



## Die Zahlvaterschaft – die langen Schatten der Vergangenheit

TANJA COSKUN-IVANOVIC\*

Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB zeigt exemplarisch auf, dass Recht und Gerechtigkeit nicht immer übereinstimmen. Die Norm war bereits bei ihrem Inkrafttreten fragwürdig. Sie nahm gewissen vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborenen ausserehelichen Kindern endgültig die Möglichkeit, ein rechtliches Kindesverhältnis zu ihrem Vater zu begründen. Obwohl das Bundesgericht diese Bestimmung inzwischen nicht mehr anwendet, lässt es eine dogmatisch saubere Begründung hierfür vermissen. Das schafft erhebliche Rechtsunsicherheit. Eine explizite Praxisänderung ist daher dringend erforderlich. Zudem muss der Gesetzgeber handeln. Der Beitrag beleuchtet vor diesem Hintergrund mögliche Lösungswege für Gerichte, Gesetzgeber und direkt Betroffene. Kommt eine freiwillige Vaterschaftsanerkennung nicht in Frage, sollten unter altem Recht geborene, aussereheliche Kinder nicht zögern, eine Vaterschaftsklage zu erheben. Andernfalls riskieren sie, im Sinne der ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB dauerhaft vaterlos zu bleiben.

L'art. 13a al. 1 Tit. fin. CC illustre de manière manifeste que droit et justice ne coïncident pas nécessairement. En privant définitivement les enfants nés hors mariage avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la possibilité d'établir un lien de filiation légal avec leur père, cette disposition a été sujette à caution dès son entrée en vigueur. Bien que le Tribunal fédéral n'applique plus cette disposition, il ne motive pas sa position de manière dogmatique, ce qui engendre une insécurité juridique considérable. Un changement explicite de jurisprudence s'impose dès lors avec urgence, et le législateur doit intervenir. Le présent article examine, dans ce contexte, les différentes options ouvertes aux tribunaux, au législateur ainsi qu'aux personnes directement concernées. Si une reconnaissance de paternité volontaire n'entre pas en ligne de compte, les enfants nés hors mariage avant l'entrée en vigueur du nouveau droit ne devraient pas hésiter à introduire une action en paternité. À défaut, ils risquent de demeurer à vie orphelins de père, au sens de la ratio legis de l'art. 13a al. 1 Tit. fin. CC.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zur altrechtlichen Zahlvaterschaft
- III. Der Weg zum neuen Kindesrecht – weg von der Zahlvaterschaft
- IV. Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB – eine Norm mit Ablaufdatum?
  - A. Das aussereheliche Kind im neuen Recht – Allgemeines
  - B. Das Kind eines Zahlvaters im Besonderen – Auslegung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB