II 425, 50 II 103

<sup>67)</sup> Vgl. BGE 86 II 437, 41 II 425, 50 II 103; Aubert, Les actions, 40 ff.; Hegnauer N 12, 24 zu Art. 252, N 24 zu Art. 302 ZGB



wurfes verallgemeinert auch diese Bestimmung, indem der Anerkennung und dem Richterspruch der wichtigste Entstehungsgrund des Kindesverhältnisses zum Vater, nämlich die Ehe der Mutter, vorangestellt wird. Schliesslich merkt Artikel 252 Absatz 3 des Entwurfes noch die Adoption als besonderen Entstehungsgrund des Kindesverhältnisses zu Mutter und Vater an. Die in den Absätzen 2 und 3 genannten Entstehungsgründe werden in den folgenden Abschnitten über die Vaterschaft des Ehemannes, über Anerkennung und Vaterschaftsurteil und über die Adoption näher ausgeführt.

### 311.2 Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 253, 254)

#### 311.21 Zuständigkeit

Das Zivilgesetzbuch bestimmt den Gerichtsstand für die Anfechtung der Ehelicherklärung (Art. 262 Abs. 2 ZGB)<sup>68)</sup> und die Vaterschaftsklage (Art. 312 Abs. 1 und 313 ZGB), nicht aber für die Anfechtung der Ehelichkeit und der Anerkennung<sup>69)</sup>. Für die Ehelichkeitsanfechtung gilt innerkantonal kantonales Recht, interkantonal dagegen Artikel 8 des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter. Diese Zuständigkeitsordnung ist unbefriedigend, unübersichtlich und zudem in vielen Punkten kontrovers<sup>70)</sup>. Eine *einheitliche Ordnung* des *Gerichtsstandes* für alle auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses gerichtete Klagen drängt sich daher auf. Der Entwurf geht von der im wesentlichen bewährten Lösung für die Vaterschaftsklage aus, welche dem Kläger die Wahl gibt zwischen seinem Wohnsitz zur Zeit der Geburt und dem Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Klage (Art. 312 Abs. 1 ZGB), erweitert diese aber dahin, dass die Klage am Wohnsitz einer Partei zur Zeit der Geburt oder der Klage angehoben werden kann (Art. 253).

Die Studienkommission befürwortete – einem Vorschlag von Frauenorganisationen folgend – für die schweizerische Mutter und ihr Kind die Einführung eines weiteren Gerichtsstandes am Ort der Geburt<sup>71)</sup>. Der Vorschlag wurde jedoch im Vernehmlassungsverfahren überwiegend abgelehnt<sup>72)</sup>. Die Lösung des Entwurfs trägt der Kritik am geltenden Recht<sup>73)</sup>, aber auch der wesentlichen

<sup>68)</sup> Vgl. dazu BGE 95 II 391

<sup>69)</sup> Vgl. hiezu immerhin Art. 108 Zivilstandsverordnung (ZStV); Hegnauer N 15 zu Art. 306 ZGB

<sup>70)</sup> Vgl. Aubert, *Les actions*, 179 ff.; Hegnauer ZSR 1965 II 44 f., N 28 zu Art. 253 ZGB und dort Zitierte

<sup>71)</sup> Bericht I 49 ff.; ebenso Lalive ZSR 1965 II 747 f., 946 f.

<sup>72)</sup> Ebenso Spitzer, *Vor einer Teilrevision des Familienrechts*, 163; Nehrwein SJZ 1957, 180; Hegnauer ZSR 1965 II, 110 ff.; Frank ZSR 1965 II 933 f.

<sup>73)</sup> Vgl. z. B. ZVW 1972, 147 Nr. 32: die Mutter hatte im Zeitpunkt der Geburt Wohnsitz in London, zur Zeit der Klage in Winterthur. Der Wohnort des beklagten Vaters war unbekannt. Nach Artikel 312 Absatz 1 ZGB war ein schweizerischer Gerichtsstand nicht gegeben, er wäre es aber nach Artikel 253 des Entwurfes.

Erweiterung der Klagefristen Rechnung. Unzukömmlichkeiten aus der Konkurrenz der beiden Gerichtsstände, die bei verschiedenem Wohnsitz mehrerer Kläger oder Beklagter gegeben sein können, sind nicht zu befürchten. Denn die Erhebung der Klage durch einen Klageberechtigten begründet von Bundesrechts wegen einen ausschliesslichen Gerichtsstand, der auch für andere Klageberechtigte verbindlich ist<sup>74)</sup>. Die Sonderbestimmung des Artikels 313 ZGB bei ausländischem Wohnsitz der Parteien ist im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter zu behandeln<sup>75)</sup>.

### 311.22 Verfahren

Im Gegensatz zum Scheidungsverfahren hat das ZGB keine besonderen Vorschriften für den Statusprozess aufgestellt mit Ausnahme des Artikels 310 Absatz 2 ZGB. Danach dürfen die Kantone in Vaterschaftssachen keine Beweisvorschriften aufstellen, die strenger sind als diejenigen des ordentlichen Prozessverfahrens. Dieses Verbot ist heute selbstverständlich und braucht nicht mehr wiederholt zu werden. Dagegen sind zwei andere Verfahrensregeln festzulegen, die für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts in diesem Gebiet unerlässlich sind. Die erste betrifft die *Offizialmaxime*. Sie ist bereits von der Rechtsprechung als Satz des Bundesrechts anerkannt worden<sup>76)</sup>. Artikel 254 Ziffer 1 des Entwurfes kodifiziert diese Regel dahin, dass der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und die Beweise nach freier Überzeugung würdigt. Damit werden Parteierklärungen, sowie Eid und Handgelübde ihrer bindenden Wirkung für den Richter entkleidet<sup>77)</sup>. Die Formulierung lehnt sich an Artikel 36 Absatz 1 und Artikel 40 des Bundeszivilprozesses an. Vorbehalten bleibt die Anerkennung der Vaterschaftsklage gemäss Artikel 260 Absatz 3 des Entwurfes.

Bei der zweiten Verfahrensregel des Entwurfs geht es um das *Abstammungsgutachten*. Die Naturwissenschaft stellt in den erbbiologischen und medizinischen Gutachten Mittel zur Verfügung, welche in einer grossen und ständig wachsenden Zahl von Fällen die Vaterschaft oder Nichtvaterschaft eines Mannes mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit zu beweisen vermögen<sup>78)</sup>. Das naturwissenschaftliche Gutachten nimmt daher im heutigen wie im künftigen Abstammungsprozess einen zentralen Platz ein<sup>79)</sup>. Demgemäss hat nach der Rechtsprechung jede Partei aufgrund von Artikel 8 ZGB Anspruch auf

<sup>74)</sup> BGE 50 I 394 f.; Guldener ZSR 1961 II 30 f.; Hegnauer N 25 zu Art. 312/313 ZGB

<sup>75)</sup> Vgl. unten Ziff. 35

<sup>76)</sup> BGE 85 II 174 f., 95 II 295; Guldener, Das schweizerische Zivilprozessrecht (2. Aufl. 1958), 147; Walder H. U., Die Offizialmaxime (Zürich 1973), 11 ff.; Hegnauer N 32 zu Art. 253, N 14 zu Art. 323 ZGB

<sup>77)</sup> Vgl. Hegnauer N 31 zu Art. 310 ZGB

<sup>78)</sup> Vgl. Hegnauer N 99–217 zu Art. 314/315, N 28–75 zu Art. 254 ZGB

<sup>79)</sup> Vgl. Hegnauer, Rechtsnorm und naturwissenschaftliche Erkenntnis in ihrer Bedeutung für die Feststellung der ausserehelichen Vaterschaft, in Festgabe für Fritz Schwarz (Bern 1968) 56 ff.

Durchführung jeder Untersuchung, die nach dem Stande der Wissenschaft die streitige Abstammung mit genügender Sicherheit zu klären vermag<sup>80)</sup>.

Diese Untersuchungen erfordern jedoch teilweise eine persönliche Mitwirkung der beteiligten Parteien und Zeugen, unter Umständen auch von Verwandten. Insbesondere gilt dies vom serologischen oder Blutgruppengutachten und vom morphologischen, anthropologischen oder Ähnlichkeitsgutachten. Jenes beruht auf der Untersuchung von Blutproben, dieses auf der Untersuchung einer Vielzahl morphologischer Merkmale der beteiligten Personen. In der Regel unterziehen sich die beteiligten Personen diesen Untersuchungen freiwillig. Indessen kommt es immer wieder vor, dass eine Person die Mitwirkung verweigert. Dadurch wird die Begutachtung entweder vereitelt oder doch in ihrer Aussage stark eingeschränkt. Eine Pflicht zur Mitwirkung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedenfalls für die Blutentnahme nicht schon aus der Pflicht zur Partei- oder Zeugenaussage abgeleitet werden. Vielmehr handelt es sich hier um einen Eingriff in die persönliche Freiheit, der einer ausdrücklichen Grundlage in der kantonalen Gesetzgebung bedarf<sup>81)</sup>. Diese Rechtsprechung steht in einem gewissen Widerspruch zur Anerkennung des bundesrechtlichen Anspruches auf Durchführung dieser Untersuchungen und ist darum in der Literatur und kantonalen Rechtsprechung auf Kritik gestossen<sup>82)</sup>. Indessen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesgericht von ihr abgehen wird. Eine Reihe von Kantonen haben seither Bestimmungen erlassen, welche die Mitwirkung bei solchen Untersuchungen vorschreiben<sup>83)</sup>. Dies ist jedoch noch bei weitem nicht in allen Kantonen geschehen. Zudem weisen die bisher erlassenen kantonalen Vorschriften nicht unerhebliche Unterschiede in der Umschreibung der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen und der Sanktionen auf<sup>84)</sup>.

Die Begründung eines rechtlichen Kindesverhältnisses gegen den Willen des betreffenden Mannes erscheint nur gerechtfertigt, wenn die Abstammung möglichst zuverlässig festgestellt wird. Hiefür sind die naturwissenschaftlichen Gutachten unerlässlich. Angesichts ihrer zentralen Bedeutung erscheint es unhaltbar, dass je nach dem Kanton bald eine Partei, bald ein Dritter die Mitwirkung an Untersuchungen allgemein oder aus bestimmten Gründen verweigern darf. Die Verwirklichung des Bundesprivatrechts verlangt vielmehr gebieterisch eine einheitliche Regelung der Frage<sup>85)</sup>. Artikel 254 Ziffer 2 des Entwurfes sieht demge-

<sup>80)</sup> BGE 90 II 222, 91 II 162

<sup>81)</sup> BGE 82 I 234, 82 II 510, 86 II 312, 89 I 98, 90 I 110, 99 II 412

<sup>82)</sup> Vgl. Grossen ZSR 1960 II 66a f., Guldener ZPR 357 und ZSR 1961 II 48 N 112; Hegnauer ZSR 1965 II 117 und dort N 28 Zitierte, N 168 ff. zu Art. 314/315 ZGB; Huber ZBJV 1964, 403; Kummer, Berner Kommentar, Einleitung, N 83 zu Art. 8 ZGB; Lalive ZSR 1965 II 702 ff.; Merz ZBJV 1961, 369; Strebel SJZ 1959, 65; Voyame ZSR 1961 II 160 f.

<sup>83)</sup> Bern ZPO 264<sup>bis</sup>, Luzern 185<sup>bis</sup> und 185<sup>ter</sup>, Obwalden 176, Nidwalden 185, Zug 181<sup>bis</sup>, Solothurn 235, Basel-Stadt 155a, Basei-Land 149a, Schaffhausen 283-286, Appenzell I. Rh. 199a, St. Gallen 252<sup>bis</sup>, Waadt 232/233, Wallis 250<sup>bis</sup>, Neuenburg 251<sup>bis</sup>

<sup>84)</sup> Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 119 N 37, SJZ 1971, 345 Nr. 160

<sup>85)</sup> Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit vgl. Eichenberger ZSR 1969 II 490, 512 und dort Zitierte

mäss für Parteien und Dritte die Pflicht vor, an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und nach ihrer Auswirkung auf die Gesundheit zumutbar sind. Dritte im Sinne dieser Bestimmung sind Personen, die als Erzeuger in Betracht zu ziehen sind, aber auch Blutsverwandte, wenn die unmittelbar Beteiligten gestorben sind oder deren Untersuchung nicht schlüssig<sup>1</sup> ist. Ihnen nach dem Vorbild des Zeugnisverweigerungsrechts die Befugnis zur Ablehnung der Mitwirkung einzuräumen, besteht kein Anlass. Denn es geht hier im Gegensatz zum Zeugnis um die Erhebung eines objektiven Befundes, der durch die subjektive Beziehung zur betreffenden Partei in keiner Weise beeinflusst werden kann. Eine besondere Bestimmung über die Folgen einer unbefugten Weigerung ist nicht nötig. Der Richter würdigt sie nach Artikel 254 Ziffer 1 des Entwurfes<sup>86)</sup>. Ausserdem kommen die Ungehorsamsstrafen des Prozessrechts und des Artikels 292 des Strafgesetzbuches sowie die Schadenersatzpflicht nach den Artikeln 41 ff. des Obligationenrechts in Betracht. Dagegen ist körperlicher Zwang abzulehnen, wie er z. B. in Luzern vorgesehen ist<sup>87)</sup>.

### 312 Die Vaterschaft des Ehemannes

#### 312.1 Vermutung (Art. 255)

In der Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater bleibt ein wesentlicher Unterschied zwischen dem ehelichen und dem ausserehelichen Kind unaufhebbar: das eheliche hat seinen Vater von vornherein im Ehemann der Mutter, das aussereheliche muss ihn dagegen erst suchen.

Das Wesen der Ehe als umfassende und ausschliessliche Lebensgemeinschaft von Mann und Frau rechtfertigt die Vermutung, der Ehemann sei der Vater der von der Ehefrau geborenen Kinder: «Pater is est quem nuptiae demonstrant». Artikel 255 Absatz 1 des Entwurfes übernimmt sachlich die bisherige Umschreibung der Ehelichkeitsvermutung (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Der deutsche Text wird jedoch dem französischen angeglichen, der, statt den Begriff «ehelich» zu brauchen, dessen Bedeutung treffend und klar ausdrückt. Nach Artikel 252 Absatz 2 ZGB gilt die Vermutung bei einer Geburt *nach Ablauf von dreihundert Tagen* seit Auflösung der Ehe nicht. Indessen dauert eine Schwangerschaft gelegentlich länger als dreihundert Tage. Es ist also möglich, dass ein Kind zwar noch während der Ehe gezeugt wird, aber erst nach Ablauf von dreihundert Tagen seit ihrer Auflösung geboren wird. Nach der Doktrin gilt der Ehemann auch in einem solchen Fall als Vater, sofern dargetan wird, dass das Kind vor Auflösung der Ehe gezeugt worden ist<sup>88)</sup>. Diese Regel wird in Artikel 255 Absatz 2 des Entwurfes aufgenommen.

Kontrovers ist die Frage des Hinfalls der Vermutung, wenn der Ehemann für *verschollen* erklärt wird. Teils wird die Meinung vertreten, die Frist von

<sup>86)</sup> Vgl. dazu Art. 40 des Bundeszivilprozesses; vgl. auch ZVW 1972, 142 Nr. 29

<sup>87)</sup> Vgl. Grosse ZSR 1960 66a/67a; derselbe in Schweiz. Privatrecht II 362; Hegnauer ZSR 1965 II 119 N 37

<sup>88)</sup> Vgl. Hegnauer N 25, 25a und b zu Art. 252 ZGB und dort Zitierte

dreihundert Tagen beginne mit dem Tage, auf den die Wirkung der Verschollenenerklärung nach Artikel 38 Absatz 2 ZGB zurückbezogen wird<sup>89)</sup>, teils aber, die Vermutung werde erst hinfällig, wenn die Ehe nach Artikel 102 Absatz 2 ZGB aufgelöst sei<sup>90)</sup>. Das Eidgenössische Versicherungsgericht sprach, der zweiten wenig überzeugenden Auffassung folgend, einem 1948 geborenen Kind eine Halbwaisenrente zu, weil zwar der in den Kriegswirren verschwundene Ehemann der Mutter 1952 auf den 5. Februar 1945 zurück verschollen erklärt, die Ehe der Mutter aber nicht aufgelöst worden war<sup>91)</sup>. Es erscheint daher angebracht, im Gesetz ausdrücklich zu bestimmen, dass die Frist von dreihundert Tagen im Fall der Verschollenenerklärung des Ehemannes mit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht beginnt (Art. 255 Abs. 3 des Entwurfes)<sup>92)</sup>.

### 312.2 Anfechtung (Art. 256–256<sup>c</sup>)

#### 312.21 Klagerecht

Wie bisher steht das Recht, eine unrichtige Vermutung anzufechten, in erster Linie dem *Ehemanne* zu (Art. 256 Abs. 1 Ziff. 1 des Entwurfes). Ausserdem soll nun aber auch nach dem Vorschlag der Studienkommission das von Praxis und Doktrin anerkannte Anfechtungsrecht des *Kindes* kodifiziert werden<sup>93)</sup>. Das Bundesgericht hat dieses Recht jedenfalls dann bejaht, wenn der Ehemann der Mutter die Klage versäumt und die Mutter nach Auflösung der Ehe mit diesem Mann den Erzeuger des Kindes geheiratet hat<sup>94)</sup>. Diese im beurteilten Fall gegebenen Voraussetzungen dürfen jedoch nicht verallgemeinert werden<sup>95)</sup>. Dagegen erscheint es sachlich richtig, das Klagerecht des Kindes nur zuzulassen, wenn die Ehe seiner gesetzlichen Eltern nicht mehr intakt ist. Demgemäss macht Artikel 256 Absatz 1 Ziffer 2 des Entwurfes das Anfechtungsrecht des Kindes davon abhängig, dass die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten während seiner Unmündigkeit aufgehoben worden ist<sup>96)</sup>. Eine nur vorübergehende Aufhebung der Gemeinschaft dürfte freilich nicht genügen. Das Klagerecht ist höchstpersönlich. Das urteilsfähige Kind übt es selber aus. Die Auffassung, der Unmündige könnte ohne Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde nicht klagen<sup>97)</sup>, ist mit Artikel 19 Absatz 2 ZGB nicht vereinbar. An die Urteilsfähigkeit sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Ist das Kind urteilsunfähig, so vermag infolge Interessenkollision weder der gesetzliche Vater noch die Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind zu handeln. Vielmehr muss ihm, wenn es selbst klagt wie

<sup>89)</sup> Aubert, *Les actions*, 205; Hegnauer N 20 zu Art. 252 ZGB

<sup>90)</sup> Egger N 3 zu Art. 102 ZGB; Silbernagel N 4 zu Art. 252 ZGB

<sup>91)</sup> EVGE 1953, 226

<sup>92)</sup> Ebenso Art. 315 CCfr in der Fassung von 1972

<sup>93)</sup> Vgl. Hegnauer N 8 f. zu Art. 253 ZGB und dort Zitierte

<sup>94)</sup> BGE 88 II 477

<sup>95)</sup> Vgl. dazu Obergericht Zürich, *Blätter für zürcherische Rechtsprechung (ZR)* 1972 Nr. 89 E. 5, 6 = SJZ 1973, 123 E. 5, 6; SJZ 1973, 91 Nr. 56 E. 9

<sup>96)</sup> Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 42; Guggenheim ZSR 1965 II 915

<sup>97)</sup> BGE 88 II 485

übrigens auch, wenn es beklagt wird, ein Beistand nach Artikel 392 Ziffer 2 ZGB bestellt werden.<sup>98)</sup>

Ein Klagerecht der *Mutter* ist nach eingehender Beratung von der Expertenkommission abgelehnt worden. Dieser Ansicht kann sich der Bundesrat anschliessen. Es kommt der Mutter neben dem Ehemann und dem Kind kein selbständiges schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung zu. Das Interesse des urteilsunfähigen Kindes an der Klageerhebung hat die Vormundschaftsbehörde zu wahren<sup>99)</sup>. Die Mutter kann bei ihr die Bestellung eines Beistandes für die Klageerhebung beantragen. Verneint die Behörde zu Unrecht das Interesse des Kindes an der Anfechtung, so kann die Mutter hiegegen in Wahrung des Kindesinteresses nach Artikel 420 ZGB Beschwerde führen. Dagegen geht es nicht an, dass die Mutter in eigenem Namen die Ehelichkeit anfecht, weil sie das Interesse des Kindes anders beurteilt als die vormundschaftlichen Behörden. Erst recht kann dem Erzeuger des Kindes kein Anfechtungsrecht zukommen.

Die *Passivlegitimation* wird in Artikel 256 Absatz 2 des Entwurfes wie bisher geregelt und lediglich hinsichtlich der Klage des Kindes ergänzt.

Das Klagerecht des Ehemannes und des Kindes untersteht dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauches (Art. 2 Abs. 2 ZGB). So wäre etwa dem Kind die Anfechtung zu versagen, wenn es im Wissen, dass der Ehemann nicht sein Vater ist, sich von ihm ein Studium bezahlen oder ausstatten lässt. Eine besondere Bestimmung, die zunächst erwogen wurde, ist hier nicht nötig und könnte im Gegenteil die Flexibilität der Rechtsanwendung beeinträchtigen. Anders verhält es sich dagegen bei der Zustimmung des Ehemannes zur Zeugung durch einen Dritten. Zwar nimmt die Doktrin auch hier überwiegend Rechtsmissbrauch an<sup>100)</sup>. Indessen ist die Frage namentlich im Hinblick auf Artikel 20 des Obligationenrechts und Artikel 27 ZGB nicht völlig eindeutig. Da ihre praktische Bedeutung wegen der zunehmenden Verbreitung der künstlichen Befruchtung mit Samen eines Dritten (heterologe Insemination) zunehmen wird<sup>101)</sup>, erscheint es angezeigt, sie im Gesetz zu entscheiden. Das entspricht auch der Durchgangsfunktion des Artikels 2 ZGB<sup>102)</sup>. Der Entwurf versagt demgemäss dem Ehemann die Anfechtung, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat (Art. 256 Abs. 3).

### 312.22 Klagegrund

Artikel 254/255 ZGB stufen die Beweislast danach ab, ob die Zeugung in der Ehe oder aber vor der Ehe oder während gerichtlicher Trennung stattgefunden hat. Der Entwurf übernimmt diese Regelung, bringt aber verschiedene Verdeutlichungen an (Art. 256<sup>a</sup>/256<sup>b</sup>).

<sup>98)</sup> Vgl. Hegnauer N 11, 16 zu Art. 253 ZGB

<sup>99)</sup> BGE 88 II 485, ZR 1972 Nr. 89 E. 6; vgl. auch Aubert, Les actions, 172

<sup>100)</sup> Vgl. Merz, Berner Kommentar, N 435 zu Art. 2 ZGB; Hegnauer N 6 zu Art. 257 ZGB und dort Zitierte

<sup>101)</sup> Vgl. Law and Ethics of A. I. D. and Embryo Transfer, Ciba Foundation Symposium 17 (Amsterdam 1973) 4

<sup>102)</sup> Vgl. Merz N 42 zu Art. 2 ZGB

Heute bleibt unklar, ob für die strengere (Art. 254 ZGB) oder die erleichterte Anfechtung (Art. 255 ZGB) nach dem eigentlichen Gesetzestext der Zeitpunkt der *Geburt* vor oder seit dem 180. Tag nach Abschluss der Ehe oder aber nach den Randtiteln (die ebenfalls Gesetzeskraft haben) der Zeitpunkt der *Zeugung* vor oder während der Ehe massgebend sei. Nach der Doktrin ist das letztere der Fall, und begründet die Geburt vor oder nach dem 180. Tag seit Eheschluss lediglich die (widerlegliche) Vermutung, dass das Kind in jenem Fall vor der Ehe, in diesem aber während der Ehe gezeugt worden sei<sup>103)</sup>. Der Entwurf gleicht den Text der Artikel 256<sup>a</sup> Absatz 1 und 256<sup>b</sup> Absatz 1 den Randtiteln an und stellt überdies in Artikel 256<sup>a</sup> Absatz 2 die Vermutung auf, dass das wenigstens 180 Tage nach Abschluss der Ehe und vor Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe geborene Kind während der Ehe gezeugt worden sei. Damit wird auch die Grundlage für die Beurteilung jener Fälle geschaffen, in welchen zweifelhaft ist, ob das Kind noch vor oder erst nach Auflösung der Ehe gezeugt worden sei<sup>104)</sup>.

Bei *Zeugung während der Ehe* ist heute zu beweisen, dass der Ehemann unmöglich der Vater des Kindes sein könne (Art. 254 ZGB). Aufgrund der Erfahrungen mit den naturwissenschaftlichen Abstammungsgutachten genügt es jedoch hier wie in andern Fällen streitiger Abstammung, wenn bewiesen wird, dass der betreffende Mann – hier der Ehemann – nicht der Vater ist (Art. 256<sup>a</sup> Abs. 1 des Entwurfes).

Die *erleichterte* Anfechtung, die heute Platz greift, wenn das Kind *vor* der Ehe oder *während* gerichtlicher *Trennung* gezeugt worden ist (Art. 255 Abs. 1 ZGB), wird ausgedehnt auf den Fall, wo das Kind nach Auflösung der Ehe gezeugt, aber vor Ablauf von 300 Tagen seither geboren wird, und ausserdem auf den häufigeren Fall, wo das Kind während der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nach Artikel 170 Absatz 1 oder 145 ZGB geboren wird<sup>105)</sup>. Auch in dieser Situation ist die tatsächliche Grundlage der Vermutung wesentlich schwächer als während des Bestehens der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten. Das gilt unabhängig davon, ob der Richter die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes angeordnet hat. Die Erfahrungen zeigen nämlich, dass einerseits gelegentlich solche Verfügungen nicht vollzogen werden und andererseits Ehegatten häufig einseitig oder im Einvernehmen das Zusammenleben aufgeben, ohne den Richter anzurufen. Wie bisher besteht die Erleichterung darin, dass der Kläger seine Anfechtungsklage zunächst nicht weiter zu begründen hat. Sobald aber die beklagte Partei glaubhaft macht, dass der Ehemann um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt habe (Art. 256<sup>b</sup> Abs. 2 des Entwurfes), lebt die Vermutung seiner Vaterschaft wieder auf und kann dann nur durch den Beweis der Nichtvaterschaft nach Artikel 256<sup>a</sup> Absatz 1 des Entwurfes beseitigt werden.

<sup>103)</sup> Vgl. Hegnauer N 3 f. zu Art. 254, N 4 zu Art. 255 ZGB und dort Zitierte

<sup>104)</sup> Vgl. Hegnauer N 5 und 6 zu Art. 254 ZGB

<sup>105)</sup> Vgl. dazu Bühler A., Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Diss. Zürich 1969), 50 f., mit Hinweisen auf das französische und niederländische Recht

## 312.23 Klagefrist

Die Klagefrist beträgt heute drei Monate seit Kenntnis der Geburt (Art. 253 ZGB). Sie kann wiederhergestellt werden, wenn dargetan wird, dass der Kläger arglistig zur Anerkennung der Ehelichkeit oder zur Unterlassung der Anfechtung bewogen worden ist; die neue Frist beträgt alsdann drei Monate seit Entdeckung der Arglist (Art. 257 Abs. 1 und 2 ZGB). Ausserdem wird nach Ablauf der Frist eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 257 Abs. 3 ZGB). Auf das Klagerecht des Kindes kann die ordentliche Frist von drei Monaten seit Kenntnis der Geburt nicht unmittelbar angewendet werden. Sie erweist sich aber auch für den Ehemann oft als zu kurz. Er muss sich nicht nur über die Frage seiner Vaterschaft, sondern auch über die Auswirkungen des Ehebruchs seiner Frau oder der vorehelichen Zeugung durch einen andern Mann auf die Ehe und sein Verhältnis zum Kind klar werden. Der Entschluss, wie er hierauf reagieren will und kann, bedarf reiflicher Überlegung. Es erscheint angemessen, hierfür eine Frist von einem Jahr einzuräumen<sup>106)</sup>.

Unbefriedigend ist nicht nur die zu kurze Dauer der Frist, sondern ebenso sehr, dass sie schon mit der Kenntnis der Geburt beginnt, ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger Anlass zur Klage habe. Richtigerweise darf die Frist wie bei der Geltendmachung eines Willensmangels nach Artikel 31 des Obligationenrechts erst vom Zeitpunkt an laufen, da der Ehemann ausser der Geburt auch die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat<sup>107)</sup>. Auf der andern Seite erscheint das Interesse des Ehemannes an der Anfechtung umso weniger schutzwürdig, je älter das Kind wird. Dem ist durch eine absolute Befristung des Klagerechts des Ehemannes Rechnung zu tragen. Sie ist entsprechend der Verwirkung der Scheidungsklage nach Artikel 137 Absatz 2 und 138 Absatz 2 ZGB auf fünf Jahre zu bemessen, die von der Geburt an laufen (Art. 256<sup>c</sup> Abs. 1 des Entwurfes)<sup>108)</sup>.

Was die Klage des Kindes anbetrifft, so hat das Bundesgericht mit überzeugenden Gründen angenommen, sie unterliege jedenfalls während seiner Unmündigkeit keiner Verwirkung<sup>109)</sup>. Der Entwurf übernimmt diese Lösung. Demgemäss läuft die Klagefrist bis zum Ablauf eines Jahres seit Vollendung des Mündigkeitsalters (Art. 256<sup>c</sup> Abs. 2)<sup>110)</sup>. Sie kann aber, wie bereits ausgeführt, schon vor der Mündigkeit erhoben werden, während der Urteilsunfähigkeit des Kindes durch einen Beistand, später durch das Kind selbst.

Schliesslich erscheint es angezeigt, in Artikel 256<sup>c</sup> Absatz 3 des Entwurfes eine Wiederherstellung der Klagefrist aus wichtigen Gründen vorzusehen. Für den Ehemann, namentlich aber für das Kind steht soviel auf dem Spiel, dass die

<sup>106)</sup> BGB n. F. § 1594 Abs. 1: zwei Jahre

<sup>107)</sup> BGB n. F. § 1594 Abs. 2: seit Kenntnis der Umstände, die für die Nichtehelichkeit des Kindes sprechen

<sup>108)</sup> BGB n. F. § 1594 Abs. 3: zehn Jahre

<sup>109)</sup> BGE 88 II 490 f. E. 6

<sup>110)</sup> BGB n. F. § 1598: zwei Jahre seit Volljährigkeit



Anfechtung nicht scheitern darf, wenn aus entschuldbaren Gründen, z. B. wegen Komplikationen des internationalen Rechts<sup>111)</sup>, die Frist versäumt worden ist. Der Wiederherstellung sind die absolute und die relative Frist zugänglich.

### 312.3 *Zusammentreffen zweier Vermutungen (Art. 257)*

Es kommt gelegentlich vor, dass die Vermutung der Vaterschaft auf zwei Ehemänner der Mutter zutrifft. Die Gründe können darin liegen, dass der Zivilstandsbeamte bei der Eheverkundung das Bestehen einer ersten nicht aufgelösten Ehe übersieht oder die Wartefrist des Artikels 103 ZGB unrichtig berechnet oder dass der Richter unrichtigerweise die Wartefrist abkürzt oder schliesslich dass das Recht des ausländischen Trauungsortes keine oder nur eine kurze Frauenwartefrist kennt. Die heutige Zivilstandsregisterpraxis lässt der Vermutung aus der zweiten Ehe den Vortritt<sup>112)</sup>. Indessen vermag diese lediglich die Eintragung betreffende Praxis die nach Gesetz auch bezüglich der ersten Ehe bestehende Vermutung nicht zu beseitigen. Der Vorrang der zweiten Vermutung ist daher im Gesetz zu verankern (Art. 257 des Entwurfes). Er wird gestützt durch die Lebenserfahrung, dass die Mutter in der Regel um die Zeit der Empfängnis zum zweiten Ehemann engere Beziehungen unterhalten hat. Zudem sichert er die Einheit der neuen Familie<sup>113)</sup>. Demgegenüber erscheint die vereinzelt befürwortete Lösung, das Kind, das innerhalb von 180 Tagen seit Abschluss der zweiten Ehe geboren wird, als Kind des ersten Mannes, das später geborene Kind als Kind des zweiten Mannes anzusehen<sup>114)</sup>, als lebensfremd und unpraktisch<sup>115)</sup>.

### 312.4 *Stellung der Erben (Art. 258)*

Nach Artikel 256 Absatz 1 ZGB können die Erben die Ehelichkeit anfechten, wenn der Ehemann vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben oder urteilsunfähig geworden ist oder wenn er unbekanntem Aufenthaltsort ist oder es aus anderem Grund nicht möglich ist, ihm die Geburt mitzuteilen. Dieses subsidiäre Anfechtungsrecht der Erben ist fragwürdig. Sie wahren mit der Anfechtung erbrechtliche, d. h. vermögensrechtliche Interessen, vernichten aber das gesamte familienrechtliche Kindesverhältnis zwischen dem Kind und dem Ehemann der Mutter. Das widerspricht der höchstpersönlichen Natur des Anfechtungsrechts. Die schutzwürdigen vermögensrechtlichen Interessen der Erben werden angemessen berücksichtigt, wenn sie Unterstützungs- oder Erbansprüche des Kindes mit dem Nachweis bestreiten dürfen, dass es nicht vom Ehemann abstamme (Art. 258 Abs. 1 des Entwurfes)<sup>116)</sup>. Im übrigen soll aber das Kindesverhältnis nicht be-

111) Vgl. dazu SJZ 1969, 374: Anfechtung durch ein 30jähriges «Kind»

112) Vgl. Hegnauer N 27 zu Art. 252 ZGB und dort Zitierte

113) Diese Lösung entspricht auch dem neueren ausländischen Recht: BGB n. F. 1600 Abs. 1, ABGB 138 Abs. 2; Polen Familiengesetz 42, Tschechoslowakei 42. Ungarn 35

114) Spahn J., Doppelte Ehelichkeit (Diss. Zürich 1970), 162

115) Vgl. Schönfeld FamRZ 1971, 51

116) Vgl. DDR, Familiengesetzbuch § 61 Abs. 2

rührt werden. Dieses beschränkte Recht soll den Erben wie bisher nur zustehen, wenn der Ehemann sein Anfechtungsrecht innert Frist aus objektiven Gründen nicht ausüben konnte. Es wird entsprechend der heutigen Auslegung ausdrücklich auf die Verwandten des Ehemannes beschränkt, gilt somit nicht für die Mutter des Kindes<sup>117)</sup>. Da es nur geltend gemacht werden kann, wenn Unterstützungs- oder Erbansprüche des Kindes auf dem Spiel stehen, erscheint eine Befristung nicht nötig. Dagegen muss festgelegt werden, dass die Erben, wenn sie ihr Recht ausüben und damit obsiegen, ihre eigenen Unterstützungs- und Erbansprüche gegenüber dem Kinde verlieren (Art. 258 Abs. 2 des Entwurfes).

Ausser dem subsidiären Anfechtungsrecht der Erben sieht Artikel 256 Absatz 2 ZGB ein Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde des Heimatkantons vor. Es wurde erst in der parlamentarischen Beratung – nicht ohne heftigen Widerspruch – eingefügt<sup>118)</sup> und hatte den Zweck, zu verhüten, dass Gemeinden in unlauterer Weise die Verheiratung ihrer unehelich geschwängerten Bürgerinnen mit Bürgern anderer Gemeinden betreiben, um allfällige Armenlasten von sich abzuwälzen. Die Anfechtung der Ehelichkeit ist jedoch hiefür untauglich. Denn das ausserehelich erklärte Kind erhält das Bürgerrecht der Mutter im Zeitpunkt seiner Geburt (Art. 324 Abs. 1 ZGB). Dieses ist aber das Bürgerrecht des Ehemannes, das die Mutter mit der Heirat erworben hat (Art. 161 Abs. 1 ZGB). Die Bestimmung ist gesetzgeberisch verfehlt<sup>119)</sup> und daher zu streichen.

### 312.5 Heirat der Eltern (Art. 259)

Nach Artikel 258 ZGB wird das aussereheliche Kind, wenn seine Eltern einander heiraten, von Gesetzes wegen ehelich. Diese Bestimmung beruht auf Artikel 54 Absatz 5 der Bundesverfassung: «Durch die nachfolgende Ehe der Eltern werden vorehelich geborene Kinder derselben legitimiert.» Die Wirkung dieser Ehelicherklärung besteht nach Artikel 263 ZGB darin, dass das aussereheliche Kind und seine ehelichen Nachkommen im Verhältnis zu Vater und Mutter und deren Verwandtschaft ehelichen Verwandten gleichgestellt werden. Das Wesen der Ehelicherklärung betrifft somit die *Wirkungen* des Kindesverhältnisses: das Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern und deren Verwandten untersteht nun nicht mehr den Bestimmungen über das aussereheliche Kindesverhältnis, sondern es sind diejenigen über das eheliche anwendbar. Die Ehelicherklärung hat daher nur insoweit Sinn und Substanz, als zwischen der Rechtsstellung des ehelichen und des ausserehelichen Kindes ein Unterschied besteht.

Der Entwurf gibt jedoch die grundsätzliche und umfassende Unterscheidung zwischen einem ehelichen und einem ausserehelichen Kindesverhältnis auf. Lediglich der Familienname und das Bürgerrecht sowie die Unterhaltspflicht und die elterliche Gewalt werden verschieden geordnet, je nachdem ob die Eltern verhei-

<sup>117)</sup> BGB 44 II 224; Aubert, Les actions, 172

<sup>118)</sup> StenBull 15/1905 Ständerat 1162–64

<sup>119)</sup> Aubert, Les actions, 168 f.; Hegnauer N 12 zu Art. 256 ZGB; Lalive ZSR 1965 II 800

ratet sind oder nicht. Insoweit kommt der Heirat der Eltern eines Kindes auch unter dem neuen Recht eine gewisse Bedeutung zu. Artikel 259 des Entwurfes gibt ihr dahin Ausdruck, dass bei Heirat der Eltern die Bestimmungen über das während der Ehe geborene Kind entsprechende Anwendung finden<sup>120)</sup>. Es gelten somit für das Kind hinsichtlich des Familiennamens und Bürgerrechts, der Unterhaltspflicht und der elterlichen Gewalt die Bestimmungen für Kinder verheirateter Eltern. Damit entspricht das neue Recht Artikel 54 Absatz 5 der Bundesverfassung.

Die Ehelicherklärung betrifft grundsätzlich nicht die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater. Sie bewirkt nicht, dass der Ehemann der Mutter als Vater des Kindes gilt. Vielmehr muss, wie für jedes aussereheliche Kind, auch hier das Verhältnis zum Vater durch einen besonderen Akt hergestellt werden. In Betracht kommt hiefür nach geltendem Recht die Anerkennung oder die Zusprechung mit Standesfolge (Art. 303, 323 ZGB). Daneben sieht Artikel 259 ZGB noch die besondere Form der Anmeldung der gemeinsamen Kinder durch die Brautleute oder Ehegatten beim Zivilstandsbeamten vor. Die Rechtsnatur dieser Anmeldung ist zwiespältig. Nach Artikel 259 Absatz 2 ZGB hat ihre Unterlassung auf die Ehelichkeit des Kindes keinen Einfluss. Demnach hätte die Anmeldung keine konstitutive Bedeutung. Indessen kann die Ehelicherklärung – wenn weder Anerkennung noch Urteil vorliegt – nur aufgrund einer solchen Anmeldung beurkundet und geltend gemacht werden. Insofern hat sie doch Gestaltungswirkung. Dementsprechend läuft auch die Anfechtungsfrist von der Kenntnis der Beurkundung an<sup>121)</sup>. Auch wird das Delikt der Fälschung des Personenstandes im Sinne von Artikel 216 des Strafgesetzbuches erst durch Bewirkung des falschen Eintrags erfüllt<sup>122)</sup>. Unklar ist zudem die Anfechtung einer Legitimation, wenn das Kind schon vor der Eheschliessung vom Vater anerkannt worden war<sup>123)</sup>.

Diese Problematik spricht gegen die Beibehaltung der Anmeldung in ihrer bisherigen Funktion. Sie ist als besondere Form der Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater neben der Anerkennung auch entbehrlich<sup>124)</sup>. Liegt im Zeitpunkt der Heirat eine Anerkennung durch den Vater oder ein Vaterschaftsurteil bereits vor, so tritt die Gleichstellung mit dem Kind verheirateter Eltern ohne weiteres ein. Besteht das Kindesverhältnis zum Vater aber noch nicht, so kann die Anerkennung durch den Ehemann ohne weiteres nachgeholt werden. Diese unterscheidet sich in der Form nur unwesentlich von der Anmeldung<sup>125)</sup>. Ist der

<sup>120)</sup> Vgl. dazu den Entwurf des Europäischen Übereinkommens, Art. 13

<sup>121)</sup> Hegnauer N 15 zu Art. 262 ZGB

<sup>122)</sup> Vgl. dazu Aubert, Les actions, 149; Hegnauer N 7 a. E. zu Art. 262, N 26a zu Art. 306 ZGB

<sup>122)</sup> BGE 84 IV 18, 90 IV 26 f.

<sup>123)</sup> Vgl. dazu Aubert, Les actions, 149; Hegnauer N 7 a. E. zu Art. 262, N 26a zu Art. 306 ZGB

<sup>124)</sup> Das ZGB hat sie aus dem Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874 übernommen. Dieses musste eine besondere Form vorsehen, weil die Herstellung des Kindesverhältnisses zum ausserehelichen Vater damals vom kantonalen Recht geregelt wurde.

<sup>125)</sup> Vgl. Art. 98 Abs. 3 und 4, 100, Art. 104 Abs. 1 und 2, 105 ZStV

Ehemann gestorben oder lehnt er die Anerkennung ab, so kann die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater mit der Vaterschaftsklage verlangt werden. Artikel 259 des Entwurfes lässt demgemäss die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Kinder verheirateter Eltern eintreten, sobald die Vaterschaft des Ehemannes durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist. Beide entfalten wie bisher<sup>126)</sup> ihre Wirkungen auf den Zeitpunkt der Geburt zurück, also auch auf den späteren Zeitpunkt der Eheschliessung, so dass ebenfalls in dieser Hinsicht die Vorteile der Legitimation dem Kind erhalten bleiben.

Neben der Ehelicherklärung durch nachfolgende Ehe der Eltern sieht das geltende Recht die *Ehelicherklärung durch den Richter* vor (Art. 260 ZGB), wenn die Eltern eines Kindes sich die Ehe versprochen haben und die Trauung durch den Tod oder den Eintritt der Eheunfähigkeit des einen Verlobten unmöglich geworden ist. Nach dem Entwurf würde die Ehelicherklärung durch den Richter jedoch die Stellung des Kindes nicht verändern. In bezug auf den Familiennamen und das Bürgerrecht sind die Regeln für Kinder unverheirateter Eltern anwendbar. Dabei kann das Kind gegebenenfalls den Namen und das Bürgerrecht des Vaters erhalten<sup>127)</sup>. Auch in bezug auf die Unterhaltspflicht und die elterliche Gewalt sind die Bestimmungen über Kinder unverheirateter Eltern massgebend, wie ja die soziale Stellung des vom Richter ehelich erklärten Kindes überhaupt dadurch gekennzeichnet ist, dass es nicht in der Gemeinschaft seiner beiden Eltern aufwächst. In allen übrigen Beziehungen dagegen wäre das als ehelich erklärte Kind wie jedes andere aussereheliche Kind, dessen Vater festgestellt ist, dem ehelichen gleichgestellt. Die richterliche Ehelicherklärung hat somit im System des Entwurfes keine eigene Substanz mehr und ist infolgedessen entbehrlich. Ihr gesetzgeberisches Motiv war die rechtliche Besserstellung des Brautkindes und nicht die Auszeichnung der bräutlichen vor der gewöhnlichen ausserehelichen Schwangerschaft, muss doch das Eheversprechen nicht vor der Beibehaltung abgegeben werden<sup>128)</sup>. Mag die Tatsache, dass zwischen den Eltern die Ehe beabsichtigt war, aber dann wider ihren Willen nicht geschlossen werden konnte, für die Beteiligten eine gewisse gefühlsmässige Bedeutung haben, so ist es doch nicht Aufgabe der Gesetzgebung, ihr rechtlich Ausdruck zu geben, wenn damit keine materiellrechtliche Wirkung, wohl aber eine moralische Wertung von Ehelichkeit und Ausserehelichkeit verbunden wäre, welche die Revision gerade zu überwinden trachtet. Der Bedeutung des Verlöbnisses geschieht damit kein Abbruch; denn nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gehört die Pflege geschlechtlicher Beziehungen nicht zum Inhalt dieses Instituts. Auch die Herstellung des Kindesverhältnisses zum Vater wird bei der richterlichen Ehelicherklärung nicht in einem Mass erleichtert, das ihre Beibehaltung im Interesse des Kindes rechtfertigen würde. Liegt weder eine Anerkennung noch ein Vaterschaftsurteil vor, so hat der Richter von Amtes wegen die Vaterschaft zu untersuchen. Widersetzen sich die Erben des Bräutigams der Ehelicherklärung, so wan-

<sup>126)</sup> Hegnauer N 11 zu Art. 303, N 19 zu Art. 323 ZGB

<sup>127)</sup> Vgl. Art. 271 Abs. 3 des Entwurfes

<sup>128)</sup> Vgl. Hegnauer N 7 zu Art. 260/261, N 30–36 zu Art. 323 ZGB

delt sich das nichtstreitige Verfahren in einen Prozess, in welchem die Vaterschaft im wesentlichen nach den Regeln der Artikel 314 und 315 ZGB beurteilt werden muss<sup>129)</sup>.

Das Kind hat nach dem Entwurf keine geringeren Aussichten, auf dem Weg der Anerkennung oder der Vaterschaftsklage ein Kindesverhältnis zum Vater begründen zu können. – Beigefügt sei, dass die richterliche Ehelicherklärung nur eine geringe praktische Bedeutung hat. Von 98 grösseren Zivilstandsämtern wurden für die Jahre 1968–1970 nur sechs Fälle gemeldet.

### 313 Anerkennung und Vaterschaftsurteil

Ist die Mutter im Zeitpunkt der Geburt nicht verheiratet oder die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes infolge Anfechtung beseitigt, so kann das Kindesverhältnis zum Vater nur durch besonderen Rechtsakt, und zwar freiwillig durch Anerkennung (Art. 303–306 ZGB) oder gegen seinen Willen durch Urteil (Art. 307–323 ZGB), begründet werden. Der Entwurf behält diese Regelung grundsätzlich bei.

#### 313.1 Anerkennung (Art. 260–260<sup>c</sup>)

##### 313.11 Zulässigkeit und Form

Die Anerkennung ist nur zulässig, wenn zum Vater noch *kein Kindesverhältnis* besteht. Dieser von Rechtsprechung und Doktrin anerkannte Grundsatz<sup>130)</sup> wird in Artikel 260 Absatz 1 des Entwurfes ausdrücklich festgehalten. Andere Voraussetzungen sind auf seiten des Kindes nicht erforderlich. Insbesondere lässt der Entwurf das Verbot der Anerkennung des im Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kindes (Art. 304 ZGB) fallen. Es kann hiefür auf die Ausführungen zu den Grundgedanken des Entwurfes verwiesen werden<sup>131)</sup>.

Nach Artikel 303 Absatz 1 ZGB kann die Anerkennung, wenn der Vater gestorben oder dauernd urteilsunfähig ist, auch durch den *väterlichen Grossvater* erfolgen. Frauenorganisationen postulieren die Ausdehnung dieser Befugnis auf die Grossmutter väterlicherseits. Die Anregung wurde aber von der Studienkommission im Hinblick auf die geringe praktische Tragweite der Ungleichheit (Seltenheit der Fälle) abgelehnt<sup>132)</sup>. Nun lässt sich zwar die Bevorzugung des Grossvaters gegenüber der Grossmutter sachlich schwerlich rechtfertigen. Näher als die Ausdehnung der grossväterlichen Anerkennungsbefugnis liegt aber nach Auffassung des Bundesrates und der Expertenkommission ihre Beseitigung. Denn die Begründung eines Kindesverhältnisses durch Erklärung eines Dritten wider-

<sup>129)</sup> Vgl. Hegnauer N 25/26 zu Art. 260/261 ZGB; in bezug auf die Berufung ans Bundesgericht vgl. allerdings BGE 91 II 141

<sup>130)</sup> BGE 40 II 301, Aubert, Les actions, 65; Lalive, SJ 1966, 617; Hegnauer N 21, 22 zu Art. 303 ZGB

<sup>131)</sup> Vorn Ziff. 223. 522

<sup>132)</sup> Bericht I 20/21

spricht der höchstpersönlichen Natur der Anerkennung und ist sachlich fragwürdig. Die Anerkennung durch den Grossvater hat auch nur eine ganz verschwindend kleine praktische Bedeutung: 1968–1970 registrierten 98 grössere Zivilstandsämter zwei solche Fälle<sup>133</sup>. Das legt den gänzlichen Verzicht auf das singuläre Institut nahe, das keinem andern Recht bekannt ist.

Als höchstpersönliches Recht kann die Anerkennung auch vom *Unmündigen* oder *Entmündigten* ausgesprochen werden, wenn er urteilsfähig ist<sup>134</sup>. Indessen geht es bei der Anerkennung um einen Gestaltungsakt, der in seiner Tragweite nicht zurücksteht hinter der Mündigerklärung (Art. 15 Abs. 1 ZGB), dem Verlöb- nis (Art. 90 Abs. 2 ZGB), der Ehemündigerklärung (Art. 96 Abs. 2 ZGB), der Eheschliessung (Art. 98 und 99 ZGB). Der Unmündige und Entmündigte bedarf hier nicht weniger des Schutzes vor übereilter schwerwiegender Bindung<sup>135</sup>. Der Entwurf verlangt deshalb auch für die Anerkennung die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters<sup>136</sup>. Dabei soll allerdings für den Unmündigen die Zustimmung nur nötig sein, solange er das 18. Altersjahr nicht vollendet hat (Art. 260 Abs. 2 des Entwurfes). Wird die Zustimmung von den Eltern verweigert, so kann der Unmündige die Anerkennung nachholen, sobald er 18 Jahre alt geworden ist. Wird sie vom Vormund verweigert, so kann das Mündel nach Artikel 420 ZGB hiegegen Beschwerde führen. Ausserdem steht dem Kinde selbst die Vaterschafts- klage offen.

Nach Artikel 303 Absatz 2 ZGB erfolgt die Anerkennung in der Form einer *öffentlichen Urkunde*, womit auf das kantonale Recht verwiesen wird<sup>137</sup>. Artikel 260 Absatz 3 des Entwurfes sieht stattdessen eine Erklärung vor dem Zivilstands- beamten vor. Schon heute ist der Zivilstandsbeamte in allen Kantonen, ausge- nommen in Nidwalden und Baselland, zuständig<sup>138</sup>. Darum hat auch die eidgenössische Zivilstandsverordnung die Beurkundung der Anerkennung durch den Zivilstandsbeamten ausführlich geregelt und ein besonderes Anerkennungsregi- ster geschaffen (Art. 102–112 ZStV). Die allgemeine Zuständigkeit des Zivil- standsbeamten, wie sie schon im Vorentwurf zum ZGB vorgesehen worden war (Art. 331 Abs. 2), erscheint durch die Natur der Anerkennung ohne weiteres gerechtfertigt. Die Aufgabe, die dem Zivilstandsbeamten hier gestellt ist, unter- scheidet sich nicht grundsätzlich von derjenigen, die er bei der Anzeige der Geb- urt oder des Todes, bei der Eheschliessung oder nach heutigem Recht bei der Anmeldung gemeinsamer vorehelicher Kinder zu erfüllen hat. Die Geheimhal- tung ist nicht weniger gewährleistet als bei andern Urkundsbeamten (Art. 15 ZStV). Im übrigen muss die Anerkennung dem Zivilstandsbeamten ohnehin in

<sup>133</sup> In einem davon wurde das Kind nachher noch durch den Richter ehelich erklärt.

<sup>134</sup> Silbernagel N II zu Art. 303 ZGB; Egger N 5 zu Art. 303 ZGB; BGE 44 II 211 f., 51 II 475

<sup>135</sup> Vgl. z. B. BGE 66 II 77 f., 77 II 99

<sup>136</sup> Vgl. Hegnauer N 45–47 zu Art. 303 ZGB. Auch das ausländische Recht kennt ent- sprechende Schutzbestimmungen: vgl. BGB n. F. § 1600d, CCit. Art. 250 Abs. 2, Dänisches Gesetz über die Rechtsstellung von Kindern, § 11

<sup>137</sup> Vgl. Art. 55 SchlT ZGB

<sup>138</sup> In Schaffhausen und St. Gallen mit gewissen Vorbehalten; vgl. Hegnauer N 51 ff. zu Art. 303 ZGB

jedem Fall mitgeteilt werden. Eine Beratung des Anerkennenden, die heute vielleicht im Hinblick auf den Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft eine gewisse Bedeutung haben mag, entfällt mit der einheitlichen familienrechtlichen Gestaltung des Kindesverhältnisses zum Vater. Eine alternative Zuständigkeit weiterer Instanzen (Notare, Richter, Verwaltungsbeamte) erscheint unter Vorbehalt der noch zu besprechenden Anerkennung der Vaterschaftsklage nicht mehr gerechtfertigt, sondern bildet einen Fremdkörper im bundesrechtlich geordneten Zivilstandswesen. Das föderalistische Prinzip kommt systemgerecht zum Zuge in der kantonalen Organisation des Zivilstandsdienstes gemäss Artikel 40 ZGB und Artikel 2 der Zivilstandsverordnung.

Die Vaterschaftsklage auf Zusprechung mit Standesfolge kann nach geltendem Recht vom Beklagten anerkannt werden; eine solche Anerkennung steht in ihren Wirkungen derjenigen nach Artikel 303 ZGB gleich<sup>139)</sup>. Diese Möglichkeit soll auch im neuen Recht gewahrt bleiben. Artikel 260 Absatz 3 des Entwurfes erwähnt sie darum ausdrücklich. Sie kommt vorab in Betracht, wenn der Beklagte seine Vaterschaft zunächst verneint hat, nach Erhebung der Klage seine Stellungnahme aber ändert, oder wenn der Vater gestorben oder urteilsunfähig geworden ist und deshalb nicht selber anerkennen kann.

Ausser in öffentlicher Urkunde kann die Anerkennung nach Artikel 303 Absatz 2 ZGB auch *durch Verfügung von Todes wegen* ausgesprochen werden. Sie erscheint sachlich fragwürdig, weil sie ihre Wirkung erst nach dem Tode des Anerkennenden entfaltet, das Kindesverhältnis zum Vater aber im Interesse des Kindes möglichst bald nach der Geburt hergestellt werden sollte. Zudem ist die praktische Bedeutung der Anerkennung durch Verfügung von Todes wegen nur ganz gering. Die wiederholt erwähnten 98 grösseren Zivilstandsämter meldeten für die Jahre 1968–1970 drei Fälle<sup>140)</sup>. Der Entwurf sieht darum die Anerkennung durch Verfügung von Todes wegen nicht mehr vor.

### 313.12 Anfechtung

Die Anerkennung kann heute durch Einspruch von Mutter oder Kind nach Artikel 305 ZGB oder durch Anfechtungsklage der Heimatbehörde oder eines Dritten nach Artikel 306 ZGB beseitigt werden. Dieser *Dualismus von Einspruch und Anfechtung* ist unzweckmässig. Das Institut des Einspruchs macht die Gültigkeit der Anerkennung von der doppelten Bedingung abhängig, dass Mutter und Kind keinen Einspruch erheben und dass der Anerkennende nicht auf Abweisung des Einspruchs klage oder mit der Klage abgewiesen werde. Kompliziert ist sodann die dem Zivilstandsbeamten überbundene Aufgabe, dem Anerkennenden oder dessen Erben den Einspruch mitzuteilen, namentlich auch, weil der für die Entgegennahme des Einspruchs zuständige Zivilstandsbeamte der Heimat nicht notwendig identisch ist mit dem Beamten, der die Anerkennung entgegengenom-

<sup>139)</sup> BGE 65 II 121; Guldener ZPR 128

<sup>140)</sup> Einer davon betraf die Anerkennung durch einen in Spanien wohnenden Spanier, erfolgte somit nicht aufgrund von Art. 303 ZGB, sondern des spanischen Rechts; ob es sich bei den beiden andern ähnlich verhielt, steht dahin.

men hat. Vielleicht weiss er nicht einmal, wo der Anerkennende sich aufhält. Kompliziert erscheint ferner das Zusammenwirken des Zivilstandsbeamten und des Richters: Ist Einspruch erhoben worden, so muss der Zivilstandsbeamte nach Ablauf der Frist beim Richter fragen, ob Klage auf Abweisung des Einspruchs erhoben worden sei. Die Einspruchsverfahren sind zudem höchst selten: die 98 grösseren Zivilstandsämter verzeichneten 1968–1970 deren zehn. Das Einspruchsverfahren ist daher den Zivilstandsbeamten nicht geläufig. Tritt der Fall nach Jahren einmal ein, so müssen sie sich zuerst darüber orientieren, was vorzukehren sei. Das ist zeitraubend und unzweckmässig. Auch können zumal bei den vielen nebenamtlichen Zivilstandsbeamten leicht Fehler vorkommen. Aus diesen Gründen verzichtet der Entwurf auf das besondere Einspruchsrecht von Mutter und Kind und verweist auch sie auf den Rechtsbehelf der Anfechtung. Dass sie statt des blossen Einspruchs nun eine förmliche Klage erheben müssen, bedeutet keine unzumutbare Erschwerung. Das Kind soll zum Vater in ein rechtliches Verhältnis treten. Ist dieses durch Anerkennung hergestellt worden, so soll es nicht leichthin durch eine Erklärung von Mutter oder Kind wieder beseitigt werden können.

Die Anfechtungsklage kann wie bisher von *jedermann, der ein Interesse hat* (Art. 306 ZGB), erhoben werden. Artikel 260<sup>a</sup> Absatz 1 des Entwurfes hebt ausdrücklich die Mutter und das Kind hervor, ausserdem, wenn es gestorben ist, seine Nachkommen, überdies – nach dem Vorbild der Nichtigerklärung der Ehe (Art. 121 Abs. 2 ZGB) und der Anfechtung der Adoption (Art. 269<sup>a</sup> Abs. 1 rev. ZGB) – auch die Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden. Die Klagelegitimation der Gemeinde hat gegenüber der Legitimation einer vom kantonalen Recht zu bezeichnenden Behörde nicht nur den Vorteil der Einheitlichkeit, sondern erlaubt auch im ausserkantonalen Verhältnis die unmittelbare Benachrichtigung durch den Zivilstandsbeamten<sup>141)</sup>.

Der *Anerkennende* selbst kann die Anerkennung heute nicht nach Artikel 306 ZGB, sondern lediglich in sinngemässer Anwendung der Artikel 23–31 des Obligationenrechts wegen Willensmängeln anfechten<sup>142)</sup>. Dieser wichtige Rechtsbehelf wird in Artikel 260<sup>a</sup> Absatz 2 des Entwurfes kodifiziert: Der Anerkennende darf nur anfechten, wenn er das Kind unter dem Einfluss einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person oder in einem Irrtum über seine Vaterschaft anerkannt hat. Allerdings lässt das Bundesgericht die Anfechtung nur zu, wenn der Anerkennende Umstände nicht kannte, welche die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft dartun<sup>143)</sup>. Das geht zu weit. Hauptmotiv der Anerkennung ist nicht die Absicht, den Vaterschaftsprozess zu vermeiden, sondern die Überzeugung des Anerkennenden, als einziger der Mutter beigezogen zu haben und daher der Vater zu sein. Erweist sich diese Annahme infolge Entdeckung von Mehrverkehr als unrichtig, so muss dem Anerkennenden die Anfechtungsklage eingeräumt werden<sup>144)</sup>.

<sup>141)</sup> Vgl. demgegenüber Art. 106 Abs. 2 ZStV

<sup>142)</sup> BGE 75 II 13, 79 II 30; Hegnauer N 27 ff. zu Art. 306 ZGB und dort Zitierte

<sup>143)</sup> BGE 79 II 30

<sup>144)</sup> Vgl. Aubert, *Les actions*, 91 f.; Hegnauer N 43/44 zu Art. 306 ZGB



Die *Passivlegitimation* wird in Artikel 260<sup>a</sup> Absatz 3 des Entwurfes sinngemäss wie bei der Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes geregelt.

*Klagegrund* ist die Unrichtigkeit der Anerkennung (Art. 260<sup>b</sup> Abs. 1 des Entwurfes). Indessen wird die Beweislast ähnlich wie bei der Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (Art. 256<sup>b</sup> des Entwurfes) abgestuft. Mutter und Kind haben zunächst die Klage nicht weiter zu begründen, sondern den Beweis der Nichtvaterschaft des Anerkennenden nur zu erbringen, wenn der Anerkennende glaubhaft macht, dass er der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt habe (Art. 260<sup>b</sup> Abs. 2 des Entwurfes). Die mit dem Einspruchsrecht der Mutter und des Kindes verbundene Erleichterung bleibt somit im wesentlichen erhalten. Allerdings sollen Mutter und Kind die Anerkennung nicht mehr mit der Behauptung zu Fall bringen können, sie sei für das Kind nachteilig. Dieses Recht, das ihnen heute zusteht (Art. 305 Abs. 1 ZGB), ist fragwürdig. Es fehlt für die Beurteilung ein überzeugender Massstab<sup>145)</sup>. Ferner widerspricht dieser Einspruchsgrund dem Gedanken, dass jedes Kind auch zu seinem Vater in ein Kindesverhältnis treten soll. Demgemäss können das in der Ehe geborene Kind und seine Mutter das Kindesverhältnis zum Vater auch nicht mit der Begründung auflösen, es sei für das Kind nachteilig. Die praktische Bedeutung dieses – rechtsvergleichend ebenfalls singulären – Einspruchsgrundes ist gering<sup>146)</sup>. Dass der unverheiratete Vater nicht selten Eigenschaften aufweist, welche nähere Beziehungen zum Kind als unerwünscht erscheinen lassen, ist bei der Gestaltung der Wirkungen des Kindesverhältnisses zu berücksichtigen. Auch der Entwurf des Europäischen Übereinkommens lässt die Bestreitung der Anerkennung nur wegen Nichtvaterschaft des Anerkennenden zu (Art. 7).

Andere Anfechtungskläger haben dagegen in jedem Fall nachzuweisen, dass der Anerkennende nicht der Vater ist, dieser zudem als Voraussetzung seines Klagerechts, dass die Anerkennung an einem Willensmangel leidet (Art. 260<sup>a</sup> Abs. 2 des Entwurfes).

Die *Klagefrist* beträgt heute drei Monate seit Kenntnis der Anerkennung (Art. 306)<sup>147)</sup>. Wie die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit erweist sie sich oft als zu kurz und ist daher ebenfalls auf ein Jahr zu verlängern. Diese Dauer gilt übrigens schon heute für die Anfechtung durch den Anerkennenden selbst<sup>148)</sup>. Auch der Beginn der Frist ist sinngemäss wie bei der Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes zu regeln. Sie läuft nach Artikel 260<sup>c</sup> Absatz 1 des Entwurfes von der Kenntnis der Anerkennung und der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der Vater ist oder dass der Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, oder (bei der Anfechtung durch den Anerkennenden) von der Beseitigung der Drohung oder der Entdeckung des Irrtums an gerechnet, und endet in jedem Fall mit Ablauf von fünf Jahren seit der Anerkennung. Dem

<sup>145)</sup> Vgl. Hegnauer N 43–45 zu Art. 305 ZGB mit Hinweisen; Hoffmann ZSR 1965 II 905

<sup>146)</sup> 1968–1970 bei 98 Zivilstandsämtern sechs Fälle; die Umfrage gibt nicht an, worin der Nachteil erblickt wurde.

<sup>147)</sup> Vgl. auch Art. 305 ZGB

<sup>148)</sup> Vgl. BGE 79 II 28 ff. und dort Zitierte

besonderen Interesse des Kindes an der Beseitigung einer unrichtigen Anerkennung trägt Artikel 260<sup>c</sup> Absatz 2 des Entwurfes Rechnung, indem es ihm gestattet, die Anfechtungsklage bis zum Ablauf eines Jahres seit Vollendung des Mündigkeitsalters anzubringen. Schliesslich soll auch hier die Klagfrist wiederhergestellt werden, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 260<sup>c</sup> Absatz 3 des Entwurfes).

### 313.2 *Vaterschaftsklage* (Art. 261–263)

#### 313.21 Klagerecht

Nach Artikel 261 Absatz 1 des Entwurfes steht die Klage wie bisher (Art. 307 ZGB) sowohl der Mutter als dem Kind zu. Das Verhältnis der beiden Klagen hat der Rechtsanwendung keine besonderen Schwierigkeiten bereitet<sup>149)</sup>. Der heute mögliche Konflikt, dass die Mutter auf Zusprechung mit Standesfolge klagt, das Kind dagegen nur auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen, oder umgekehrt, fällt mit dem einheitlichen Kindesverhältnis weg.

Ist der Vater gestorben, so richtet sich die Klage heute gegen seine Erben (Art. 307 Abs. 3 ZGB). Das Erbrecht betrifft jedoch nur vermögensrechtliche Interessen. Die Erben können sich durch Ausschlagung des Nachlasses der ihnen aus der Klage drohenden Belastung entziehen<sup>150)</sup>. Diese Folgerung ist schon heute bei Klage auf Zusprechung mit Standesfolge systemwidrig<sup>151)</sup>. Unbefriedigend ist aber auch, dass entfernte Erben, die zu dem Vater vielleicht keine näheren Beziehungen gehabt haben, nur aus vermögensrechtlichen Gründen die Herstellung eines Kindesverhältnisses bekämpfen können. So ist die Passivlegitimation der Erben mit der Vaterschaftsklage des Entwurfes, die eine reine Statusklage darstellt, unvereinbar. Bei dieser stehen die umfassenden familienrechtlichen Wirkungen, nicht bloss die erbrechtlichen, auf dem Spiel. Jene treffen aber in nennenswertem Mass nur die nächsten Angehörigen: die Nachkommen, Eltern oder Geschwister des verstorbenen Vaters. Auch lassen sich diese ohne grossen Aufwand feststellen, während die Ermittlung der gesetzlichen Erben sich oft weitläufig und mühsam erweist und die Prozessführung selbst sehr schwerfällig machen kann. Artikel 261 Absatz 2 des Entwurfes beschränkt darum die Passivlegitimation auf die Angehörigen. Sie kommen in der genannten Reihenfolge als Beklagte in Betracht, somit, wenn Nachkommen da sind, nur diese. Fehlen solche, so richtet sich die Klage gegen die Eltern, sind sie gestorben, gegen die Geschwister. Da die Berufung in die Beklagtenstellung nicht auf dem Erbrecht beruht, ist eine Ausschlagung unerheblich. Fehlen alle genannten Verwandten, so ist die Klage gegen die zuständige Behörde des letzten Wohnsitzes des Vaters zu richten<sup>152)</sup>. Von der Erhebung der Klage muss nach Artikel 261 Absatz 3 des

149) Vgl. Hegnauer N 14 ff zu Art. 309 ZGB

150) Silbernagel, N 6 zu Art. 322; Egger N 3 zu Art. 322 ZGB

151) Hegnauer N 9 zu Art. 323 ZGB

152) Art. 340–3 rev. CCfr. sieht bei Ausschlagung der Erben die Klage gegen den Staat vor.

Entwurfes ausserdem der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des beklagten Vaters und, wenn er gestorben ist, seiner Ehefrau von Amtes wegen Mitteilung gemacht werden. Sie sind zwar nicht Beklagte, haben aber doch ein schutzwürdiges Interesse an der Abweisung einer unbegründeten Klage. Sie können, wie heute die Heimatgemeinde nach Artikel 312 Absatz 2 ZGB, am Prozess teilnehmen, und zwar als Nebenintervenienten, wenn die Klage von den Beklagten bestritten, und als Hauptintervenienten, wenn diese die Klage anerkennen oder am Prozess nicht teilnehmen<sup>153)</sup>.

*Inhalt* der Klage ist lediglich die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater. Sie kann aber, wie schon heute die Klage auf Zusprechung mit Standesfolge, mit einer Klage auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen an das Kind oder auf Schadloshaltung der Mutter verbunden werden<sup>154)</sup>. Diese Ansprüche sind Wirkungen des Kindesverhältnisses und werden darum im achten Titel im zweiten Abschnitt über die Unterhaltspflicht geregelt (vgl. Art. 279, 295 des Entwurfes).

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Anerkennung des Kindes nach Artikel 260 Absatz 3 des Entwurfes auch durch *Anerkennung der Vaterschaftsklage* erfolgen kann. Mit der Anerkennung wird der Vaterschaftsprozess nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen beendet, dagegen läuft der allenfalls gleichzeitig eingeleitete Unterhaltsprozess weiter. Die Befugnis zur Anerkennung der Vaterschaftsklage steht nicht nur dem Vater selbst, sondern, wenn er gestorben ist, auch den an seiner Stelle als Beklagte berufenen Angehörigen, gegebenenfalls der zuständigen Behörde des letzten Wohnsitzes zu. Sind mehrere Angehörige Beklagte, so kommt die Anerkennung nur zustande, wenn sie zusammenwirken. Vorbehalten bleibt die Intervention der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde oder, wenn der Vater gestorben ist, seiner Ehefrau. Sie bietet einigermaßen Gewähr gegen missbräuchliche Anerkennungen. Darum erscheint in dieser Form die Anerkennung durch Dritte mit ihrer höchstpersönlichen Natur vereinbar. Gegen die vor Gericht erklärte Anerkennung ist ebenfalls die Anfechtung nach Artikel 260<sup>a-c</sup> des Entwurfes gegeben.

### 313.22 Vermutung

Nach der allgemeinen Regel des Artikels 8 ZGB ist die Vaterschaft vom Kläger zu beweisen. Der ihr zugrundeliegende Vorgang der Zeugung ist jedoch äusserer Wahrnehmung nicht zugänglich. Der positive Beweis der Vaterschaft kann aber heute mit den erbbiologischen Gutachten nur in einzelnen Fällen, nicht allgemein, sofort und direkt und im übrigen nur indirekt geführt werden, d. h. durch den Nachweis, dass in der Empfängniszeit der Beklagte und kein anderer Mann der Mutter beigewohnt hat. Die zweite Voraussetzung ist eine unbestimmte negative Tatsache, die von der Klägerschaft – abgesehen von der oft problematischen Beweisaussage der Mutter – nicht bewiesen werden kann. Dieser Beweisnotstand wird heute durch Artikel 314 Absatz 1 ZGB überbrückt. Danach wird die

<sup>153)</sup> Vgl. Hegnauer N 59–63 zu Art. 312/313 ZGB

<sup>154)</sup> Vgl. Hegnauer N 88 zu Art. 324–327, N 14 zu Art. 309 ZGB

Vaterschaft des Beklagten vermutet, wenn er in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat. Auf die Vaterschaftsvermutung kann auch in Zukunft nicht verzichtet werden. Artikel 262 Absatz 1 des Entwurfes übernimmt die bisherige Bestimmung unter Streichung des überflüssigen Wortes «nachweisbar» unverändert. Sie wird in Artikel 262 Absatz 2 des Entwurfes für die Fälle besonders langer und kurzer Schwangerschaftsdauer ergänzt: Die Vermutung gilt auch, wenn das Kind vor dem 300. oder nach dem 180. Tage vor der Geburt gezeugt worden ist und der Beklagte der Mutter damals beigewohnt hat. Damit wird eine Kontroverse geklärt, die in der Rechtsprechung keine überzeugende Lösung gefunden hat<sup>155)</sup>.

Die Vermutung *fällt* nach Artikel 314 Absatz 2 ZGB *weg*, sobald Tatsachen nachgewiesen werden, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen. Die Klage ist nach Artikel 315 ZGB auch abzuweisen, wenn die Mutter um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat. Beide Bestimmungen sind angefochten und bilden Gegenstand zahlreicher Revisionsvorschläge<sup>156)</sup>.

Weitgehende Übereinstimmung besteht heute hinsichtlich der Streichung des Artikels 315 ZGB. Entgegen dem Randtitel «Schuld der Mutter» verlangt die Bestimmung die Abweisung der Klage nicht um der moralischen Unwürdigkeit der Mutter willen, sondern weil der unzüchtige Lebenswandel der Mutter eine einigermassen zuverlässige Feststellung der Vaterschaft ausschliesst<sup>157)</sup>. Die Bestimmung normiert eine abstrakte Mehrverkehrseinrede (*exceptio plurium generalis*). Es sei dahingestellt, ob der Beklagte bei Schaffung des ZGB zur Abwehr ungerechtfertigter Klagen auf diese Bestimmung angewiesen gewesen sei. Heute ist er es jedenfalls nicht mehr. Die naturwissenschaftlichen Abstammungsgutachten gestatten über die Vaterschaft oder Nichtvaterschaft eines Mannes unvergleichlich zuverlässigere Schlüsse als die oft recht fragwürdige Beweisaussagen gestützte Annahme, die Mutter habe sich ausser dem Beklagten noch unbekanntem Dritten hingegeben. Dazu kommt, dass die Bestimmung über das Ziel hinausschiesst. Nach dem Wortlaut müsste die Klage bei unzüchtigem Lebenswandel der Mutter auch dann abgewiesen werden, wenn die Vaterschaft des Beklagten nachgewiesen werden könnte<sup>158)</sup>. Die vom Wortlaut geforderte Rechtsfolge geht somit weiter, als der Sinn der Vorschrift verlangt.

<sup>155)</sup> Vgl. BGE 91 II 258; Hegnauer N 29 ff. zu Art. 314/315 ZGB

<sup>156)</sup> Studienkommission Bericht I 7 ff.; Aubert, *Les actions*, 119; Merz, *Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung* 1956, ZBJV 1958, 17 ff.; Egger N. 12 zu Art. 302 ZGB; Hegnauer ZSR 1965 II 74 ff.; Lalive ZSR 1965 II 659 ff., 677 ff.; Mohr, G.R. Die Vaterschaftsklage des Schweiz. Zivilgesetzbuches und ihre historische Grundlage (Diss. Bern 1912), 101/102; Nehrwein, F., *Der Unterhaltsanspruch des ausserehelichen Kindes* (Diss. Zürich 1931), 106; derselbe SJZ 1957, 180; Staehelin, *Bemerkungen zu BGE 82 II 269, ZSR 1957, 482*; Silbernagel N. 29 zu Art. 314 ZGB

<sup>157)</sup> BGE 89 II 275 mit weiteren Hinweisen, 90 II 272; Silbernagel N 7, 12, 15, 18, 19 zu Art. 315 ZGB; Egger N 2 zu Art. 315; Hegnauer N 71 zu Art. 314/315 ZGB; Rossel et Mentha, *Manuel I*, 477/478

<sup>158)</sup> BGE 44 II 26, 63 II 13, 79 II 27; Egger N 4 zu Art. 315 ZGB; Silbernagel N 19 zu Art. 315 ZGB

Diese innere Widersprüchlichkeit der Norm ist mit der Möglichkeit des positiven Abstammungsbeweises auf dem Wege des morphologischen Gutachtens manifest geworden. Sie wird von der neueren Rechtsprechung durch Zulassung des direkten Beweises der Vaterschaft des Beklagten gelöst<sup>159)</sup>. Schliesslich bereitet die Anwendung der Bestimmung auch wegen der Unbestimmtheit des Begriffes des unzüchtigen Lebenswandels erhebliche Schwierigkeiten. Sie erfordert Wertungen, die der Natur der Sache nach kaum je zu objektiv überzeugenden Ergebnissen zu gelangen vermögen<sup>160)</sup>. Der geltende Artikel 315 ZGB ist auch mit Artikel 8 des Entwurfes des europäischen Übereinkommens unvereinbar.

Im übrigen kann die Vermutung des Artikels 314 Absatz 1 ZGB auf zwei Wegen beseitigt werden. Der erste, im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, ergibt sich aus dem Grundsatz, dass eine gesetzliche Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann. Ist die Vermutungsbasis, die Beiwohnung, bewiesen, so kann die Vermutungsfolge – die Vaterschaft – direkt widerlegt werden<sup>161)</sup>. Dieser *Beweis der Nichtvaterschaft* steht dank den naturwissenschaftlichen Abstammungsgutachten praktisch bereits heute an vorderster Stelle und gewinnt mit den Fortschritten der Vererbungsforschung immer mehr an Bedeutung<sup>162)</sup>. Er ist daher auch im Gesetz zu verankern.

Der zweite Weg zur Beseitigung der Vermutung besteht im Nachweis von Tatsachen, die *erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten* rechtfertigen. Das ist nach der Rechtsprechung der Fall, wenn ein Dritter der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hat<sup>163)</sup>. Artikel 314 Absatz 2 ZGB normiert somit die konkrete Mehrverkehrseinrede (*exceptio plurium specialis*). Die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten lebt nur dann wieder auf, wenn die Vaterschaft des Dritten ausgeschlossen werden kann<sup>164)</sup>. Die Einrede des Mehrverkehrs ist seit jeher Gegenstand scharfer Kritik gewesen<sup>165)</sup>. Vorab weil sie zur Abweisung der Klage gegen den Beklagten führt, obwohl er infolge der Beiwohnung Vater sein kann und seine Vaterschaft nicht ausgeschlossen ist, sodann aber auch, weil sie durch materielle oder prozessuale Kollusion des Beklagten mit dem Dritten missbraucht wird und so eine «Solidarität der Niedertracht» begünstigt<sup>166)</sup>. Aus diesen Gründen wird die Beseitigung oder wenigstens die Einschränkung der Mehrverkehrseinrede, wie sie während langer Zeit von der Lehre und Praxis verstanden worden ist, vorgeschlagen<sup>167)</sup>.

159) BGE 89 II 276, 90 II 273; Merz ZBJV 1962, 414f

160) Hegnauer ZSR 1965 II 80f.; Lalive ZSR 1965 II 679f., Nehrwein SJZ 1957, 180f.; Spitzer, Vor einer Teilrevision des Familienrechts, 152f.

161) Vgl. Kummer, Berner Kommentar, N 108, 338 zu Art. 8 ZGB

162) Vgl. Hegnauer in der Festschrift Schwarz, 63 f.; N 38–42, 99 ff. zu Art. 314/315 ZGB

163) BGE 86 II 313; Egger N 15 zu Art. 314 ZGB

164) BGE 86 II 312; Hegnauer N 69 zu Art. 314/315 ZGB

165) Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 85ff.; Lalive ZSR 1965 II 655ff.

166) Merz ZSR 1962 I 40

167) Postulate Oprecht (1926), von Roten (1950), Grendelmeier (1954), Vereinigung der Amtsvormünder (1955);

Grob H., Zur Änderung gesetzlicher Bestimmungen und ihrer Anwendung zugunsten des ausserehelichen Kindes (Pro Juventute 1935/1936) 16 ff.

Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat bereits einen bedeutsamen Schritt in dieser Richtung getan, indem sie erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten erst dann als gerechtfertigt ansieht, wenn nachgewiesen wird, dass ein Dritter nicht nur der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hat, sondern nach den Umständen auch ernstlich als Vater in Betracht kommt<sup>168</sup>). Das Postulat der Reform des Artikels 314 Absatz 2 ZGB ist jedoch damit nicht gegenstandslos geworden.

Ausser Betracht fällt allerdings von vornherein der Vorschlag einer solidari-schen Haftung aller Männer, die der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt haben<sup>169</sup>). Diese Lösung kam vereinzelt im kantonalen Recht<sup>170</sup>), in deutschen Partikularrechten<sup>171</sup>) und noch in der neueren Zeit in Norwegen von 1915 bis 1956 und in Dänemark von 1937 bis 1960 vor, hat sich aber nirgends behaupten können. Sie deklariert Mutter und Kind stärker als die Abweisung der Klage und ist mit dem Verwandtschaftsprinzip überhaupt unvereinbar. Sie erscheint aber infolge der grossen und immer wachsenden Aussageleistung der naturwissen-schaftlichen Abstammungsgutachten auch nicht mehr nötig.

Eine andere radikale Lösung wäre die Beschränkung des Beklagten auf den Nachweis seiner Nichtvaterschaft. Mehrverkehr würde dann unerheblich. Diese Lösung wäre gerechtfertigt, wenn praktisch jeder Nichtvater im Beweisverfahren ausgeschlossen werden könnte. Wohl ist die Entwicklung der Beweismethoden auf dieses Ziel hin schon sehr weit fortgeschritten; sie hat es aber noch nicht erreicht. Nach dem Vorschlag der Studienkommission sollte der Beklagte daher die Vermutung durch den Beweis zu Fall bringen können, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich ist<sup>172</sup>). Abgesehen von der Unbestimmtheit dieses Begriffes der hohen Unwahrscheinlichkeit würde damit die Situation des Kindes verschlechtert. Ohne Beweis von Mehrverkehr entfällt näm-lich die Vermutung heute nur, wenn die Nichtvaterschaft des Beklagten nachge-wiesen wird. Genügte hiefür aber bereits der Beweis der hohen Unwahrscheinlich-keit, so würde die Möglichkeit der Vaterschaft, die auch in der geringen Wahr-scheinlichkeit eben doch noch enthalten ist und mangels Mehrverkehrs der Mut-ter die einzige mögliche Erklärung der Schwängerung bleibt, zum Nachteil des Kindes ausser Acht gelassen<sup>173</sup>). Diese Nachteile werden vermieden, wenn der Beklagte neben dem Beweis der Nichtvaterschaft zum Beweis zugelassen wird, dass die Vaterschaft eines Dritten wahrscheinlicher ist als seine eigene. Die Mehr-verkehrseinrede wird nicht völlig ausgeschlossen, aber doch stark eingeschränkt. Diese Lösung der Expertenkommission und des Bundesrates stimmt materiell weitgehend mit der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>174</sup>) überein,

168) BGE 95 II 81.

169) Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 93 ff.; Lalive ZSR 1965 II 665

170) Uri, Baselland, vgl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I 544 f., IV 536

171) Conrad FamRZ 1962, 326

172) Bericht I 12 ff.

173) Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 97 f.

174) BGE 95 II 81

geht aber insofern über sie hinaus, als die Vermutung erst entfällt, wenn der Beklagte nachweist, dass die Vaterschaft des Dritten nicht nur ernstlich in Betracht fällt, sondern wahrscheinlicher ist als seine eigene. Die Aussichten, dass das Kind der unverheirateten Mutter zum Vater in ein Kindesverhältnis treten kann, werden damit eindeutig verbessert. Freilich wird in der Situation der gleichen Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit in Kauf genommen, dass ein Mann als Vater festgestellt wird, der tatsächlich vielleicht doch nicht der Vater ist. In diesen seltenen Fällen erscheint es weniger stossend, wenn ein Mann als Vater gilt, dessen Vaterschaft zwar nicht sicher, aber doch möglich ist, als dass das Kind überhaupt keinen gesetzlichen Vater habe<sup>175)</sup>. Diese in Artikel 262 Absatz 3 des Entwurfes vorgesehene Lösung ist zudem verhältnismässig bestimmt und dürfte für die Gerichte einfacher anzuwenden sein als der bisherige Begriff der «erheblichen Zweifel» oder der neu in Betracht gezogene der « hohen» oder «höchsten Unwahrscheinlichkeit». Sie erscheint auch wesentlich präziser als die dänische Bestimmung, wonach im Fall von Mehrverkehr die Vaterschaft eines Beklagten nur dann angenommen werden kann, wenn eine wesentlich grössere Wahrscheinlichkeit dafür vorliegt, dass das Kind von ihm stammt als von einem anderen<sup>176)</sup>. Von besonderem Interesse ist, dass Österreich, das bisher die Zerstörung der Vermutung nur durch den Nachweis der Nichtvaterschaft gestattete, nun im Gesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes vom 30. Oktober 1970 ebenfalls den Beklagten zum Beweis zulässt, dass die Vermutung seiner Vaterschaft unwahrscheinlicher ist als die eines anderen Mannes, für den die Vermutung gleichfalls gilt<sup>177)</sup>. Diese Lösung hat auch in der Diskussion am schweizerischen Juristentag 1965 und im Vernehmlassungsverfahren überwiegende Zustimmung gefunden.

### 313.23 Klagefrist

Die Klagefrist beträgt heute ein Jahr seit der Geburt (Art. 308 ZGB). Für die Klage der Mutter erscheint sie als ausreichend. Dagegen wird für die Klage des Kindes verschiedentlich ihre Verlängerung und Wiederherstellung aus wichtigen Gründen verlangt<sup>178)</sup>. Dieses Postulat erscheint gerechtfertigt. Es kommt nicht selten vor, dass erst nach Ablauf der Jahresfrist Name und Wohnort des Beklagten von der Mutter preisgegeben oder sonst festgestellt werden kann oder das Beweisverfahren seine Vaterschaft ausschliesst und die eines Dritten in Betracht gezogen werden muss. Gelegentlich unterbleibt die rechtzeitige Klage auch, weil die Beistandschaft nicht oder erst verspätet errichtet wird. Besonders häufig ist die Verwirkung der Klagefrist durch Kinder, die im Ausland wohnen, da das ausländische Recht mit Ausnahme von Rumänien sonst nirgends die Klage so

175) Vgl. Hegnauer ZSR 1965 II 99/100; Lalive ZSR 1965 II 666 f.

176) Gesetz über die Rechtsstellung von Kindern von 1960, § 6 Abs. 2

177) § 163 Abs. 2 ABGB; vgl. dazu H. Zemen, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 358

178) Postulat Huber (1955) Ziff. 4; Postulat Hayoz (1966); Nehrwein SJZ 1957, 179; Studienkommission Bericht I 50 ff.; Lalive ZSR 1965 II 736 ff.

kurz befristet wie die Schweiz. Auch für die aussergerichtliche Regelung der Vaterschaft im Blick auf eine freiwillige Anerkennung oder eine Eheschliessung erweist sich die heutige Jahresfrist oft als zu kurz. Umgekehrt sind die Gründe, welche der heutigen Regeln zugrunde liegen, nicht mehr stichhaltig.

Die kurze Befristung will vor allem der Beweisverdunkelung entgegenwirken. Die Gefahr, dass die Vorgänge, die für die Begründung und Zerstörung der Vaterschaftsvermutung massgebend sind, nämlich die Beiwohnung des Beklagten und allfälliger Dritter, bei längerem Zuwarten nicht mehr genau festgestellt werden können, besteht in der Tat. Allein Zeugenaussagen und Parteiverhör haben mit dem Aufkommen der weit zuverlässigeren erbkundlichen Gutachten stark an Bedeutung verloren. Die Aussagekraft dieser Gutachten wird aber durch den Zeitablauf nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil setzen sie ein gewisses Mindestalter des Kindes voraus, beim serologischen Gutachten von sechs Monaten, beim morphologischen von drei Jahren.

Bei der heutigen Befristung spielt auch die Überlegung mit, dass die Gefahr, wegen ausserehelichen Geschlechtsverkehrs nachteilige Folgen tragen zu müssen, den Beklagten und seine Familie nicht auf Jahr und Tag hinaus bedrohen soll. Allein diesem Anliegen steht das offensichtlich schutzwürdigere Interesse des Kindes gegenüber, zum Vater in ein Rechtsverhältnis zu treten. Das Kind kann aber sein Klagerecht nicht selber ausüben. Während der einjährigen Klagefrist ist es noch urteilsunfähig. Die Versäumnis der Frist geht daher immer auf ein Verschulden Dritter zurück: der Mutter, des Zivilstandsbeamten, der vormundschaftlichen Organe. Mag auch in diesen Fällen die Verwirkung des Klagerechts bei der Zahlvaterschaft tragbar sein, weil die Folgen nur vermögensrechtlicher Art sind und grundsätzlich durch Verantwortlichkeitsansprüche ausgeglichen werden können, so erscheint es umgekehrt stossend, wenn das Kind Säumnis Dritter durch endgültigen Verlust des Rechts auf Herstellung des familienrechtlichen Kindesverhältnisses zum Vater entgelten muss.

Auch künftig soll die Klage im Interesse der Beteiligten möglichst bald erhoben werden<sup>179)</sup>. Dabei dürften die im Entwurf vorgesehene Beschränkung der Nachforderung von Unterhaltsbeiträgen auf ein Jahr (Art. 279 Abs. 1) und die Gefahr des Untergangs erbrechtlicher Ansprüche einen heilsamen Druck auf die vormundschaftlichen Organe ausüben, mit der Erhebung der Klage nicht grundlos zuzuwarten. Ist aber die Klage doch aus irgendeinem Grunde nicht erhoben worden, so soll das Kind nach Vollendung des Mündigkeitsalters klagen dürfen. Die weiterhin einjährige Klagefrist soll aber erst von der Kenntnis der Tatsache an laufen, dass der Beklagte der Mutter in der Empfängniszeit beige- wohnt hat. Besteht bereits ein Kindesverhältnis zu einem Mann, so beginnt die Frist nach Artikel 263 Absatz 1 des Entwurfes nicht vor Beseitigung dieses Verhältnisses. Die letztgenannte Bestimmung übernimmt und erweitert den heutigen Artikel 316 ZGB. Dieser zeigt übrigens, dass eine absolute Befristung der Vaterschaftsklage nicht nötig ist.

<sup>179)</sup> Steht allerdings eine Adoption des Kindes in Aussicht, so kann sich die Klage überhaupt erübrigen.



Schliesslich ist wie bei der Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes und der Anerkennung die Wiederherstellung der Frist vorzusehen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 263 Abs. 3 des Entwurfes).

Die vorgeschlagene Neuregelung erscheint kühn im Vergleich zum bisherigen Recht, sie geht jedoch nicht über das hinaus, was im Ausland zum Teil schon seit Jahrzehnten gilt. Frankreich und Italien gewähren dem Kind die Klage noch während zwei Jahren nach der Mündigkeit<sup>180</sup>. Deutschland, Österreich, Dänemark, Schweden, Norwegen, Polen, Tschechoslowakei, Ungarn und weitere Staaten befristen die Klage überhaupt nicht.

### 314 Die Adoption<sup>181)</sup>

In diesem Abschnitt sind nur formelle Anpassungen an das neue Kindesrecht vorgesehen. Der bisher dritte Abschnitt wird zum vierten. In den Artikeln 264 und 267 Absatz 1 rev. ZGB ist das Wort «ehelich» zu streichen, und in Artikel 267 Absatz 3 rev. ZGB das Wort «Personenname» durch «Vorname» zu ersetzen.

## 32 Die Wirkungen des Kindesverhältnisses

### 321 Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder

#### 321.1 Name und Heimat des Kindes (Art. 270, 271)

##### 321.11 Kinder verheirateter Eltern

Die soziale Gemeinschaft der Familie kommt formell in der Einheit des Namens und des Bürgerrechts zum Ausdruck. Ihre Verwirklichung durch die Nachfolge der Ehefrau und der ehelichen Kinder in den Familiennamen und das Bürgerrecht des Ehemannes und Vaters (Art. 161 Abs. 1, 270 ZGB) ist jedoch angefochten; es wird darin eine Zurücksetzung der Ehefrau gesehen. Für ein neues Eherecht wäre eine Lösung denkbar, die den Grundsatz der Gleichberechtigung von Vater und Mutter verwirklichen, gleichzeitig aber am Gedanken eines einheitlichen Familiennamens festhalten würde. Deshalb erwirbt das Kind verheirateter Eltern nach Artikel 270 Absatz 1 des Entwurfes den gemeinsamen Familiennamen der Eltern. Aufgabe des Eherechtes ist es, diesen Familiennamen zu bestimmen.

Der Grundsatz der Einheit des Bürgerrechtes in der Familie ist heute dagegen aus Gründen der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Frage

<sup>180)</sup> CCfr Art. 340–4 Abs. 3, CCit Art. 271

<sup>181)</sup> Seit dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechtes am 1. April 1973 sind dem Eidg. Amt für das Zivilstandswesen, welches ein zentrales Verzeichnis der Adoptionen führt, für das Jahr 1973 2576 Adoptionen und Unterstellungen von altrechtlichen Adoptionen unter das neue Recht gemeldet worden.

gestellt. Schon die geltende Gesetzgebung weicht in einem Punkt davon ab, indem die Schweizerin, die einen Ausländer heiratet, das Schweizer Bürgerrecht behalten kann (Art. 9 BÜG). Bis die Problematik des Bürgerrechtes in der Familie im Zusammenhang mit der sich zur Zeit in Vorbereitung befindlichen Revision des Eherechtes überprüft ist, empfiehlt es sich, wie bisher für das Bürgerrecht des Kindes am Bürgerrecht des Vaters anzuknüpfen (Art. 271 Abs. 1 des Entwurfes).

### 321.12 Kinder unverheirateter Eltern

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so haben sie keinen gemeinsamen Familiennamen und kein gemeinsames Bürgerrecht. Es muss daher für das Kind zwischen Vater und Mutter gewählt werden. Das bisherige Recht sieht im Fall der Standesfolge Erwerb des Namens und des Bürgerrechtes des Vaters (Art. 325 Abs. 1 ZGB) und ohne Standesfolge Erwerb des angestammten Namens und des Bürgerrechtes der Mutter (Art. 324 Abs. 1 ZGB) vor. Diese Ordnung lässt jedoch ausser acht, dass das Kind vor allem daran interessiert ist, den gleichen Namen und das gleiche Bürgerrecht zu haben wie der Elternteil, bei dem es aufwächst. Das ist in der Regel die Mutter. Ihre soziale Verbindung mit dem Kind wird beeinträchtigt, wenn das Kind dem Vater im Namen und im Bürgerrecht folgt. Das dürfte mit ein Grund dafür sein, dass die Standesfolge nur eine geringe Anziehungskraft entfaltet hat. Nach dem Entwurf soll daher das Kind unverheirateter Eltern grundsätzlich Namen und Bürgerrecht der Mutter erhalten (Art. 270 Abs. 2 und 271 Abs. 2). Die Namensübereinstimmung wird aber nur gesichert, wenn das Kind den Namen erhält, den die Mutter im Zeitpunkt der Geburt trägt, und nicht wie heute ihren angestammten Namen. Das Interesse des Kindes, den gleichen Namen wie die Mutter zu tragen, geht hier dem Interesse des (gegenwärtigen oder geschiedenen) Ehemannes oder, wenn er gestorben ist, seiner Verwandten vor, dass es nicht für sein Kind gehalten werde. Auch muss künftig von einem selbständigen Recht jedes Ehegatten am Familiennamen ausgegangen werden. Ändert der Name der Mutter nach der Geburt, so sichert eine Namensänderung nach Artikel 30 Absatz 2 Ziffer 3 des Entwurfes den Fortbestand der Namenseinheit zwischen Kind und Mutter.

Es kommt gelegentlich vor, dass das Kind nicht bei der Mutter oder ihren Angehörigen, sondern beim Vater aufwächst, z. B. wenn die Mutter gestorben ist oder sich um das Kind nicht kümmert<sup>182)</sup>, oder wenn es ohne Scheidung der Ehe der Mutter ausserehelich erklärt wird und der Ehemann es nicht in die häusliche Gemeinschaft aufnehmen will<sup>183)</sup>. Die voraussichtlich dauernde Zugehörigkeit zur Familie des Vaters soll auch in der Einheit des Familiennamens und des Bürgerrechtes zum Ausdruck kommen. Für den Familiennamen verweist der Entwurf auf die Namensänderung nach Artikel 30 ZGB. Nach dem neu vorgeschlagenen Artikel 30 Absatz 2 Ziffer 3 liegt ein wichtiger Grund für die Namensänderung namentlich vor, wenn der unmündige Geschwister einen andern Familien-

<sup>182)</sup> Vgl. BGE 70 I 216

<sup>183)</sup> Vgl. Zeitschrift für Zivilstandswesen 1967, 324

namen trägt als der Elternteil, unter dessen elterlicher Gewalt oder Obhut er aufwächst. Demgemäss soll das Kind einer unverheirateten Mutter durch Namensänderung anstelle ihres Familiennamens denjenigen des Vaters erhalten, wenn die Vormundschaftsbehörde nach Artikel 298 Absatz 2 des Entwurfes die elterliche Gewalt ihm überträgt oder der Vormund das Kind der Obhut des Vaters anvertraut. Dagegen ist der Fall in der Regel nicht gegeben, wenn die Eltern im Konkubinat leben. Denn die Unstabilität dieses Verhältnisses steht der Übertragung der elterlichen Gewalt oder auch nur der Obhut an den Vater entgegen<sup>184)</sup>. Wird die Namensänderung aus den genannten Gründen bewilligt, so soll das Kind nach dem Entwurf auch von Gesetzes wegen das Bürgerrecht des Vaters anvertraut. Dagegen ist der Fall in der Regel nicht gegeben, wenn die zum BüG). Der Bürgerrechtserwerb wird damit weniger ins Belieben des Vaters gestellt, als dies heute bei der Anerkennung mit Standesfolge der Fall ist. Einmal hängt es, wie ausgeführt, von der Vormundschaftsbehörde oder vom Vormund ab, ob das Kind beim Vater aufwächst. Sodann wird die Kantonsregierung die Namensänderung nur bewilligen, wenn feststeht, dass diese Aufwuchssituation von Dauer sein wird. Trifft dies aber zu, so soll das Kind das Bürgerrecht seines Vaters von Gesetzes wegen erwerben. Ihm nur einen Anspruch auf erleichterte *Einbürgerung zu geben, wäre gegenüber heute doch ein empfindlicher Rückschritt*. Das bisherige System des Bürgerrechtsgesetzes wird zwar mit der vorgeschlagenen Neuerung erweitert, aber nicht gesprengt. Eine spätere erneute Namensänderung hätte aber den Verlust des Bürgerrechts nicht zur Folge. Die Änderung in den Namen des Vaters soll daneben weiterhin auch noch aus andern wichtigen Gründen möglich sein, bleibt aber dann ohne Einfluss auf das Bürgerrecht.

Heiraten die Eltern des Kindes, so finden nach Artikel 259 des Entwurfes die Bestimmungen über das Kind verheirateter Eltern entsprechende Anwendung, d.h. es erwirbt den Familiennamen und das Bürgerrecht des Vaters (Art. 270 Abs. 1 und 271 Abs. 1 des Entwurfes sowie Art. 1 Abs. 2 Bst. a des Entwurfes zum BüG). Die Eheschliessung der Eltern hat somit die nämliche Wirkung wie die Legitimation des bisherigen Rechts<sup>185)</sup>.

### 321.2 *Beistand und Gemeinschaft* (Art. 272)

Nach Artikel 271 ZGB sind Eltern und Kinder einander allen Beistand und alle Rücksicht schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert. Diese der grundlegenden eherechtlichen Vorschrift des Artikels 159 ZGB nachgebildete Bestimmung ist rechtsvergleichend singular. Sie hat aber wesentliche grundsätzliche Bedeutung, weil sie die Verantwortung gegenüber dem Nächsten als Grundlage des Familienrechts anerkennt. Diese kann zwar durch die Normen des geschriebenen Rechts nie voll ausgeschöpft werden, erlaubt aber der Rechtsfortbildung, neue Rechte und Pflichten zu konkretisieren, die im Wandel der sozialen

<sup>184)</sup> Für Ausnahmen vgl. Hegnauer N 35, 225 zu Art. 324–327 ZGB; BGE 95 II 503, 96 I 425

<sup>185)</sup> Vgl. Hegnauer N 5–8 zu Art. 263 ZGB

Gestalt der Familie aktuell werden können. Die Bestimmung hat für das Verwandtschaftsrecht eine ähnliche Bedeutung wie Artikel 2 ZGB für die Rechtsordnung überhaupt. Artikel 272 des Entwurfes behält sie darum unverändert bei. Hervorzuheben ist, dass die Gemeinschaft im Sinne dieser Bestimmung sich nicht auf die im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern und Kinder beschränkt, sondern alle durch ein rechtliches Kindesverhältnis verbundenen Personen umfasst, also Grosseltern mit den Eltern und diese mit den Kindern<sup>186)</sup>.

### 321.3 Persönlicher Verkehr (Art. 273–275)

#### 321.31 Grundsatz

Das geltende Recht gesteht ausdrücklich nur dem geschiedenen Elternteil, dem das Kind entzogen wird (Art. 156 Abs. 3 ZGB), und der ausserehelichen Mutter, wenn das Kind unter die elterliche Gewalt des Vaters gestellt wird (Art. 326 Abs. 1 ZGB), einen Anspruch auf persönlichen Verkehr zu. Nach Rechtsprechung und Doktrin haben aber auch Eltern, denen nach Artikel 284 ZGB die Obhut oder nach Artikel 285 ZGB die elterliche Gewalt entzogen wird, ein Besuchsrecht, ebenso die aussereheliche Mutter, deren Kind bevormundet ist, und der aussereheliche Vater, dem das Kind im Stande folgt<sup>187)</sup>. Der Bereich des Besuchsrechts überschreitet somit das Scheidungsrecht wesentlich. Seine praktische Bedeutung für die Beteiligten ist gross. Es rechtfertigt sich darum, den persönlichen Verkehr in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln. Er erscheint als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts der Eltern<sup>188)</sup> und ist darum hier und nicht bei der elterlichen Gewalt einzuordnen. Der Entwurf hält zunächst den Anspruch der Eltern auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind fest, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht (Art. 273 Abs. 1). Dieser kommt grundsätzlich auch dem ausserehelichen Vater zu, sobald das Kindesverhältnis festgestellt ist<sup>189)</sup>. Hier sind freilich die noch zu erörternden Schranken besonders bedeutungsvoll.

Die Expertenkommission prüfte auch die Frage, ob dem Besuchsrecht der Eltern eine Besuchspflicht gegenüberzustellen sei. Die Pflege von persönlichen Beziehungen mag in der Tat oft im Interesse des Kindes liegen und entspricht insofern ebenfalls dem Gebot der Rücksicht im Sinne von Artikel 272 des Entwurfes. Indessen erweist sich noch häufiger die Ausübung des Besuchsrechts für das Kind als nachteilig. Die Durchsetzung einer Besuchspflicht dürfte daher schwerlich im Interesse des Kindes liegen und auch fast unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnen. Der Bundesrat teilt diese Auffassung. Der Entwurf sieht daher keine Besuchspflicht vor.

<sup>186)</sup> Vgl. Hegnauer N 4/5 zu Art. 271 ZGB

<sup>187)</sup> BGE 87 I 212; Egger N 1 zu Art. 326, N 47 zu Art. 405 ZGB; Hegnauer N 72 zu Art. 284, N 64 zu Art. 285, N 154/155 zu Art. 324–327 ZGB

<sup>188)</sup> BGE 89 II 4

<sup>189)</sup> Vgl. dazu Entwurf des Europäischen Übereinkommens, Art. 11

## 321.32 Besuchsrecht der Grosseltern und Dritter

In einer Petition an die Bundesversammlung vom 7. Februar 1956 regten Agénor Krafft und Gaston Bridel die Anerkennung eines klagbaren Besuchsrechts der Grosseltern<sup>190)</sup>. In Frankreich und in Deutschland hat die Praxis ein solches Recht bejaht<sup>191)</sup>. Es ist 1970 auch in den französischen Code civil aufgenommen worden<sup>192)</sup>. Die Studienkommission Grosse dagegen gelangte nach eingehender Beratung zum Schluss, es sei von der Verankerung eines solchen Rechtes abzusehen<sup>193)</sup>. Zwar ist nicht zu leugnen, dass Grosseltern oft ein schutzwürdiges Interesse am persönlichen Verkehr mit ihren Enkeln haben. Ihn zu gestatten, wo nicht triftige Gründe entgegenstehen, erscheint durch die Sitte<sup>194)</sup> und die Pflicht zu Rücksicht nach Artikel 271 ZGB geboten<sup>195)</sup>. Indessen muss das im einzelnen dem Ermessen der Eltern anheimgestellt bleiben. Ein Besuchsrecht der Grosseltern, das bei Weigerung der Eltern klag- und vollstreckbar wäre, müsste dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern Abbruch tun und wäre mit dem Interesse des Kindes und der Familie kaum vereinbar<sup>196)</sup>. Wenn aber die Eltern grundlos den Verkehr der Grosseltern mit den Enkeln verwehren, können die vormundschaftlichen Behörden nach den Artikeln 283 ff. ZGB (beziehungsweise Art. 307 ff. des Entwurfes) wegen Missbrauchs der elterlichen Gewalt einschreiten<sup>197)</sup>. Der Bundesrat schliesst sich mit der Mehrheit der Expertenkommission dieser Auffassung der Studienkommission an. Der Entwurf sieht demgemäss kein Besuchsrecht der Grosseltern vor.

Der Expertenkommission lag ein gemilderter Antrag vor, in ausserordentlichen Fällen, wenn wichtige Gründe es rechtfertigen, ein Besuchsrecht auch andern Personen als den Eltern zu gestatten. Es wurden hiefür folgende Beispiele angeführt: Der geschiedene Vater lebt in Übersee. Für die Zeit, da er sein Besuchsrecht nicht ausüben kann, wird seinen Eltern das Recht eingeräumt, es an seiner Stelle zu tun<sup>198)</sup>. – Ein Kind ist an einem Pflegeplatz stark verwurzelt. Das Pflegeverhältnis kann nicht weitergeführt werden. Den Pflegeeltern wird das Recht zugestanden, das Kind zu besuchen<sup>199)</sup>. – Zu denken ist auch an die Situation der Eltern eines verstorbenen Elternteils, welche die Beziehung mit ihren Enkeln weiterführen möchten, vom Inhaber der elterlichen Gewalt aber abgewiesen werden<sup>200)</sup>. Indessen fand – aus den gleichen Gründen wie das Besuchsrecht der Grosseltern – auch dieser Antrag in der Expertenkommission keine Mehrheit. Der Bundesrat sieht sich nicht veranlasst, auf diesen Entscheid zurückzukommen.

190) Vgl. dazu auch Krafft, Grands-parents et divorce, SJZ 1936/37, 231

191) Vgl. die Hinweise bei Hegnauer N 34 zu Art. 271 ZGB; Marthaler. Le droit de visite (Neuenburg 1963), 35f.; Merz N 302 zu Art. 2 ZGB; Birk FamRZ 1967, 306

192) Art. 371–4

193) Bericht I 30 ff.

194) Vgl. Merz N 302 zu Art. 2 ZGB; ZR 1965 Nr. 134, 184

195) Hegnauer N 33 zu Art. 271 ZGB

196) Vgl. BGE 54 II 8, Marthaler. Le droit de visite, 35

197) Hegnauer N 33 zu Art. 271 ZGB

198) ZR 1965 Nr. 134

199) Vgl. dazu Art. 311–13 CCfr. in der Fassung von 1972; gegenteilig ZR 1928 Nr. 91; BGE 54 II 4

## 321.33 Schranken des Besuchsrechts

Das Besuchsrecht ist nach den Beobachtungen und Erfahrungen der Pädagogik und der Kinderpsychiatrie oft die Quelle ernster Erziehungsschwierigkeiten<sup>201)</sup>. Es wird darum überwiegend als ein Übel angesehen. Die Auffassung, der Anspruch auf persönlichen Verkehr sei gewissermassen ein natürliches und absolutes Elternrecht, lässt sich im Ernst nicht mehr aufrechterhalten<sup>202)</sup>. Es ist daher im Interesse des Kindes nötig, die Voraussetzungen festzulegen, bei deren Vorliegen das Besuchsrecht nicht besteht. Die Praxis hat solche Schranken nur zögernd anerkannt<sup>203)</sup>. Es erscheint deshalb angezeigt, sie im Gesetz zu verankern.

Vom Besuchsrecht ist in erster Linie das Kind betroffen. Solange es urteilsunfähig ist, hat es den persönlichen Verkehr mit dem besuchsberechtigten Elternteil zu dulden. Ist es aber urteilsfähig geworden, so kann ihm der elterliche Besuch nicht aufgenötigt werden<sup>204)</sup>. Sein Persönlichkeitsrecht muss auch in dieser Hinsicht anerkannt werden<sup>205)</sup>. Aus praktischen Gründen ist aber eine feste Altersgrenze zu ziehen. Der Entwurf übernimmt das für die Religionsmündigkeit massgebende Alter von sechzehn Jahren. In diesem Alter dürfte es die nötige Reife erlangt haben, um auch einer Beeinflussung Dritter, insbesondere des Inhabers der Obhut, zu widerstehen. Hat das Kind dieses Alter vollendet, so kann der persönliche Verkehr nur noch mit seinem Einverständnis ausgeübt werden (Art. 273 Abs. 2 des Entwurfes).

Das Besuchsrecht beschwert die Person, die das Kind in Obhut hat: den Inhaber der elterlichen Gewalt, den Vormund oder die Pflegeeltern. Sie haben dem Besuchsberechtigten die Ausübung des persönlichen Verkehrs zu gestatten und zu ermöglichen. Der Besuch bedeutet jedoch wegen der oft gestörten oder doch gespannten Beziehungen zwischen dem Besuchsberechtigten und dem Obhutberechtigten auch eine Erschwerung der von letzterem geleiteten Pflege und Erziehung. Darunter hat in erster Linie das Kind zu leiden. Diese seelische Belastung, wegen der Natur der Situation nie ganz zu vermeiden, kann durch Unverstand und Böswilligkeit noch wesentlich verschärft werden. Der Entwurf macht es darum beiden Eltern zur Pflicht, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum andern Elternteil beeinträchtigen könnte. Diese Pflicht gilt gegenseitig: sowohl im Verhältnis des Besuchsberechtigten zum Obhutberechtigten als auch umgekehrt. Darüber hinaus trifft den Besuchsberechtigten noch die besondere Pflicht, die Aufgabe des Erziehers des Kindes – des andern Elternteils, des Vormundes, der Pflegeeltern – nicht zu erschweren (Art. 274 Abs. 1 des Entwurfes).

Das Besuchsrecht hat seine Grundlage in der durch das Kindesverhältnis begründeten rechtlichen Gemeinschaft von Eltern und Kind. Sachlich erscheint es

200) Vgl. FamRZ 1973, 268

201) Zeitschrift für Volkswohl (Zürich), Vom Sinn und Widersinn des Besuchsrechts, 1955 Hefte 5 und 6, 1957 Heft 4, 1964, 81; Haffter C, Kinder aus geschiedenen Ehen (1. Aufl. Bern 1948) 72 ff., (2. Aufl. 1960) 74 ff.

202) Vgl. Simon, Das Verkehrsrecht – ein natürliches Elternrecht? FamRZ 1972, 485

203) BGE 72 II 10, 89 II 2; vgl. Marthaler, Le droit de visite, 123 ff., 138 ff.

204) Vgl. den Sachverhalt in BGE 93 II 66 f.

205) Marthaler, Le droit de visite, 46ff.; SJ 1962, 387f.; gegenteilig ZR 1954 Nr. 88

aber nur soweit gerechtfertigt, als ihr auch geistig-sozial ein Verhältnis persönlicher Verbundenheit entspricht und dessen Fortdauer mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Diese persönliche Verbundenheit ist regelmässig das Ergebnis früherer Pflege und Erziehung durch den Besuchsberechtigten; sie kann sich aber auch in andern Zeichen persönlicher Verantwortung äussern.

Daraus folgen nach dem Entwurf die Voraussetzungen, unter denen das Besuchsrecht zu verweigern oder zu entziehen ist (Art. 274 Abs. 2):

- a. Der persönliche Verkehr gefährdet objektiv das Wohl des Kindes. Hiezu bedarf es weder einer Pflichtwidrigkeit noch eines Verschuldens des Besuchsberechtigten. Immerhin darf das Besuchsrecht nur gekürzt oder entzogen werden, wenn der Gefährdung des Kindeswohls auf andere Weise nicht begegnet werden kann.
- b. Der Besuchsberechtigte übt den persönlichen Verkehr pflichtwidrig aus. Er mischt sich in die Erziehung ein oder beeinflusst das Kind gegen dessen Erzieher; er macht vom persönlichen Verkehr unregelmässig und willkürlich Gebrauch oder missachtet die für die ordnungsgemässe Abwicklung erforderlichen Modalitäten.
- c. Der Besuchsberechtigte hat sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert. Das trifft meistens auf den ausserehelichen Vater zu, der seine Vaterschaft bestritten hat; ebenso auf den Elternteil, der aus bösem Willen oder Liederlichkeit seine Unterhaltspflicht vernachlässigt.
- d. Es liegen andere wichtige Gründe vor: z.B. die Eigenschaften und das bisherige Verhalten der Eltern lassen von vornherein nachteilige Auswirkungen des Besuchsrechts erwarten.

Für die Dauer des Pflegeverhältnisses, das einer Adoption während wenigstens zwei Jahren vorausgehen muss (Art. 264 rev. ZGB), besteht das rechtliche Kindesverhältnis fort und damit grundsätzlich auch der Anspruch auf persönlichen Verkehr. Indessen ist er mit dem Zweck dieses Pflegeverhältnisses unvereinbar. Darum bestimmt Artikel 274 Absatz 3 des Entwurfes ausdrücklich, dass das Besuchsrecht erlischt, wenn das Kind zum Zweck künftiger Adoption bei Dritten untergebracht wird. Der gesetzliche Vertreter des Kindes wird diese Unterbringung regelmässig erst vornehmen, wenn die Eltern ihre Zustimmung nach Artikel 265<sup>a</sup> ff. rev. ZGB erteilt haben oder die Vormundschaftsbehörde nach den Artikeln 265<sup>c</sup> und 265<sup>d</sup> rev. ZGB festgestellt hat, dass von dieser Zustimmung abzusehen sei, und mit einem solchen Entscheid zu rechnen ist.

### 321.34 Die Ordnung des persönlichen Verkehrs

Die besonderen persönlichen Verhältnisse der Beteiligten machen eine klare Ordnung des persönlichen Verkehrs nötig. Sie steht bei eherechtlichen Verfahren dem Richter zu (Art. 156 Abs. 1, 170 ZGB). In den übrigen Fällen wird sie heute von der Vormundschaftsbehörde oder, wenn das Kind bevormundet ist, vom Vormund getroffen<sup>206)</sup>. Der Entwurf überträgt die Aufgabe unter Vorbehalt der

<sup>206)</sup> Hegnauer N 72 zu Art. 284, N 64 zu Art. 285, N 166 ff. zu Art. 324–327 ZGB

Zuständigkeit des Richters nach den Bestimmungen des Eherechts einheitlich der Vormundschaftsbehörde (Art. 275).

### 322 Die Unterhaltspflicht der Eltern

Die erste Pflicht der Eltern ist die Sorge für den Unterhalt des Kindes. «Qui fait l'enfant le doit nourrir». Das geltende Recht regelt die Unterhaltspflicht nur summarisch und lässt zahlreiche wichtige Fragen offen. Einzelne davon hat die Praxis geklärt. Andere müssen vom Gesetzgeber entschieden werden. Der Entwurf fasst die wichtigsten Grundsätze über die elterliche Unterhaltspflicht in einem besonderen Abschnitt zusammen.

#### 322.1 *Gegenstand und Umfang* (Art. 276)

Mit dem allgemeinen Grundsatz der elterlichen Unterhaltspflicht ist auch ihr Umfang zu verdeutlichen. Sie umfasst nach Artikel 276 Absatz 1 des Entwurfes nicht nur die Kosten des unmittelbaren Lebensunterhaltes, sondern auch der Erziehung und Ausbildung, darüber hinaus auch die Kosten von Kinderschutzmassnahmen, insbesondere die der Versorgung des Kindes<sup>207</sup>).

In der Regel erfüllen die Eltern ihre Unterhaltspflicht, indem sie den Kindern in ihrer häuslichen Gemeinschaft Pflege und Erziehung erweisen und für die damit verbundenen Kosten aufkommen. Lebt das Kind aber nicht unter der Obhut der Eltern, so haben sie die Unterhaltspflicht durch eine Geldzahlung zu erfüllen. Artikel 276 Absatz 2 des Entwurfes hält diese beiden Hauptformen der Unterhaltsgewährung fest<sup>208</sup>). Über die Geldzahlung als Unterhaltsleistung sieht der Entwurf besondere Bestimmungen vor (Art. 279–294).

Die Unterhaltspflicht der Eltern ist an sich primär. Sie sind aber nach dem Entwurf in dem Mass befreit, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten (Art. 276 Abs. 3). Dieser Vorbehalt ist für den Arbeitserwerb nötig, weil dem Kind künftig dessen Verwaltung und Nutzung eingeräumt wird (Art. 323). Von den übrigen Mitteln des Kindes kommen hier vorab Sozialleistungen und Teile des Kindesvermögens in Betracht, die dem Zugriff der Eltern entzogen sind.

#### 322.2 *Dauer* (Art. 277)

Nach geltendem Recht ist der aussereheliche Zahlvater bis zum vollendeten 18. Altersjahr des Kindes beitragspflichtig (Art. 319 Abs. 2 ZGB). Im übrigen ist die Unterhaltspflicht nicht ausdrücklich befristet. Rechtsprechung und Doktrin nehmen an, dass sie bis zur Mündigkeit, ausnahmsweise darüber hinaus bis zur Beendigung einer vorher begonnenen beruflichen Ausbildung dauert<sup>209</sup>). Der Entwurf

<sup>207</sup>) Vgl. BGE 71 IV 201, 78 IV 43, 87 IV 110; Hegnauer N 110–116 zu Art. 272 ZGB

<sup>208</sup>) Vgl. dazu BGB n. F. § 1606 Abs. 3 Satz 2

<sup>209</sup>) Egger N 4 und 5; Hegnauer N 66 ff. zu Art. 272 ZGB; ZVW 1973, 54 Nr. 5



kodifiziert diese Grundsätze (Art. 277)<sup>210</sup>. Vor der Mündigkeit erlischt die Unterhaltspflicht nach Massgabe der eigenen Leistungsfähigkeit des Kindes (vgl. Art. 276 Abs. 3 des Entwurfes). Die ausnahmsweise Fortdauer der Unterhaltspflicht über die Mündigkeit hinaus setzt voraus, dass das Kind seine Ausbildung noch nicht beendet hat und dass den Eltern diese weiteren Leistungen nach den gesamten Umständen zugemutet werden dürfen. Hat das Kind vor der Mündigkeit eine den Verhältnissen der Eltern und seinen Neigungen und Fähigkeiten (vgl. Art. 302 Abs. 2 des Entwurfes) entsprechende berufliche Ausbildung abgeschlossen, so sind die Eltern nicht verpflichtet, für den Unterhalt während einer weitem beruflichen Ausbildung aufzukommen. Von Bedeutung sind neben den bisherigen Leistungen der Eltern ihre gegenwärtige wirtschaftliche Lage, ihre Aufwendungen für andere Kinder und das gegenseitige Verhältnis zwischen Eltern und Kind. Hat es seine Pflicht zu Beistand und Rücksicht gegenüber den Eltern verletzt (Art. 272 des Entwurfes), so sind sie von dieser zusätzlichen Verpflichtung ganz oder teilweise zu befreien. Ihrem Umfang nach bleibt die Unterhaltspflicht auch bei Fortdauer über die Mündigkeit hinaus auf den Unterhalt des Kindes selbst beschränkt. Die Eltern haben somit nicht für den Unterhalt des Ehegatten und der Kinder ihres Kindes aufzukommen. Vorbehalten bleibt allerdings die Unterstützungspflicht der Grosseltern gegenüber den Enkeln nach Artikel 328 ZGB. Auf jeden Fall soll die Unterhaltspflicht nicht länger dauern als bis zum vollendeten 25. Altersjahr des Kindes. Diese Altersgrenze entspricht der Dauer der Bezugsberechtigung in der Sozialversicherung<sup>211</sup>). Hat das Kind in diesem Zeitpunkt seine Ausbildung nicht beendet, so muss es, soweit die Eltern nicht freiwillig weiterzahlen oder nach den Bestimmungen über die Unterstützungspflicht zahlen müssen (Art. 328), seinen Unterhalt durch eigenen Erwerb oder durch Stipendien bestreiten.

Mit der Beseitigung der Zahlvaterschaft entfällt die Zurücksetzung des ausserhelichen Kindes auch in diesem Punkt.

### 322.3 *Verheiratete Eltern* (Art. 278)

Nach Artikel 272 Absatz 1 ZGB tragen die Eltern die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung ihrer Kinder nach ihrem ehelichen Güterstande. Diese Verweisung ist zu eng. Sie muss auch die entsprechenden Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen umfassen (Art. 159 Abs. 2, 160 Abs. 2, 161 Abs. 2 und 3, 162, 163 ZGB). Der Entwurf bestimmt daher, dass die Eltern während der Ehe die Kosten des Unterhaltes des Kindes nach den Bestimmungen des Eherechtes tragen (Art. 278 Abs. 1).

Die Frage, ob und inwieweit der Stiefelternteil an den Unterhalt des Kindes beizutragen hat, wird im geltenden Recht nicht ausdrücklich beantwortet. Doktrin und Rechtsprechung haben aus Artikel 159 Absatz 2 und 3 ZGB eine subsi-

<sup>210</sup> Vgl. Postulat Jaccottet (1966)

<sup>211</sup> Art. 26 Abs. 2 AHVG. Art. 35 IVG. Art. 85 KUVG

diäre Unterhaltspflicht des Stiefelternteils abgeleitet<sup>212)</sup>. Artikel 159 Absatz 2 ZGB bildet aber hierfür wohl kaum eine genügende Grundlage. Mit den Kindern, für die gemeinsam zu sorgen die Ehegatten sich verpflichten, sind wohl nur die gemeinsamen Kinder gemeint. Dagegen umfasst die Beistandspflicht nach Artikel 159 Absatz 3 ZGB auch die Pflicht, dem andern Ehegatten in der Erfüllung von dessen elterlichen Unterhaltspflicht beizustehen. Der Entwurf zieht diese Folgerung ausdrücklich. Der Anspruch auf diesen Beistand steht dem leiblichen Elternteil zu, nicht dem Kind direkt. Auch ist er auf die vorehelichen Kinder jedes Ehegatten beschränkt, besteht daher nicht in bezug auf Kinder, welche ein Ehegatte während der Ehe mit Dritten zeugt.

### 322.4 *Klage* (Art. 279–286)

#### 322.41 Klagerecht und Zuständigkeit

Das ZGB sieht nur eine Klage des ausserehelichen Kindes gegen den Zahlvater auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen vor (Art. 309, 319 ZGB). Nach Rechtsprechung und Doktrin kann das Kind aber auch sonst gegen seine Eltern auf Unterhalt klagen. Praktische Bedeutung hat diese Klage, wenn das mündige Kind von den Eltern Unterhalt fordert, wenn ehelichen Eltern die Obhut oder die elterliche Gewalt entzogen ist (Art. 284, 285 ZGB), oder wenn die aussereheliche Mutter oder der aussereheliche Vater, dem das Kind im Stande folgt, das Kind nicht in ihrer Obhut haben und ihrer Unterhaltspflicht nicht freiwillig nachkommen<sup>213)</sup>. Der Entwurf kodifiziert diese Klage (Art. 279–286).

Das Klagerecht steht dem Kind zu. Ist es unmündig, so wird die Klage in seinem Namen vom gesetzlichen Vertreter erhoben. Sie richtet sich gegen den Elternteil, der seine Unterhaltspflicht nicht freiwillig erfüllt (Art. 279 Abs. 1 des Entwurfes). Ist das Kindesverhältnis zum Vater noch nicht festgestellt, so kann die Unterhaltsklage mit der Vaterschaftsklage verbunden werden<sup>214)</sup>. Vorbehalten bleibt nach Artikel 279 Absatz 3 des Entwurfes die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen durch den Richter nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der Gemeinschaft (Art. 156 Abs. 2, 170/171 ZGB).

Die Klage geht auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Zukunft und für ein Jahr vor der Klageerhebung (Art. 279 Abs. 1 des Entwurfes). Diese Begrenzung entspricht dem Grundsatz, dass Unterhalt nicht für die Vergangenheit gefordert werden soll (*In peritum non vivitur*). Auch werden damit unbillige Auswirkungen der Verlängerung der Frist für die Vaterschaftsklage vermieden. Der Beklagte, gegen den erst nach Jahren die Vaterschaftsklage erhoben wird, hat den Unterhalt nicht bis zur Geburt zurück, sondern höchstens auf ein Jahr vor der Klage zu zahlen. Auf der andern Seite soll aber auch das Kind es nicht

<sup>212)</sup> Lemp, Berner Kommentar, N 15, 16 zu Art. 159 ZGB; Hegnauer N 32 zu Art. 272 ZGB und dort zitierte Judikatur; Anderegg, Die Unterhaltspflicht der Stiefeltern, in Festschrift Amtsvormünder (Zürich 1963) 115ff.; vgl. auch Kehl ZSR 1967 I 163

<sup>213)</sup> Hegnauer N 178 ff. zu Art. 272, N 87 ff. zu Art. 324–327 ZGB

<sup>214)</sup> Siehe vorne Ziffer 313. 21

entgelten, wenn es nicht sofort gegen die Eltern vorgeht, sondern Zeit für gütliche Einigung einräumt.

Nach dem Vorbild des Gerichtsstandes für die Feststellung des Kindesverhältnisses (Art. 253 des Entwurfes) kann die Klage beim Richter am Wohnsitz des Kindes oder der beklagten Eltern erhoben werden (Art. 279 Abs. 2 des Entwurfes).

### 322.42 Verfahren

Die Unterhaltsklage ist auch im kantonalen Prozessrecht nicht ausdrücklich geregelt. Es werden sinngemäss die Bestimmungen über die Unterstützungspflicht angewendet<sup>215)</sup>: Die Kantone sehen hiefür teils ein gerichtliches, teils ein Verwaltungsverfahren vor, das allerdings von Bundesrechts wegen gewisse Grundsätze des Zweiparteiprozesses zu beachten hat<sup>216)</sup>. Da es sich um einen zivilrechtlichen Anspruch handelt, erscheint allgemein die Zuständigkeit des Zivilrichters angezeigt. Er hat auch in eherechtlichen Verfahren die Unterhaltsbeiträge für das Kind festzusetzen (Art. 156 Abs. 2 ZGB), ebenso heute im einfachen Vaterschaftsprozess (Art. 319 ZGB). Schliesslich entspricht die gerichtliche Zuständigkeit auch Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>217)</sup>. Der Entwurf sieht daher für die Unterhaltsklage die gerichtliche Zuständigkeit vor (Art. 279 Abs. 2).

Auf Vorschlag der kantonalen Fürsorgedirektoren schreibt der Entwurf für die Unterhaltsklage ein einfaches und rasches Verfahren und die Oficialmaxime vor (Art. 280). Die Bestimmung hat ihr Vorbild in Artikel 343 Absatz 2 und 4 des revidierten Obligationenrechts. Hier dient die Vorschrift dem Interesse des Arbeitnehmers, der seinen Unterhalt aus dem Arbeitserwerb fristen muss. Die gleiche Überlegung trifft auf die Unterhaltsklage des Kindes zu. Das Bundesprivatrecht berücksichtigt die besondere Natur des Unterhaltsanspruches in der Beschränkung der Verrechnung, der Abtretung und der Verpfändung (Art. 125 Ziff. 2, 164 Abs. 1 OR, Art. 899 Abs. 1 ZGB) ebenso das Schuldbetreibungsrecht (Art. 93, 197 SchKG)<sup>218)</sup>. Dieser besondere Schutz des Unterhaltsanspruches bleibt unvollständig, wenn er nicht auch auf das Prozessrecht ausgedehnt wird. Es kommt immer wieder vor, dass Unterhaltsprozesse, selbst Prozesse auf Abänderung eines Unterhaltsbeitrages, trotz offensichtlicher sachlicher Dringlichkeit saumselig behandelt werden.

Dagegen besteht kein Anlass, für den Unterhaltsprozess auch die allgemeine Kostenbefreiung vorzuschreiben, wie dies in Artikel 343 Absatz 3 des revidierten Obligationenrechts für Ansprüche des Arbeitnehmers geschehen ist. Eltern, die zu Unrecht ihre Unterhaltspflicht bestreiten, verdienen diese Nachsicht nicht, und das Kind hat in der Regel Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung.

<sup>215)</sup> Guldener ZPR 475; ZR 24/1925 Nr. 22; für Basel-Stadt vgl. EG 45; SJZ 60/1964, 236 Nr. 168

<sup>216)</sup> BGE 98 II 168

<sup>217)</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBl 1974 1045 ff.

<sup>218)</sup> Bericht «Für die Familie», BBl 1944 995 f., 1096

## 322.43 Vorsorgliche Massregeln

Bei der Revision des Adoptionsrechts wurde anstelle der befristeten und beschränkten Sicherstellungspflicht des Vaterschaftsbeklagten nach Artikel 321 ZGB, die sich als völlig unzulänglich erwiesen hatte, eine Pflicht des Vaterschaftsbeklagten zur Hinterlegung und zur vorläufigen Zahlung von Unterhaltsbeiträgen eingeführt; hierüber und über die Rückerstattung vorläufiger Zahlungen hat der für die Beurteilung der Vaterschaftsklage zuständige Richter zu entscheiden (Art. 321, 321<sup>a</sup>, 321<sup>b</sup> rev. ZGB). Diese Bestimmungen, von denen seit ihrem Inkrafttreten am 1. April 1973 reger Gebrauch gemacht wird<sup>219)</sup>, sind hier in das neue System des Kindesrechts einzufügen (Art. 282–284 des Entwurfes). Artikel 321 rev. ZGB (= Art. 282 des Entwurfes) wird in seinem Ingress der neuen Funktion der Vaterschaftsklage angepasst, die nur noch auf Feststellung des Kindesverhältnisses gerichtet ist (Art. 261 des Entwurfes). Die vorsorglichen Massregeln setzen daher voraus, dass gleichzeitig mit der Vaterschaftsklage die Unterhaltsklage angebracht wird. Ausserdem wird in Artikel 284 des Entwurfes (= Art. 321<sup>b</sup> rev. ZGB) die Zuständigkeit des Richters dahin verdeutlicht, dass der für die Beurteilung der Vaterschaftsklage zuständige Richter auch über die Auszahlung hinterlegter Beiträge entscheidet. Diese Bestimmung will vorab eine rasche Erledigung dieser Begehren gewährleisten. Die Beurteilung soll nicht durch Überweisung der Akten an einen Richter verzögert werden, der mit dem Hauptprozess nichts zu tun hat. Deshalb ist es ohne weiteres zulässig, dass das kantonale Recht die Entscheidung über diese Ansprüche innerhalb des für die Beurteilung der Vaterschaftsklage zuständigen Gerichts einem ein- oder mehrköpfigen Ausschuss zuweist. Das braucht im Gesetzestext nicht ausdrücklich gesagt zu werden, denn der Sinn der Bestimmung erscheint in dieser Hinsicht klar.

Ist bei diesen vorsorglichen Massnahmen regelmässig der Rechtsgrund der Unterhaltspflicht, die Vaterschaft, umstritten, so können solche auch nötig sein, wenn das Kindesverhältnis an sich feststeht, aber die Höhe des Unterhaltsbeitrages streitig ist. In eherechtlichen Verfahren bieten die Artikel 145 und 170 ZGB die Grundlage für die vorsorgliche Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen. Artikel 281 des Entwurfes ermöglicht dies nun allgemein, also auch gegen verheiratete Eltern, denen das Kind weggenommen werden muss, oder gegen die unverheiratete Mutter, oder im Verfahren auf Abänderung des Unterhaltsbeitrages gemäss

<sup>219)</sup> Beim Bezirksgericht Zürich waren in der Zeit zwischen dem 1. April und 23. November 1973 57 bestrittene Vaterschaftsklagen hängig. Es wurden in dieser Zeit 14 Begehren um Hinterlegung und 17 Begehren um vorläufige Zahlung gestellt. Je eines wurde zurückgezogen. Die übrigen wurden gutgeheissen (Auskunft des Präsidenten des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. November 1973). Es wurden hingegen zwei Rekurse erhoben, die jedoch abgewiesen wurden. Als Hinterlegungsstelle amtiert die Zürcher Kantonalbank (Hauptbank und sämtliche Zweigstellen). Die II. Zivilkammer des Obergerichtes hat über die Abwicklung der Hinterlegung am 27. April 1973 im Einvernehmen mit der Kantonalbank ein Kreisschreiben erlassen. Die auferlegten Leistungen werden von der Mehrheit der Beklagten pünktlich entrichtet. Nur sechs Fälle mussten dem Inkassobüro der Amtsvormundschaft übergeben werden (Auskunft des Prozessvertreters der Amtsvormundschaft der Stadt Zürich vom 23. November 1973).

Artikel 286 Absatz 2 des Entwurfes. Der Richter kann die Hinterlegung oder die vorläufige Zahlung von Unterhaltsbeiträgen anordnen (Art. 281 Abs. 2 des Entwurfes). Er kann auch beides verbinden, indem für den Notbedarf die vorläufige Zahlung, für den weiteren umstrittenen Betrag die Hinterlegung vorgeschrieben wird.

Die Hinterlegung erfolgt durch Zahlung an eine vom Richter bezeichnete Kasse, die zur Annahme von Mündelgeldern zugelassen ist (Art. 281 Abs. 3 des Entwurfes)<sup>220</sup>. Diese allgemeine Bestimmung gilt auch für die Hinterlegung im Vaterschafts-Unterhalts-Prozess.

### 322.44 Bemessung des Unterhaltsbeitrages

Nach Artikel 285 Absatz 1 des Entwurfes soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen. Diese Fassung trägt der Auslegung der Artikel 156 Absatz 2 ZGB für das Scheidungskind und Artikel 319 Absatz 1 ZGB für das aussereheliche Kind Rechnung<sup>221</sup>. Die Lebensstellung der Eltern ist ihre tatsächliche Lebenshaltung, die vielleicht über ihrer Leistungsfähigkeit liegt<sup>222</sup>. Beide Eltern sind im Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit gleich zu belasten. Das neue deutsche Recht sieht die Festsetzung eines Regelunterhaltes vor, der von der Bundesregierung durch Verordnung festgesetzt wird<sup>223</sup>. Der Entwurf übernimmt diese Lösung nicht. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung und Doktrin, Erfahrungssätze festzustellen und Richtlinien zu entwickeln, welche ohne starre Regeln den vielfältigen Verhältnissen ohne Willkür angemessen Rechnung tragen<sup>224</sup>.

Seit Inkrafttreten des ZGB kommt für die Bestreitung des Unterhaltes des Kindes den Leistungen der Sozial-, Personal-, Unfall- und Haftpflichtversicherung zunehmende Bedeutung zu. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Leistungen zum familienrechtlichen Unterhaltsanspruch. Das ZGB beantwortet sie nicht ausdrücklich<sup>225</sup>. Nach dem Entwurf treten solche Leistungen nicht von Gesetzes wegen an die Stelle des Unterhaltsanspruches. Stehen sie dem Kind selbst zu, so gehören sie neben Vermögenserträgen und Arbeiterwerb zu seinen Einkünften, die bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages zu berücksichtigen sind (Art. 285 Abs. 1). Stehen sie dagegen dem Unterhaltspflichtigen zu, wie z. B. Kinderzulagen, Kinderrenten der Alters-/Hinterlassenen- und Invaliden-

<sup>220</sup> Vgl. dazu Art. 401 Abs. 1 ZGB

<sup>221</sup> Vgl. Egger N 3, 4, 9 zu Art. 272, N 14–16 zu Art. 319, N 10 zu Art. 325 ZGB; Hinderling H., Das schweizerische Ehescheidungsrecht (3. Aufl. Zürich 1967) 160 f.; Hegnauer N 121–138 zu Art. 272, N 52–65 zu Art. 319, N 92 zu Art. 324–327 ZGB

<sup>222</sup> Vgl. Hegnauer N 60 zu Art. 319 ZGB und dort zitierte Judikatur

<sup>223</sup> BGB n. F. § 1615 f.

<sup>224</sup> Vgl. die im Manuskript vorliegende Zürcher Dissertation: Hans Winzeler, Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder.

<sup>225</sup> Vgl. BGE 86 I 137; Hegnauer, Sind die Waisenrenten der Sozialversicherung auf den Unterhaltsanspruch des ausserehelichen Kindes gegen die Erben seines Vaters anzurechnen? SJZ 1958, 265; Hegnauer N 69–74 zu Art. 319 ZGB

versicherung sowie Geburts- und Ausbildungszulagen, so sind sie zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit der Richter es nicht anders bestimmt (Art. 285 Abs. 2). Das entspricht der herrschenden Tendenz in Gesetzgebung und Doktrin<sup>226</sup>.

Der Unterhaltsbeitrag ist zum voraus auf die Termine zu entrichten, die der Richter festsetzt (Art. 285 Abs. 3 des Entwurfes). Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Artikel 319 Absatz 2 ZGB über den Unterhaltsbeitrag des ausser-ehelichen Zahlvaters.

### 322.45 Veränderung der Verhältnisse

Bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse kann der Unterhaltsbeitrag wie bisher (Art. 156, 320 ZGB) erhöht oder herabgesetzt werden (Art. 286 Abs. 2 des Entwurfes). Ein besonderes Änderungsverfahren lässt sich aber vermeiden, wenn der Richter schon bei der ersten Festsetzung des Unterhaltsbeitrages auf die voraussehbare oder mögliche künftige Entwicklung der Verhältnisse Rücksicht nimmt. So wird der Unterhaltsbeitrag nach dem mit dem Alter des Kindes steigenden Unterhaltsbedarf oder der bevorstehenden Steigerung der Leistungsfähigkeit von Vater oder Mutter beziehungsweise dem Erlöschen anderer Unterhaltspflichten oder der Teuerung abgestuft<sup>227</sup>. Der Entwurf kodifiziert diese Praxis, indem er dem Richter die Befugnis einräumt anzuordnen, dass der Unterhaltsbeitrag sich bei bestimmten voraussehbaren oder möglichen Veränderungen der Bedürfnisse des Kindes oder der Leistungsfähigkeit der Eltern oder der Lebenskosten ohne weiteres erhöht oder vermindert (Art. 286 Abs. 1). Die Möglichkeit, den Unterhaltsbeitrag der Indexklausel zu unterstellen, kommt namentlich in Betracht, wenn die wirtschaftliche Stellung des Unterhaltspflichtigen eine laufende Anpassung seines Einkommens an die Teuerung erwarten lässt. Die Indexklausel ist so weit zu konkretisieren, dass sie vom Rechtsöffnungsrichter und vom Betreibungsbeamten ohne weiteres angewendet werden kann. Es sind also im Urteil der massgebende Index, dessen Stand im Zeitpunkt des Entscheids und das Mass der Veränderung festzustellen, welche die Erhöhung des Beitrages auslöst<sup>228</sup>. Dabei dürfte es sich empfehlen, eine solche Erhöhung jeweils erst auf Beginn des folgenden Kalenderjahres eintreten zu lassen. Glaubt der Beitragsschuldner, der nach der Indexklausel erhöhte Unterhaltsbeitrag sei unangemessen, so ist es seine Sache, durch ein Abänderungsbegehren die Anwendung der Indexklausel abzuwenden.

<sup>226</sup> Vgl. z.B. Kinderzulagengesetz Zürich § 11, Basel-Stadt § 3 Abs. 5; Vasella ZSV 1964, 216 f.; Hinderling, Ehescheidung, 163 f.; vgl. auch BGE 98 V 216

<sup>227</sup> BGE 98 II 257; Hegnauer N 66 zu Art. 319 ZGB; vgl. auch Art. 208 CCfr i.d. Fassung von 1972

<sup>228</sup> Vgl. dazu Johannes-Biske, «Statistik der Stadt Zürich», Heft 69, 1974, 44 ff.

### 322.5 *Unterhaltsverträge* (Art. 287, 288)

Die vertragliche Regelung der Beitragspflicht entspricht einem verbreiteten praktischen Bedürfnis, kann aber mit Rücksicht auf das Interesse des Kindes nur innerhalb gewisser Schranken zugelassen werden. Nach geltendem Recht ist der familienrechtliche Unterhaltsanspruch des ehelichen Kindes allgemein und der des ausserehelichen Kindes gegen die Mutter und gegen den Vater, wenn es ihm im Stande folgt, der Verjährung, Abtretung, Abfindung, Verpfändung, Pfändung, Verrechnung und dem Verzicht unzugänglich<sup>229)</sup>. Seine vertragliche Bemessung ist an sich zulässig, wird aber im eherechtlichen Verfahren nur mit Genehmigung des Richters nach Artikel 158 Ziffer 5 ZGB verbindlich. Sie ist in jedem Fall abänderbar<sup>230)</sup>. Der Anspruch des Kindes gegen den ausserehelichen Zahlvater ist dagegen umfassender und abschliessender vertraglicher Regelung zugänglich, wird aber für das Kind erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde nach Artikel 421 Ziffer 8 ZGB verbindlich und ist – soweit die Abänderung nicht ausdrücklich vorbehalten wird – endgültig<sup>231)</sup>.

Der Entwurf regelt nun den Unterhaltsvertrag einheitlich. Verträge über die Leistung von Unterhaltsbeiträgen werden für das Kind erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde verbindlich; wird der Beitrag in einem eherechtlichen Verfahren festgesetzt, so genügt die Genehmigung durch den Richter nach Artikel 158 Ziffer 5 ZGB (Art. 287 Abs. 1 des Entwurfes). Solche Unterhaltsbeiträge sind wie gerichtlich festgesetzte grundsätzlich abänderbar. Die Änderung kann aber ausgeschlossen werden, doch muss dies ausdrücklich geschehen und bedarf in jedem Fall – also auch bei Abschluss in einem eherechtlichen Verfahren – der Genehmigung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde (Art. 287 Abs. 2 des Entwurfes). Diese Zuständigkeit entspricht sinngemäss Artikel 422 Ziffer 4 und 5 ZGB.

Die Abfindung der Unterhaltspflicht durch einmalige Zahlung soll nach Artikel 288 Absatz 1 des Entwurfes gestattet werden, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein solcher ist beispielsweise gegeben, wenn ein Elternteil alle Beziehungen zum Kinde endgültig abbrechen will, vielleicht weil er nach Übersee auswandert. In einem solchen Fall kann die Abfindung angesichts der Schwierigkeiten des Inkassos auch im Interesse des Kindes liegen. Die Vereinbarung wird für das Kind jedoch in jedem Fall – also auch bei Scheidung – erst verbindlich, wenn die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zugestimmt hat und die Abfindungssumme an die von ihr bezeichnete Zahlstelle entrichtet worden ist (Art. 288 Abs. 2 des Entwurfes). Die Abfindung des Unterhaltsanspruches berührt die gegenseitige Unterstützungspflicht nach Artikel 328 des Entwurfes nicht, es sei denn, es werde auch deren Abgeltung ausdrücklich eingeschlossen (Art. 288 Abs. 3 des Entwurfes). Auf das Erbrecht hat der Abfindungsvertrag keinen Einfluss.

<sup>229)</sup> Hegnauer N 13 und 167 zu Art. 272 ZGB mit Hinweisen, N 68 zu Art. 324–327 ZGB

<sup>230)</sup> Hegnauer N 176/177 zu Art. 272, N 85/86 zu Art. 324–327 ZGB

<sup>231)</sup> Sorg, *Der Unterhalts-, insbesondere der Abfindungsvertrag bei ausserehelichen Vaterschaften*, ZVW 1963, 1; Hegnauer N 82–142 zu Art. 319 ZGB

Gegenstand der Verträge im Sinne dieser Bestimmungen ist die auf dem Kindesverhältnis beruhende familienrechtliche Unterhaltspflicht. Der Abschluss schuldrechtlicher Unterhaltsverträge bleibt weiterhin zulässig, so z.B. zwischen dem verheirateten Registervater, der die Ehelichkeit des Kindes nicht anfechtet, und dem wirklichen Erzeuger des Kindes, oder zwischen dem ausserehelichen Kind, das die Vaterschaftsklage nicht erhebt, und seinem Erzeuger<sup>232)</sup>. Besondere Vorschriften sind hierüber nicht erforderlich. Solche Vereinbarungen gelten nur auf Zusehen und berühren das Recht zur Klage auf Anfechtung oder Feststellung des Kindesverhältnisses innerhalb der gesetzlichen Fristen nicht.

### 322.6 Erfüllung (Art. 289–292)

Der Unterhaltsanspruch steht dem Kind zu. Es ist Gläubiger des Unterhaltsbeitrages. Dieser kann demgemäss während der Unmündigkeit des Kindes nur durch Leistung an den gesetzlichen Vertreter erfüllt werden. Artikel 289 Absatz 1 des Entwurfes hält diesen in der Praxis gelegentlich umstrittenen Grundsatz fest. Der Inhaber der elterlichen Gewalt darf aber auf Grund seiner Rechte an den Erträgen des Kindesvermögens über den Unterhaltsbeitrag verfügen (vgl. Art. 319 des Entwurfes).

Anstelle säumiger Eltern hat das Gemeinwesen nach Massgabe der kantonalen Fürsorgegesetzgebung für den Unterhalt des Kindes aufzukommen. Rechtsprechung und Doktrin nehmen auf Grund des Artikels 329 Absatz 3 ZGB an, dass in diesem Fall der Unterhaltsanspruch des Kindes auf das Gemeinwesen übergeht<sup>233)</sup>. Diese wichtige Regel wird in Artikel 289 Absatz 2 des Entwurfes ausdrücklich niedergelegt. Die Subrogation umfasst alle mit dem Unterhaltsanspruch verbundenen Rechte, namentlich die Klage nach den Artikeln 279–286, den Anspruch auf Anweisungen an die Schuldner nach Artikel 291 und auf Sicherstellung nach Artikel 292 des Entwurfes.

Mit der Zahlung der Unterhaltsbeiträge ist es heute schlecht bestellt<sup>234)</sup>. Zum Schutz des Kindes sind besondere Massnahmen nötig:

#### 322.61 Hilfe beim Inkasso des Unterhaltsbeitrages

Viele alleinstehende Mütter sind zu schüchtern oder zu unbeholfen, um den Unterhaltsbeitrag mit den Mitteln des Schuldbetreibungs- und des Strafrechts einzufordern. Manchenorts leisten Inkassostellen gemeinnütziger Organisationen oder der Gemeinden wertvolle Hilfe<sup>235)</sup>. Eine auf Veranlassung des Sozialamtes der Stadt Zürich von Frau Dr. oec. publ. Käthe Johannes-Biske durchgeführte

<sup>232)</sup> Hegnauer N 9/61 zu Art. 272, N 84/85 zu Art. 319, N 12/13 zu Art. 307 ZGB

<sup>233)</sup> BGE 71 IV 204, 78 IV 44; Hegnauer N 102 ff. zu Art. 272, N 94 zu Art. 284 ZGB

<sup>234)</sup> Hegnauer ZSR 1965 II 20; Lalive ZSR 1965 II 771 ff.: Johannes-Biske, Statistik der Stadt Zürich, Heft 69, 1974, 52; 1971 wurden in der Stadt Zürich rund 27% der geschuldeten Alimente nicht bezahlt.

<sup>235)</sup> Vgl. z.B. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1964, 39 ff.; 1972 gingen bei der Inkassostelle der Amtsvormundschaft Zürich Fr. 906 368, beim Jugendsekretariat Andelfingen Fr. 130 060 ein.



Untersuchung über den Eingang von Unterhaltsbeiträgen für aussereheliche und für Scheidungskinder zeigt eindrucklich die hohe Wirksamkeit dieser Inkassohilfe auf<sup>236)</sup>. Artikel 290 des Entwurfes auferlegt nun der Vormundschaftsbehörde die Pflicht, diese Inkassohilfe auf Gesuch eines Elternteils zu leisten. Den Kantonen steht es frei, eine andere Stelle mit dieser Aufgabe zu betrauen. Sie können daher die bereits auf diesem Gebiet bestehenden Einrichtungen weiter wirken lassen.

### 322.62 Anweisungen an die Schuldner

Nach Artikel 171 ZGB darf der Richter während der Ehe die Schuldner des säumigen Ehemannes zur direkten Leistung an die Ehefrau anweisen. Die Studienkommission befürwortete die von verschiedener Seite postulierte Ausdehnung gegen den ausserehelichen Vater und den geschiedenen Ehemann<sup>237)</sup>. Die Nachteile der Anweisung – Entlassung des Vaters infolge Verärgerung seines Arbeitgebers, häufiger Wechsel des Arbeitsplatzes, um sich den Anweisungen zu entziehen, Anreiz zu Müsiggang – sind auch bei der Lohnpfändung zu befürchten. Die Studienkommission hob aber namentlich die Präventivwirkung der Anweisung hervor: der Vater wird aus Prestige Gründen richterliche Anweisungen an seinen Arbeitgeber zu vermeiden trachten. Dazu kommt, dass die Anweisung eine nicht zu unterschätzende Erleichterung der Rechtsverfolgung bedeutet, indem sie während des Zeitraums, für den sie angeordnet worden ist, auch zukünftige Leistungen beschlägt und daher nicht wie die Schuldbetreibung für jede fällige Leistung wieder neu eingeleitet werden muss. Der Bundesrat schliesst sich mit der Expertenkommission diesen Überlegungen an. Artikel 291 des Entwurfes verallgemeinert jedoch den Gedanken dahin, dass die Schuldner beider Eltern, nicht bloss die des Vaters, angewiesen werden können, ihre Zahlungen an den gesetzlichen Vertreter des Kindes zu leisten.

### 322.63 Sicherstellung

Die böswillige Vernachlässigung der Unterhaltspflicht ist nach Artikel 217 des Strafgesetzbuches strafbar. In der Praxis besteht daneben aber auch das Bedürfnis nach einer zivilrechtlichen Sanktion<sup>238)</sup>. Nach Artikel 292 des Entwurfes soll der Richter die Eltern verpflichten können, für die künftigen Unterhaltsbeiträge angemessene Sicherheit zu leisten, wenn sie die Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht beharrlich vernachlässigen oder anzunehmen ist, dass sie Anstalten zur Flucht treffen oder ihr Vermögen verschleudern oder beiseiteschaffen<sup>239)</sup>. Diese Massnahme hat gegenüber der Strafverfolgung den Vorteil, dass dem Kinde die künftige Erfüllung des Unterhaltsanspruches gesichert werden kann.

<sup>236)</sup> Statistik der Stadt Zürich. Heft 69, 1974

<sup>237)</sup> Bericht I 39–41: Postulat Huber (1950) Ziffer 5; Frauenverbände: Pro Familia

<sup>238)</sup> Vgl. dazu Postulat Jaccottet (1966)

<sup>239)</sup> Vgl. ZVW 1971. 154 Nr. 36: Ein vermöglicher Vater vernachlässigte laufend seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern und verschleierte seine Vermögensverhältnisse.

Eine Reihe weiterer Postulate streben eine verstärkte Berücksichtigung des Unterhaltsanspruches in der Schuldbetreibung an<sup>240</sup>). Sie sind bei der beabsichtigten Gesamtrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs im Zusammenhang zu prüfen und bleiben darum hier ausser Betracht.

### 322.7 *Öffentliches Recht* (Art. 293)

Der Unterhalt des Kindes lässt sich privatrechtlich nur soweit regeln, als das Kind selbst, seine Eltern und seine Verwandten leistungsfähig sind. Sind sie ausserstande, die Kosten des Unterhaltes zu bestreiten, so hat nach den Artikeln 284 Absatz 3 und 289 Absatz 2 ZGB das öffentliche Recht zu bestimmen, wer sie zu tragen habe. Der Entwurf übernimmt in Artikel 293 Absatz 1 diese Bestimmung. Damit wird, da der Bund auf diesem Gebiet keine Kompetenzen hat, auf das kantonale Recht verwiesen. Dabei setzt der Bundeszivilgesetzgeber voraus, dass bei Leistungsunfähigkeit der Angehörigen das Gemeinwesen für den Unterhalt des Kindes aufkommt. Die Kantone befinden aber darüber, ob die Gemeinde, allenfalls welche, oder der Kanton, allenfalls beide, und in welchem Verhältnis, die Kosten zu tragen haben. Sie können auch die Voraussetzungen, die Form und die Rückerstattung der Leistungen regeln. Doch haben sie Sinn und Geist der privatrechtlichen Ordnung zu achten<sup>241</sup>). In dieser Hinsicht ist von wesentlicher Bedeutung, dass der Entwurf besonderes Gewicht darauf legt, die Geltendmachung und Vollstreckung des Unterhaltsanspruches zu erleichtern. Denn es genügt nicht, dass das Kind einen Anspruch hat. Ebenso wichtig ist, dass es die Mittel zur Fristung des Unterhaltes rechtzeitig und regelmässig erhält. Diesem Zweck dienen die vorsorglichen Massnahmen (Art. 281–283 des Entwurfes), die Inkassohilfe (Art. 290), die Anweisungen an die Schuldner des Pflichtigen (Art. 291) und die Sicherstellung des künftigen Unterhaltes (Art. 292).

Solchem Ausbau der privatrechtlichen Regelung entspricht im öffentlichen Fürsorgerecht die Bevorschussung des Unterhaltsanspruches. Das Kind soll nicht Anspruch auf Fürsorgeleistungen haben, weil es Not leidet, sondern weil seine Eltern mit der Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht säumig sind. Das Gemeinwesen richtet anstelle und auf Rechnung der säumigen Eltern die Leistungen aus, deren das Kind für seinen Unterhalt bedarf. Dafür geht der Unterhaltsanspruch des Kindes auf das Gemeinwesen über. Dieser Gedanke der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge unterscheidet sich im Ergebnis nicht wesentlich von der Praxis, wie sie heute schon von fortschrittlichen Fürsorgebehörden geübt wird. Der grundsätzliche Unterschied liegt jedoch darin, dass die Vorschüsse keine Armenunterstützung darstellen und nur von den säumigen Unterhaltsschuldnern zurückzuerstatten sind, also nicht vom Kind und ebensowenig von der Mutter, welche durch Pflege und Erziehung des Kindes ihre eigene Unterhaltspflicht erfüllt hat. In Skandinavien ist dieser Gedanke bereits verwirklicht: in Island

<sup>240</sup>) Bericht II der Studienkommission, 50 ff.; Postulat Jaccottet (1966)

<sup>241</sup>) Vgl. Huber, Berner Kommentar, N 77 ff. zu Art. 6 ZGB

obliegt die Aufgabe der staatlichen Sozialversicherung, in Dänemark einer besonderen öffentlichen Kasse<sup>242)</sup> und in Finnland der Gemeindefürsorgebehörde. In Frankreich sind im Herbst 1972 der Nationalversammlung zwei verschiedene von zahlreichen Abgeordneten unterzeichnete Anträge auf Schaffung einer staatlichen Kasse zur Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen eingereicht worden<sup>243)</sup>.

Auch in der Schweiz wird die Ergänzung der familienrechtlichen Unterhaltspflicht durch eine Vorschusspflicht des Gemeinwesens als dringliche Notwendigkeit anerkannt<sup>244)</sup>. Sie kann jedoch mangels Verfassungsgrundlage nicht der eidgenössischen Sozialversicherung überbunden werden. Vielmehr bleibt die Lösung dieser Aufgabe dem öffentlichen Fürsorgerecht vorbehalten, das in den Bereich der kantonalen Zuständigkeit gehört. Artikel 293 Absatz 2 des Entwurfes hält diese Rechtslage im Sinne von Artikel 6 ZGB fest. Vorstösse zur Verwirklichung dieser Vorschusspflicht sind u. a. bereits in Zürich<sup>244a)</sup> und in Neuenburg<sup>245)</sup> unternommen worden. Die erwähnte stadtzürcherische Untersuchung hat ergeben, dass auf dem Wege des amtlichen Inkassos rund 86 Prozent der geschuldeten Unterhaltsbeiträge eingetrieben werden können<sup>246)</sup>. Diese hohe Quote zeigt, dass dem Gemeinwesen aus der Vorschusspflicht keine untragbaren Lasten erwachsen<sup>247)</sup>.

### 322.8 Pflegeeltern (Art. 294)

Das geltende Recht befasst sich mit dem Verhältnis von Pflegeeltern und Pflegekind nicht. Der Anspruch auf Vergütung richtet sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts<sup>248)</sup>. Indessen herrscht in der Praxis oft Unsicherheit darüber, ob ein solcher Anspruch bestehe<sup>249)</sup>. Artikel 294 Absatz 1 des Entwurfes sieht darum vor, dass Pflegeeltern grundsätzlich Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld haben, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist oder sich eindeutig aus den Umständen ergibt. Letzteres trifft regelmässig zu bei der Aufnahme eines Kindes von nahen Verwandten oder zur späteren Adoption. Hier ist nach Artikel 294 Absatz 2 des Entwurfes Unentgeltlichkeit zu vermuten. Ein Pflegegeld müsste ausdrücklich verabredet werden.

242) Vgl. Die soziale Sicherung unvollständiger Familien in Dänemark (Bonn 1971) vgl. auch Johannes-Biske, Statistik der Stadt Zürich, Heft 69, 1974, 48 ff.

243) No 2571, 2604 rectifié, 2623

244) Vgl. Juristentag ZSR 1965 II: Hegnauer 180 f.; Lalive 782 f.; Diskussionf 895, 944 (Hegnauer), 900, 947 (Lalive), 908 (Hoffmann), 925 (Müller-Freienfels)

244a) Kanton: Motion Schmid vom 9. Juni 1969 und Motion Braunschweig/Kyburz vom 9. Juni 1969; Stadt: Motion Heidelberger vom 19. August 1970 und Berichte des Stadtrates vom 3. September 1970 und vom 19. März 1971 hiezu

245) Motion Favre & Cons. vom 14. Dezember 1971

246) Johannes-Biske, a. a. O. 21

247) Vgl. dazu die Schätzungen bei Johannes-Biske a. a. O. 52 ff. und 65 f.

248) Vgl. Hegnauer N 26 der Vorbem. zu den Art. 264–269 ZGB

249) Bertholet, Les aspects juridiques du placement familial (Diss. Neuenburg 1969), 43f.

## 322.9 Ansprüche der unverheirateten Mutter (Art. 295)

Die Kosten, die durch die Schwangerschaft und Niederkunft entstehen, sind, wenn die Mutter verheiratet ist, nach den Bestimmungen des Eherechts zu tragen (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Ist die Mutter dagegen nicht verheiratet, so hat sie gegen den Vater einen besonderen Ersatzanspruch, der heute in Artikel 317 ZGB bei der Vaterschaftsklage, im Entwurf dagegen als Anhang zum Unterhaltsrecht des Kindes geregelt ist (Art. 295). Der Anspruch besteht, wie heute, wenn die Vaterschaftsklage begründet ist (Art. 317 Ingress ZGB) oder wenn der Vater das Kind anerkannt hat (Art. 309 Abs. 2 ZGB). Für die Klagfrist und die Zuständigkeit sind die Bestimmungen über die Vaterschaftsklage anzuwenden. Seinem Inhalt nach wird der Anspruch in zwei Punkten erweitert. Die Zeit, für die der Unterhalt der Mutter nach der Geburt zu ersetzen ist, wird von mindestens vier auf acht Wochen verlängert (Ziff. 2)<sup>250)</sup>. Das entspricht der Regelung in Artikel 35 Absatz 2 des Arbeitsgesetzes<sup>251)</sup>. Zudem wird der Anspruch auf Ersatz für andere Auslagen ausdrücklich auf die erste Ausstattung des Kindes ausgedehnt (Ziff. 3).

Umstritten ist heute, ob der Beklagte auch bei einer *Fehlgeburt* zur Schadloshaltung verpflichtet sei<sup>252)</sup>. Nach Artikel 295 Absatz 2 des Entwurfes kann nun der Richter aus Billigkeit der Mutter teilweisen oder vollständigen Ersatz der Kosten zusprechen, wenn die Schwangerschaft vorzeitig beendet wird. Das gilt für den Fall der Fehlgeburt wie auch der Unterbrechung der Schwangerschaft. Das Ermessen des Richters ist hier am Platz, weil die Umstände sehr verschieden sein können.

Eine weitere Streitfrage betrifft die Anrechnung der *Leistungen Dritter*<sup>253)</sup>. Auch hier stellt der Entwurf den Entscheid ins Ermessen des Richters: Nach Artikel 295 Absatz 3 darf er Leistungen Dritter, auf welche die Mutter nach Gesetz oder Vertrag Anspruch hat, anrechnen, soweit es die Umstände rechtfertigen.

Artikel 318 ZGB gewährt der ausserehelichen Mutter ausserdem Anspruch auf *Genugtuung*, wenn der Vater der Mutter vor der Beiwohnung die Ehe versprochen oder sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens an ihr schuldig gemacht oder die ihm über sie zustehende Gewalt missbraucht hat, oder sie zur Zeit der Beiwohnung noch nicht mündig gewesen ist. Der Anspruch ist ein Anwendungsfall von Artikel 28 ZGB und Artikel 49 des Obligationenrechts über den Schutz der Persönlichkeit<sup>254)</sup>. Er deckt sich praktisch völlig mit dem Genugtuungsanspruch bei Verlöbnißbruch nach Artikel 93 ZGB und wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen nach Artikel 49 des Obligationenrechts. In den weni-

<sup>250)</sup> Vgl. Postulat Huber (1955) Ziff. 1; Studienkommission Bericht I 33/34

<sup>251)</sup> Vgl. für das ausländische Recht Hegnauer ZSR 1965 II 190 N 12

<sup>252)</sup> Verneinend: BGE 41 II 468; SJZ 1915/16, 272 Nr. 68; 1946, 342 Nr. 130; Silbernagel N 22/23 zu Art. 317, N 3 zu Art. 309 ZGB. Bejahend: Hegnauer ZSR 1965 II 188 f.; N 12 zu Art. 317 ZGB; SJZ 1969, 344 Nr. 180; vgl. auch Lalive ZSR 1965 II 753 f.

<sup>253)</sup> Vgl. SJZ 1972, 59 Nr. 24

<sup>254)</sup> Gmür ZBJV 1899, 538; Hoffmann Sten.Bull. 1905, 1197; GBE 72 II 174

gen veröffentlichten Entscheidungen zu Artikel 318 ZGB hätte die Genugtuung auch auf die beiden zitierten Bestimmungen gestützt werden können. Ein Bedürfnis für einen besonderen Genugtuungsanspruch für den Fall der ausserehelichen Schwängerung besteht nicht. Er ist denn auch der ausländischen Gesetzgebung – auch der jüngsten – fremd. Der Entwurf lässt darum diese Bestimmung des bisherigen Rechts fallen. Der Schutz der ausserehelichen Mutter wird dadurch sachlich nicht vermindert.

### 323 Die elterliche Gewalt

#### 323.1 Vorbemerkung

Die elterliche Gewalt stellt für die Revision neben materiellen Problemen auch eine terminologische Frage. Die an die «*patria potestas*» des römischen Rechts erinnernde Bezeichnung wird heute als zu absolut empfunden. Das Institut hat in der Tat gegenüber dem alten Recht eingreifende Wandlungen durchgemacht. Indessen ist es nicht leicht, eine treffende bessere Bezeichnung zu finden. Der französische Code civil hat die «*puissance paternelle*» durch die «*autorité parentale*» ersetzt<sup>255</sup>). Dieser Ausdruck wird vom französischen Text des Entwurfes und entsprechend auch für den italienischen Text übernommen. Er bringt eine deutliche Abschwächung, die dem heutigen Verständnis des Instituts entspricht, ohne das ihm eigene Element der Entscheidungszuständigkeit preiszugeben. Für den deutschen Text ist diese Lösung jedoch nicht gangbar. Der Ausdruck «*Autorität*» ist ein Fremdwort, das zudem weniger mit der Vorstellung einer rechtlichen Zuständigkeit als einer geistigen Macht verbunden ist. Das Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik spricht von «*Erziehungsrecht*», der bundesdeutsche Entwurf von «*elterlicher Sorge*», der österreichische Entwurf von «*elterlichen Rechten und Pflichten*». Diese Ausdrücke überzeugen jedoch nicht<sup>256</sup>). Der Begriff der «*Sorge*» erscheint sprachlich unbestimmt. Insbesondere lässt sich ihm die gesetzliche Vertretung und die rechtliche Entscheidungszuständigkeit nicht entnehmen. Auch ist er sprachlichen Abwandlungen nicht in gleicher Weise zugänglich wie die elterliche Gewalt. Wendungen wie «*Inhaber, Entziehung, Verlust, Beschränkung, Missbrauch, Ausübung der elterlichen Sorge*» befriedigen nicht. Schliesslich lässt sich der Ausdruck im französischen und im italienischen Text nicht wiedergeben. Den Begriffen «*Sorgerecht*» und «*Erziehungsrecht*» fehlt das wesentliche Element der Pflicht. Der Sammelbegriff «*Elternrechte und -pflichten*» schliesslich gibt die Einheit des Institutes und die klare Abgrenzung zur Unterhaltspflicht preis. Im zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch und den ihm folgenden Rechten hiess das Institut «*väterliche Vormundschaft*», die gewöhnliche Vormundschaft dagegen «*obrigkeitliche Vormundschaft*». Diese Terminologie, die sich mit der geltenden skandinavischen berührt, bringt den Pflichtcharakter und die Fremdnützigkeit des Instituts trefflich zum Ausdruck, verwischt aber den grundsätzlichen Unterschied beider Insti-

<sup>255</sup>) Vgl. Flattet, *L'autorité parentale*, ZSR 1972 I 507

<sup>256</sup>) Vgl. dazu Neuhaus *RabelsZ* 1970, 396; Hoyer *FamRZ* 1972, 285

tute, insbesondere die Verwurzelung der elterlichen Gewalt in der Persönlichkeit der Eltern. Der Sache nach zutreffend und zeitgemäss wäre der Ausdruck «elterliche Leitung». Er wäre auch ohne weiteres im französischen und italienischen Text sinngemäss wiederzugeben (*direction parentale*, *direzione dei genitori*). Indessen ist der Ausdruck «Leitung» im gewöhnlichen Sprachgebrauch bereits mit einer Vielfalt verschiedenster Vorstellungen verbunden. Es ist fraglich, ob er sich als Bezeichnung eines genau bestimmten Rechtsinstitutes durchzusetzen vermöchte. Aus diesen Gründen behält der Entwurf den überlieferten und allgemein bekannten durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Doktrin genau definierten Begriff der elterlichen Gewalt im deutschen Text bei. Auch das Verfassungsrecht kommt ohne das Wort «Gewalt» nicht aus. Wenn von Gewaltentrennung, von gesetzgebender, vollziehender und richterlicher Gewalt die Rede ist, wenn die Bundesverfassung von Bundesgewalt und von der obersten Gewalt des Bundes spricht<sup>257)</sup>, wenn Kantonsverfassungen<sup>257a)</sup> sagen, die Staatsgewalt beruhe auf der Gesamtheit des Volkes, so ist mit Gewalt zwar ursprüngliche, ausschliessliche und umfassende, aber immer rechtlich geordnete und begrenzte Herrschaft gemeint. Diese Merkmale sind auch der elterlichen Gewalt eigen. Sie ist der Idee nach nicht abgeleitet, sondern ursprünglich, dem Staat vorgegeben, und sie ist umfassend und ausschliesslich, aber rechtlich gebunden<sup>258)</sup>. Ein Widerspruch mit den neuen romanischen Texten entsteht nicht, gibt doch die geltende Bundesverfassung von 1874 den Begriff der Gewalt im Sinne von staatlicher Entscheidungsbefugnis in Artikel 3 auf italienisch mit *autorità*, und in den Artikeln 71 und 95 auf französisch mit *autorité* wieder, und bezeichnet schon Artikel 49 die (väterliche) Gewalt mit *autorité (paternelle)*.

Dass es sich bei der elterlichen Gewalt um alles andere als um eine absolute und schrankenlose Herrschaft der Eltern handelt, sie vielmehr Züge eines Amtes oder Dienstes trägt, ist bereits unter dem geltenden Recht anerkannt<sup>259)</sup> und wird – wie noch zu zeigen ist – vom Entwurf noch stark verdeutlicht.

Im Aufbau gliedert sich der Abschnitt wie bisher in drei Teile, von denen der erste die allgemeinen Voraussetzungen, der zweite den Inhalt der elterlichen Gewalt und der dritte den Schutz des Kindes bei Versagen der Eltern behandelt.

### 323.2 Voraussetzungen (Art. 296–300)

#### 323.21 Im allgemeinen

Die elterliche Gewalt bedeutet Entscheidungszuständigkeit bezüglich *unmündiger Kinder* (Art. 296 Abs. 1 des Entwurfes). Artikel 273 Absatz 2 ZGB sieht die Fortdauer der elterlichen Gewalt für mündige Kinder, die entmündigt werden, vor, wenn die zuständige Behörde es nicht für angezeigt erachtet, ihnen einen Vormund zu bestellen. Was das Gesetz als Regel aufstellt<sup>260)</sup>, ist jedoch in der

<sup>257)</sup> Art. 3, 71

<sup>257a)</sup> Z. B. Zürich Art. 1; Bern Art. 2

<sup>258)</sup> Hegnauer N 4 ff zu Art. 273 ZGB

<sup>259)</sup> Vgl die bei Hegnauer N 10 zu Art. 273 ZGB zitierten Autoren

<sup>260)</sup> Vgl. Art. 385 Abs. 3 ZGB

Praxis die seltene Ausnahme. Die Eltern entmündigter Personen sind, sei es wegen ihres Alters, sei es wegen ihrer persönlichen Eigenart, in den wenigsten Fällen zur weitem Ausübung der elterlichen Gewalt geeignet. Eine besondere Vorschrift erscheint uns in Übereinstimmung mit der Studienkommission<sup>261)</sup> und Expertenkommission an dieser Stelle nicht notwendig. Es genügt, wenn das Vormundschaftsrecht die Möglichkeit vorsieht, bei Entmündigung statt der Errichtung einer Vormundschaft die elterliche Gewalt wieder eintreten zu lassen<sup>262)</sup>.

Elterliche Gewalt kann nur *handlungsfähigen* Personen zukommen (Art. 13–16 ZGB). Artikel 296 Absatz 2 des Entwurfes schliesst darum Unmündige und Entmündigte ausdrücklich von der elterlichen Gewalt aus. Das ist in bezug auf Unmündige nötig, weil der ledigen Mutter künftig von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt über ihr Kind zustehen soll (Art. 298 Abs. 1 des Entwurfes), sie aber häufig noch unmündig ist. Die Entmündigung bildet bereits nach Artikel 285 ZGB einen zwingenden Grund zur Entziehung der elterlichen Gewalt. Es ist aber folgerichtiger, den Verlust der elterlichen Gewalt von Gesetzes wegen eintreten zu lassen. Dass die Entziehung nach heutigem Recht in diesem Fall ausdrücklich ausgesprochen werden muss<sup>263)</sup>, erscheint als nutzloser Umweg.

### 323.22 Verheiratete Eltern

Das Zivilgesetzbuch unternahm den entscheidenden Schritt von der väterlichen zur elterlichen Gewalt, die während der Ehe nicht nur beiden Eltern zusteht, sondern von ihnen auch gemeinsam ausgeübt wird (Art. 274 Abs. 1)<sup>264)</sup>. Seither hat dieser Grundsatz allgemeine Anerkennung gefunden. Auch für den Entwurf ist er selbstverständlich (Art. 297 Abs. 1). Ebenso übernimmt er mit einer geringfügigen redaktionellen Modernisierung den Satz, dass die elterliche Gewalt nach dem Tod eines Ehegatten dem überlebenden Ehegatten zusteht und bei Scheidung demjenigen, dem die Kinder anvertraut werden (Art. 297 Abs. 3). Umstritten war bisher das Schicksal der elterlichen Gewalt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und bei gerichtlicher Trennung<sup>265)</sup>. Der Entwurf räumt nun dem Richter ausdrücklich die Befugnis ein, in diesen Fällen die elterliche Gewalt einem Elternteil zuzuteilen (Art. 297 Abs. 2). Das kann im Interesse des Kindes nötig sein, da in diesen Situationen erfahrungsgemäss eine gedeihliche gemeinsame Ausübung der Gewalt nur selten zustandekommt.

Nach bisherigem Recht entscheidet, wenn die Ehegatten in der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht einig sind, der Wille des Vaters (Art. 274 Abs. 2

<sup>261)</sup> Bericht II 40

<sup>262)</sup> Art. 385 Abs. 3 ZGB ist bei der Revision des Vormundschaftsrechts der heutigen Praxis anzupassen.

<sup>263)</sup> Vgl. Hegnauer N 24 zu Art. 285 ZGB

<sup>264)</sup> Vgl. Egger N 1 und 2 zu Art. 274 ZGB

<sup>265)</sup> Vgl. Hegnauer N 30, 32 ff. zu Art. 274 ZGB und dort Zitierte

ZGB)<sup>266</sup>). Dieser *Stichentscheid* des Vaters entspricht dem wenn auch abgeschwächten, so doch immer noch deutlichen Vorrang des Mannes im Eherecht (Art. 160 Abs. 1 ZGB). Die Aufhebung dieses Vorrechtes des Vaters ist ein wichtiges Begehren der Frauenverbände. Es ist offensichtlich begründet. Der Stichentscheid des Vaters ist mit der Rechtsgleichheit von Mann und Frau nicht vereinbar. Es liegt ihm unausgesprochen die Meinung zugrunde, der Wille des Vaters verdiene sachlich den Vorzug, eine Auffassung, die heute wohl niemand mehr im Ernst vertreten kann. Die skandinavischen Länder haben den Stichentscheid des Vaters schon lange vor dem zweiten Weltkrieg beseitigt. Auch die meisten jüngeren Gesetzgebungen des Auslandes kennen dieses Vorrecht des Vaters nicht mehr. Der Entwurf gibt ihn in Übereinstimmung mit dem Vorschlag der Studienkommission<sup>267</sup>) und der Expertenkommission ebenfalls auf.

Einzelne neuere ausländische Gesetze sehen für den Fall der Uneinigkeit der Eltern ein besonderes behördliches Verfahren vor<sup>268</sup>). Die Expertenkommission hält dies mit der Studienkommission für unnötig<sup>269</sup>). Der Bundesrat teilt diese Auffassung. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch Verheiratete bildet Teil des ehelichen Lebens und untersteht damit dem allgemeinen Gebot des einträchtigen Zusammenwirkens (Art. 159 Abs. 2 ZGB). Sind die Ehegatten hiezu nicht imstande, so ist mit den Mitteln des Eherechts (Eheschutz, Trennung oder Scheidung) oder des Kindesschutzes nach den Artikeln 307 ff. des Entwurfes Abhilfe zu schaffen. Zum Schutz gutgläubiger Dritter sind allerdings die Bestimmungen über die Vertretung des Kindes durch die Eltern zu ergänzen (vgl. Art. 304 Abs. 2 des Entwurfes).

### 323. 23 Unverheiratete Eltern

Ausserehelichen Eltern steht nach geltendem Recht die elterliche Gewalt nicht schon von Gesetzes wegen zu. Das Kind erhält zunächst einen Beistand, der vorab die Vaterschaft zu regeln hat, im übrigen aber alle Befugnisse eines Vormundes hat (Art. 311 Abs. 1 ZGB)<sup>270</sup>). Ist die Vaterschaft geregelt oder die Klagfrist unbenützt abgelaufen, so wird nach Artikel 311 Absatz 2 ZGB der Beistand durch einen Vormund ersetzt, wenn die Vormundschaftsbehörde es nicht für angezeigt erachtet, das Kind unter die elterliche Gewalt der Mutter oder des Vaters zu stellen. Die Berufung ans Bundesgericht gegen die Verweigerung der elterlichen Gewalt ist ausgeschlossen. Die Postulate Huber, vom 20. September 1955, und Gitermann, vom 4. Juni 1958, und verschiedene Eingaben von Frauenorganisationen verlangen auch hier eine Besserstellung der ausserehelichen Mutter. In der Tat vermag die geltende Regelung nicht zu befriedigen. Die Vormundschaftsbehörden waren bis vor kurzem in ihrem Entscheid über die Verleihung

<sup>266</sup>) Vgl. hiezu: Frischkopf E., Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt (Diss. Freiburg 1970), mit eingehenden rechtsvergleichenden Hinweisen und dogmatischen Erwägungen.

<sup>267</sup>) Bericht II 23 f.

<sup>268</sup>) Art. 372-1 rev. CCfr.; Referentenentwurf zu § 1628 BGB vom Oktober 1972

<sup>269</sup>) Ebenso Frischkopf a. a. O. 157

<sup>270</sup>) BGE 94 II 228; Hegnauer N 46 zu Art. 311 ZGB



der elterlichen Gewalt völlig frei<sup>271)</sup>. Sie machten von dieser Möglichkeit während Jahrzehnten nur selten und unterschiedlich Gebrauch. Weithin bildete die allgemeine Umwandlung der Beistandschaften in Vormundschaften die Regel, die selbst dann befolgt wurde, wenn die Mutter weder für die Ausübung der elterlichen Gewalt ungeeignet noch ihrer unwürdig war<sup>272)</sup>. Selbst gegen willkürliche Verweigerung der elterlichen Gewalt war der Mutter die Anrufung des Bundesgerichts versagt<sup>273)</sup>. Erst in den letzten Jahren ist unter dem Einfluss der Revisionsbewegung eine Wendung zugunsten der ausserehelichen Mutter eingetreten. Die elterliche Gewalt wird ihr nun häufiger – wenn auch örtlich immer noch sehr unterschiedlich – übertragen, und vor kurzem hat ihr das Bundesgericht endlich die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde zuerkannt<sup>274)</sup>. Die Änderung der gesetzlichen Regelung ist jedoch dadurch nicht überflüssig geworden.

Die Studienkommission schlug 1962 vor, die Vormundschaftsbehörde habe das Kind unter die elterliche Gewalt der Mutter zu stellen, wenn sein Wohl nicht die Bestellung eines Vormundes erfordere<sup>275)</sup>. Die Referate zum Juristentag 1965 und die Vernehmlassungen bewegten sich in ähnlicher Richtung<sup>276)</sup>. Diesen Vorschlägen ist mit dem geltenden Recht gemeinsam, dass die aussereheliche Mutter die elterliche Gewalt nicht schon von Gesetzes wegen, sondern in jedem Fall erst durch die ausdrückliche Verleihung durch die Vormundschaftsbehörde erwirbt. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu ehelichen Eltern, denen die elterliche Gewalt von Gesetzes wegen zusteht. Es ist daher zu prüfen, ob die Verschiedenheit der tatsächlichen Situation der ehelichen und der ausserehelichen Mutter diese rechtliche Ungleichheit rechtfertigt. Hiefür reicht die Tatsache nicht aus, dass die eheliche Mutter die elterliche Gewalt zusammen mit dem Vater ausübt, die aussereheliche Mutter dagegen allein. Denn die Gewalt steht der ehelichen Mutter von Gesetzes wegen auch dann allein zu, wenn der Vater stirbt oder wenn ihr – im Fall der Scheidung – die Kinder zugewiesen werden, ebenso der ledigen Mutter, wenn ihr Kind durch den Richter ehelich erklärt wird. Wohl aber liegt ein wesentlicher Unterschied darin, dass das Kind der ehelichen Mutter von Geburt an einen Vater im Rechtssinne hat, das Kind der ausserehelichen Mutter dagegen das Kindesverhältnis zum Vater erst noch herstellen muss. Das ist in der Tat eine Aufgabe, welche die aussereheliche Mutter aus verständlichen Gründen für das Kind nur selten sachgerecht zu lösen vermag. Es genügt aber, hiefür dem Kind einen Beistand zu bestellen, ohne dass der Mutter auch die übrigen Befugnisse der elterlichen Gewalt vorenthalten werden müssten.

Es kann auch nicht gesagt werden, die aussereheliche Mutter sei allgemein zur vernünftigen Ausübung der elterlichen Gewalt nicht oder weniger gut imstande als die eheliche. Zwar sind verhältnismässig viele aussereheliche Mütter

271) BGE 87 I 213, 72 II 337, 49 II 149; Egger N 18 zu Art. 324 ZGB

272) Vgl. Hegnauer N 206 zu Art. 324–327 ZGB; SJZ 1916/17, 263 Nr. 229; 1940/41, 314 Nr. 199; ZVW 1952, 113 Nr. 32; 1968, 25 Nr. 9

273) BGE 87 I 212; vgl. Hegnauer N 273 zu Art. 324–327 ZGB

274) BGE 97 I 263

275) Bericht I 25 f.

276) ZSR 1965 II; Hegnauer 133ff., Lalive 552ff.

charakterlich schwach und erzieherisch ungeeignet<sup>277)</sup>, aber bei weitem nicht alle. Und umgekehrt bietet auch die Eheschliessung als solche keine höhere Gewähr für erzieherische Eignung, hängt es doch oft von recht zufälligen Umständen ab, ob die Eltern vor oder nach der Zeugung oder Geburt des Kindes oder überhaupt heiraten. Die Vermutung erzieherischer Fähigkeit der ehelichen und erzieherischer Unfähigkeit der ausserehelichen Mutter, die der heutigen Ordnung zugrunde liegt, erscheint daher sachlich nicht stichhaltig. Sie enthüllt sich als Überrest des Kollektivurteils über den Makel der ausserehelichen Geburt und die Unwürdigkeit der ausserehelichen Mutter. Sie führt aber auch praktisch zu absurden Ergebnissen, wie z.B. dass eine Frau über ihr erstes Kind aus geschiedener Ehe die elterliche Gewalt hat, nicht aber über ihr zweites, aussereheliches Kind, auch wenn sie bezüglich beider Kinder erzieherisch gleich fähig oder unfähig ist. Zudem bleibt ausser acht, dass die unmittelbare Obhut und Sorge des Kindes wenigstens in der ersten Zeit, oft aber auch dauernd der Mutter obliegt. Dementsprechend stehen nach Doktrin und Praxis der Mutter, bei ihrem Fehlen dem Vater, unabhängig von der elterlichen Gewalt zahlreiche Befugnisse zu<sup>278)</sup>.

Wenn die bisherige Regelung mit der Notwendigkeit eines ausreichenden Schutzes des ausserehelichen Kindes verteidigt wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass dieser Schutz nicht weniger dem ehelichen Kind zukommen muss. Es geht daher nicht an, für Zuteilung und Entziehung der elterlichen Gewalt an die aussereheliche Mutter einen andern Massstab anzulegen als an die eheliche. Darauf läuft aber die geltende Regelung hinaus. Sie führt – wie erwähnt – dazu, dass die gleiche soziale Situation je nach dem ehelichen oder ausserehelichen Stand des Kindes verschieden behandelt wird.

Eine sachlich überzeugende Lösung kann daher nur darin gefunden werden, dass der unverheirateten Mutter von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt über ihr Kind zugesprochen wird (Art. 298 Abs. 1 des Entwurfes). Diese Lösung hat sich auch im Ausland, zum Teil schon vor Jahrzehnten, durchgesetzt<sup>279)</sup>. Dabei ist zu beachten, dass dem Kind der unverheirateten Mutter auch künftig in jedem Fall ein Beistand zu bestellen ist, der nicht nur für die Feststellung des Kindesverhältnisses zu sorgen, sondern auch die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen hat (Art. 309 Abs. 1 des Entwurfes). Er hat die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen, wenn er wahrnimmt, dass die Mutter ihrer Aufgabe nicht gewachsen ist (vgl. Art. 309 Abs. 3 des Entwurfes). Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die Gewalt entzogen, so wird dem Kind ein Vormund bestellt oder die elterliche Gewalt dem Vater übertragen, sofern das Kindeswohl gewährleistet ist (Art. 298 Abs. 2 des Entwurfes)<sup>280)</sup>. Ist der Vater verheiratet, so liegt die Übertragung der elterlichen Gewalt an ihn nur dann im Interesse des Kindes, wenn seine Ehefrau mit der Aufnahme des Kindes in die Hausgemeinschaft einverstanden ist und ein gutes Verhältnis zu

277) Binder H., Die uneheliche Mutterschaft (Bern 1941), 68f., und weitere bei Hegnauer ZSR 1965 II 137 Zitierte.

278) Vgl. Hegnauer N 61 ff., 98 ff. zu Art. 324–327 ZGB; ZSR 1965 II 147 ff.

279) § 1705 n. F. BGB; Art. 374 Abs. 2 rev. CCfr.; Egger N 17 zu Art. 324 ZGB

280) Vgl. das Beispiel in ZVW 1972, 81 Nr. 12

ihm hat. In solchen Fällen kann sich die Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater aber für das Kind sehr vorteilhaft auswirken<sup>281)</sup>. Der aussereheliche Vater ist somit von der elterlichen Gewalt nicht ausgeschlossen, aber er ist gegenüber der Mutter zurückgesetzt. Das ist sachlich gerechtfertigt, weil das Kindesverhältnis zur Mutter schon mit der Geburt zustande kommt und das Kind meist auch bei ihr aufwächst. Zudem verhütet das klare gesetzliche Vorrecht der Mutter den bei der Scheidung oft so verhängnisvollen Kampf um das Kind. Dieses Vorrecht wird für das geltende Recht erst von der jüngeren Doktrin und Praxis anerkannt<sup>282)</sup>. Die frühere gegenteilige Auffassung eines Vorranges des Vaters bestärkte die Abneigung der Beistände und der ausserehelichen Mütter gegen die Standesfolge wesentlich. – Ausgeschlossen bleibt auch nach dem Entwurf eine gemeinschaftliche elterliche Gewalt unverheirateter Eltern.

### 323.24 Stiefeltern

Geht der verwitwete, geschiedene oder aussereheliche Inhaber der elterlichen Gewalt eine Ehe ein, so nimmt der Ehegatte unvermeidlich in grösserem oder kleinerem Umfang an der Pflege und Erziehung des Kindes teil. Er ist hiezu auf Grund der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) auch verpflichtet. Indessen kommt ihm keine elterliche Gewalt zu. Damit ist die rechtliche Stellung des Stiefelternteils gegenüber dem Kind, dem Ehegatten und Dritten schwach und unsicher. Artikel 299 des Entwurfes hilft dem ab: Jeder Ehegatte hat dem andern in der Ausübung der elterlichen Gewalt gegenüber Stiefkindern in angemessener Weise beizustehen und ihn, wenn die Umstände es erfordern, zu vertreten. Darin liegt nicht nur eine Pflicht, sondern zugleich auch ein Recht. Der Stiefelternteil hat somit in dem Umfang, wie ihm die Umstände die Pflege und Erziehung des Kindes überbinden, auch Anteil an der elterlichen Gewalt. Damit wird der Zusammenhalt der durch die neue Ehe gegründeten Familie gefördert.

### 323.25 Pflegeeltern

Pflegeeltern kommt keine elterliche Gewalt zu. Sie haben grundsätzlich zu allen Entscheidungen die Weisungen der Eltern einzuholen<sup>283)</sup>. Indessen kommen immer wieder Situationen vor, wo dies in nützlicher Frist nicht möglich oder sachlich nicht gerechtfertigt ist, weil die Pflegeeltern mit den wesentlichen Verhältnissen besser vertraut sind als die Eltern. Es liegt darum im Interesse des Kindes, wenn auch die rechtliche Stellung der Pflegeeltern gestärkt wird<sup>284)</sup>. Artikel 300 des Entwurfes sieht demgemäss vor, dass Dritte, denen das Kind zur Pflege anvertraut wird, unter Vorbehalt abweichender Anordnungen die Eltern in

<sup>281)</sup> Webler, Uneheliche Kinder in der Obhut ihrer Väter, in Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1969, 177

<sup>282)</sup> Vgl. Hegnauer N 219 ff. zu Art. 324–327 ZGB

<sup>283)</sup> Bertholet, Les aspects juridiques du placement familial, 54

<sup>284)</sup> Vgl. Egger N 13 zu Art. 284 ZGB; Nationalrat Alder StenBull 1972 NR 500 f.

der Ausübung der elterlichen Gewalt vertreten, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist. Das gilt nicht nur für Pflegeeltern im engeren Sinne, sondern auch für Leiter eines Heimes, in dem das Kind untergebracht ist.

### 323.3 *Inhalt* (Art. 301–306)

#### 323.31 Im allgemeinen

In bezug auf den Inhalt der elterlichen Gewalt sind materielle Änderungen nicht nötig. Dagegen ist die Zweckgebundenheit der elterlichen Gewalt im Gesetz deutlicher zum Ausdruck zu bringen: Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen beschränkten Handlungsfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 ZGB) die für es nötigen Entscheidungen (Art. 301 Abs. 1 des Entwurfes). «Erziehung ist aber kein Einbahnverkehr von oben nach unten», sondern Ergebnis der gesamten gegenseitigen persönlichen Begegnung von Eltern und Kind. «Das bedingt, dass seine Freiheit geachtet, sein notwendiger Widerstand nicht unterdrückt, sein Selbstwertgefühl nicht zerstört wird. Erst so kann es sich zur Mündigkeit entwickeln, welche in der Lage ist, Verantwortung und Schutz für etwas zu übernehmen»<sup>285</sup>). Die Eltern haben daher dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung zu gewähren und in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Art. 301 Abs. 2 des Entwurfes). Wesentliches Element der elterlichen Gewalt und zugleich Voraussetzung ihrer Ausübung ist die Befugnis der Eltern, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (*droit de garde*)<sup>286</sup>). Artikel 273 Absatz 1 ZGB erwähnt nur das Verhältnis zu Dritten: Das Kind darf den Eltern nicht widerrechtlich entzogen werden. Der Entwurf ergänzt diese Bestimmung im Verhältnis zum Kind selbst: es darf ohne Einwilligung der Eltern die häusliche Gemeinschaft nicht verlassen (Art. 301 Abs. 3). Bezüglich der Namensgebung wird schliesslich im deutschen Gesetzestext der Ausdruck «*Personnennamen*» (Art. 275 Abs. 3 ZGB) durch den gebräuchlichen «*Vornamen*» ersetzt (Art. 301 Abs. 4 des Entwurfes).

Nach Artikel 275 Absatz 1 ZGB sind die Kinder den Eltern *Gehorsam und Ehrerbietung* schuldig. Auf diese Bestimmung kann jedoch verzichtet werden. Der Anspruch auf Gehorsam ist in der Befugnis zur Leitung der Pflege und Erziehung enthalten (Art. 301 Abs. 1 des Entwurfes). Ehrerbietung ist zwar sittliche Pflicht, erscheint aber als Ausdruck einer inneren Haltung, die wie die Liebe zwischen Ehegatten aus der persönlichen Begegnung hervorgeht und im Verhältnis zwischen Eltern und Kind im wesentlichen gerade von der Erziehung abhängt<sup>287</sup>).

<sup>285</sup>) Josef Duss-von Werdt, Leiter des Institutes für Ehe- und Familienwissenschaft, Zürich, in Überlegungen zur Familie von morgen, Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit 1972, 283

<sup>286</sup>) Vgl. BGE 95 II 385

<sup>287</sup>) Schon die Kommission zur Beratung von Bluntschlis Entwurf des zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuches hatte die Übernahme der Art. 371 und 372 des Code civil über die Ehrerbietung und den Gehorsam der Kinder gegenüber den Eltern abgelehnt. Die Minderheit hielt es aber für höchst bedenklich, das Prinzip des kindlichen Gehorsams, ohne welches ein sittliches Familienleben nicht bestehen könne, in

In der elterlichen Gewalt ist auch die Befugnis zur *Züchtigung* des Kindes enthalten, soweit dies zu seiner Erziehung nötig ist. Indessen bedarf diese Befugnis keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz. Der Code civil français und der Codice civile italiano kommen ohne sie aus, ebenso das revidierte Bürgerliche Gesetzbuch und die übrigen neuern Familienrechtsgesetze. Der Entwurf lässt darum den bisherigen Artikel 278 ZGB fallen.

### 323.32 Erziehung

Die vornehmste Aufgabe der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder, ist sittlicher Natur und entzieht sich im einzelnen rechtlicher Normierung<sup>288)</sup>. Demgemäß muss der Gesetzgeber sich hier auf allgemeine Leitsätze beschränken. Nach Artikel 275 Absatz 2 ZGB haben die Eltern ihre Kinder ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen. Der Entwurf erweitert diese allzu knappe Vorschrift dahin, dass die Eltern die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu fördern und zu schützen haben (Art. 302 Abs. 1). Im besonderen haben sie dem Kind eine angemessene allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen. Diese Pflicht gilt auch gegenüber dem körperlich oder geistig gebrechlichen Kind. Dass die berufliche Ausbildung nicht wie bisher (Art. 276 ZGB) Gegenstand einer besondern Bestimmung bildet, mindert ihre Bedeutung keineswegs. Sie ist Teil der Ausbildung überhaupt, für welche auch in gleicher Weise die heute nur für die berufliche Ausbildung erwähnte Pflicht zur Berücksichtigung der Fähigkeiten und Neigungen des Kindes gilt (Art. 302 Abs. 2 des Entwurfes).

Die Erziehung und Ausbildung des Kindes ist nicht Sache der Eltern allein. Einen bedeutsamen Anteil an dieser Aufgabe hat die *Schule* und die öffentliche oder gemeinnützige *Jugendhilfe*<sup>289)</sup>. Soll ihre Arbeit sich zum Wohl des Kindes auswirken, sind sie auf die Unterstützung der Eltern angewiesen. Artikel 302 Absatz 3 des Entwurfes verpflichtet darum die Eltern mit der Schule und, wo es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenzuarbeiten. Wohl enthalten die kantonalen Gesetze auch Vorschriften über die Pflichten der Eltern. Diese betreffen aber im wesentlichen das äussere Verhalten, insbesondere die Pflicht, die Kinder regelmässig und pünktlich zur Schule zu schicken. Hier geht es jedoch nicht um die Pflicht der Eltern gegenüber der Schule, sondern gegenüber dem Kind, in seinem Interesse mit der Schule und der Jugendhilfe zusammenzuarbeiten. Sie haben das in «geeigneter Weise» zu tun. Das kann im Einzelfall auch bedeuten, dass die Eltern sich einem objektiv verfehlten Vorgehen eines Lehrers oder einer Fürsorgerin widersetzen dürfen und sollen. Die Bestimmung richtet sich nicht gegen die positive Erziehungsfreiheit der Eltern, sondern gegen die leider verbreitete und dem Kind höchst abträgliche Gleichgültigkeit gegenüber der Arbeit der Schule und der Jugendhilfe.

einer Zeit (– 1853! –) zu schwächen oder zu verleugnen, in welcher die Kinder nur zu geneigt seien, sich eine grundlose und frühreife Selbständigkeit anzumassen; Schneider N 2 zu § 655 PGB.

<sup>288)</sup> Vgl. dazu Bericht «Für die Familie» BBl 1944 997

<sup>289)</sup> Bericht «Für die Familie» BBl 1944 983 ff.

## 323.33 Religiöse Erziehung

Artikel 303 des Entwurfes übernimmt Artikel 277 ZGB unverändert, abgesehen von einer kleinen redaktionellen Änderung des dritten Absatzes. Eine am 29. Januar 1959 von Agénor Krafft der Bundesversammlung eingereichte Petition regte zwar analog zu Artikel 182 der Zivilstandsverordnung die Einführung von Bussen an, um Artikel 277 Absatz 2 ZGB Nachachtung zu verschaffen. Die Studienkommission hält solche Massnahmen jedoch nicht für nötig<sup>290)</sup>. Strafrechtliche Massnahmen dürften kaum die richtige Lösung sein. Zudem sei die Frage mehr politischer als juristischer Natur. Die Expertenkommission pflichtet dieser Auffassung bei, um so mehr als nach dem Apostolischen Schreiben Papst Pauls VI. «Matrimonia mixta» vom 31. März 1970 der nichtkatholische Ehegatte kein Versprechen römisch-katholischer Erziehung der Kinder mehr abzulegen hat<sup>291)</sup>. Auch der Bundesrat schliesst sich diesen Überlegungen an. Immerhin erscheint eine Abschwächung der Bestimmung nicht angezeigt, solange die can. 1060/1061 und 2319 des «codex iuris canonici» formell in Kraft stehen.

## 323.34 Vertretung

Zur Entscheidungszuständigkeit der Eltern gehört neben der Erziehung auch die gesetzliche Vertretung des Kindes. Der Entwurf sieht hier verschiedene Änderungen vor. Nach Artikel 304 Absatz 2 dürfen gutgläubige Dritte voraussetzen, dass während der Ehe jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt. Diese Bestimmung ist wegen der Aufhebung des väterlichen Stichtescheides nötig und trägt dem sachlich wichtigsten Bedenken hiegegen Rechnung. Sie ist Artikel 372-2 des revidierten Code civil français und Artikel 202 Absatz 2 ZGB über die Verfügungsbefugnis des Ehemannes über Frauengut nachgebildet.

Die zweite Änderung betrifft die Anwendung der Bestimmungen des Vormundschaftsrechts. Nach Artikel 280 Absatz 1 ZGB hat das Kind unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person. Dabei finden nach Absatz 2 die Bestimmungen über die Vertretung durch den Vormund entsprechende Anwendung mit Ausschluss der Vorschrift betreffend Mitwirkung der Bevormundeten bei der Vermögensverwaltung. Während die erste Bestimmung in Artikel 305 Absatz 1 des Entwurfes beibehalten wird, bedarf die zweite der Änderung. Die Verweisung auf die Vertretung durch den Vormund beschränkt sich heute auf die Handlungsfähigkeit des Kindes und betrifft somit genau genommen nur die Artikel 410 und 411 ZGB über das eigene Handeln des Bevormundeten. Das ist jedoch zu eng. Das Verbot der Eingehung von Bürgschaften, der Vornahme erheblicher Schenkungen und der Errichtung von Stiftungen nach Artikel 408 ZGB muss auch für die elterliche Vertretung gelten<sup>292)</sup>. Sodann widerspricht der Ausschluss der Mitsprache des Kindes bei der

<sup>290)</sup> Bericht II 25 f.

<sup>291)</sup> Richtlinien der Schweiz. Bischofskonferenz vom 16. September 1970, II 1 c

<sup>292)</sup> So auch Egger N 14, Hegnauer N 100 zu Art 279 ZGB, BGE 63 II 129, 69 II 70

Vermögensverwaltung nach Artikel 280 Absatz 2 ZGB der heutigen Auffassung der elterlichen Gewalt, wie sie in der allgemeinen Umschreibung von Artikel 302 Absatz 2 des Entwurfes Ausdruck findet. Der Entwurf verweist darum bei der allgemeinen Bestimmung über die Vertretung des Kindes durch die Eltern auf die Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten (Art. 304 Abs. 3). Damit finden die Artikel 408 bis 411 ZGB ohne weiteres Anwendung. Demgemäss dürfen auch die Eltern die dem Vormund verbotenen Geschäfte nicht vornehmen und müssen sie das Kind, wenn es urteilsfähig und älter als sechzehn Jahre alt ist, in wichtigen Angelegenheiten der gesetzlichen Vertretung soweit tunlich um seine Ansicht befragen. Dagegen bleibt die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 421 und 422 ZGB) wie bisher ausgeschlossen (Art. 304 Abs. 3 des Entwurfes).

Artikel 281 ZGB über das Handeln des Kindes für die Gemeinschaft ist in Artikel 306 Absatz 1 des Entwurfes übernommen worden unter Streichung der letzten Worte «nach ihrem Güterstand». Denn die Bestimmung gilt auch für geschiedene und unverheiratete Eltern. Schliesslich vereinfacht der Entwurf auch die Behandlung der Verträge des Kindes mit den Eltern und der Interzessionsgeschäfte. Nach der allgemeinen Bestimmung des Artikels 392 Ziffer 2 ZGB müssten hier ein Beistand und nach den Artikeln 421 und 422 ZGB die vormundschaftlichen Behörden mitwirken. Artikel 282 ZGB schreibt jedoch vor, dass hier neben einem Beistand die Vormundschaftsbehörde immer zuzustimmen hat, ihre Zustimmung aber auch genügt<sup>293</sup>). Diese Sonderbehandlung erscheint sachlich nicht gerechtfertigt<sup>294</sup>); auch bereitet die Abgrenzung des Artikels 282 gegenüber Artikel 392 Ziffer 2 grosse praktische Schwierigkeiten<sup>295</sup>). Artikel 306 Absatz 2 des Entwurfes verweist darum für diese Geschäfte auf die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 Ziff. 2 ZGB).

#### 323.4 Kindesschutz (Art. 307–317)

Zu den wertvollsten Neuerungen des ZGB gehören die Bestimmungen zum Schutz des Kindes. Es sind freilich nur wenige allgemeine Vorschriften (Art. 283 bis 289 ZGB). Sie für die Bedürfnisse der Praxis auszulegen und zu konkretisieren, war eine der grossen Aufgaben, welche das neue Recht der Rechtslehre und Rechtsanwendung stellte. Diese haben eine Fülle mannigfaltiger Regeln entwickelt, die nur noch mit Hilfe der Literatur erfasst und überblickt werden können<sup>296</sup>). Die Grundgedanken des zivilrechtlichen Kindesschutzes des ZGB haben sich bewährt. Die Aufgabe der Revision besteht darin, sie zu verdeutlichen, wichtige Folgerungen zu kodifizieren, einzelne Mängel zu beseitigen und Lücken zu schliessen. Zu Beginn des Jahrhunderts sah der Gesetzgeber seine Aufgabe in einer «Verschärfung der obrigkeitlichen Aufsicht über die Eltern gegenüber einer Verwahrlosung der Jugend, für die bei den modernen Erwerbs- und Wohnungs-

<sup>293</sup>) Vgl. dazu Hegnauer N 83 zu Art. 282 ZGB

<sup>294</sup>) Lecoultré ZVW 1964, 16

<sup>295</sup>) Vgl. Spitzer ZVW 1955, 6; Hegnauer N 4–37 zu Art. 282 ZGB

<sup>296</sup>) Vgl. die Kommentare Egger und Hegnauer zu Art. 283–286 ZGB

verhältnissen eine grössere Gefahr als ehemals zu bestehen scheint»<sup>297</sup> Diese Bemerkung gilt sinngemäss auch heute.

### 323.41 Geeignete Vorkehrungen

Voraussetzung von Kinderschutzmassnahmen ist nach Artikel 283 ZGB pflichtwidriges Verhalten der Eltern. Diese Umschreibung ist vorwurfsgeladen und nicht mehr zeitgemäss; sie erschwert auch die Zusammenarbeit der Eltern mit der Behörde. Artikel 307 Absatz 1 des Entwurfes stellt statt dessen die Gefährdung, also die objektive Schutzbedürftigkeit des Kindes in den Vordergrund. Sodann wird das Subsidiaritätsprinzip verankert<sup>298</sup>: Die Behörde hat nur einzuschreiten, wenn die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind.

Bisher waren die zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen auf Pflegekinder nicht anwendbar<sup>299</sup>. Dieser Mangel wird nur teilweise wettgemacht durch die öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche die meisten Kantone über die Pflegekinderaufsicht erlassen haben<sup>300</sup>. Das Postulat Eggenberger vom 24. September 1948 verlangte darum den Erlass eines Bundesgesetzes zum Schutze von Pflegekindern<sup>301</sup>. Diesem Anliegen kann durch die Ausdehnung des zivilrechtlichen Kinderschutzes auf die Pflegekinder zum Teil Rechnung getragen werden. Artikel 307 Absatz 2 des Entwurfes verpflichtet demgemäss die Vormundschaftsbehörde, auch zum Schutz von Kindern einzuschreiten, die bei Pflegeeltern untergebracht sind oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft leben, z. B. in Kinderheimen, Internatsschulen u. dgl.

Sodann konkretisiert Artikel 307 Absatz 3 des Entwurfes den allgemeinen Begriff der «geeigneten Vorkehrungen» durch Beispiele. Die Vormundschaftsbehörde kann die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen<sup>302</sup>. Sie kann zudem eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, welcher Einblick und Auskunft zu geben ist. Damit kann auch geprüft werden, ob die Eltern eine bestimmte Weisung, z. B. das gebrechliche Kind in eine Sonderschule zu schicken, befolgt haben. Die für die Praxis sehr wichtige «Erziehungsaufsicht» oder «vormundschaftliche Aufsicht» wird damit kodifiziert.

<sup>297</sup> Huber, Erläuterungen I, 3

<sup>298</sup> Vgl. Hegnauer N 49 ff. zu Art. 283 ZGB

<sup>299</sup> Hegnauer N 59 zu Art. 283 ZGB

<sup>300</sup> Vgl. Hegnauer N 29 der Vorbemerkungen zu den Art. 264–269 ZGB; Hess, Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (ZBl) 1947, 289; Bertholet, Les aspects juridiques du placement familial, 66 ff.

<sup>301</sup> Vgl. dazu Bertholet a. a. O. 91 ff.

<sup>302</sup> Vgl. dazu Hegnauer N 118 ff. zu Art. 283 ZGB



## 323.42 Beistandschaft

Als neue Massnahme sieht Artikel 308 des Entwurfes die Ernennung eines Beistandes vor. Seine allgemeine Aufgabe besteht darin, dass er die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Er hat somit Erziehungshilfe (assistance éducative) zu leisten. Um Verwechslungen mit dem verwandten Institut des revidierten Jugendstrafrechts (Art. 91 Ziff. 1 StGB) zu vermeiden, wird nicht diese Bezeichnung, sondern die der Beistandschaft verwendet. Nach Inhalt und Zweck stimmen beide Massnahmen praktisch weitgehend überein. Die Beistandschaft ist anzuordnen, wenn die Verhältnisse es erfordern, d. h. wenn die Eltern ohne solche Unterstützung ihrer Aufgabe nicht zu genügen vermögen, eingreifendere Massnahmen aber nicht nötig sind. Diese Voraussetzung ist häufig gegeben, wenn die elterliche Gewalt nur einem Elternteil zusteht. Namentlich die alleinstehende – verwitwete, geschiedene oder ledige – Mutter ist oft auf solche Unterstützung angewiesen. Dem Beistand können nach Artikel 308 Absatz 2 des Entwurfes besondere Befugnisse übertragen werden wie namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte und die Überwachung des persönlichen Verkehrs. Artikel 308 Absatz 3 des Entwurfes sieht vor, dass dabei die elterliche Gewalt entsprechend beschränkt werden kann.

In diesem Zusammenhang ist auf das Postulat Forel, vom 27. Juni 1971, angenommen am 14. März 1972, einzugehen. Es verlangt die Aufnahme von Bestimmungen ins ZGB, die es Ärzten ermöglichen würden, ihre Pflichten gegenüber Kindern zu erfüllen, die dringend medizinischer Heilmassnahmen bedürfen, auch wenn die Eltern aus weltanschaulichen Gründen ihre Einwilligung verweigern. Der Bundesrat hat bereits in seiner Stellungnahme vom 23. Februar 1972 ausgeführt, dass ein Arzt nach Artikel 34 Ziffer 2 des Strafgesetzbuches eine Massnahme, die der Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr für Leben und Gesundheit des Kindes dient, auch ohne Zustimmung der Eltern oder der Vormundschaftsbehörde vornehmen darf. In dieser Hinsicht ist eine Gesetzesänderung nicht erforderlich. Liegt dagegen keine unmittelbar drohende, aber doch eine erkennbare schwerwiegende Gefahr vor, so kann die Behörde nach Artikel 283 ZGB die Eltern auffordern, den Eingriff vornehmen zu lassen. Leisten die Eltern der Aufforderung keine Folge, so kann der Vormund den Eingriff vornehmen lassen, nachdem die Behörde den Eltern zu diesem Zweck nach Artikel 285 ZGB die elterliche Gewalt entzogen hat. Ob die Behörde in diesem Fall ohne vorherigen Entzug der elterlichen Gewalt den ärztlichen Eingriff vornehmen lassen darf, erscheint in Lehre und Praxis umstritten. Diesen Ausführungen der Beantwortung des Postulats ist beizufügen, dass sich das Problem nur für das urteilsunfähige Kind stellt. Denn die Zustimmung zu einer Heilbehandlung ist ein höchstpersönliches Recht, das der urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte nach Artikel 19 Absatz 2 ZGB selber ausübt. Die für die Behandlung urteilsunfähiger Kinder bestehende Unklarheit wird nun durch den Entwurf behoben. Die Vormundschaftsbehörde kann einen Beistand nach Artikel 308 des Entwurfes bestellen und ihm nach den Absätzen 2 und 3 die besondere Befugnis übertragen,

die für die Heilbehandlung nötige Zustimmung anstelle der Eltern zu erteilen. Besteht aber sonst kein Anlass für die Errichtung einer dauernden Beistandschaft, so kann die Vormundschaftsbehörde die Zustimmung auch direkt erteilen. Denn eine Befugnis, die einem der Vormundschaftsbehörde unterstellten Organ zusteht, darf auch von dieser selbst ausgeübt werden<sup>303)</sup>.

Nach Artikel 311 Absatz 1 ZGB muss in jedem Fall für ein aussereheliches Kind ein Beistand ernannt werden, der dessen Interessen zu wahren hat. Artikel 309 des Entwurfes behält diese segensreiche Einrichtung bei. Die Aufgabe des Beistandes wird aber, da der Mutter nun von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt zukommt (Art. 298 Abs. 1), einerseits auf die Feststellung der Vaterschaft beschränkt, andererseits entsprechend der fürsorgerischen Praxis auf die Betreuung der Mutter erweitert. Dazu gehört auch die Abklärung, ob im Interesse von Mutter und Kind dessen Plazierung zur Adoption in Betracht zu ziehen sei. Diese Beistandschaft ist nach Artikel 309 Absatz 2 des Entwurfes auch zu errichten, wenn ein Kindesverhältnis infolge Anfechtung beseitigt worden ist<sup>304)</sup>. Die Beistandschaft erlischt mit der Feststellung der Vaterschaft nicht ohne weiteres. Vielmehr hat die Vormundschaftsbehörde alsdann auf Antrag des Beistandes nach Artikel 309 Absatz 3 des Entwurfes darüber zu entscheiden, ob die Beistandschaft aufzuheben oder andere Kindesschutzmassnahmen anzuordnen seien. Das gilt auch, wenn die Vaterschaftsklage binnen zwei Jahren seit der Geburt nicht erhoben worden ist. In Betracht kommen namentlich die Beistandschaft nach Artikel 308 des Entwurfes, die Aufhebung der Obhut nach Artikel 310 oder die Entziehung der elterlichen Gewalt nach Artikel 311 und 312. Damit bietet auch das neue Recht Gewähr, dass das Kind unverheirateter Eltern den nötigen rechtlichen Schutz geniesst.

### 323.43 Aufhebung der elterlichen Obhut

Eine unentbehrliche Vorkehr des Kindesschutzes ist die Wegnahme und Versorgung des Kindes (Art. 284 ZGB). Rechtlich handelt es sich dabei um die Entziehung der elterlichen Befugnis zur Bestimmung der Obhut über das Kind. Die heutige Regelung bedarf in verschiedenen Punkten der Anpassung an die Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis. Heute ist die Massnahme davon abhängig, dass das Kind in seinem leiblichen oder geistigen Wohl dauernd gefährdet oder dass es verwaht sei. Die Anwendung dieser weiten Ermessensbegriffe bereitet oft erhebliche Schwierigkeiten. Sachlich notwendig und genügend ist es jedoch auch hier, das Proportionalitäts- und das Subsidiaritätsprinzip<sup>305)</sup> zu verankern: die Massnahme ist zu treffen, wenn der Gefährdung des Kindes auf andere Weise, d. h. weder durch eine Vorkehr nach Artikel 307 des Entwurfes noch durch eine Beistandschaft nach Artikel 308 des Entwurfes begegnet werden kann. Sodann verdeutlicht der Entwurf, dass das Kind nicht nur den Eltern wegzunehmen ist, sondern auch Dritten, bei denen sie es untergebracht haben.

<sup>303)</sup> Vgl. Huber, Erläuterungen I 300; BGE 69 I 221, 86 II 211

<sup>304)</sup> Vgl. Hegnauer N 5 zu Art. 311, N 45/46 zu Art. 253 ZGB

<sup>305)</sup> Hegnauer N 5–12 zu Art. 284 ZGB

Nach Artikel 284 ZGB ist das Kind in angemessener Weise in einer Familie oder Anstalt unterzubringen. Der Entwurf lässt die Worte «in einer Familie oder Anstalt» fallen. Sie sind überflüssig, aber auch unvollständig. In Betracht kommt ja gegebenenfalls auch die Unterbringung bei einer Einzelperson oder in einem Heim, für das die heute etwas belastete Bezeichnung «Anstalt» nicht mehr zutrifft.

Neben der dauernden Gefährdung oder Verwahrlosung des Kindes sieht Artikel 284 Absatz 2 ZGB die Wegnahme und Versorgung des Kindes auch auf Begehren der Eltern vor, wenn ihnen das Kind böswilligen und hartnäckigen Widerstand leistet. Der Entwurf gibt dieser Bestimmung ein allgemeineres und zeitgemässeres Anwendungsgebiet: Das Verhältnis zwischen Eltern und Kind ist so schwer gestört, dass das weitere Verbleiben des Kindes im gemeinsamen Haushalt unzumutbar geworden ist (Art. 310 Abs. 2). Das Begehren um Aufhebung der elterlichen Obhut kann nicht nur von den Eltern, sondern auch vom Kind gestellt werden. Die neuere Praxis hat dies bereits zugelassen<sup>306)</sup>. Der Entwurf anerkennt auch hier das Persönlichkeitsrecht des Kindes.

Schliesslich kodifiziert Artikel 310 Absatz 3 des Entwurfes den sehr wichtigen Grundsatz, dass die Wegnahme des Kindes auch darin bestehen kann, dass den Eltern untersagt wird, das Kind von einem Pflegeplatz wegzunehmen<sup>307)</sup>. Die Kontinuität des (guten) Aufwuchsortes ist, wie die Erfahrungen zeigen, für die Entwicklung des Kindes von entscheidender Bedeutung. Sie kann ernstlich gefährdet werden, wenn Eltern ihr Kind von einem Pflegeplatz wegnehmen, an dem es stark verwurzelt ist. Die Eltern haben diese Massnahme nicht zu befürchten, wenn sie sich auch bei Fremdplazierung um den Aufbau und die Pflege einer persönlichen Beziehung zum Kinde gekümmert haben.

### 323. 44 Entziehung der elterlichen Gewalt

Auch beim schwersten Eingriff, der Entziehung der elterlichen Gewalt, sind auf Grund der praktischen Erfahrungen verschiedene Änderungen angezeigt. Der Grundsatz, dass die Entziehung nur stattfinden darf, wenn andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen (Ingress von Art. 311 des Entwurfes), wird auch hier ausdrücklich verankert. Sodann werden die Entziehungsgründe neu umschrieben. Von den bisherigen entfällt von vornherein derjenige der Entmündigung der Eltern; denn künftig haben Entmündigte von Gesetzes wegen keine elterliche Gewalt (Art. 296 Abs. 2 des Entwurfes). Die beiden übrigen knüpfen einerseits an den Zustand der Eltern im Entzugszeitpunkt, andererseits an ihr früheres Verhalten an: Die Gewalt ist zu entziehen, wenn die Eltern nicht imstande sind, sie auszuüben, oder sich eines schweren Missbrauches der Gewalt oder einer groben Vernachlässigung ihrer Pflichten schuldig gemacht haben. Der erste Grund erscheint zu allgemein. Der

<sup>306)</sup> ZVW 1970, 67: 1971, 15

<sup>307)</sup> Vgl. dazu Egger N 13 zu Art. 273 ZGB; Hegnauer N 20, 44, 66 zu Art. 284 ZGB; Neuhaus FamRZ 1972, 280, Z. 4; Bertholet, Les aspects juridiques du placement familial, 49/50; Nationalrat Alder, StenBull 1972 NR 501

Entwurf verdeutlicht: Die Eltern sind wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande, die elterliche Gewalt pflichtgemäss auszuüben (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1). Der zweite Grund ist zu eng, weil er ein Verschulden der Eltern voraussetzt. Der Entwurf stellt statt dessen das objektive Verhalten der Eltern in den Vordergrund: Sie haben sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder haben ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2).

Heute wird die elterliche Gewalt von der vom kantonalen Recht bezeichneten zuständigen Behörde entzogen. Es besteht jedoch kein hinreichender Grund, für die typische vormundschaftliche Aufgabe der Entziehung der elterlichen Gewalt eine besondere kantonale Zuständigkeitsordnung vorzusehen. Die heutige Regelung wirkt sich auch unvorteilhaft auf die Rechtsmittel und die Verantwortlichkeit aus, in bezug auf welche nicht die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts, sondern des kantonalen Verwaltungsrechts anwendbar sind. Der Entwurf überträgt die Aufgabe der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde. Die Organisation der vormundschaftlichen Behörden ist Sache des kantonalen Rechts (Art. 361 Abs. 2 ZGB). Damit ist die kantonale Autonomie genügend gewahrt.

Nach Artikel 286 ZGB ist bei Wiederverheiratung von Vater oder Mutter, wenn die Verhältnisse es erfordern, den Kindern, die sich unter ihrer Gewalt befinden, ein Vormund zu bestellen. Die Bestellung des Vormundes erfolgt nach Artikel 379 ZGB durch die Vormundschaftsbehörde und hat von Gesetzes wegen die Entziehung der elterlichen Gewalt zur Folge. Die Möglichkeit einer vereinfachten Entziehung der elterlichen Gewalt durch die Vormundschaftsbehörde erscheint an sich richtig. Unnötig und sachlich verfehlt ist sie allerdings bei Wiederverheiratung<sup>308)</sup>. Der Entwurf gibt sie darum hier auf, sieht sie dagegen vor, wenn die Eltern aus wichtigen Gründen darum nachsuchen, und, nach der durch das Bundesgesetz vom 30. Juni 1972 eingeführten Vorschrift des Artikels 286<sup>a</sup> ZGB, wenn die Eltern in eine künftige Adoption des Kindes durch ungenannte Dritte eingewilligt haben (Art. 312 des Entwurfes). Damit wird gerade auch in Fällen unerwünschter Schwangerschaft die Möglichkeit geschaffen, das Kind schon bald nach der Geburt bei Pflegeeltern zur künftigen Adoption unterzubringen. Als wichtiger Grund kommt namentlich in Betracht, dass die Eltern sich selber ausserstande sehen, ihrer Aufgabe richtig nachzukommen. Die Möglichkeit, dass die Eltern selber das Gesuch um die Entziehung der Gewalt stellen, begünstigt erfahrungsgemäss, wie bei der Entmündigung auf eigenes Begehren nach Artikel 372 ZGB, die Zusammenarbeit der Eltern mit den vormundschaftlichen Organen, während der ausführliche Nachweis eines Entziehungsgrundes die Eltern oft in eine Oppositions- oder Abwehrhaltung hineindrängt<sup>309)</sup>.

Die Vorschrift von Artikel 285 Absatz 2 ZGB, dass die Kinder (nur) dann einen Vormund erhalten, wenn die Gewalt beiden Eltern entzogen wird, wird in Artikel 311 Absatz 2 des Entwurfes unverändert beibehalten. Die weitere Bestimmung, dass die Entziehung auch gegenüber Kindern wirksam ist, die später

<sup>308)</sup> Vgl. Hegnauer N 24–28 zu Art. 286 ZGB

<sup>309)</sup> Vgl. Hess, Recht und Fürsorge, in Armenpfleger 1951, 13

geboren werden (Art. 285 Abs. 3 ZGB), wird durch den Vorbehalt einer ausdrücklichen gegenteiligen Anordnung eingeschränkt (Art. 311 Abs. 3 des Entwurfes).

### 323.45 Änderung der Verhältnisse

Nach Artikel 287 Absatz 1 ZGB hat die zuständige Behörde von sich aus oder auf Verlangen von Vater oder Mutter die elterliche Gewalt wiederherzustellen, wenn der Grund ihrer Entziehung weggefallen ist. Artikel 313 Absatz 1 des Entwurfes verallgemeinert die Bestimmung dahin, dass bei Veränderung der Verhältnisse die Kindesschutzmassnahmen der neuen Lage anzupassen sind. Die weitere Bestimmung, dass die Wiederherstellung der Gewalt in keinem Fall vor Ablauf eines Jahres nach ihrer Entziehung erfolgen darf (Art. 287 Abs. 2 ZGB), wird beibehalten (Art. 313 Abs. 2 des Entwurfes).

### 323.46 Verfahren

Das Verfahren wird unter Vorbehalt von zwei Punkten vom kantonalen Recht geordnet (Art. 314 des Entwurfes).

Der erste Vorbehalt trägt dem Umstand Rechnung, dass unser Entwurf die Zuständigkeit für die Entziehung der elterlichen Gewalt einheitlich für die ganze Schweiz der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde zuweist. Ist diese keine richterliche Behörde, so bleibt gegen die von ihr angeordnete Entziehung der elterlichen Gewalt die Weiterziehung an eine kantonale gerichtliche Behörde vorbehalten (Art. 314 Ziff. 1 des Entwurfes). Damit wird vermieden, dass die von uns vorgeschlagene Regelung in Kantonen den Rechtsschutz verkürzt, in welchen heute eine Vormundschaftsbehörde zuständig ist, deren Entscheid aber auf Grund kantonalen Rechts der gerichtlichen Beurteilung unterliegt. Im übrigen schreibt Artikel 6 Ziffer 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vor, dass über zivilrechtliche Ansprüche ein Gericht zu befinden habe. Dazu gehört auch der gesetzliche Anspruch auf die elterliche Gewalt. Die Vorschrift schliesst nicht aus, dass zunächst eine Verwaltungsbehörde die Entziehung verfügt, verlangt aber, dass auf Begehren des Betroffenen eine gerichtliche Beurteilung stattfinden müsse<sup>310</sup>. Ob nun die bereits bestehende Möglichkeit der Berufung ans Bundesgericht nach Artikel 44 Buchstabe *c* des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) den Anforderungen der Konvention genügt, steht nicht mit letzter Sicherheit fest, weil das Bundesgericht die Feststellung des Sachverhaltes nicht überprüft (Art. 63 Abs. 2 OG). Es empfiehlt sich daher auch unter diesem Gesichtspunkt, die Kantone zu verpflichten, die Weiterziehung des Entscheides an eine gerichtliche Behörde zu garantieren.

Der zweite Vorbehalt betrifft die Weiterziehung von Entscheidungen über Kindesschutzmassnahmen. Das allgemeine Rechtsmittel ist die vormundschaft-

<sup>310</sup> Vgl. Botschaft über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBl 1974 I 1045 ff.

liche Beschwerde nach Artikel 420 ZGB. Ob ihr aufschiebende Wirkung zukomme, hängt vom kantonalen Recht ab<sup>311)</sup>. Das Wohl des Kindes kann jedoch sofortiges Eingreifen erfordern. Die Möglichkeit, nach Artikel 386 ZGB vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, reicht nicht aus. Es muss vielmehr von Bundesrechts wegen vorgesehen werden, dass die einer Beschwerde nach kantonalem Recht allenfalls zukommende aufschiebende Wirkung von der anordnenden oder von der Rechtsmittelinstanz entzogen werden kann (Art. 314 Ziff. 2 des Entwurfes).

### 323.47 Zuständigkeit

Zu klären ist ferner die Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen. Lehre und Rechtsprechung befolgen in sinngemässer Anwendung von Artikel 376 ZGB den Grundsatz, dass *örtlich* die Behörden am Wohnsitz des Kindes zuständig sind<sup>312)</sup>. Dieser Grundsatz wird in Artikel 315 Absatz 1 des Entwurfes kodifiziert. Massgebend ist der zivilrechtliche Wohnsitz, somit nach Artikel 25 Absatz 1 ZGB derjenige der Eltern. Lebt das Kind aber bei Pflegeeltern oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern, oder ist Gefahr im Verzug, so sind nach Artikel 315 Absatz 2 des Entwurfes auch die Behörden am Orte zuständig, wo sich das Kind aufhält<sup>313)</sup>.

Was die *sachliche* Zuständigkeit betrifft, so zeigt sich im Scheidungs- oder Trennungsprozess oft, dass Kindesschutzmassnahmen notwendig sind oder gerade infolge der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern notwendig werden<sup>314)</sup>. Nach Rechtslehre und Rechtsprechung darf der für das eherechtliche Verfahren zuständige Richter im Rahmen der Ordnung der vorsorglichen Massnahmen nach Artikel 145 ZGB und der Elternrechte nach Artikel 156 ZGB auch die erforderlichen Kindesschutzmassnahmen treffen<sup>315)</sup>. Das erscheint unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhanges und der Verfahrensökonomie gerechtfertigt. Die Abgrenzung der Zuständigkeit des Richters von derjenigen der vormundschaftlichen Behörden stellt jedoch im einzelnen zahlreiche Fragen, die nicht leicht zu lösen sind. Es ist daher angezeigt, wenigstens die leitenden Grundsätze zu kodifizieren. Nach Artikel 316 des Entwurfes trifft der Richter, wenn er nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, auch die zum Schutz des Kindes nötigen Massnahmen und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit der Vollziehung (Abs. 1). Vorbehalten bleibt aber die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden ist, oder wenn die zum Schutz des Kindes sofort nötigen vorsorglichen Massnahmen vom Richter voraussichtlich nicht rechtzeitig getroffen werden können (Abs. 2). Verändern sich die Verhält-

311) Egger N 53 zu Art. 420 ZGB

312) Vgl. Hegnauer N 44 zu Art. 288 ZGB und dort Zitierte

313) Vgl. dazu auch Hegnauer N 47 ff. zu Art. 288 ZGB

314) Vgl. Hegnauer N 16 zu Art. 285 ZGB

315) Vgl. Hegnauer N 166–210 zu Art. 283 ZGB

nisse, so können die vormundschaftlichen Behörden die vom Richter getroffenen Massnahmen in bezug auf einen Elternteil ändern, sofern dadurch die Stellung des andern nicht unmittelbar berührt wird (Abs. 3). Die vormundschaftlichen Behörden dürfen somit beispielsweise eine vom Scheidungsrichter angeordnete Beistandschaft nach Artikel 308 Absatz 1 des Entwurfes aufheben, wenn sie nicht mehr notwendig ist, oder dem Elternteil, dem der Scheidungsrichter die Kinder zugewiesen hat, nach Artikel 310 die Obhut oder nach Artikel 311/312 die elterliche Gewalt entziehen, oder, wenn der vom Scheidungsrichter bezeichnete Inhaber der elterlichen Gewalt gestorben oder entmündigt worden ist, die elterliche Gewalt dem andern Elternteil übertragen. Dagegen dürfen sie die elterliche Gewalt nicht einem Elternteil übertragen, wenn der Scheidungsrichter sie beiden Eltern entzogen hat, oder die Kinder, die der Richter dem einen Elternteil anvertraut hat, dem andern zuteilen.

### 323.48 Pflegekinderaufsicht

Bei der Beratung des neuen Adoptionsrechtes wurde die Notwendigkeit verbesserten Schutzes des Pflegekindes hervorgehoben<sup>316)</sup>. In die gleiche Richtung zielt das Postulat Eggenberger vom 24. September 1948. Der Entwurf berücksichtigt die Pflegekindschaft bei der Unterhaltspflicht (Art. 294), der elterlichen Gewalt (Art. 300) und der Namensänderung (Art. 30 Abs. 2 Ziff. 4). Zudem dehnt er den zivilrechtlichen Kinderschutz auf das Pflegekind aus (Art. 307 Abs. 2 und 3, 310 Abs. 1 und 3, 315 Abs. 2). Indessen kann nicht übersehen werden, dass dieser zur Hauptsache repressiver Art ist: Er greift erst ein, wenn eine Gefährdung des Kindes vorliegt. Gegenüber leiblichen Kindern erscheint das in der Regel genügend. Anders aber gegenüber Pflegekindern. Sie bedürfen überdies eines präventiven Schutzes. Darüber ist die gesamte Literatur über das Pflegekind einig. Es muss vor allem dafür gesorgt werden, dass das Kind nur Personen übergeben wird, welche Gewähr für einwandfreie Pflege und Erziehung bieten. Das setzt voraus, dass die Aufnahme von Pflegekindern von einer Bewilligung abhängig gemacht und das Verhältnis laufend beaufsichtigt wird<sup>317)</sup>. Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 1928 betreffend die Bekämpfung der Tuberkulose und Artikel 40 der Vollziehungsverordnung vom 20. Juni 1930 sehen bereits von Bundesrechts wegen einen präventiven Schutz des Pflegekindes vor, jedoch nur für den schmalen Bereich der Gefährdung durch Tuberkulose. Artikel 19 des Gesetzes und Artikel 49 der Verordnung verpflichten die Kantone zum Erlass der entsprechenden Ausführungsvorschriften. Diese sind höchst unterschiedlich. Einzelne Kantone haben offenbar gar keine erlassen. Andere haben sich auf den gesundheitlichen Aspekt des Tuberkulosegesetzes beschränkt. Eine Reihe anderer Kantone haben dagegen z. T. schon vor dem Tuberkulosegesetz Pflegekinderverordnungen mit umfassendem präventivem Schutz geschaffen. Die Vollziehung der

<sup>316)</sup> StenBull 1972 NR 500 f. (Alder), 568 f. (Frau Blunschy), 570, 572 (Bundesrat Furgler)

<sup>317)</sup> Bertholet, *Les aspects juridiques du placement familial*, 43 f.

Bestimmungen des Tuberkulosegesetzes soll im übrigen vielerorts toter Buchstabe geblieben sein<sup>318)</sup>.

Dieser Zustand ist unbefriedigend. Die Zahl der Pflegekinder dürfte in der Schweiz zwischen 60 000 und 80 000 betragen<sup>319)</sup> und sich wegen der Zunahme der Scheidungskinder und der hohen Kinderzahl der ausländischen Bevölkerung künftig noch erhöhen. Die Rechtsordnung schuldet ihnen nicht weniger Schutz als den Kindern, die in der Obhut ihrer Eltern leben. Im Gegenteil, sie bedürfen des Schutzes noch viel mehr. Und zwar ist es Aufgabe der Familienrechtsgesetzgebung, diesen Schutz zu gewähren. Die Pflegekindschaft erscheint als ein Verhältnis, das in seiner sozialen Struktur mit dem rechtlichen Kindesverhältnis von Eltern und Kind starke Ähnlichkeit aufweist und häufig eine Vorstufe zur Adoption bildet. Zudem obliegt dem Kindes- und Vormundschaftsrecht, sich des Kindes anzunehmen, dessen Eltern nicht imstande oder gewillt sind, es gehörig zu pflegen und zu erziehen. Aus diesem Grund ist im Vernehmlassungsverfahren zu den beiden Berichten der Studienkommission die bundesrechtliche Normierung der Pflegekinderaufsicht gefordert worden. Schliesslich ist diese aber auch zur Ergänzung der Aufsicht über die Adoptivkindervermittlung nötig. Denn es besteht sonst die Gefahr, dass die durch Artikel 269<sup>c</sup> des revidierten Zivilgesetzbuches und die bundesrätliche Verordnung vom 28. März 1973 getroffene Regelung der Aufsicht über die Adoptivkindervermittlung umgangen und durchlöchert wird. Aus diesen Gründen erscheint der Bundeszivilgesetzgeber befugt, auch den Schutz des Pflegekindes umfassend zu ordnen. Wie die Adoptivkindervermittlung, so sind auch für den Pflegekinderschutz im Gesetz die Grundsätze der Aufsicht und der Bewilligungspflicht festzulegen (Art. 316<sup>a</sup> Abs. 1 des Entwurfes). Sachlich zuständig erscheint die Vormundschaftsbehörde. Doch sollen die Kantone befugt sein, statt dessen eine andere geeignete Behörde mit diesen Aufgaben zu betrauen. Die Einzelheiten sind in einer Ausführungsverordnung des Bundesrates zu regeln (Art. 316<sup>a</sup> Abs. 2 des Entwurfes).

### 323.49 Zusammenarbeit in der Jugendhilfe

Ein letztes Problem des Kindesschutzes betrifft die Koordination. Neben den vormundschaftlichen Behörden befassen sich noch verschiedene weitere amtliche<sup>320)</sup> und gemeinnützige private Stellen mit der Hilfe für das Kind und den Jugendlichen. Sie arbeiten weitgehend unabhängig voneinander. Infolgedessen werden die verschiedenen Massnahmen der Jugendhilfe oft überhaupt nicht oder nur ungenügend aufeinander abgestimmt. Es kommt daher zu Doppelspurigkeiten und Widersprüchen. Die zweckmässige Koordination der verschiedenen auf dem Gebiet der Jugendhilfe tätigen Stellen ist daher ein dringendes Gebot einer

318) Vgl. Hess, Der Schutz der Pflegekinder, «Gesundheit und Wohlfahrt» 1950 Heft 9 Sonderabdruck, 10; Bertholet a. a. O. 12

319) Vgl. Hess E. u. M., Möglichkeiten und Ziele der modernen Jugendfürsorge (Zürich 1961), 110

320) Jugendstrafbehörden, Jugend(schutz)ämter, Amtsvormundschaften, Erziehungs-, Gesundheits-, Fürsorge- und Polizeibehörden, Pflegekinderaufsichtsstellen.



zeitgemässen und rationellen Ordnung der Jugendhilfe<sup>321)</sup>. Diese Koordination kann durch Konzentration der verschiedenen sachlichen Funktionen bei einer Instanz oder durch sorgfältige Orientierung und umfassenden Meinungsaustausch unter den verschiedenen mit dem nämlichen Jugendlichen beschäftigten Instanzen bewerkstelligt werden. Artikel 317 des Entwurfes macht es daher den Kantonen zur Pflicht, hierüber die geeigneten Vorschriften aufzustellen. Zu dieser Anordnung ist der Bundeszivilgesetzgeber befugt, weil die sinnvolle Verwirklichung des privatrechtlichen Kindesschutzes nur im Rahmen einer Koordination der gesamten Jugendhilfe möglich ist. Es handelt sich daher um notwendige Anordnungen im Sinne von Artikel 52 Absatz 2 und 3 Schlusstitel ZGB.

### 324 Das Kindesvermögen (Art. 318–327)

Wie das ZGB (Art. 290–301) ordnet auch der Entwurf die elterlichen Befugnisse am Kindesvermögen, obwohl sachlich mit der elterlichen Gewalt verknüpft, in einem eigenen Abschnitt. Die Änderungen betreffen zur Hauptsache die Verstärkung des Schutzes des Kindesvermögens und die freiere Stellung des Kindes.

#### 324.1 Verwaltung (Art. 318)

Unverändert wird die Regel des Artikels 290 Absatz 1 ZGB beibehalten, wonach die Eltern, solange ihnen die elterliche Gewalt zusteht, das Recht und die Pflicht haben, das Kindesvermögen zu verwalten (Art. 318 Abs. 1 des Entwurfes). Die Sondervorschrift des Artikels 327 ZGB für aussereheliche Eltern entfällt. Nach Artikel 291 ZGB hat nach Auflösung der Ehe der Ehegatte, dem die elterliche Gewalt über das Kind zusteht, der Vormundschaftsbehörde ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen und ihr von jeder erheblichen Änderung im Stande und in der Anlage des Vermögens Mitteilung zu machen. Artikel 318 Absatz 2 des Entwurfes dehnt diese Pflicht auf jeden Elternteil aus, dem die elterliche Gewalt allein zusteht, also auch auf unverheiratete Eltern. Nach geltendem Recht kann die Vormundschaftsbehörde erst eingreifen, wenn pflichtwidriges Handeln der Eltern nachgewiesen ist (Art. 297 ZGB). Dann ist es jedoch meist schon zu spät. Artikel 318 Absatz 3 des Entwurfes gibt daher der Vormundschaftsbehörde die Befugnis, die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung anzuordnen, wenn sie es nach Art und Grösse des Kindesvermögens oder nach den persönlichen Verhältnissen der Eltern für angezeigt erachtet. Damit wird der präventive Schutz des Kindesvermögens entsprechend den besonderen objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalles wesentlich verbessert.

<sup>321)</sup> Vgl. Baldegger W., Vormundschaftsrecht und Jugendfürsorge (Diss. Freiburg 1970), 78 ff.; Egger N 20 ff. der Einleitung zum Vormundschaftsrecht; Bericht «Für die Familie» BBl 1944 1110f., 1115; Hegnauer N 163/164 zu Art. 283 ZGB; Hug, Die Behördenorganisation und das Jugendproblem, ZVW 1972, 56 ff. insbes. 58 Ziff. 9; Rickenbach ZVW 1973, 29; Schnyder ZVW 1971, 51 = ZBJV 1969, 284

### 324.2 Verwendung der Erträge (Art. 319)

Die *Erträge* des Kindesvermögens sind für die Bestreitung der Kosten von Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes zu verwenden. Ein Überschuss fällt aber nicht wie bisher (Art. 293 ZGB) den Eltern zu. Zwar dürfen sie, soweit es der Billigkeit entspricht, die Erträge für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden; was darüberhinaus geht, soll jedoch künftig nach Artikel 319 des Entwurfes dem Kindesvermögen zukommen<sup>322)</sup>.

### 324.3 Anzehrung des Kindesvermögens (Art. 320)

Die Regelung betreffend die *Anzehrung* des Kindesvermögens wird gegenüber dem geltenden Artikel 272 Absatz 2 ZGB verdeutlicht. Abfindungen, Schadenersatz und ähnliche Leistungen dürfen von den Eltern in Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden (Art. 320 Abs. 1 des Entwurfes). Es bedarf hiefür an sich keiner Bewilligung der Vormundschaftsbehörde, denn es handelt sich dabei regelmässig um Leistungen, die für den Verbrauch bestimmt sind. Um zu verhüten, dass solche Mittel vorzeitig verbraucht werden, kann die Vormundschaftsbehörde aber gestützt auf Artikel 318 Absatz 3 des Entwurfes die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung anordnen. Für die Anzehrung des übrigen Kindesvermögens bedarf es weiterhin einer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde (Art. 320 Abs. 2 des Entwurfes).

### 324.4 Freies Kindesvermögen (Art. 321–323)

Inhaltlich unverändert bleiben die Bestimmungen über *Zuwendungen an das Kind*, deren Erträge oder Verwaltung den Eltern entzogen sind (Art. 294 ZGB, Art. 321 des Entwurfes). Die heute umstrittene Frage, ob der Pflichtteil des Kindes von der elterlichen Verwaltung ausgenommen werden dürfe<sup>323)</sup>, wird nun in Artikel 322 Absatz 1 des Entwurfes ausdrücklich bejaht. Diese Möglichkeit entspricht oft einem dringenden praktischen Bedürfnis. Wenn der Erblasser die Verwaltung des Pflichtteils einem Dritten überträgt, so kann auch dieser zu periodischer Rechnungsstellung und Berichterstattung angehalten werden (Art. 322 Abs. 2 des Entwurfes).

Der *Verfügung des Kindes* untersteht heute das ihm von den Eltern zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes überlassene Vermögen (Art. 296 ZGB), der Arbeitserwerb dagegen nur, wenn das Kind mit Zustimmung der Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft lebt (Art. 295 Abs. 2 ZGB). Der letztere fällt im übrigen an die Eltern (Art. 295 Abs. 1 ZGB) und kann in der Betreuung gegen diese gepfändet werden<sup>324)</sup>. Diese Bestimmung entspricht der tatsächlichen Übung und den heutigen Anschauungen nicht mehr. Nach Artikel 323 Absatz 1

<sup>322)</sup> Vgl. dazu BGB n. F. § 1649

<sup>323)</sup> Vgl. dazu Hegnauer SJZ 1967, 301 ff., 317 ff.

<sup>324)</sup> Vgl. BGE 62 III 117, 78 III 2, 84 III 27

des Entwurfes steht daher der Arbeitserwerb des Kindes allgemein unter seiner Verwaltung und Nutzung, wie dies vor dem ZGB in den welschen Kantonen der Fall war<sup>325</sup>). Die Eltern können aber, wenn das Kind mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft lebt, nach Artikel 323 Absatz 2 des Entwurfes verlangen, dass es einen angemessenen Beitrag an seinen Unterhalt leiste<sup>326</sup>). Vorbehalten bleibt in jedem Fall die Unterstützungspflicht des Kindes gegenüber den Eltern nach Artikel 328 ZGB. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre ist das Kind, das mit Zustimmung der Eltern ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern lebt, hinsichtlich seines Arbeitserwerbs handlungs- und prozessfähig<sup>327</sup>). Dieser Grundsatz wird nun auf alle erwerbstätigen Kinder ausgedehnt. Dagegen unterliegen Abschluss und Auflösung des Arbeitsvertrages weiterhin den Regeln über die Vertretung des Kindes durch die Eltern (Art. 304/305 des Entwurfes; Art. 279/280 ZGB<sup>328</sup>). Sie können somit namens des Kindes dessen Arbeitsvertrag auflösen. Daraus ergibt sich die quantitative Begrenzung der Handlungsfähigkeit des Kindes in diesem Bereich: Es kann nur Verpflichtungen eingehen, welche den ihm bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zustehenden Lohn nicht übersteigen.

#### 324.5 Schutz des Kindesvermögens (Art. 324–325)

Die Bestimmungen des geltenden Rechts über den *Schutz des Kindesvermögens* haben sich in verschiedener Hinsicht als ungenügend erwiesen<sup>329</sup>). Der Entwurf verstärkt und differenziert die Befugnisse der Vormundschaftsbehörde in diesem Bereich. Auf das Verfahren und die Zuständigkeit sind die Bestimmungen über den Kindesschutz entsprechend anzuwenden (Art. 324 Abs. 3 des Entwurfes). Die Befugnis der Vormundschaftsbehörde, allgemein ohne Nachweis pflichtwidrigen Verhaltens der Eltern je nach den objektiven und subjektiven Umständen des Einzelfalles die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung anzuordnen (Art. 318 Abs. 3 des Entwurfes), ist bereits erwähnt worden. Ist die sorgfältige Verwaltung nicht hinreichend gewährleistet, so hat die Vormundschaftsbehörde die zum Schutze des Kindesvermögens nötigen Vorkehrungen zu treffen. Namentlich kann sie Weisungen für die Verwaltung erteilen und, wenn die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung nicht ausreichen, die Hinterlegung oder Sicherheitsleistung anordnen (Art. 324 Abs. 1 und 2 des Entwurfes).

Nach Artikel 298 Absatz 1 ZGB erfolgt die Entziehung der elterlichen Vermögensrechte nur in Verbindung mit der Entziehung der elterlichen Gewalt. Das geht jedoch zu weit: *Unfähigkeit zur richtigen Verwaltung des Kindesvermögens*

<sup>325</sup>) Vgl. Art. 387 CCfr., Hitzig, in Festgabe zum Juristentag 1908 (Zürich 1908); Huber, Schweizerisches Privatrecht I 443, 463

<sup>326</sup>) Vgl. dazu Art. 276 Abs. 3 des Entwurfes

<sup>327</sup>) BGE 40 III 152, Huber, Erläuterungen I 304; Egger N 3 zu Art. 294 ZGB; Hegnauer N 80 zu Art. 295 ZGB

<sup>328</sup>) Hegnauer N 26, 72 zu Art. 295 ZGB

<sup>329</sup>) Vgl. Spitzer, Probleme des Kindesvermögensschutzes, ZVW 1955, 1, Link, Massnahmen zum Schutze des Kindesvermögens, ZVW 1965, 1

bedeutet nicht zwingend auch Unfähigkeit zur richtigen Ausübung der elterlichen Gewalt im Bereich der Erziehung<sup>330</sup>). Artikel 325 des Entwurfes löst daher die Koppelung der beiden Massnahmen. Kann der Gefährdung des Kindesvermögens auf andere Weise nicht begegnet werden, so überträgt die Vormundschaftsbehörde die Verwaltung des Kindesvermögens einem Beistand (Abs. 1). Das gilt auch, wenn Kindesvermögen, das nach Artikel 321 Absatz 2 oder 322 des Entwurfes nicht von den Eltern verwaltet wird, gefährdet ist (Abs. 2). Ebenso kann ein Beistand für die Verwaltung jener Teile des Kindesvermögens oder der Erträge bestellt werden, die nach den Artikeln 319 oder 320 des Entwurfes freigegeben sind, wenn zu befürchten ist, dass sie nicht bestimmungsgemäss verwendet werden.

### 324.6 Haftung der Eltern (Art. 326–327)

Steht den Eltern die Nutzniessung des Kindesvermögens nicht mehr zu, so sind sie für die Rückleistung des Kindesvermögens künftig nicht mehr wie Nutzniesser (Art. 300 Abs. 1; Art. 752 f. ZGB), sondern nach Artikel 327 Absatz 1 des Entwurfes wie Beauftragte (Art. 398 OR) verantwortlich. Im übrigen bleiben die Bestimmungen über die Haftung der Eltern inhaltlich unverändert. Die heutige ausdrückliche Verweisung des Artikels 301 ZGB auf das Vorrecht der Ersatzforderung nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht enthält keine materielle Norm und ist darum entbehrlich.

## 33 Die übrigen Bestimmungen

### 331 Namensänderung (Art. 30 ZGB)

Das Kind unverheirateter Eltern erhält von Gesetzes wegen den Familiennamen seiner Mutter. Wenn es aber unter der elterlichen Gewalt oder Obhut seines Vaters aufwächst, so soll es durch *Namensänderung* dessen Familiennamen bekommen können<sup>331</sup>). Artikel 30 ZGB über die Namensänderung ist daher entsprechend zu ergänzen. Bei diesem Anlass rechtfertigt es sich, diese Bestimmung auch noch in anderer Hinsicht zu revidieren.

Nach Artikel 30 ZGB kann aus wichtigen Gründen die Änderung des Namens bewilligt werden. Davon wird sehr häufig Gebrauch gemacht. 1968 wurde die Zahl der Namensänderungsgesuche auf rund 5000 im Jahre geschätzt. Sie dürfte seither noch gestiegen sein. Es handelt sich zur Hauptsache um Routinegeschäfte. Dabei wird allerdings der Begriff des *wichtigen Grundes* von Kanton zu Kanton recht unterschiedlich ausgelegt<sup>332</sup>). Der Durchgangsfunktion der Generalklausel entspricht es nun, dass bei Anlass einer Gesetzesrevision die wichtig-

<sup>330</sup>) Egger N 2, Silbernagel N 1 zu Art 298 ZGB; Du Pasquier ZVW 1948, 59; Spitzer ZVW 1955, 9; Link ZVW 1965, 15/16

<sup>331</sup>) Vgl. auch Art. 271 des Entwurfes

<sup>332</sup>) Wirth ZZW 1962, 391; Grossen, in Schweiz. Privatrecht II 343; Müller P., Die Namensänderung (Diss. Zürich 1972), 65 ff.

sten Fallgruppen kodifiziert werden<sup>333</sup>). Das rechtfertigt sich auch um der Rechtsgleichheit und der einheitlichen Verwirklichung des Bundesprivatrechts willen. Folgende Fälle stehen nach der Praxis im Vordergrund und werden demgemäss vom Entwurf als wichtige Gründe für die Namensänderung anerkannt:

- a. Eine Person wird durch einen lächerlichen oder sonstwie anstössigen Namen in ihrem Fortkommen behindert<sup>334</sup>).
- b. Eine Person verliert infolge Scheidung ihren bisherigen Familiennamen, es werden ihr aber die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder zugewiesen, oder es hat die Ehe lange gedauert, oder es sind mit dem Ehenamen berufliche Interessen verknüpft<sup>335</sup>).
- c. Eine unmündige Person trägt einen andern Familiennamen als der Elternteil, unter dessen elterlicher Gewalt oder Obhut sie aufwächst<sup>336</sup>).
- d. Der unmündige Gesuchsteller wächst bei Pflegeeltern auf<sup>337</sup>).

Der Begriff des wichtigen Grundes wird dadurch aber nicht ausgeschöpft. Die Aufzählung gibt nur Beispiele. Sie schliesst nicht aus, dass auch in anderen weniger häufigen Situationen ein wichtiger Grund zur Namensänderung vorliegen kann.

Der Entwurf sieht überdies zwei weitere Änderungen des Artikels 30 ZGB vor. Die eine betrifft die *Zuständigkeit* zur Namensänderung. Sie liegt heute bei der Regierung des Heimatkantons. Angesichts der Tatsache, dass weit mehr als ein Drittel der schweizerischen Einwohner ausserhalb ihres Heimatkantons wohnen, erscheint das nicht mehr gerechtfertigt. Der Familienname berührt in erster Linie die Interessen des Gesuchstellers. Die Behörde des Wohnsitzes kennt seine Verhältnisse regelmässig besser und ist daher auch eher berufen, zu beurteilen, ob ein wichtiger Grund zur Namensänderung vorliege, als die Heimatbehörde, zu der oft überhaupt keine nähere Beziehung besteht. Der Entwurf überträgt daher die Zuständigkeit zur Namensänderung der Regierung des Wohnsitzkantons. Da es sich um Routinegeschäfte handelt, besteht jedenfalls in grösseren Kantonen das Bedürfnis, die Gesamtbehörde von diesen Aufgaben zu entlasten. Wie die Justizabteilung in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 1968 zum Postulat Diethelm über das Verfahren für Namensänderung, eingereicht am 13. Dezember 1967, angenommen am 3. Oktober 1968, festgestellt hat, sind die Kantone befugt, die Zuständigkeit zu delegieren. Eine Verdeutlichung durch einen entsprechenden Zusatz in Artikel 30 («... von der Regierung des Wohnsitzkantons oder der vom kantonalen Recht bezeichneten Behörde...») erscheint indessen überflüssig.

Die dritte Änderung betrifft die Aufhebung des heutigen Artikels 30 Absatz 2 ZGB. Danach ist die Namensänderung im Zivilstandsregister einzutragen und zu veröffentlichen; sie bewirkt aber keine Veränderung des Personenstandes. Nationalrat Diethelm hat in seinem Postulat die Abschaffung der obligatorischen

<sup>333</sup>) Merz N 42 zu Art. 2 ZGB

<sup>334</sup>) BGE 98 Ia 455

<sup>335</sup>) Vgl. dazu Bericht II der Studienkommission, 10 (Art. 149 Abs. 3)

<sup>336</sup>) BGE 70 I 220, 95 I 503, 96 I 425; Hegnauer N 33–35 zu Art. 324–327 ZGB

<sup>337</sup>) BGE 70 I 220; ZZW 1945, 52; 1968, 131

Veröffentlichung angeregt, die sich vielfach als nachteilig erweise und schon heute von verschiedenen Kantonen nicht mehr allgemein eingehalten werde. In der Tat gibt es nicht wenige Namensänderungen, deren Veröffentlichung für die Betroffenen durchaus unerwünscht ist, so insbesondere bei Pflegekindern, wenn deren Pflegeort unbekannt bleiben soll, oftmals aber auch bei geschiedenen Frauen. Nach Auffassung der Expertenkommission und des Bundesrates besteht kein hinreichender Grund für die amtliche Veröffentlichung. Es kann auf sie ohne Nachteil verzichtet werden. Auch der übrige Artikel 30 Absatz 2 ZGB erscheint überflüssig. Denn die Eintragung der Namensänderung im Zivilstandsregister ist in der Zivilstandsverordnung zu regeln. Dass sie keine Änderung des Personenstandes bewirkt, ist selbstverständlich.

### **332 Bezeichnung des Standes (Art. 47, 100, 133 ZGB)**

In Artikel 47 ZGB werden die Worte «ausserehelich» sowie «Ehelicherklärung» und in Artikel 100 Ziffer 1 ZGB die Worte «ehelich» und «ausserehelich» gestrichen. In Artikel 133 Absatz 1 ZGB wird die Wendung «gelten die Kinder gleichwohl für ehelich» ersetzt durch die Umschreibung «gilt der Ehemann gleichwohl als Vater der Kinder». Schliesslich wird im deutschen Text von Artikel 47 ZGB das Wort «Kindesannahme» durch «Adoption» ersetzt.

### **333 Elternrechte (Art. 156 ZGB)**

Die Bestimmungen von Artikel 156 Absätze 2 und 3 ZGB über den Unterhaltsbeitrag und das Besuchsrecht des Ehegatten, dem bei der Scheidung die Kinder entzogen werden, sind durch eine allgemeine Verweisung auf die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses zu ersetzen (vgl. Art. 285 ff; 273ff. des Entwurfes).

### **334 Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328, 329 ZGB)**

Nach Artikel 328 ZGB sind Verwandte in auf- und absteigender Linie und Geschwister gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Voraussetzungen der Unterstützungspflicht sind die Verwandtschaft, die Notlage des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen. Dagegen ist ihr persönliches Verhältnis unerheblich. Unterstützung ist auch dann geschuldet, wenn dieses Verhältnis vielleicht gerade durch das Verhalten des Berechtigten gestört ist und dieser seine eigenen familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Pflichtigen nicht erfüllt hat. So hat das Kind seinen geschiedenen Vater zu unterstützen, selbst wenn dieser die gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge nie bezahlt und sein Besuchsrecht in übelster Weise missbraucht hat. Die Gefahr stossender Auswirkungen wird nun noch vergrößert, wenn das Verhältnis zum ausserehelichen Vater allgemein familienrechtlich gestaltet wird. Denn im Gegensatz zur Zahlvaterschaft des geltenden

Rechts begründet das einheitliche Kindesverhältnis des Entwurfes zwischen dem ausserehelichen Kind und der väterlichen Verwandtschaft auch die Unterstützungspflicht. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch auf das neue Adoptionsrecht hinzuweisen. Es hat zwar die Unterstützungspflicht zwischen dem Kind und seinen leiblichen Verwandten beseitigt, sie aber dafür nicht nur zwischen dem Kind und den Adoptiveltern, sondern auch zu den übrigen Adoptivverwandten begründet, obwohl sie zur Adoption nichts zu sagen haben. Es ergibt sich somit aus dem geltenden wie auch aus dem vorgeschlagenen neuen Recht das dringende Bedürfnis, das subjektive Verhältnis des Unterstützungspflichtigen und -berechtigten zu berücksichtigen. Verschiedene ausländische Rechte sehen bei schwerer Verletzung der familienrechtlichen Pflichten durch den Unterstützungsbedürftigen Herabsetzung oder Wegfall der Unterstützungspflicht vor<sup>338)</sup>. Indessen können noch weitere Tatsachen bedeutsam sein. Artikel 329 Absatz 2 des Entwurfes sieht daher allgemein vor, dass der Richter die Unterstützungspflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden kann, wenn die Heranziehung eines Pflichtigen besonderer Umstände wegen als unbillig erscheint.

Die Regelung der Unterhaltsklage im Entwurf ruft einer weitern Änderung der Unterstützungspflicht. Nach Artikel 329 Absatz 3 ZGB wird der Unterstützungsanspruch vor der zuständigen Behörde geltend gemacht. Die Kantone haben damit zum Teil eine richterliche, zum Teil eine Verwaltungsbehörde betraut. Die Unterstützungspflicht hängt jedoch sachlich eng mit der elterlichen Unterhaltspflicht zusammen. Sie wird ebenfalls ausschliesslich vom Bundeszivilrecht geregelt<sup>339)</sup>. Für diese sieht der Entwurf aber die Zuständigkeit des Richters vor (vgl. Art. 279 Abs. 2). Es drängt sich auf, die Unterstützungspflicht gleich zu behandeln<sup>340)</sup>. Das gilt auch für die Subrogation des Gemeinwesens. Sie ergibt sich heute aus Artikel 329 Absatz 3 ZGB, wonach der Anspruch vom Berechtigten oder, wenn dieser von der öffentlichen Armenpflege unterstützt wird, von der unterstützungspflichtigen Armenbehörde geltend gemacht wird. Rechtslehre und -praxis haben diesen Grundsatz auf den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine Eltern übertragen<sup>341)</sup>. Die formelle Gleichbehandlung von Unterhaltsanspruch und Unterstützungsanspruch wird dadurch gesichert, dass nach Artikel 329 Absatz 3 des Entwurfes die Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes und den Übergang seines Unterhaltsanspruches auf das Gemeinwesen entsprechende Anwendung auf die Unterstützungspflicht finden.

Eine letzte Frage betrifft schliesslich den Kreis der Unterstützungspflichtigen. Sie erscheint an sich von der Revision des Kindesrechts unabhängig, ist aber zweckmässigerweise in diesem Zusammenhang zu behandeln. Die Entwicklung der Sozialversicherung hat die praktische Bedeutung der Verwandtenunterstüt-

<sup>338)</sup> Vgl. z. B. BGB n. F. § 1611, CCfr Art. 207 (Fassung von 1972), Bulgarien, Familienkodex von 1968, Art. 87

<sup>339)</sup> BGE 76 II 113 und dortige Zitate

<sup>340)</sup> Art. 336 Abs. 3 des bundesrätlichen Entwurfes zum ZGB hatte ebenfalls die Zuständigkeit des Richters vorgesehen.

<sup>341)</sup> Hegnauer N 102 zu Art. 272 ZGB und dort Zitierte

zungspflicht stark vermindert<sup>342)</sup>. Gleichzeitig ist auch die Verankerung der Unterstützungspflicht im Rechtsbewusstsein mit der Lockerung der verwandtschaftlichen Bande deutlich schwächer geworden. Das kommt etwa darin zum Ausdruck, dass nicht nur die Renten der Sozialversicherung, sondern auch die Ergänzungsleistungen zur Alters- und Hinterlassenenversicherung und zur Invalidenversicherung unabhängig von der Leistungsfähigkeit der Angehörigen ausgerichtet werden. Die internationale Rechtsentwicklung zeigt ebenfalls die Tendenz zur Beschränkung der Unterstützungspflicht auf das Verhältnis von Eltern und Kindern<sup>343)</sup>. Auch in der Schweiz wird in Fürsorgekreisen dieses Postulat neben dem weitergehenden der völligen Abschaffung der Verwandtenunterstützungspflicht verfochten. Demgegenüber hält der Entwurf an der gegenseitigen Unterstützungspflicht der Verwandten in auf- und absteigender Linie fest. Das durch Artikel 329 Absatz 2 des Entwurfes dem Richter eingeräumte Ermessen erlaubt es, auf besondere Umstände im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, wie auch im Verhältnis zwischen Grosseltern und Enkeln hinreichend Rücksicht zu nehmen. Dagegen lässt der Entwurf die Unterhaltspflicht unter Geschwistern fallen. Sie gilt schon heute nur, wenn die unterstützungspflichtigen Geschwister sich in günstigen Verhältnissen befinden (Art. 329 Abs. 2 ZGB), wird aber auch in dieser Beschränkung als überlebt empfunden. Ausserhalb der Schweiz kommt sie nur in Italien, Griechenland, Spanien und Portugal vor.

Schliesslich bringt Artikel 328 Absatz 2 des Entwurfes die Subsidiarität der Unterstützungspflicht im Verhältnis zur elterlichen Unterhaltspflicht zum Ausdruck.

### 335 Erbrecht (Art. 461 ZGB)

Erbrechtlich ist das aussereheliche Kind in der mütterlichen Verwandtschaft dem ehelichen gleichgestellt (Art. 461 Abs. 1 ZGB). In der väterlichen Verwandtschaft hat es dagegen nur dann ein Erbrecht, wenn es dem Stande des Vaters folgt (Abs. 2). Das Kind des Zahlvaters dagegen hat kein Erbrecht. Das Erbrecht des Standesfolgek Kindes entspricht dem eines ehelichen Kindes; hat es aber mit ehelichen Nachkommen des Vaters zu teilen, so erbt es nur halb so viel wie ein eheliches Kind (Abs. 3). Diese doppelte Ungleichheit erscheint sowohl im Verhältnis zum ehelichen Kind wie im Verhältnis zur mütterlichen Seite unhaltbar. Es ist bei der Erörterung des Dualismus von Standesfolge und Zahlvaterschaft dargelegt worden, dass sich bei der letzteren der Ausschluss der rechtlichen Wirkungen der Verwandtschaft weder mit einer geringeren Gewissheit der Vaterschaft noch im Fall der ehewidrigen Kinder mit den Umständen ihrer Zeugung rechtfertigen lässt<sup>344)</sup>. Das gilt auch für das Erbrecht.

Was sodann die Beschränkung des Erbrechts des Standesfolgek Kindes, das neben ehelichen Nachkommen erbt, betrifft, so wird sie in den Erläuterungen

<sup>342)</sup> Larese W., Wesen und Bedeutung der Realien (Diss. Zürich 1968), 50 ff.

<sup>343)</sup> Landfermann, Der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen im europäischen Familien- und Sozialhilferecht, Rabels Z 1971, 505 ff.

<sup>344)</sup> Vgl. vorn Ziffer 223. 522



zum Vorentwurf des ZGB damit begründet, das aussereheliche Kind sei mit der Mutter doch regelmässig anders verbunden als mit dem Vater, indem es häufig mit den legitimen Kindern der gleichen Mutter aufgezogen werde<sup>345)</sup>. Das Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Die gesetzliche Erbberechtigung nimmt nämlich sonst auf die persönliche Verbundenheit der Erben mit dem Erblasser keinerlei Rücksicht. Das eheliche Kind hat auch dann ein volles Erbrecht in der väterlichen Verwandtschaft, wenn die Ehe der Eltern in frühester Jugend des Kindes geschieden worden ist, das Kind bei der Mutter aufgewachsen ist und zwischen dem Vater und dem Kind keine persönlichen Beziehungen bestanden haben. Artikel 461 Absatz 3 ZGB hat noch weitere ungereimte Konsequenzen. Stirbt das Kind kinderlos, so erbt der aussereheliche Vater gleich viel wie die Mutter. Hinterlässt ein Mann zwei aussereheliche Kinder und ein eheliches und stirbt eines der beiden ausserehelichen, so erhält das eheliche Kind zwei Drittel, das aussereheliche aber nur einen Drittel des Nachlasses, und zwar selbst dann, wenn es von der nämlichen Mutter stammt wie das verstorbene Kind<sup>346)</sup>.

Das neue deutsche Nichtehelehenrecht differenziert das Erbrecht des ausserehelichen Kindes im Vergleich zu dem des ehelichen nicht quantitativ, sondern qualitativ. In Konkurrenz mit ehelichen Kindern und der Witwe soll das nichteheliche Kind nicht Erbe seines Vaters sein, sondern nur einen Erbersatzanspruch gegen die Erben in der Höhe des Erbteils erhalten<sup>347)</sup>. Das nichteheliche Kind oder – während seiner Unmündigkeit – seine Mutter soll sich nicht in die Teilung unter die Erben der ehelichen Familien einmischen können. Der Entwurf übernimmt diese Lösung nicht. Sie brächte gegenüber dem geltenden Recht in den Fällen der Standesfolge einen Rückschritt für das Kind und setzte zudem das aussereheliche Kind in der väterlichen Verwandtschaft gegenüber der mütterlichen zurück. Vor allem aber lässt sie ausser acht, dass die Witwe und die Kinder aus der durch Tod aufgelösten Ehe sich auch mit den Kindern einer früheren geschiedenen Ehe des Vaters, aber auch mit allfälligen eingesetzten Erben in den Nachlass teilen müssen. Sodann räumt das neue deutsche Recht dem nichtehelichen Kind das Recht ein, im Alter zwischen 21 und 27 Jahren vom Vater die Abfindung seines künftigen Erbersatzanspruches zu verlangen<sup>348)</sup>. Eine solche Leistung würde dem Kinde in der Tat oft mehr dienen, als wenn es erst nach dem Tode des Vaters erbt. Allein das gilt nicht nur für das aussereheliche Kind, sondern ebensowohl auch für das eheliche, um dessen Ausbildung und Ausstattung sich der Vater, namentlich wenn die Ehe geschieden wurde, oft recht wenig kümmert. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb dieser Anspruch nur dem ausserehelichen Kind und nur gegen den Vater zu gewähren sei. Es handelt sich genaugenommen um ein grundsätzliches Problem des Erbrechts, das nicht unter dem Gesichtspunkt der ehelichen oder nichtehelichen Geburt zu lösen ist.

Eine verschiedene erbrechtliche Behandlung des ehelichen und des ausserehelichen Kindes in der väterlichen Verwandtschaft hält somit vor dem Gebot der

<sup>345)</sup> Huber, Erläuterungen I 240 f.

<sup>346)</sup> Vgl. Yung, Note sur les Droits successoraux des enfants naturels. SJ 1967, 141 ff.

<sup>347)</sup> BGB n. F. § 1934a

<sup>348)</sup> BGB n. F. § 1934d

Rechtsgleichheit nicht stand<sup>349)</sup>. Der Entwurf sieht daher entsprechend dem Postulat Huber aus dem Jahre 1955<sup>350)</sup> und in Übereinstimmung mit dem Vorschlag der Studien- und der Expertenkommission<sup>351)</sup> die Aufhebung des Artikels 461 ZGB vor<sup>352)</sup>.

### 34 Übergangsrecht

(Art. 12, 12<sup>d</sup>, 13, 13<sup>a</sup> des Entwurfes zum SchlT)

#### 341 Allgemeines

Nach Artikel 3 Schlusstitel sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, ab Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Zu diesen gehört auch das Kindesverhältnis<sup>353)</sup>. Die Wirkungen des Familienrechtsverhältnisses haben ihre Wurzel vorwiegend in der sittlichen Weltanschauung der Personengemeinschaft, für die das Gesetz erlassen ist. Das rechtfertigt es, die künftigen Wirkungen nach der neuen Rechtsordnung zu beurteilen. «Denn die gleichzeitige Anwendung verschiedenen Rechts auf die der gleichen Rechtsgemeinschaft angehörenden Personen würde auf diesem Gebiete dem Rechtsbewusstsein des Volkes widersprechen»<sup>354)</sup>. Der Grundsatz der Anwendung des neuen Rechts wird heute in Artikel 12 Absatz 1 Schlusstitel für das «Eltern- und Kindesrecht» und in Artikel 13 Absatz 1 für das «aussereheliche Kindesverhältnis» ausdrücklich angesprochen. Er erscheint auch für das Verhältnis des neuen zum bisherigen Kindesrecht des ZGB gerechtfertigt. Auf dem nämlichen Boden steht das Übergangsrecht zum deutschen Nichteheleichenrecht von 1969<sup>355)</sup> und zum französischen Kindesrecht von 1972<sup>356)</sup>. Da das neue Recht zwischen ehelichem und ausserehelichem Kindesverhältnis nicht mehr unterscheidet, genügt es, die Anwendung des neuen Rechts auf das Kindesverhältnis in Artikel 12 Absatz 1 des Entwurfes festzulegen. Dabei wird entsprechend der Terminologie des neuen Kindesrechts der Ausdruck «Eltern- und Kindesrecht» durch «*Kindesverhältnis*» ersetzt. Zudem wird in Übereinstimmung mit der bisherigen Auslegung<sup>357)</sup> gesagt, dass das neue Recht für die *Entstehung* und die *Wirkungen* des Kindesverhältnisses gilt. Die Entstehung umfasst nach der

349) Vgl. dazu Entwurf des Europäischen Übereinkommens Art. 15

350) Ziffer 8 c

351) Bericht I 42

352) Ebenso Hegnauer ZSR 1965 II 162; Lalive ZSR 1965 II 796

353) Mutzner, Berner Kommentar, N 31 zu Art. 3 SchlT ZGB, Broggin, in Schweizerisches Privatrecht I 471

354) Mutzner N 48 zu Art. 3 SchlT ZGB, N 11 der Vorbemerkungen vor Art. 1 SchlT ZGB; vgl. auch Broggin a. a. O. 446 ff.

355) Art. 12 § 1

356) Art. 12

357) Mutzner N 1, 2 zu Art. 12 SchlT ZGB

Terminologie zum siebenten Titel des Entwurfes auch die *Anfechtung* des Kindesverhältnisses. Artikel 13 Absatz 1 des Schlusstitels wird dagegen überflüssig und kann gestrichen werden. Für das Verhältnis zum Recht vor dem ZGB ist die Bestimmung durch Zeitablauf gegenstandslos geworden.

### 342 Entstehung des Kindesverhältnisses

Für die Entstehung des Kindesverhältnisses ergeben sich aus der Anwendung des neuen Rechts auf die vor seinem Inkrafttreten geborenen Kinder folgende Grundsätze:

#### 342.1 Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung

Die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung des bisherigen Rechts richtet sich nach Inkrafttreten des neuen Rechts nach dessen Bestimmungen über die Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes (Art. 256 ff. des Entwurfes). Ist die Anfechtungsklage bereits rechtskräftig abgewiesen, so hat es dabei sein Bewenden. Ist sie dagegen im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch hängig, so ist sie nach den Bestimmungen des neuen Rechts zu beurteilen<sup>358)</sup>. Ist vor Inkrafttreten des neuen Rechts die dreimonatige Klagefrist abgelaufen, so ist das Klagerecht verwirkt<sup>359)</sup>. Indessen kann die Klagefrist aus wichtigen Gründen nach Artikel 256<sup>4</sup> Absatz 3 des Entwurfes wiederhergestellt werden. Das muss auch für die Fristen gelten, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts abgelaufen sind. Eine besondere übergangsrechtliche Bestimmung ist um so weniger nötig, als die Anfechtungsfrist für das Kind nach der bisherigen Rechtsprechung<sup>360)</sup> und nach Artikel 256<sup>4</sup> Absatz 2 des Entwurfes grosszügig bemessen ist. Ist die Anfechtungsfrist des bisherigen Rechts bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht abgelaufen, so läuft die Jahresfrist des neuen Rechts (Art. 256<sup>4</sup> Abs. 1 und 2 des Entwurfes) nach Artikel 49 Absatz 2 Schlusstitel ZGB erst von diesem Zeitpunkt an. Auch die Fünfjahresfrist seit der Geburt nach Artikel 256<sup>4</sup> Absatz 1 des Entwurfes beginnt, da das bisherige Recht sie nicht kennt, erst mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts<sup>361)</sup>.

#### 342.2 Die Legitimation durch nachfolgende Eheschliessung

Die Legitimation durch nachfolgende Eheschliessung lebt unter dem neuen Recht in der Gleichstellung des vor der Ehe mit dem in der Ehe geborenen Kind fort (Art. 259 des Entwurfes). Heiraten die Eltern nach Inkrafttreten des neuen

358) Mutzner 1. Aufl. N 7, 2. Aufl. N 4 zu Art. 12, N 29 zu Art. 3 SchlT ZGB

359) Mutzner 1. Aufl. N 7, 2. Aufl. N 4 zu Art. 12, N 3 zu Art. 49 SchlT ZGB; Huber/Mutzner, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts (2. Aufl.), 249 N 59; ZR 1939 Nr. 135 E. 2 und 3

360) BGE 88 II 490 E. 6

361) Mutzner N 7 zu Art. 49 SchlT ZGB

Rechts, so tritt diese Wirkung jedoch nur ein, wenn das Kindesverhältnis zum Vater durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist. Eine besondere Übergangsbestimmung ist nicht nötig, dagegen sind die entsprechenden Vorschriften der Zivilstandsverordnung anzupassen. Da im neuen Recht die Legitimation als selbständiges Rechtsinstitut fehlt, genügt für die Anfechtung einer unter dem bisherigen Recht erfolgten Legitimation die allgemeine Regel der Anwendung des neuen Rechts nicht. Sachlich erscheint es angezeigt, darauf die Bestimmungen über die Anfechtung der Anerkennung anzuwenden. Hiefür ist eine besondere Bestimmung erforderlich (Art. 12<sup>d</sup> des Entwurfes zum SchlT).

### 342.3 Die Anerkennung

Die Anerkennung des (ausserehelichen) Kindes erfolgt nach Artikel 13 Absatz 3 Schlusstitel ZGB auch dann nach den Bestimmungen des neuen Rechts, wenn das Kind vor dessen Inkrafttreten geboren ist. Das ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz des Artikels 12 Absatz 1 des Entwurfes zum Schlusstitel. Eine Sonderbestimmung ist nicht mehr nötig, wenn die heutige einschränkende Bestimmung des Artikels 13 Absatz 2 Schlusstitel gestrichen wird<sup>362</sup>). Die Anwendung des neuen Rechts bedeutet, dass auch im Ehebruch oder in Blutschande gezeugte Kinder nun anerkannt werden dürfen. Umgekehrt kann der Grossvater nicht mehr anerkennen. Ausgeschlossen ist auch die Anerkennung in letztwilliger Verfügung. Immerhin müsste wohl eine vor Inkrafttreten des neuen Rechts in einer letztwilligen Verfügung ausgesprochene Anerkennung eines bereits geborenen Kindes nach Artikel 16 Absatz 2 und Artikel 1 Absatz 2 Schlusstitel als gültig angesehen werden, auch wenn der Erblasser erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts stirbt. – Für die Anfechtung der Anerkennung gilt sinngemäss, was über die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung ausgeführt worden ist. Ein im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hängiger Einspruch im Sinne von Artikel 305 ZGB ist vom Zivilstandsbeamten zur Behandlung als Anfechtungsklage nach den Artikeln 260<sup>a</sup> ff. des Entwurfes an das zuständige Gericht zu überweisen und eine hängige Klage auf Abweisung eines Einspruches gegen die Anerkennung unter Umkehrung der Parteirollen als Anfechtungsprozess weiterzuführen. Wegen der extremen Seltenheit solcher Verfahren kann von besonderen Bestimmungen hierüber abgesehen werden.

### 342.4 Die Vaterschaftsklage

Nach Artikel 13 Absatz 2 Schlusstitel können, wenn die aussereheliche Geburt vor Inkrafttreten des neuen Rechts stattgefunden hat, Mutter und Kind mit der *Vaterschaftsklage* gegenüber dem Vater nur diejenigen familienrechtlichen Ansprüche geltend machen, die nach dem bisherigen Rechte gegeben waren. Demnach dürfen die bereits geborenen Kinder nur die Vaterschaftsklage des bisherigen Rechts erheben und ist sie auch nach diesem zu beurteilen<sup>363</sup>). Diese

<sup>362</sup>) Vgl. Ziffer 342.4

<sup>363</sup>) Mutzner 1. Aufl.<sup>1</sup> N 14–20, 2. Aufl. N 32–35 zu Art. 13 SchlT ZGB

Vorschrift des Artikels 13 Absatz 2 Schlusstitel erscheint nun aber, wie das Bundesgericht im Entscheid 96 II 13 überzeugend ausführt, als zeitbedingte Sondervorschrift, die auf die starken Unterschiede zwischen den früheren kantonalen Vorschriften über die aussereheliche Vaterschaft Rücksicht nahm<sup>364</sup>) und bei deren Erlass wohl auch die überholte Vorstellung mitwirkte, die Unterhaltspflicht des ausserehelichen Vaters beruhe weniger auf dem Dauertatbestand der Abstammung als auf einer Art unerlaubter Handlung<sup>365</sup>). Demgegenüber hat das Bundesgericht im zitierten Entscheid die Unterhaltsverpflichtung des ausserehelichen Vaters als ein Rechtsverhältnis aufgefasst, das sich von Gesetzes wegen unmittelbar aus der behaupteten Abstammung, einer von ihrem Eintritt an dauernden Tatsache, ergibt<sup>366</sup>). Bei Rechtsverhältnissen, welche die unmittelbar aus dem Gesetz sich ergebende Folge eines solchen Zustandes, eines sog. Dauertatbestandes, sind, bestimmt sich aber vom Inkrafttreten des neuen Gesetzes an nicht nur der Inhalt, sondern auch der Bestand nach neuem Recht<sup>367</sup>). Diese Erwägungen über die Unterhaltsverpflichtung gelten um so mehr für das Kindesverhältnis als solches, handelt es sich doch dabei um eine<sup>1</sup> Grundbeziehung der menschlichen Existenz. Demgemäss gilt die allgemeine Regel der Anwendung des neuen Rechts im Sinne von Artikel 3 Schlusstitel und 12 Absatz 1 des Entwurfes zum Schlusstitel auch für die Begründung des Kindesverhältnisses auf dem Wege der Vaterschaftsklage. Artikel 13 Absatz 2 Schlusstitel ist infolgedessen für das Verhältnis des neuen zum bisherigen Kindesrecht auszuschliessen. Für das Verhältnis des ZGB zum früheren kantonalen Recht hat die Bestimmung ebenfalls keine praktische Bedeutung mehr und ist daher aufzuheben.

Die Anwendung des neuen Rechts auf das vor seinem Inkrafttreten geborene aussereheliche Kind hätte zunächst zur Folge, dass die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hängige Vaterschaftsklage für die frühere Zeit nach dem bisherigen, für die spätere dagegen nach dem neuen Recht zu beurteilen wäre. Da in dieser Situation jedoch regelmässig die Ansprüche für die frühere Zeit im Verhältnis zu denjenigen für die spätere Zeit nur geringe Bedeutung haben, erscheint es angezeigt, die Klage als solche, d. h. soweit sie die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten betrifft, einheitlich nach dem neuen Recht und nur die Wirkungen für die frühere und für die spätere Zeit gesondert zu beurteilen. Das wird im neuen Artikel 13 des Entwurfes zum Schlusstitel vorgesehen<sup>368</sup>). Damit sind die vorsorglichen Massnahmen der Artikel 281–284 des Entwurfes auch auf die Kinder anwendbar, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts geboren sind. Artikel 13 Absatz 2<sup>bis</sup> Schlusstitel, der durch das Bundesgesetz vom 30. Juni 1972 eingeführt worden ist, kann infolgedessen weggelassen werden.

Artikel 13 des Entwurfes gilt sinngemäss, wenn das Kind zwar vor Inkrafttreten des neuen Rechts geboren, die Klagefrist aber in diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist und die Klage erst nachher erhoben wird. Für die Mutter

<sup>364</sup>) Vgl. Mutzner N 1 zu Art. 13 SchlT ZGB

<sup>365</sup>) Vgl. Broggim a. a. O. 472

<sup>366</sup>) BGE 96 II 12

<sup>367</sup>) Vgl. Mutzner N 2, 3 zu Art. 2 SchlT ZGB, BGE 39 II 20 ff. und 681

<sup>368</sup>) Ebenso Art. 12 § 2 des deutschen Nichtehelichengesetzes

läuft die Klagefrist, die vom neuen Recht nicht geändert wird (vgl. Art. 263 Abs. 2 Ziff. 1 des Entwurfes), weiter<sup>369)</sup>. Für das Kind beginnt sie dagegen erst mit Inkrafttreten des neuen Rechts, da Artikel 263 Absatz 2 Ziffer 2 des Entwurfes zwar nicht ihre Dauer, wohl aber ihren Anfang anders regelt.

Die wichtigste Folge der Anwendung des neuen Rechts besteht aber in diesem Bereich darin, dass die übrigen vor seinem Inkrafttreten geborenen ausser-ehelichen Kinder, soweit sie nicht schon durch Anerkennung oder Zusprechung mit Standesfolge zum Vater in einem Kindesverhältnis stehen, für die Zeit nach Inkrafttreten des neuen Rechts auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater klagen dürfen. Dies gilt einmal für die Fälle der Zahlvaterschaft des bisherigen Rechts. Durch Urteil wird diese nach Artikel 319 ZGB nur begründet, wenn die Vaterschaft des Beklagten vorfrageweise festgestellt worden ist. Aber auch bei der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Unterhaltsvereinbarung ist die Abstammung meist oder doch in der Regel nicht weniger gewiss. Dann entspricht es dem Grundgedanken des Artikels 12 Absatz 1 des Entwurfes zum Schlusstitel, dass die Abstammung künftig die Wirkungen des Kindesverhältnisses haben soll. Aber auch wenn die Klagefrist des Artikels 308 ZGB versäumt wurde, erscheint die Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses des neuen Rechts gerechtfertigt. Das Versäumnis beruht namentlich im internationalen Verhältnis meist auf Unkenntnis, ist doch die einjährige Frist des Artikels 308 ZGB seit der Geburt rechtsvergleichend singulär und mit den heutigen Auffassungen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit kaum mehr vereinbar. Es kann auch sein, dass die Klage nicht erhoben wurde, weil die Mutter innerhalb der Klagefrist dem Beistand den Namen des Schwängerers nicht bekanntgeben konnte oder wollte. Das soll das Kind nicht zeitlebens entgelten. Schliesslich kann die Klage unterblieben sein, weil sie nach bisherigem Recht aussichtslos schien. Ist es dagegen nach neuem Recht möglich, den Vater festzustellen, so soll das dem Kind nicht verwehrt werden. Dann muss aber um der Rechtsgleichheit willen das neue Klage-recht auch dem Kinde zugebilligt werden, das zwar geklagt hat, dessen Klage aber aus einem Grunde abgewiesen worden ist, den das neue Recht nicht mehr kennt.

Allerdings weicht diese Regelung von der für die Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung und der Anerkennung vorgesehenen ab. Das rechtfertigt sich jedoch, weil es dort um die Beseitigung, hier dagegen um die Begründung des Kindesverhältnisses zum Vater geht, vor allem aber weil die Änderungen des materiellen Rechts dort nur geringfügig, hier dagegen beträchtlich sind.

Die vorgesehene Klage des vor Inkrafttreten des neuen Rechtes geborenen Kindes auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater lässt unter dem bisherigen Recht rechtskräftig verwirkte oder abgewiesene Ansprüche nicht etwa wieder aufleben. Solange die Ansprüche aus ausser-ehelicher Vaterschaft dem bisherigen Recht unterstehen, bleibt es bei der unter ihm eingetretenen Regelung: der Zahlvaterschaft, der Abweisung der Klage oder der durch Fristversäumnis eingetretenen Verwirkung des Klagerechts. Indessen geht es hier, wie erwähnt, nicht um

<sup>369)</sup> Mutzner N 9 zu Art. 49 SchlIT ZGB; Huber/Mutzner, Schweiz. Privatrecht, 270; Brogginini a. a. O. 507 N 86

ein (in der Vergangenheit) abgeschlossenes Verhältnis. Vielmehr überdauert die dem Kindesverhältnis zugrunde liegende Abstammungsbeziehung das Inkrafttreten des neuen Rechts. Darum kann die unter dem bisherigen Recht eingetretene Lage nicht als endgültig anerkannt werden, sondern muss nach Artikel 3 Schlusstitel der vom neuen Recht vorgesehenen Regelung weichen. Der formelle Grundsatz der Rechtskraft hat vor dem materiellen der möglichst weitgehenden rechtlichen Gleichstellung des ausserehelichen mit dem ehelichen Kind zurückzutreten. Ebenso wie ein Urteil, das vor dem Jahre 1912 in Anwendung des kantonalen Rechts einen Schwiegersohn zur Unterstützung seiner Schwiegermutter verpflichtet hatte, mit Inkrafttreten der engeren Abgrenzung der Unterstützungspflicht nach ZGB unwirksam wurde<sup>370)</sup>, kann das neue Recht zwischen einem Vater und seinem Kind ein rechtliches Band herstellen, das unter dem bisherigen Recht nicht oder nur beschränkt zulässig war. Diese intertemporale Beschränkung der Rechtskraft ist im internationalen Recht ebenfalls anerkannt<sup>371)</sup>.

Beizufügen ist, dass nur auf diese Weise eine befriedigende Übereinstimmung erzielt werden kann mit der Anwendung des neuen Rechts nach Artikel 13 des Entwurfes zum Schlusstitel auf Klagen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängig sind oder vor Ablauf der Klagefrist des bisherigen Rechts, aber nach Inkrafttreten des neuen Rechts erhoben werden. Denn sonst würde das vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborene Kind schlechter behandelt, wenn seine Klage vorher beurteilt wird als wenn dies erst nachher geschieht. Sein Schicksal soll aber nicht von solchen Zufälligkeiten abhängen.

Ist unter dem bisherigen Recht eine Zahlvaterschaftsverpflichtung begründet worden, so wäre nach dem Grundgedanken der Artikel 3 Schlusstitel und Artikel 12 Absatz 1 des Entwurfes zum Schlusstitel zu erwägen, sie von Gesetzes wegen zur Feststellung des Kindesverhältnisses des neuen Rechtes aufzuwerten<sup>372)</sup>. Dabei bliebe jedoch ausser acht, dass die Situation des ausserehelichen Kindes sich vielleicht im Rahmen der Zahlvaterschaft stabilisiert hat und die Entstehung eines familienrechtlichen Verhältnisses zum Vater gar nicht mehr erwünscht ist. Zudem fehlen die registermässigen Unterlagen, um die Zahlvaterschaften vollständig zu erfassen. Darum soll die Unterstellung unter das neue Recht nicht schon von Gesetzes wegen, sondern nur auf Begehren des Kindes eintreten. Für die Fälle, in welchen überhaupt noch keine Beziehung zum Vater besteht, kann das Kindesverhältnis ohnehin nur auf dem Wege der Anerkennung oder des Urteils festgestellt werden.

Das neue Klagerecht der vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborenen Kinder ist zeitlich nach zwei Richtungen hin zu begrenzen: Einmal persönlich. Die Klage soll nicht allen noch lebenden ausserehelichen Personen offenstehen, sondern nur den im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch unmün-

<sup>370)</sup> BGE 39 II 20

<sup>371)</sup> BGE 96 II 4 im Falle einer nach Art. 308 ZGB verwirkten Klage; SJZ 1970, 360 Nr. 153 im Falle einer wegen Verwirkung nach Art. 308 ZGB durch Urteil bereits abgewiesenen Klage

<sup>372)</sup> In diesem Sinne Art. 12 § 3 Abs. 1 des deutschen Nichtehelichengesetzes

digen<sup>373)</sup>. Bei den Mündigen dürfte dagegen in der Regel ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater nicht mehr bestehen. Sodann ginge es zu weit, hier die Frist des neuen Rechts für die Vaterschaftsklage (Art. 263 des Entwurfes) anzuwenden. Vielmehr erscheint hiefür eine Frist von zwei Jahren seit Inkrafttreten des neuen Rechts als angemessen. Den Klägern ist zuzumuten, binnen dieser Zeit sich schlüssig zu werden, ob sie von der ihnen gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen oder unter der vom bisherigen Recht geschaffenen Lage verbleiben wollen. Und die Beklagten haben ein schutzwürdiges Interesse, bald zu wissen, ob die vielleicht schon geraume Zeit zurückliegende Angelegenheit wieder aufgegriffen werde.

Die Klage ist ein höchstpersönliches Recht. Ist das Kind urteilsfähig, so erhebt es sie selbst. Dabei sind allerdings an die Urteilsfähigkeit hohe Anforderungen zu stellen; sie dürfte unter 16 Jahren überhaupt nicht, unter 18 wohl nur selten vorliegen. Ist das Kind urteilsunfähig, so ist die Klage vom gesetzlichen Vertreter zu erheben. Bei der Mutter kann im Einzelfall eine Interessenskollision gegeben sein, namentlich wenn sie aus persönlichen Gründen eine familienrechtliche Beziehung zwischen dem Kind und dem Vater ablehnt. Alsdann ist dem Kind nach Artikel 392 Ziffer 2 ZGB ein Beistand zu bestellen. Auch dürfte die Mutter oft kaum in der Lage sein, alle mit dieser Klage zusammenhängenden schwierigen Fragen zu überblicken und sachgemäss zu beurteilen. Die Vormundschaftsbehörde wird daher, wenn die Mutter nicht von sich aus das Nötige vorkehrt, in den meisten Fällen in sinngemässer Anwendung der Artikel 308 und 309 des Entwurfes dem Kind für die Klage einen Beistand bestellen müssen.

Materiell ist die Klage nach den Bestimmungen des neuen Rechtes zu beurteilen (Art. 261/262 des Entwurfes). Dabei hat der Richter nach Artikel 254 Ziffer 1 des Entwurfes den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen. Demzufolge sind auch die Akten allfälliger früherer Prozesse beizuziehen und die dabei erhobenen Beweise zu berücksichtigen. Ist die Vaterschaft des Beklagten bereits durch ein früheres Gutachten ausgeschlossen worden, das auch nach dem heutigen Stand der Wissenschaft schlüssig ist, so erscheint eine neue Klage von vornherein aussichtslos. Dagegen kann nun eine Klage gegen einen andern Mann, der als Vater in Betracht zu ziehen ist, erhoben werden. Dem Beklagten, der in einem früheren Verfahren zu Unterhaltsleistungen verpflichtet oder aussergerichtlich eine solche Verpflichtung übernommen hat, steht seinerseits die Möglichkeit offen, nach dem fortgeschritteneren gegenwärtigen Stand der Naturwissenschaft zu beweisen, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich ist als diejenige eines Dritten. Er bringt er diesen Beweis, so ist nicht nur die Klage abzuweisen, sondern es erlischt alsdann auch die unter dem bisherigen Recht begründete Verpflichtung zu Vermögensleistungen (Art. 13<sup>a</sup> Abs. 2 des Entwurfes zum SchlT). Dieses Risiko ist bei Erhebung der neuen Klage zu bedenken. Bereits erbrachte Leistungen sind nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstaten. Für periodische Unterhaltsbeiträge, die verbraucht worden sind, dürfte sie

<sup>373)</sup> Ähnlich Art. 12 § 10 Abs. 2 des deutschen Nichtehelichengesetzes



nach Artikel 64 des Obligationenrechts kaum in Frage kommen. Bei Abfindungssummen ist die Dauer der noch verbleibenden gesetzlichen Unterhaltspflicht zu berücksichtigen. Bei Gutheissung der Klage ist eine Abfindungssumme auf die Unterhaltspflicht anzurechnen, sofern hierüber nicht eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 288 des Entwurfes zustande kommt.

### 343 Wirkungen des Kindesverhältnisses

Die Wirkungen des Kindesverhältnisses richten sich für die Zeit bis zum Inkrafttreten des neuen Rechtes nach dem bisherigen, für die spätere Zeit nach dem neuen Recht (Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes zum SchIT). Das neue Recht ist für die früher geborenen Kinder ohne weiteres anwendbar, wenn sie bereits nach dem bisherigen Recht mit ihren Eltern durch ein rechtliches Kindesverhältnis verbunden sind. Das sind die ehelich geborenen oder ehelich erklärten Kinder, sodann die ausserehelichen Kinder im Verhältnis zur mütterlichen Seite sowie zur väterlichen Seite, wenn sie vom Vater anerkannt oder ihm mit Standesfolge zugesprochen worden sind. Auf die übrigen vorher geborenen ausserehelichen Kinder sind die Bestimmungen des neuen Rechtes dagegen nur anwendbar, wenn sie nach Inkrafttreten des neuen Rechts vom Vater anerkannt werden oder nach Artikel 13<sup>a</sup> des Entwurfes zum Schlusstitel das Kindesverhältnis zu ihm festgestellt wird.

Von der allgemeinen Anwendung des neuen Rechts sind der Erwerb des *Familiennamens* und des *Bürgerrechts* auszunehmen. Sie bleiben, wie sie unter dem bisherigen Recht erworben worden sind, auch unter dem neuen Recht bestehen. Artikel 12 Absatz 1 des Entwurfes zum Schlusstitel hält diese Konsequenz aus Artikel 1 Absatz 1 Schlusstitel<sup>374)</sup> ausdrücklich fest. Praktisch bedeutsam ist dieser Vorbehalt für das aussereheliche Kind, das unter dem bisherigen Recht ohne Standesfolge den *angestammten* Namen der Mutter (Art. 324 Abs. 1 ZGB) und im Falle der Standesfolge den Namen und das Bürgerrecht des *Vaters* erhalten hat (Art. 325 Abs. 1 ZGB).

Weitere Ausnahmen sind für *die elterliche Gewalt* zu treffen. Die unverheiratete Mutter erhält sie künftig von Gesetzes wegen (Art. 298 Abs. 1 des Entwurfes). Nach der geltenden Fassung von Artikel 12 Absatz 3 Schlusstitel erwürbe sie, da ihr Kind beim Inkrafttreten des neuen Rechts unter Vormundschaft steht, die elterliche Gewalt erst durch Übertragung seitens der vormundschaftlichen Behörden. Es kann den Behörden aber nicht freigestellt werden, wann sie diesen Entscheid fällen wollen. Artikel 12 Absatz 2 des Entwurfes zum Schlusstitel sieht darum vor, dass die elterliche Gewalt spätestens mit Ablauf eines Jahres seit Inkrafttreten des neuen Rechts anstelle der Vormundschaft tritt, sofern nicht nach den Bestimmungen über die Entziehung der elterlichen Gewalt das Gegenteil verfügt worden ist. Schliesslich ist festzuhalten, dass eine unter dem bisherigen Recht durch behördliche Verfügung erfolgte Übertragung oder Entziehung der elterlichen Gewalt wirksam bleibt (Art. 12 Abs. 3 des Entwurfes zum SchIT).

<sup>374)</sup> Huber/Mutzner, Schweiz. Privatrecht, 250 N 63, 248 N 56

Für die *erbrechtlichen* Verhältnisse sind besondere Bestimmungen nicht nötig. Stirbt der aussereheliche Vater vor Inkrafttreten des neuen Rechts, so gilt nach Artikel 15 Schlusstitel für seinen Nachlass Artikel 461 ZGB. Sein aussereheliches Kind kann nur die ihm nach dieser Bestimmung zustehenden Ansprüche geltend machen, und zwar selbst wenn es erst nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts geboren wird (vgl. Art. 544 ZGB). Dagegen entsteht das gesetzliche Erbrecht zwischen dem Kind und den noch lebenden Verwandten der Vaterseite, wenn das Kindesverhältnis nach Inkrafttreten des neuen Rechts zum vorher verstorbenen Vater nach den neuen Bestimmungen (unter Einschluss des Übergangsrechts) festgestellt wird. Stirbt der Vater nach Inkrafttreten des neuen Rechts, so richten sich die erbrechtlichen Verhältnisse gemäss neuem Recht. Ist der Nachlass im Zeitpunkt der Feststellung des Kindesverhältnisses bereits geteilt, so haften die Erben nach den Artikeln 598–600 ZGB.

### 35 Internationales Recht

(Art. 8<sup>d</sup>–8<sup>e</sup>, 28 Ziff. 2 des Entwurfes zum NAG)

Weist ein Kindesverhältnis Auslandsbeziehungen auf, so gelten die Bestimmungen der Artikel 8 und 9 in Verbindung mit Artikel 32 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG). Nach Artikel 8 bestimmt sich der Familienstand einer Person, insbesondere die Frage der ehelichen oder unehelichen Geburt, die Frage der Wirkungen einer freiwilligen Anerkennung oder einer durch die Behörden erfolgten Zusprechung Unehelicher und die Frage der Adoption (Wahlkindschaft) nach dem heimatlichen Recht und unterliegt der Gerichtsbarkeit der Heimat. Dabei ist die Heimat des Ehemannes, des Vaters oder der adoptierenden Person massgebend. Diese äusserlich einfache Regel, die im interkantonalen Verhältnis, für die sie ursprünglich aufgestellt worden war, ausreichte, vermag im internationalen Verhältnis, auf das sie nach Artikel 32 entsprechend anzuwenden ist, je länger desto weniger zu genügen. Darum hat der Bundesgesetzgeber bereits bei der Revision des Adoptionsrechts besondere Bestimmungen über die Adoption eingefügt (Art. 8<sup>a</sup>, 8<sup>b</sup>, 8<sup>c</sup>) und die Hinweise auf die Adoption in Artikel 8 gestrichen. Damit ist die sachgemässe Behandlung der zahlreichen Adoptionen mit Auslandsbeziehungen wesentlich erleichtert worden.

Artikel 8 NAG ist aber auch im Bereich des übrigen Kindesrechts revisionsbedürftig. Niederlassung und Aufenthalt zahlreicher Ausländer in der Schweiz und die eheliche oder aussereheliche Verbindung von Schweizern mit Ausländern lassen mannigfaltigste Situationen entstehen, in welchen die Anwendung des Artikels 8 NAG sich nicht nur als unbefriedigend, sondern oft geradezu als unsinnig

<sup>375)</sup> Vgl. Lalive, Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé suisse, in: Les conflits de lois en matière de filiation, en droit international privé français, allemand et suisse (Paris 1973), 147 ff.; vgl. auch: Knoepfler, Action en désaveu de paternité intenté par l'enfant étranger: une jurisprudence contra legem? SJZ 1973, 52

erweist. Mehr und mehr haben sich Rechtsprechung und Doktrin genötigt gesehen, auf Grund der Artikel 1 und 2 ZGB den Anwendungsbereich von Artikel 8 NAG zu beschränken und zu modifizieren<sup>375)</sup>. Die Notwendigkeit und Dringlichkeit der Revision des Artikels 8 NAG ist unbestritten. Die Aufgabe erscheint um so dringender, als abweichend vom Adoptionsrecht im Bereich der Begründung und Anfechtung des Kindesverhältnisses abgesehen von drei Sonderfragen<sup>376)</sup> keine internationalen Übereinkommen bestehen, welche im Bereich der Entstehung und Anfechtung des Kindesverhältnisses die internationale Zuständigkeit und Rechtsanwendung ordnen. Es erscheint daher angezeigt, wie beim Adoptionsrecht so auch jetzt beim übrigen Kindesrecht die fällige Revision des Artikels 8 NAG gleichzeitig mit der Neugestaltung des materiellen Rechts vorzunehmen. Frankreich ist bei der kürzlichen Revision seines Kindesrechts ebenso vorgegangen (Art. 311–14 bis Art. 311–18 Code civil)<sup>377)</sup>. Demgegenüber hat die Bundesrepublik Deutschland bei der Revision ihres Nichtehelehenrechts davon abgesehen, die entsprechenden Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch zu ändern, was bei der Anwendung des neuen Rechts bereits zu erheblichen Schwierigkeiten geführt hat<sup>378)</sup>. Die Revision des Kindesrechts bleibt Stückwerk, wenn die Kollisionsregeln nicht gleichzeitig erneuert werden.

Allerdings hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement im Sommer 1973 eine grosse Expertenkommission eingesetzt mit dem Auftrag, einen Entwurf für die Kodifizierung des schweizerischen internationalen Privat- und Zivilprozessrechtes und für die Revision des NAG vorzubereiten. Es stellt sich daher die Frage, ob die Änderung des Artikels 8 NAG nicht dieser kommenden Gesetzgebung überlassen werden soll. Das wäre zweifellos zu bejahen, wenn damit gerechnet werden könnte, dass dieses Gesetz wenn nicht gleichzeitig, so doch bald nach dem neuen Kindesrecht in Kraft treten würde. Infolge der ausserordentlichen Grösse und Komplexität der Aufgabe ist aber ungewiss, wann sie zu Ende geführt werden kann. Unter diesen Umständen lässt es sich nicht verantworten, mit der Revision des völlig veralteten Artikels 8 NAG bis zur Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechts zuzuwarten. Diese soll freilich durch die heutige vordringliche Revision nicht präjudiziert werden, sondern es soll die Möglichkeit erhalten bleiben, auch das internationale Kindesrecht nach einheitlichen Grundsätzen zu regeln, wobei dem Gesetzgeber die Erfahrungen mit den heute vorgeschlagenen Bestimmungen zugute kommen dürften.

376) Übereinkommen der Mitgliedstaaten der Internationalen Zivilstandskommission (CIEC) betreffend die Erweiterung der Zuständigkeit der Behörden, die zur Entgegennahme von Anerkennungen ausserehelicher Kinder befugt sind, vom 14. September 1961 (AS 1964 553), über die Feststellung der mütterlichen Abstammung ausserehelicher Kinder, vom 12. September 1962 (von der Schweiz ebenfalls ratifiziert, aber nicht publiziert), und über die Legitimation, vom 10. September 1970 (Texte siehe «Übereinkommen und Empfehlungen», herausgegeben vom Generalsekretariat der CIEC, Frankfurt 1972)

377) Huet, Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972, in: Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse (Paris 1973), 19 ss.

378) Vgl. Neuhaus FamRZ 1972, 279 Nr. 2; Jayme FamRZ 1973, 18

Nach Artikel 8 NAG ist die Heimat des Vaters sowohl für die Zuständigkeit wie für das anwendbare Recht massgebend. Der Entwurf regelt die beiden Fragen gesondert. Hinsichtlich der Zuständigkeit bringt er zwei wesentliche Änderungen: erstens die Anknüpfung an den Wohnsitz, und zweitens die Gleichwertigkeit der drei am Kindesverhältnis beteiligten Personen – Kind, Mutter und Vater. Demgemäss kann die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses beim Richter am schweizerischen Wohnsitz des Kindes oder eines der Eltern erhoben werden (Art. 8<sup>d</sup> Abs. 1 des Entwurfes zum NAG). Fehlt dagegen ein schweizerischer Wohnsitz und kann auch an einem ausländischen Wohnsitz nach den dort geltenden Bestimmungen eine Klage nicht angebracht werden, so wird ein Gerichtsstand am schweizerischen Heimatort des Kindes oder eines der Eltern gewährt (Art. 8<sup>d</sup> Abs. 2 des Entwurfes zum NAG). Diese starke Erweiterung der schweizerischen Zuständigkeit bedarf im einzelnen Fall der Einschränkung. Unter Rücksichtnahme auf Art und Bedeutung der in Frage stehenden Auslandsbeziehung macht der Entwurf den Wegfall der schweizerischen Zuständigkeit von einer doppelten Voraussetzung abhängig (Art. 8<sup>d</sup> Abs. 3):

- der Zusammenhang mit einem bestimmten andern Land ist stärker als zur Schweiz, und
- dieses Land anerkennt die schweizerische Zuständigkeit nicht.

Diese flexible Formel dürfte erlauben, der unüberschbaren Vielfalt tatsächlicher und rechtlicher Situationen gerecht zu werden.

In bezug auf das anwendbare Recht darf auch eine Neuregelung an der überlieferten wesentlichen Bedeutung der Heimat für das Kindesverhältnis nicht vorbeigehen. Das Heimatrecht soll aber grundsätzlich nur noch dann Geltung beanspruchen, wenn beide Eltern und das Kind die gleiche Heimat haben (Art. 8<sup>e</sup> Abs. 1 Ziff. 1 des Entwurfes zum NAG). Fehlt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, haben die Eltern und das Kind dagegen im gleichen Lande Wohnsitz, so ist die Anwendung dieses Rechts am Platz (Ziff. 2). Gebriecht es auch an dieser Voraussetzung, so ist schweizerisches Recht anzuwenden (Ziff. 3). Auch bei Anwendung dieser Regeln kann es vorkommen, dass ein Fall tatsächlich mit einem andern Land einen engeren Zusammenhang aufweist. Zu denken ist etwa an den Fall, dass eine von ihrem Ehemann getrennte, in der Schweiz lebende Italienerin ein Kind zur Welt bringt, dessen Vater Schweizer ist. Da die gesetzlichen Eltern und das Kind Italiener sind, müsste die Anfechtung des Kindesverhältnisses zum Ehemann gemäss Artikel 8<sup>e</sup> Absatz 1 Ziffer 1 des Entwurfes zum NAG nach italienischem Recht beurteilt werden. Indessen überwiegt wegen des schweizerischen Wohnsitzes der Mutter, des Kindes und des wirklichen Vaters sowie dessen schweizerischer Staatsangehörigkeit der Zusammenhang mit der Schweiz. Daher ist nach Absatz 2 schweizerisches Recht anzuwenden.

Mit der Revision kann Artikel 8 NAG gestrichen werden. Es gibt allerdings vereinzelte Fälle, die weder das Kindesverhältnis noch die Adoption betreffen<sup>379)</sup>

<sup>379)</sup> BGE 92 II 138; Gesuch, womit jemand, der in den Zivilstandsregistern als Person männlichen Geschlechtes eingetragen ist, die Zuerkennung des weiblichen Geschlechtes verlangt; 36 I 395: Klage der geschiedenen Ehefrau auf Beibehaltung des Namens; vgl. auch BGE 71 II 129.

und die heute gestützt auf Artikel 8 NAG zu beurteilen sind. Die örtliche Zuständigkeit und das anwendbare Recht werden hiefür von der Rechtsprechung inskünftig in sinngemässer Anwendung der neuen Bestimmungen festzulegen sein, womit sich eine sachlich befriedigendere Lösung als mit dem geltenden Artikel 8 erreichen lässt.

Was die Wirkungen des Kindesverhältnisses anbetrifft, so erscheint eine Neuregelung nicht als dringend. Artikel 9 Absatz 1 NAG verweist in bezug auf die elterliche Gewalt auf das Recht des Wohnsitzes. Diese Anknüpfung, die auch für weitere Wirkungen des Kindesverhältnisses angewendet wird, hat sich im wesentlichen bewährt. Umstritten ist freilich, ob hiefür der Wohnsitz des Vaters bzw. der Eltern oder der des Kindes massgebend sei. Die Streichung von Artikel 8 NAG wird die sachgemässere Anknüpfung an den Wohnsitz des Kindes erleichtern. Die Revision von Artikel 9 Absatz 1 NAG kann um so eher aufgeschoben werden, als für den wichtigen Bereich der Unterhaltspflicht die von der Schweiz ratifizierten Haager Übereinkommen vom 24. Oktober 1956<sup>380)</sup> und 15. April 1958<sup>381)</sup> und für den nicht weniger bedeutsamen Schutz von Minderjährigen das Übereinkommen vom 5. Oktober 1961<sup>382)</sup> wesentliche Kollisionsregeln aufgestellt haben<sup>383)</sup>.

Artikel 9 Absatz 2 NAG beschränkt sich auf die Sonderfrage der Unterhaltspflicht. Obwohl die Bestimmung den heutigen Anschauungen nicht mehr entspricht, kann wegen ihrer begrenzten Bedeutung mit der Revision bis zur Gesamtrevision des NAG zugewartet werden.

Die vorgeschlagenen Bestimmungen gelten grundsätzlich sowohl für Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz wie für Schweizer mit Wohnsitz im Ausland. Das ist durch einen entsprechenden Zusatz in Artikel 28 Ziffer 2 NAG unter Einbeziehung der Adoption zu verdeutlichen. Es versteht sich, dass Artikel 28 Ziffer 2 insoweit gültig bleibt, als er den neuen Bestimmungen nicht widerspricht.

### 36 Bürgerrechtsgesetz

(Art. 1, 2, 4, 5 und 8)

Im Bürgerrechtsgesetz (BüG) sind zunächst die Bestimmungen der heutigen Artikel 1 und 2 an den Artikel 271 des Entwurfes anzupassen<sup>384)</sup>. Dabei erweist es sich als zweckmässig, den Erwerb des Schweizer Bürgerrechtes durch Abstammung in einem einzigen Artikel zu regeln (Art. 1 des Entwurfes zum BüG). Eine

<sup>380)</sup> Text s. AS 1964 1279

<sup>381)</sup> Text s. AS 1964 1283

<sup>382)</sup> Text s. AS 1969 181

<sup>383)</sup> Die Haager Konferenz hat im übrigen an ihrer 12. Session vom 2.–21. Oktober 1972 (Zusatzsession vom 19./28. März 1973) zwei neue Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht (Text s. Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht 1972, 450 f.) und über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (Text s. Revue critique de droit international privé 1973, 398) erarbeitet.

<sup>384)</sup> Vgl. vorn Ziffer 321. 1

kleine materielle Änderung gegenüber dem bisherigen Artikel 2 BÜG sieht Artikel 1 Absatz 2 des Entwurfes vor. Das aussereheliche Kind einer Ausländerin erhält nach geltendem Recht das Schweizer Bürgerrecht durch Eheschliessung des schweizerischen Vaters mit der Mutter ohne Rücksicht auf sein Alter (Bst. a), durch Anerkennung mit Standesfolge dagegen nur, wenn es unmündig ist (Bst. c); bei der Zusprennung mit Standesfolge – Bst. b – ist es wegen der kurzen Klagefrist des Artikels 308 ZGB ohnehin unmündig. Diese Ungleichheit erscheint unge-rechtfertigt. Sachlich drängt sich allgemein die Beschränkung des Bürgerrechtser-werbs auf unmündige Kinder auf. Sie gilt heute nicht nur für das aussereheliche Kind, das dem Stande des Vaters folgt, sondern nach dem revidierten Artikel 7 auch für das Adoptivkind. Ebenso begrenzt nach den Artikeln 33 und 44 die Unmündigkeit den Einbezug der Kinder in die Einbürgerung und die Entlassung aus dem Bürgerrecht.

Im übrigen versteht es sich von selbst, dass der Erwerb des Schweizer Bür-gerrechts durch Abstammung ein familienrechtliches Kindesverhältnis zur Per-son, die das Bürgerrecht vermittelt, voraussetzt.

Die Neuformulierung von Artikel 4 bedeutet nichts anderes als eine formelle Anpassung an den Artikel 1 des Entwurfes zum Bürgerrechtsgesetz.

Eine wesentlich bedeutsamere Änderung ist in Artikel 5 vorgesehen. Nach der geltenden Fassung von Absatz 1 dieser Bestimmung erwirbt das eheliche Kind eines ausländischen Vaters und einer schweizerischen Mutter von Geburt an das Kantons- und Gemeindegürgerrecht der Mutter und damit das Schweizer Bürgerrecht, wenn es nicht von Geburt an eine andere Staatsangehörigkeit erwerben kann. Das eheliche Kind eines Ausländers und einer Schweizerin erwirbt daher das Schweizer Bürgerrecht nicht von Gesetzes wegen. Darin liegt eine Ungleichheit gegenüber dem ehelichen Kind eines Schweizer und einer Ausländerin wie auch gegenüber dem ausserehelichen Kind einer Schweizerin, die beide nach Artikel 1 von Geburt an Schweizer sind. Die Gleichberechtigung von Vater und Mutter sollte grundsätzlich auch beim Erwerb des Schweizer Bürgerrechts be-rücksichtigt werden. Indessen setzt Artikel 44 Absatz 3 der Bundesverfassung der Verwirklichung dieses Postulates Schranken. Nach dieser Bestimmung kann die Bundesgesetzgebung vorsehen, dass das Kind ausländischer Eltern von Geburt an Schweizer Bürger ist, wenn seine Mutter von Abstammung Schweizer Bürgerin war und die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz ihren Wohnsitz haben. Damit wird nicht nur eine Befugnis des Bundesgesetzgebers begründet, sondern diese zugleich auch begrenzt: er darf nur unter den umschriebenen Voraussetzungen den Erwerb des Bürgerrechts vorsehen<sup>385</sup>). Er hat jedoch von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht, vorab wohl um die Entstehung neuer Doppelbürgerrechte zu vermeiden. Die damit verbundenen Nachteile rechtfertigen aber nicht, dem in der Schweiz geborenen Kind eines Ausländers und einer Schweizerin das Schweizer Bürgerrecht vorzuenthalten. Der Entwurf sieht darum eine Ergänzung von Artikel 5 Absatz 1 vor, wonach das Kind einer schweizerischen Mutter und

<sup>385</sup>) Burckhardt W., Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung (3. Aufl. Bern 1931), 383.

ihres ausländischen Ehemannes von Geburt an das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Mutter und damit das Schweizer Bürgerrecht erwirbt, wenn die Mutter von Abstammung Schweizer Bürgerin war oder ist und die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz ihren Wohnsitz haben. Damit wird im wesentlichen einem Postulat Rechnung getragen, das von Ständerat Luder am 15. März 1972 eingereicht worden ist und durch eine Änderung des Bürgerrechtsgesetzes dem Kind einer mit einem Ausländer verheirateten Schweizerin das Schweizer Bürgerrecht sichern will. In die gleiche Richtung zielt eine Ständesinitiative des Kantons Genf vom 13. Juni 1972. Die Expertenkommission für die Revision des Familienrechts stimmt in dieser Frage mit der Expertenkommission für die Revision des Bürgerrechtsgesetzes und deren verfassungsmässigen Grundlage überein. Diese ist in ihrem Bericht vom 25. Juli 1972 zum Schluss gelangt, dass der Bundesgesetzgeber den Gedanken des Postulats Luder mindestens im Rahmen des heutigen Artikels 44 Absatz 3 der Bundesverfassung entsprechen sollte<sup>386)</sup>. Auch die Kantone und zuständigen Organisationen stimmten in ihren Vernehmlassungen zum Bericht der Bürgerrechtskommission diesem Antrag mehrheitlich zu.

Bei den Vorarbeiten zum neuen Bürgerrechtsgesetz in den fünfziger Jahren wurde darüber diskutiert ob in Artikel 5 Absatz 1 (= Art 5 Abs 1 Bst b des Entwurfes) nur eine rechtliche oder auch eine tatsächliche Staatenlosigkeit – so bei Schriftenlosigkeit oder Abbruch der Beziehungen mit dem früheren Heimatstaat ohne formelle Ausbürgerung – berücksichtigt werden soll. Von letzterer sah man jedoch ab, weil eine eindeutige Umschreibung der tatsächlichen Staatenlosigkeit sich nicht finden liess. Gleichzeitig glaubte man, die Lösung des Problems der Rechtsprechung überlassen zu können. In diesem Sinne hat nun das Bundesgericht im Entscheid 98 Ib 81 ff. festgehalten, das eheliche Kind eines ausländischen Vaters und einer schweizerischen Mutter erwerbe von Geburt an das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Mutter und damit das Schweizer Bürgerrecht, obschon die objektiven Voraussetzungen des Artikels 5 Absatz 1 des Bürgerrechtsgesetzes nicht erfüllt sind, wenn seine Situation jener eines Kindes gleichkommt, das von Geburt an eine andere Staatsangehörigkeit nicht erwerben kann. Es besteht kein Anlass, die Frage der Gleichbehandlung von rechtlicher und tatsächlicher Staatenlosigkeit nicht weiterhin der Rechtsprechung zu überlassen.

Die Ergänzung des Artikels 5 legt eine Änderung des Artikels 8 nahe. Ausser eheliche Kinder einer Schweizerin erwerben mit der Geburt das Schweizer Bürgerrecht (Art 1 Bst b) verlieren es aber wieder, wenn der ausländische Vater nachträglich die schweizerische Mutter heiratet, sofern sie dadurch die Staatsangehörigkeit des Vaters erwerben (Art 8). Wenn nun aber in Zukunft eheliche Kinder wenigstens unter den genannten Voraussetzungen das Bürgerrecht ihrer schweizerischen Mutter erhalten, so verliert Artikel 8 seinen Sinn und ist zu streichen.<sup>387)</sup>

<sup>386)</sup> S. 69.

<sup>387)</sup> Vgl. dazu Bericht der Bürgerrechtskommission 77.

Diese Änderungen präjudizieren die weitergehende Revision des Bürgerrechtsgesetzes nicht, die von der genannten Expertenkommission angeregt wird, und können daher unabhängig von der für diese nötigen Verfassungsrevision vorgenommen werden.

### **37 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege**

(Art. 44 Bst. *c* und *d*)

Die Änderung betrifft lediglich die neuen Artikelnummern und die Erweiterung der Fälle der Beistandschaft.

### **38 Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes**

(Art. 12 Abs. 1)

Einzig im deutschen Text von Artikel 12 Absatz 1 ist eine kleine Änderung vorgesehen, die eine Anpassung an das neue Adoptionsrecht bedeutet.

## **4 Verfassungsmässigkeit**

Das Kindesrecht bildet eine Materie des Zivilrechtes im Sinne von Artikel 64 Absatz 2 der Bundesverfassung. Der Entwurf greift zwar in Artikel 254 über das Verfahren bei Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses, in den Artikeln 279 und 280 über die Zuständigkeit und das Verfahren bei Unterhaltsklagen, in Artikel 311 betreffend die Zuständigkeit bei der Entziehung der elterlichen Gewalt sowie in Artikel 314 über das Verfahren für Kindesschutzmassnahmen, in Artikel 316<sup>a</sup> betreffend die Pflegekinderaufsicht, in Artikel 317 über die Zusammenarbeit in der Jugendhilfe sowie in Artikel 329 über die Zuständigkeit für die Beurteilung von Unterstützungsansprüchen neu in das öffentliche Verwaltungs- und Verfahrensrecht ein, zu dessen Erlass an sich die Kantone zuständig sind. Dessen Vereinheitlichung im Bundesrecht im vorgesehenen Umfang ist aber für ein sachgerechtes Kindesrecht und dessen sinnvolle Verwirklichung unentbehrlich<sup>388)</sup>. Dieses formelle Zivilrecht ist deshalb durch Artikel 64 Absatz 2 der Bundesverfassung ebenfalls gedeckt. Die Anpassung der weiteren Erlasse an das neue Kindesrecht verbleibt im Rahmen der Verfassungsmässigkeit dieser Bundesgesetze.

<sup>388)</sup> Vgl. oben Ziffern 311. 22, 322. 42, 323. 44, 323. 46, 323. 48, 323. 49 und 334



## 5 Abschreibung von Postulaten

Mit unserem Gesetzesentwurf finden sich die nachstehenden Postulate erfüllt, so dass wir mit dem Antrag, ihn zum Beschluss zu erheben, auch die Abschreibung dieser Postulate beantragen dürfen:

1955 P 6620	Aussereheliches Kindesverhältnis (N 20. 9. 55, Grendelmeier).
1955 P 6920	Aussereheliches Kindesverhältnis (N 20. 9. 55, Huber).
1958 P 7452	Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (N 4. 6. 58, Gitermann).
1966 P 9204	Verlängerung der Klagefrist für Vaterschaftsklagen (N 23. 6. 66, Hayoz).
1968 P 9839	Verfahren für Namensänderungen (N 3. 10. 68, Diethelm).
1969 P 10005	Revision des Familienrechts (N 13. 3. 69, Muheim).
1972 P 10988	Schutz der Kinder (N 14. 3. 72, Forel).

## 6 Antrag

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen empfehlen wir Ihnen die Annahme des beiliegenden Gesetzesentwurfes.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Bern, den 5. Juni 1974

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident:

**Brugger**

Der Bundeskanzler:

**Huber**

(Entwurf)

## Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesverhältnis)

### Änderung vom

*Die Bundesversammlung  
der Schweizerischen Eidgenossenschaft,*

nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 5. Juni 1974<sup>1)</sup>,

*beschliesst:*

#### I

1. Der siebente und achte Titel des Zivilgesetzbuches<sup>2)</sup> wird wie folgt geändert:

### Siebenter Titel: Die Entstehung des Kindesverhältnisses

#### Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

*Art. 252 (252, 267, 302)<sup>3)</sup>*

A. Die Entstehung des Kindesverhältnisses im allgemeinen

<sup>1</sup> Das Kindesverhältnis entsteht zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt.

<sup>2</sup> Zwischen dem Kind und dem Vater wird es kraft der Ehe der Mutter begründet oder durch Anerkennung oder durch den Richter festgestellt.

<sup>3</sup> Ausserdem entsteht das Kindesverhältnis durch Adoption.

*Art. 253 (312 Abs. 1, 261 Abs. 1, 262 Abs. 2)*

B. Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses  
I. Zuständigkeit

Die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses ist beim Richter am Wohnsitz einer Partei zur Zeit der Geburt oder der Klage anzuheben.

<sup>1)</sup> BBl 1974 II 1

<sup>2)</sup> SR 210

<sup>3)</sup> Die in diesem Erlass den Artikeln beigefügten Ziffern verweisen auf die entsprechenden bisherigen Artikel.

*Art. 254* (310, 158 Ziff. 1–4)

Das Verfahren bei Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses wird durch das kantonale Prozessrecht geordnet unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

II. Verfahren

1. Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung.
2. Parteien und Dritte haben an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und nach ihrer Auswirkung auf die Gesundheit zumutbar sind.

**Zweiter Abschnitt: Die Vaterschaft des Ehemannes***Art. 255* (252)

<sup>1</sup> Ist ein Kind während der Ehe oder vor Ablauf von dreihundert Tagen seit Auflösung der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater.

A Vermutung

<sup>2</sup> Bei späterer Geburt gilt diese Vermutung nur, wenn das Kind vor Auflösung der Ehe gezeugt worden ist.

<sup>3</sup> Ist der Ehemann für verschollen erklärt worden, so beginnt die Frist von dreihundert Tagen mit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht.

*Art. 256* (253)

<sup>1</sup> Die Vermutung der Vaterschaft kann beim Richter angefochten werden:

B Anfechtung  
I Klagerecht

1. vom Ehemann;
2. vom Kind, wenn die Ehegatten während seiner Unmündigkeit den gemeinsamen Haushalt aufgehoben haben.

<sup>2</sup> Die Klage des Ehemannes richtet sich gegen das Kind und die Mutter, die Klage des Kindes gegen den Ehemann und die Mutter.

<sup>3</sup> Keine Klage hat der Ehemann, der der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat.

*Art. 256<sup>a</sup>* (254)

<sup>1</sup> Ist ein Kind während der Ehe gezeugt worden, so hat der Kläger nachzuweisen, dass der Ehemann nicht der Vater des Kindes ist.

II Klagegrund  
I Bei Zeugung während der Ehe

<sup>2</sup> Ist das Kind wenigstens hundertachtzig Tage nach Abschluss und vor Ablauf von dreihundert Tagen seit Auflösung der Ehe geboren, so wird vermutet, dass es während der Ehe gezeugt worden sei.

*Art. 256<sup>b</sup> (255)*

2 Bei  
Zeugung vor  
oder nach der  
Ehe oder  
während  
Aufhebung  
des  
Haushaltes

<sup>1</sup> Ist ein Kind vor Abschluss oder nach Auflösung der Ehe oder zu einer Zeit gezeugt worden, da der gemeinsame Haushalt aufgehoben war, so ist die Anfechtung nicht weiter zu begründen.

<sup>2</sup> Die Vaterschaft des Ehemannes wird jedoch auch in diesem Fall vermutet, wenn glaubhaft gemacht wird, dass er um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt hat.

*Art. 256<sup>c</sup> (253, 257)*

III Klagefrist

<sup>1</sup> Der Ehemann hat die Klage vor Ablauf eines Jahres anzuheben, seitdem er die Geburt und die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, in jedem Fall aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Geburt.

<sup>2</sup> Die Klage des Kindes ist spätestens vor Ablauf eines Jahres seit Vollendung des Mündigkeitsalters anzuheben.

<sup>3</sup> Nach Ablauf der Frist wird eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird.

*Art. 257*

C  
Zusammen-  
treffen zweier  
Vermutungen

<sup>1</sup> Ist ein Kind geboren, nachdem die Mutter vor Auflösung ihrer ersten Ehe oder weniger als dreihundert Tage seither eine zweite Ehe geschlossen hat, so gilt der zweite Ehemann als Vater.

<sup>2</sup> Wird diese Vermutung beseitigt, so gilt der erste Ehemann als Vater.

*Art. 258 (256 Abs. 1)*

D Stellung  
der Erben

<sup>1</sup> War es dem Ehemann vor Ablauf der Frist nicht möglich, die Vermutung seiner Vaterschaft anzufechten, so können die Verwandten, die neben oder hinter dem Kind erbberechtigt sind, Unterstützungs- und Erbansprüche mit dem Nachweise bestreiten, dass das Kind nicht vom Ehemann abstamme.

<sup>2</sup> Obsiegen sie, so verlieren sie ihre eigenen Unterstützungs- und Erbansprüche gegenüber dem Kind.

*Art. 259 (258, 263)*

E Heirat der  
Eltern

Heiraten die Eltern einander, so finden auf das vorher geborene Kind die Bestimmungen über das während der Ehe geborene entsprechende Anwendung, sobald die Vaterschaft des Ehemannes durch Anerkennung oder Urteil festgestellt ist.

### Dritter Abschnitt: Anerkennung und Vaterschaftsurteil

#### Art. 260 (303)

<sup>1</sup> Besteht noch kein Kindesverhältnis, so kann der Vater das Kind anerkennen.

<sup>2</sup> Hat der Anerkennende das achtzehnte Altersjahr nicht zurückgelegt oder ist er entmündigt, so ist die Zustimmung der Eltern oder des Vormundes notwendig.

<sup>3</sup> Die Anerkennung erfolgt durch Erklärung vor dem Zivilstandsbeamten oder, wenn eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft hängig ist, vor dem Richter.

A.  
Anerkennung  
I Zulässigkeit  
und Form

#### Art. 260<sup>a</sup> (305, 306)

<sup>1</sup> Die Anerkennung kann von jedermann, der ein Interesse hat, namentlich von der Mutter, vom Kind und nach seinem Tode von den Nachkommen sowie von der Heimat- oder Wohnsitzgemeinde des Anerkennenden beim Richter angefochten werden.

<sup>2</sup> Dem Anerkennenden steht diese Klage nur zu, wenn er das Kind unter dem Einfluss einer Drohung mit einer nahen und erheblichen Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die Ehre seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person oder in einem Irrtum über seine Vaterschaft anerkannt hat.

<sup>3</sup> Die Klage richtet sich gegen den Anerkennenden und das Kind, soweit diese nicht selber klagen.

II Anfechtung  
I Klagerecht

#### Art. 260<sup>b</sup> (305, 306)

<sup>1</sup> Der Kläger hat zu beweisen, dass der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist.

<sup>2</sup> Mutter und Kind haben diesen Beweis jedoch nur zu erbringen, wenn der Anerkennende glaubhaft macht, dass er der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt habe.

2. Klagegrund

#### Art. 260<sup>c</sup> (305, 306)

<sup>1</sup> Die Klage ist vor Ablauf eines Jahres anzubringen von der Kenntnis der Anerkennung und der Tatsache, dass der Anerkennende nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, oder von der Beseitigung der Drohung oder der Entdeckung des Irrtums an gerechnet, und in jedem Fall vor Ablauf von fünf Jahren seit der Anerkennung.

3 Klagefrist

<sup>2</sup> Die Klage des Kindes kann jedoch spätestens bis Ablauf eines Jahres seit Vollendung des Mündigkeitsalters angebracht werden.

<sup>3</sup> Nach Ablauf der Frist wird eine Anfechtung zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird.

*Art. 261 (307)*

B  
Vaterschafts-  
klage  
I Klagerecht

<sup>1</sup> Sowohl die Mutter als das Kind können auf Feststellung des Kindesverhältnisses zwischen dem Kind und dem Vater klagen.

<sup>2</sup> Die Klage richtet sich gegen den Vater oder, wenn er gestorben ist, gegen seine Nachkommen, Eltern oder Geschwister oder, wenn solche fehlen, gegen die zuständige Behörde seines letzten Wohnsitzes.

<sup>3</sup> Ist die Klage angebracht, so ist von Amtes wegen der Heimat- und Wohnsitzgemeinde des Beklagten und, wenn er gestorben ist, seiner Ehefrau zur Wahrung ihrer Interessen Mitteilung zu machen.

*Art. 262 (314)*

II Vermutung

<sup>1</sup> Hat der Beklagte in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tag vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt, so wird seine Vaterschaft vermutet.

<sup>2</sup> Diese Vermutung gilt auch, wenn das Kind vor dem dreihundertsten oder nach dem hundertachtzigsten Tag vor der Geburt gezeugt worden ist und der Beklagte der Mutter damals beigewohnt hat.

<sup>3</sup> Die Vermutung fällt weg, wenn der Beklagte nachweist, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich ist als die eines Dritten.

*Art. 263 (308, 316)*

III. Klagefrist

<sup>1</sup> Die Klage kann vor oder nach der Niederkunft angebracht werden, ist aber vor Ablauf eines Jahres anzuheben von der Kenntnis der Tatsache an gerechnet, dass der Beklagte der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat.

<sup>2</sup> Die Frist beginnt frühestens:

1. für die Mutter mit der Geburt;
2. für das Kind mit der Vollendung des Mündigkeitsalters;
3. wenn schon ein Kindesverhältnis zu einem andern Mann besteht, mit dem Tag, da dieses beseitigt ist.

<sup>3</sup> Nach Ablauf der Frist wird eine Klage zugelassen, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird.

#### Vierter Abschnitt: Die Adoption

##### *Art. 264*

Ein Kind darf adoptiert werden, wenn ihm die künftigen Adoptiveltern während wenigstens zwei Jahren Pflege und Erziehung erwiesen haben und nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene seinem Wohl, ohne andere Kinder der Adoptiveltern in unbilliger Weise zurückzusetzen.

A. Adoption  
Unmündiger  
I. Allgemeine  
Voraussetzungen

##### *Art. 264<sup>a</sup>-266*

Unverändert

##### *Art. 267*

<sup>1</sup> Das Adoptivkind erhält die Rechtsstellung eines Kindes der Adoptiveltern.

C. Wirkung  
I. Im  
allgemeinen

<sup>2</sup> Das bisherige Kindesverhältnis erlischt; vorbehalten bleibt es zum Elternteil, der mit dem Adoptierenden verheiratet ist.

<sup>3</sup> Bei der Adoption kann dem Kind ein neuer Vorname gegeben werden.

##### *Art. 267<sup>a</sup>-269<sup>c</sup>*

Unverändert

#### Achter Titel:

#### Die Wirkungen des Kindesverhältnisses

##### Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder

##### *Art. 270 (270, 324 Abs. 1, 325 Abs. 1, 30)*

<sup>1</sup> Sind die Eltern miteinander verheiratet, so erhält das Kind ihren Familiennamen.

A. Name

<sup>2</sup> Sind sie nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind, unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Namensänderung, den Familiennamen seiner Mutter.

*Art. 271 (270, 324 Abs. 1, 325 Abs. 1, 30)*

- B Heimat
- <sup>1</sup> Sind die Eltern miteinander verheiratet, so erhält das Kind das Bürgerrecht des Vaters.
- <sup>2</sup> Sind sie nicht miteinander verheiratet, so erhält das Kind das Bürgerrecht seiner Mutter.
- <sup>3</sup> Erwirbt das Kind unverheirateter Eltern aber durch Namensänderung den Familiennamen seines Vaters, weil es unter seiner elterlichen Gewalt oder Obhut aufwächst, so erhält es das Bürgerrecht des Vaters.

*Art. 272 (271)*

- C Beistand  
und  
Gemeinschaft
- Eltern und Kinder sind einander allen Beistand und alle Rücksicht schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert.

*Art. 273 (156 Abs. 3, 326 Abs. 1)*

- D  
Persönlicher  
Verkehr  
I Grundsatz
- <sup>1</sup> Die Eltern haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht.
- <sup>2</sup> Hat das Kind das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt, so kann der persönliche Verkehr nur noch mit seinem Einverständnis ausgeübt werden.

*Art. 274*

- II Schranken
- <sup>1</sup> Vater und Mutter haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum andern Elternteil beeinträchtigen oder die Aufgabe des Erziehers erschweren könnte.
- <sup>2</sup> Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden.
- <sup>3</sup> Wird das Kind zum Zweck künftiger Adoption bei Dritten untergebracht, so erlischt das Recht auf persönlichen Verkehr.

*Art. 275 (156 Abs. 1)*

- III  
Zuständigkeit
- <sup>1</sup> Die Anordnungen über den persönlichen Verkehr werden von der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes getroffen.



<sup>2</sup> Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Richters nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der Gemeinschaft.

### Zweiter Abschnitt: Die Unterhaltspflicht der Eltern

*Art. 276 (272 Abs. 1, 324 Abs. 2, 325 Abs. 2)*

<sup>1</sup> Die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen mit Einschluss der Kosten der Erziehung und Ausbildung sowie von Massnahmen, die zum Schutz des Kindes getroffen werden.

A.  
Gegenstand  
und Umfang

<sup>2</sup> Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet.

<sup>3</sup> Die Eltern sind von der Unterhaltspflicht nur in dem Mass befreit, als dem Kinde zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten.

*Art. 277*

<sup>1</sup> Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Mündigkeit des Kindes.

B Dauer

<sup>2</sup> Befindet es sich in diesem Zeitpunkt noch in Ausbildung, so haben die Eltern bis zu deren Beendigung, längstens aber bis zur Vollendung des fünfundzwanzigsten Altersjahres des Kindes für seinen Unterhalt aufzukommen, soweit dies ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf.

*Art. 278 (272 Abs. 1)*

<sup>1</sup> Während der Ehe tragen die Eltern die Kosten des Unterhaltes des Kindes nach den Bestimmungen des Eherechts.

C  
Verheiratete  
Eltern

<sup>2</sup> Jeder Ehegatte hat dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen.

*Art. 279 (156 Abs. 2)*

<sup>1</sup> Das Kind kann gegen Vater oder Mutter auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für einen nicht mehr als ein Jahr zurückliegenden Zeitraum klagen.

D. Klage  
I Klagerecht  
und  
Zuständigkeit

<sup>2</sup> Zuständig ist der Richter am Wohnsitz des Kindes oder der beklagten Eltern.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Richters nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der Gemeinschaft.

*Art. 280*

- II. Verfahren
- <sup>1</sup> Die Kantone haben für Streitigkeiten über die Unterhaltspflicht ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen.
- <sup>2</sup> Der Richter erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung.

*Art. 281 (145)*

- III  
Vorsorgliche  
Massregeln  
I. Im  
allgemeinen
- <sup>1</sup> Ist die Klage angebracht, so trifft der Richter auf Gesuch des Kindes die für die Dauer des Prozesses nötigen vorsorglichen Massregeln.
- <sup>2</sup> Steht das Kindesverhältnis fest, so kann der beklagte Elternteil verpflichtet werden, angemessene Beiträge zu hinterlegen oder vorzuschliessen.
- <sup>3</sup> Die Hinterlegung erfolgt durch Zahlung an eine vom Richter bezeichnete Kasse, die zur Annahme von Mündelgeldern zugelassen ist.

*Art. 282 (321)*

- 2 Vor Feststellung der  
Vaterschaft  
a Hinterlegung
- Ist die Unterhaltsklage zusammen mit der Vaterschaftsklage angebracht und die Vaterschaft glaubhaft gemacht, so hat der Beklagte auf Begehren des Klägers schon vor dem Urteil die Entbindungskosten und angemessene Beiträge an den Unterhalt von Mutter und Kind zu hinterlegen.

*Art. 283 (321<sup>a</sup>)*

- b Vorläufige  
Zahlung
- Ist die Vaterschaft zu vermuten und wird die Vermutung durch die ohne Verzug verfügbaren Beweismittel nicht zerstört, so hat der Beklagte auf Begehren des Klägers schon vor dem Urteil angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu leisten.

*Art. 284 (321<sup>b</sup>)*

- c Zuständigkeit
- Über die Hinterlegung, die vorläufige Zahlung, die Auszahlung hinterlegter Beiträge und die Rückerstattung vorläufiger Zahlungen entscheidet der für die Beurteilung der Klage zuständige Richter.

*Art. 285 (319)*

<sup>1</sup> Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen.

IV.  
Bemessung  
des Unterhalts-  
beitrages

<sup>2</sup> Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, sind zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit der Richter es nicht anders bestimmt.

<sup>3</sup> Der Unterhaltsbeitrag ist zum voraus auf die Termine zu entrichten, die der Richter festsetzt.

*Art. 286 (157, 320)*

<sup>1</sup> Der Richter kann anordnen, dass der Unterhaltsbeitrag sich bei bestimmten voraussehbaren oder möglichen Veränderungen der Bedürfnisse des Kindes oder der Leistungsfähigkeit der Eltern oder der Lebenskosten ohne weiteres erhöht oder vermindert.

V  
Veränderung  
der  
Verhältnisse

<sup>2</sup> Im übrigen kann bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse der Unterhaltsbeitrag vom Richter auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu festgesetzt oder aufgehoben werden.

*Art. 287 (158 Ziff. 5. 319 Abs. 3)*

<sup>1</sup> Unterhaltsverträge werden unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der Gemeinschaft für das Kind erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde verbindlich.

E Verträge  
über die  
Unterhalts-  
pflicht  
I. Periodische  
Leistungen

<sup>2</sup> Vertraglich festgelegte Unterhaltsbeiträge sind änderbar, sofern ihre Änderung nicht ausdrücklich und in jedem Fall mit Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde abgeschlossen worden ist.

*Art. 288*

<sup>1</sup> Die Abfindung der Unterhaltungspflicht durch einmalige Zahlung darf nur vereinbart werden, wenn wichtige Gründe vorliegen.

II Abfindung

<sup>2</sup> Eine solche Vereinbarung wird für das Kind in jedem Fall erst verbindlich, wenn die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zugestimmt hat und die Abfindungssumme an die von ihr bezeichnete Zahlstelle entrichtet worden ist.

<sup>3</sup> Die Unterstützungspflicht besteht fort, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart wird.

*Art. 289*

F. Erfüllung  
I. Gläubiger

<sup>1</sup> Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu und wird durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter erfüllt.

<sup>2</sup> Kommt jedoch das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch des Kindes mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über.

*Art. 290*

II.  
Vollstreckung  
I. Geeignete  
Hilfe

Erfüllt der Vater oder die Mutter die Unterhaltspflicht nicht, so hat die Vormundschaftsbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle auf Gesuch dem anderen Elternteil bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruches in geeigneter Weise und unentgeltlich zu helfen.

*Art. 291 (171)*

2. Anweisungen  
an die  
Schuldner

Der Richter kann, wenn die Eltern die Sorge für das Kind vernachlässigen, ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder zum Teil an den gesetzlichen Vertreter des Kindes zu leisten.

*Art. 292*

III.  
Sicherstellung

Vernachlässigen die Eltern beharrlich die Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht, oder ist anzunehmen, dass sie Anstalten zur Flucht treffen oder ihr Vermögen verschleudern oder beiseite schaffen, so kann der Richter sie verpflichten, für die künftigen Unterhaltsbeiträge angemessene Sicherheit zu leisten.

*Art. 293 (284 Abs. 3, 289 Abs. 2)*

G.  
Öffentliches  
Recht

<sup>1</sup> Das öffentliche Recht bestimmt, unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht der Verwandten, wer die Kosten des Unterhaltes zu tragen hat, wenn weder die Eltern noch das Kind sie bestreiten können.

<sup>2</sup> Ausserdem regelt das öffentliche Recht die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt des Kindes, wenn die Eltern ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommen.

*Art. 294*

H.  
Pflegeeltern

<sup>1</sup> Pflegeeltern haben Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist oder sich eindeutig aus den Umständen ergibt.

<sup>2</sup> Unentgeltlichkeit ist zu vermuten, wenn Kinder von nahen Verwandten oder zum Zweck späterer Adoption aufgenommen werden.

*Art. 295 (317)*

<sup>1</sup> Die Mutter kann binnen eines Jahres seit der Geburt bei dem für die Vaterschaftsklage zuständigen Richter gegen den Vater oder dessen Erben auf Ersatz klagen:

J Ansprüche  
der unverheirateten Mutter

1. für die Entbindungskosten;
2. für die Kosten des Unterhaltes während mindestens vier Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Geburt;
3. für andere infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung notwendig gewordene Auslagen unter Einschluss der ersten Ausstattung des Kindes.

<sup>2</sup> Aus Billigkeit kann der Richter der Mutter teilweisen oder vollständigen Ersatz der entsprechenden Kosten zusprechen, wenn die Schwangerschaft vorzeitig beendet wird.

<sup>3</sup> Leistungen Dritter, auf welche die Mutter nach Gesetz oder Vertrag Anspruch hat, sind anzurechnen, soweit es die Umstände rechtfertigen.

**Dritter Abschnitt: Die elterliche Gewalt**

*Art. 296 (273 Abs. 1)*

<sup>1</sup> Die Kinder stehen, solange sie unmündig sind, unter der elterlichen Gewalt.

A Voraussetzungen  
1 Im  
allgemeinen

<sup>2</sup> Unmündige und Entmündigte haben keine elterliche Gewalt.

*Art. 297 (274 Abs. 1 und 3)*

<sup>1</sup> Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus.

II Verheiratete  
Eltern

<sup>2</sup> Wird der gemeinsame Haushalt aufgehoben oder die Ehe getrennt, so kann der Richter die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuteilen.

<sup>3</sup> Nach dem Tode eines Ehegatten steht die elterliche Gewalt dem überlebenden Ehegatten und bei Scheidung demjenigen zu, dem die Kinder anvertraut werden.

*Art. 298 (311 Abs. 2, 324 Abs. 3, 325 Abs. 3, 326 Abs. 2)*

<sup>1</sup> Sind die Eltern nicht verheiratet, so steht die elterliche Gewalt der Mutter zu.

III Unverheiratete  
Eltern

<sup>2</sup> Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die elterliche Gewalt entzogen, so bestellt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Vormund oder überträgt, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist, die elterliche Gewalt dem Vater.

*Art. 299*

IV Stiefeltern      Jeder Ehegatte hat dem andern in der Ausübung der elterlichen Gewalt gegenüber Stiefkindern in angemessener Weise beizustehen und ihn, wenn die Umstände es erfordern, zu vertreten.

*Art. 300*

V Pflegeeltern      Wird ein Kind Dritten zur Pflege anvertraut, so vertreten sie, unter Vorbehalt abweichender Anordnungen, die Eltern in der Ausübung der elterlichen Gewalt, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist.

*Art. 301 (273 Abs. 1, 275 Abs. 3, 19, 409)*

B Inhalt  
I Im  
allgemeinen

<sup>1</sup> Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen.

<sup>2</sup> Sie gewähren dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und nehmen in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht.

<sup>3</sup> Das Kind darf ohne Einwilligung der Eltern die häusliche Gemeinschaft nicht verlassen, und es darf ihnen auch nicht widerrechtlich entzogen werden.

<sup>4</sup> Die Eltern geben dem Kind den Vornamen.

*Art. 302 (275 Abs. 2, 276)*

II Erziehung      <sup>1</sup> Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen.

<sup>2</sup> Sie haben dem Kind, insbesondere auch dem körperlich oder geistig gebrechlichen, eine angemessene, seinen Fähigkeiten und Neigungen soweit möglich entsprechende allgemeine und berufliche Ausbildung zu verschaffen.

<sup>3</sup> Zu diesem Zweck sollen sie in geeigneter Weise mit der Schule und, wo es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenarbeiten.

*Art. 303 (277)*

- <sup>1</sup> Über die religiöse Erziehung verfügen die Eltern.
- <sup>2</sup> Ein Vertrag, der diese Befugnis beschränkt, ist ungültig.
- <sup>3</sup> Hat ein Kind das sechzehnte Altersjahr zurückgelegt, so entscheidet es selbständig über sein religiöses Bekenntnis.

III. Religiöse Erziehung

*Art. 304 (202 Abs. 2, 279, 280 Abs. 2, 407–412)*

<sup>1</sup> Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Dritten im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Gewalt.

IV. Vertretung  
I. Dritten gegenüber  
a. Im allgemeinen

<sup>2</sup> Sind die Eltern verheiratet, so dürfen gutgläubige Dritte voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt.

<sup>3</sup> Die Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten finden entsprechende Anwendung mit Ausschluss der Vorschriften über die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden.

*Art. 305 (280, 410, 411)*

<sup>1</sup> Das Kind hat unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person.

b. Handlungsfähigkeit des Kindes

<sup>2</sup> Für Verpflichtungen des Kindes haftet sein Vermögen ohne Rücksicht auf die elterlichen Vermögensrechte.

*Art. 306 (281, 282, 392 Ziff. 2)*

<sup>1</sup> Kinder unter elterlicher Gewalt können, wenn sie urteilsfähig sind, unter Zustimmung der Eltern für die Gemeinschaft handeln, verpflichtet damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern.

2. Innerhalb der Gemeinschaft

<sup>2</sup> Haben die Eltern in einer Angelegenheit Interessen, die denen des Kindes widersprechen, so finden die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft Anwendung.

*Art. 307 (283)*

<sup>1</sup> Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so hat die Vormundschaftsbehörde die zum Schutz des Kindes geeigneten Vorkehrungen zu treffen.

C. Kinderschutz  
I. Geeignete Vorkehrungen

<sup>2</sup> Hiezu ist die Vormundschaftsbehörde auch zum Schutz von Kindern verpflichtet, die bei Pflegeeltern untergebracht sind oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft leben.

<sup>3</sup> Die Vormundschaftsbehörde kann insbesondere die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist.

*Art. 308*

II  
Beistandschaft  
1 Im  
allgemeinen

<sup>1</sup> Erfordern es die Verhältnisse, so hat die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Beistand zu ernennen, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt.

<sup>2</sup> Dem Beistand können von der Vormundschaftsbehörde besondere Befugnisse übertragen werden, wie namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte und die Überwachung des persönlichen Verkehrs.

<sup>3</sup> Die elterliche Gewalt kann entsprechend beschränkt werden.

*Art. 309 (311)*

2. Feststellung  
der  
Vaterschaft

<sup>1</sup> Sobald die Vormundschaftsbehörde von der Niederkunft einer unverheirateten Frau Kenntnis erhalten oder eine solche ihr die Schwangerschaft angezeigt hat, wird dem Kind ein Beistand ernannt, der für die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater zu sorgen und die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen hat.

<sup>2</sup> Die gleiche Anordnung trifft die Vormundschaftsbehörde, wenn ein Kindesverhältnis infolge Anfechtung beseitigt worden ist.

<sup>3</sup> Ist das Kindesverhältnis festgestellt oder die Vaterschaftsklage binnen zwei Jahren seit der Geburt nicht erhoben worden, so hat die Vormundschaftsbehörde auf Antrag des Beistandes darüber zu entscheiden, ob die Beistandschaft aufzuheben oder andere Kinderschutzmassnahmen anzuordnen seien.

*Art. 310 (284)*

III.  
Aufhebung  
der elterlichen  
Obhut

<sup>1</sup> Kann der Gefährdung des Kindes auf andere Weise nicht begegnet werden, so hat die Vormundschaftsbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen.

<sup>2</sup> Die gleiche Anordnung trifft die Vormundschaftsbehörde auf Begehren der Eltern oder des Kindes, wenn das Verhältnis so schwer gestört ist, dass das weitere Verbleiben des Kindes im gemeinsamen Haushalt unzumutbar geworden ist und nach den Umständen nicht anders geholfen werden kann.



<sup>3</sup> Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern seine Rücknahme untersagen, wenn diese die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht.

*Art. 311 (285)*

<sup>1</sup> Sind andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben oder erscheinen sie von vornherein als ungenügend, so entzieht die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde die elterliche Gewalt:

1. wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Gewalt pflichtgemäss auszuüben:
2. wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt haben.

<sup>2</sup> Wird beiden Eltern die Gewalt entzogen, so erhalten die Kinder einen Vormund.

<sup>3</sup> Die Entziehung ist, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil angeordnet wird, auch gegenüber Kindern wirksam, die später geboren werden.

IV.  
Entziehung  
der elterlichen  
Gewalt  
I. durch die  
vormund-  
schaftliche  
Aufsichts-  
behörde

*Art. 312 (286, 286<sup>a</sup>)*

Die Vormundschaftsbehörde entzieht die elterliche Gewalt:

1. wenn die Eltern aus wichtigen Gründen darum nachsuchen;
2. wenn sie in eine künftige Adoption des Kindes durch ungenannte Dritte eingewilligt haben.

2. durch die  
Vormund-  
schafts-  
behörde

*Art. 313 (287)*

<sup>1</sup> Verändern sich die Verhältnisse, so sind die Massnahmen zum Schutz des Kindes der neuen Lage anzupassen.

<sup>2</sup> Die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt darf in keinem Fall vor Ablauf eines Jahres nach ihrer Entziehung stattfinden.

V. Änderung  
der  
Verhältnisse

*Art. 314*

Das Verfahren wird durch das kantonale Recht geordnet unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

1. Ist die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde keine richterliche Behörde, so bleibt gegen die von ihr angeordnete Entziehung der elterlichen Gewalt die Weiterziehung an eine kantonale gerichtliche Behörde vorbehalten.

VI. Verfahren

2. Hat eine Beschwerde gegen eine Kindesschutzmassnahme aufschiebende Wirkung, so kann ihr diese von der anordnenden oder von der Beschwerdeinstanz entzogen werden.

*Art. 315*

VII  
Zuständigkeit  
1 der  
vormund-  
schaftlichen  
Behörden

<sup>1</sup> Die Kindesschutzmassnahmen werden von den vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz des Kindes angeordnet.

<sup>2</sup> Lebt das Kind bei Pflegeeltern oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern oder liegt Gefahr im Verzug, so sind auch die Behörden am Ort zuständig, wo sich das Kind aufhält.

*Art. 316*

2 des Richters

<sup>1</sup> Hat der Richter nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft er auch die zum Schutz des Kindes nötigen Massnahmen und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit der Vollziehung.

<sup>2</sup> Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden:

1. wenn das Kindesschutzverfahren vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden ist;
2. wenn die zum Schutz des Kindes sofort nötigen vorsorglichen Massnahmen vom Richter voraussichtlich nicht rechtzeitig getroffen werden können.

<sup>3</sup> Verändern sich die Verhältnisse, so können die vormundschaftlichen Behörden die vom Richter getroffenen Massnahmen in bezug auf einen Elternteil ändern, sofern dadurch die Stellung des andern nicht unmittelbar berührt wird.

*Art. 316<sup>a</sup>*

VIII  
Pflegekinder-  
aufsicht

<sup>1</sup> Wer Pflegekinder aufnimmt, bedarf einer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde oder einer andern vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle seines Wohnsitzes und steht unter deren Aufsicht.

<sup>2</sup> Der Bundesrat erlässt die Ausführungsvorschriften.

*Art. 317*

IX  
Zusammen-  
arbeit in der  
Jugendhilfe

Die Kantone sichern durch geeignete Vorschriften die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe.

### Vierter Abschnitt: Das Kindesvermögen

#### Art. 318 (290 Abs. 1, 291)

<sup>1</sup> Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Gewalt zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten. A. Verwaltung

<sup>2</sup> Steht die elterliche Gewalt nur einem Elternteil zu, so hat dieser der Vormundschaftsbehörde ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen und ihr von jeder erheblichen Änderung im Stande und in der Anlage des Vermögens Mitteilung zu machen.

<sup>3</sup> Erachtet es die Vormundschaftsbehörde nach Art und Grösse des Kindesvermögens oder nach den persönlichen Verhältnissen der Eltern für angezeigt, so ordnet sie die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung an.

#### Art. 319 (293)

<sup>1</sup> Die Eltern dürfen die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden. B.  
Verwendung  
der Erträge

<sup>2</sup> Ein Überschuss fällt ins Kindesvermögen.

#### Art. 320 (272 Abs. 2)

<sup>1</sup> Abfindungen, Schadenersatz und ähnliche Leistungen dürfen in Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden. C. Anzehung  
des Kindes-  
vermögens

<sup>2</sup> Erweist es sich für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern gestatten, auch das übrige Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen.

#### Art. 321 (294)

<sup>1</sup> Die Eltern dürfen Erträge des Kindesvermögens nicht verbrauchen, wenn es dem Kind mit dieser ausdrücklichen Auflage oder unter der Bestimmung zinstragender Anlage oder als Spargeld zugewendet worden ist. D. Freies  
Kindes-  
vermögen  
I. Zuwendun-  
gen

<sup>2</sup> Die Verwaltung durch die Eltern ist nur dann ausgeschlossen, wenn dies bei der Zuwendung ausdrücklich bestimmt wird.

#### Art. 322

<sup>1</sup> Durch Verfügung von Todes wegen kann auch der Pflichtteil des Kindes von der elterlichen Verwaltung ausgenommen werden. II Pflichtteil

<sup>2</sup> Überträgt der Erblasser die Verwaltung einem Dritten, so kann die Vormundschaftsbehörde diesen zur periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung anhalten.

*Art. 323 (295, 296)*

III  
Arbeitserwerb,  
Berufs- und  
Gewerbe-  
vermögen

<sup>1</sup> Was das Kind durch eigene Arbeit erwirbt und was es von den Eltern aus seinem Vermögen zum Betrieb eines eigenen Berufes oder Gewerbes herausbekommt, steht unter seiner Verwaltung und Nutzung.

<sup>2</sup> Lebt das Kind mit den Eltern in häuslicher Gemeinschaft, so können sie verlangen, dass es einen angemessenen Beitrag an seinen Unterhalt leistet.

*Art. 324 (297)*

E Schutz des  
Kindesvermö-  
gens  
I Geeignete  
Vorkehrungen

<sup>1</sup> Ist die sorgfältige Verwaltung nicht hinreichend gewährleistet, so trifft die Vormundschaftsbehörde die zum Schutz des Kindesvermögens geeigneten Vorkehrungen.

<sup>2</sup> Sie kann namentlich Weisungen für die Verwaltung erteilen und, wenn die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung nicht ausreichen, die Hinterlegung oder Sicherheitsleistung anordnen.

<sup>3</sup> Auf das Verfahren und die Zuständigkeit finden die Bestimmungen über den Kinderschutz entsprechende Anwendung.

*Art. 325 (298)*

II Entziehung  
der  
Verwaltung

<sup>1</sup> Kann der Gefährdung des Kindesvermögens auf andere Weise nicht begegnet werden, so überträgt die Vormundschaftsbehörde die Verwaltung einem Beistand.

<sup>2</sup> Diese Anordnung trifft die Vormundschaftsbehörde auch, wenn Kindesvermögen, das nicht von den Eltern verwaltet wird, gefährdet ist.

<sup>3</sup> Ist zu befürchten, dass die Erträge oder die für den Verbrauch bestimmten oder freigegebenen Beträge des Kindesvermögens nicht bestimmungsgemäss verwendet werden, so kann die Vormundschaftsbehörde auch deren Verwaltung einem Beistand übertragen.

*Art. 326 (299)*

F Haftung  
der Eltern  
I Ruckerstat-  
tung

Nach dem Aufhören der elterlichen Gewalt oder Verwaltung haben die Eltern das Kindesvermögen auf Grund einer Abrechnung an das mündige Kind oder an den Vormund oder Beistand des Kindes herauszugeben.

*Art. 327 (300)*

<sup>1</sup> Für die Rückleistung sind die Eltern gleich einem Beauftragten verantwortlich.

II Mass der  
Verantwort-  
lichkeit

<sup>2</sup> Für das, was sie in guten Treuen veräussert haben, ist der Erlös zu ersetzen.

<sup>3</sup> Für die Beträge, die sie befugtermassen für das Kind oder den Haushalt verwendet haben, schulden sie keinen Ersatz.

2. Weitere Bestimmungen des Zivilgesetzbuches werden wie folgt geändert:

*Art. 30 Abs. 1 und 2*

<sup>1</sup> Die Änderung des Namens kann einer Person von der Regierung des Wohnsitzkantons bewilligt werden, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen.

<sup>2</sup> Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor:

1. wenn der Gesuchsteller durch einen lächerlichen oder sonstwie anstössigen Namen in seinem Fortkommen behindert wird;
2. wenn der Gesuchsteller infolge Scheidung seinen bisherigen Familiennamen verliert und die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder ihm zugewiesen werden, oder die Ehe lange gedauert hat, oder berufliche Interessen beeinträchtigt werden;
3. wenn der unmündige Gesuchsteller einen andern Familiennamen trägt als der Elternteil, unter dessen elterlicher Gewalt oder Obhut er aufwächst;
4. wenn der unmündige Gesuchsteller bei Pflegeeltern aufwächst.

*Art. 47*

Tritt in den Standesrechten einer Person eine Veränderung ein, wie infolge von Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft, von Adoption oder von Feststellung der Abstammung des Findelkindes, so wird dies auf amtliche Anzeige hin oder auf Begehren der Beteiligten als Randbemerkung nachgetragen.

II Eintragung  
von Verände-  
rungen

*Art. 100 Abs. 1 Ziff. 1*

1. zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern und zwischen Oheim und Nichte, Neffe und Tante, seien sie einander durch Abstammung oder durch Adoption verwandt;

*Art. 133 Abs. 1*

<sup>1</sup> Wird eine Ehe für ungültig erklärt, so gilt der Ehemann gleichwohl als Vater der Kinder, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben ihrer Eltern.

*Art. 156 Abs. 2 und 3*

<sup>2</sup> Der persönliche Verkehr des Ehegatten mit den Kindern, die ihm entzogen werden, und der Beitrag, den er an die Kosten ihres Unterhalts zu entrichten hat, werden nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses geregelt.

<sup>3</sup> Aufgehoben

*Art. 328*

A Unter-  
stützungs-  
pflichtige

<sup>1</sup> Verwandte in auf- und absteigender Linie sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden.

<sup>2</sup> Die Unterhaltspflicht der Eltern bleibt vorbehalten.

*Art. 329*

B Umfang  
und Geldend-  
machung des  
Anspruches

<sup>1</sup> ...

<sup>2</sup> Erscheint die Heranziehung eines Pflichtigen wegen besondere Umstände als unbillig, so kann der Richter die Unterhaltspflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.

<sup>3</sup> Die Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes und über den Übergang seines Unterhaltsanspruches auf das Gemeinwesen finden entsprechende Anwendungen.

*Art. 461*

Aufgehoben

**Schlusstitel:****Anwendungs- und Einführungsbestimmungen****Erster Abschnitt: Die Anwendung bisherigen und neuen Rechtes***Art. 12*

III Das  
Kindesverhalt-  
nis im  
allgemeinen

<sup>1</sup> Entstehung und Wirkungen des Kindesverhältnisses stehen, sobald dieses Gesetz in Kraft getreten ist, unter dem neuen Recht; vorbehalten bleibt der unter dem bisherigen Recht eingetretene Erwerb des Familiennamens und des Bürgerrechts.

<sup>2</sup> Befinden sich Kinder, die nach dem neuen Recht von Gesetzes wegen unter der elterlichen Gewalt stehen, bei seinem Inkrafttreten unter Vormundschaft, so tritt spätestens mit Ablauf eines Jahres nach diesem Zeitpunkt an deren Stelle die elterliche Gewalt, sofern nicht nach den Bestimmungen über die Entziehung der elterlichen Gewalt das Gegenteil angeordnet worden ist.

<sup>3</sup> Eine unter dem bisherigen Recht durch behördliche Verfügung erfolgte Übertragung oder Entziehung der elterlichen Gewalt bleibt auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts wirksam.

*Art. 12<sup>d</sup> (neu)*

Auf die Anfechtung einer unter dem bisherigen Recht erfolgten Ehelicherklärung finden die Bestimmungen des neuen Rechts über die Anfechtung der Anerkennung entsprechende Anwendung.

III<sup>ter</sup> Ehelicherklärung

*Art. 13*

<sup>1</sup> Eine zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts hängige Klage ist für die Frage der Vaterschaft des Beklagten nach dem neuen Recht zu beurteilen.

IV  
Vaterschaftsklage  
1. Hängige Klagen

<sup>2</sup> Die Wirkungen bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts bestimmen sich nach dem bisherigen Recht.

*Art. 13<sup>a</sup> (neu)*

<sup>1</sup> Hat ein Kind im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts das zwanzigste Altersjahr noch nicht zurückgelegt, so kann es binnen zwei Jahren nach den Bestimmungen des neuen Rechts auf Feststellung des Kindesverhältnisses zum Vater klagen.

2. Neue Klagen

<sup>2</sup> Eine vor Inkrafttreten des neuen Rechts begründete Verpflichtung zu Vermögensleistungen an das Kind steht dieser Klage nicht entgegen, erlischt aber, wenn der Beklagte beweist, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich ist als diejenige eines Dritten.

II

**Änderung anderer Erlasse**

1. Das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891<sup>1)</sup> betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter wird wie folgt geändert:

<sup>1)</sup> SR 211.435.1

*Art. 8*

## Aufgehoben

*Art. 8<sup>d</sup> (neu)*

<sup>1</sup> Eine Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses kann beim Richter des schweizerischen Wohnsitzes des Kindes oder eines der Eltern angebracht werden.

<sup>2</sup> Fehlt ein schweizerischer Wohnsitz und ist auch an einem ausländischen Wohnsitz nach den dort geltenden Bestimmungen ein Gerichtsstand nicht gegeben, so kann die Klage beim Richter des schweizerischen Heimatortes des Kindes oder eines der Eltern angebracht werden.

<sup>3</sup> Die schweizerische Zuständigkeit entfällt, wenn der Zusammenhang mit einem andern Land überwiegt und dieses den schweizerischen Gerichtsstand nicht anerkennt.

*Art. 8<sup>e</sup> (neu)*

<sup>1</sup> Feststellung und Anfechtung des Kindesverhältnisses bestimmen sich:

1. nach dem gemeinsamen Heimatrecht des Kindes und der Eltern oder nach den Sachnormen des Landes, auf welches dieses verweist;
2. mangels gemeinsamen Heimatrechts, nach dem Recht des Landes, in dem beide Eltern und das Kind ihren Wohnsitz haben;
3. mangels gemeinsamen Heimatrechts oder eines Wohnsitzes im gleichen Land, nach schweizerischem Recht.

<sup>2</sup> Überwiegt jedoch der Zusammenhang mit einem andern Land, so ist das Recht dieses Landes anwendbar.

*Art. 28 Ziff. 2*

2. Sind diese Schweizer nach der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Rechte nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Recht und dem Gerichtsstand des Heimatkantons. Für die Adoption und das Kindesverhältnis bleiben die Artikel 8<sup>a</sup>-8<sup>e</sup> vorbehalten.

2. Das Bundesgesetz vom 29. September 1952<sup>1)</sup> über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts wird wie folgt geändert:

*Art. 1*

Durch  
Abstammung

<sup>1</sup> Schweizer Bürger ist von Geburt an:

- a. Das Kind eines Schweizer Bürgers, der mit der Mutter verheiratet ist;

<sup>1)</sup> SR 141.0



b. Das Kind einer Schweizer Bürgerin, die mit dem Vater nicht verheiratet ist.

<sup>2</sup> Ein unmündiges ausländisches Kind erwirbt das Schweizer Bürgerrecht, als ob der Erwerb mit der Geburt erfolgt wäre:

a. wenn sein Vater Schweizer Bürger ist und nachträglich die Mutter heiratet;

b. wenn seine Eltern nicht miteinander verheiratet sind und es nach Artikel 30 Absatz 2 Ziffer 3 ZGB den Familiennamen des schweizerischen Vaters erhält.

<sup>3</sup> Hat das unmündige Kind, das nach Absatz 2 das Schweizer Bürgerrecht erwirbt, eigene Kinder, so erwerben diese ebenfalls das Schweizer Bürgerrecht.

#### Art. 2

Aufgehoben

#### Art. 4

Mit dem Erwerb des Schweizer Bürgerrechtes wird nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe *a* und Absatz 2 Buchstaben *a* und *b* das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht des Vaters, nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe *b* dasjenige der Mutter und nach Artikel 3 dasjenige des Ehemannes erworben.

Gemeinde-  
und Kantons-  
bürgerrecht

#### Art. 5 Abs. 1 und 2

<sup>1</sup> Das Kind einer schweizerischen Mutter und ihres ausländischen Ehemannes erwirbt von Geburt an das Kantons- und Gemeindebürgerrecht der Mutter und damit das Schweizer Bürgerrecht:

Kind einer  
schweizerischen Mutter  
und eines  
ausländischen  
Vaters

a. wenn die Mutter von Abstammung Schweizer Bürgerin war oder ist und die Eltern zur Zeit der Geburt in der Schweiz ihren Wohnsitz haben;

b. wenn das Kind nicht von Geburt an eine andere Staatsangehörigkeit erwerben kann.

<sup>2</sup> Hat das Kind das Schweizer Bürgerrecht nach Absatz 1 Buchstabe *b* erworben, so verliert es dieses, wenn es vor der Mündigkeit die ausländische Staatsangehörigkeit des Vaters besitzt.

#### Art. 8

Aufgehoben

3. Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943<sup>1)</sup> über die Organisation der Bundesrechtspflege wird wie folgt geändert:

*Art. 44 Bst. c und d*

- c. Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (Art. 311 und 313 ZGB);
- d. Entmündigung und Anordnung einer Beistandschaft (Art. 308, 325, 369–372, 392–395 ZGB) sowie Aufhebung dieser Verfügung.

4. Das Bundesgesetz vom 12. Juni 1951<sup>2)</sup> über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes wird wie folgt geändert:

*Art. 12 Abs. 1*

<sup>1</sup> Die Verwandten in gerader Linie, sofern sie die Liegenschaft zur Selbstbewirtschaftung beanspruchen und hierfür geeignet erscheinen, und der Ehegatte können das Vorkaufsrecht zum Ertragswert im Sinne des Bundesgesetzes vom 12. Dezember 1940<sup>3)</sup> über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen ausüben.

III

**Inkrafttreten**

Der Bundesrat bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes; die Übergangsbestimmungen der durch dieses Gesetz geänderten Gesetze finden Anwendung.

<sup>1)</sup> SR 173.110

<sup>2)</sup> SR 211.412.11

<sup>3)</sup> SR 211.412.12

## **Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) (Vom 5. Juni 1974)**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1974
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	27
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	12003
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	08.07.1974
Date	
Data	
Seite	1-138
Page	
Pagina	
Ref. No	10 046 086

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.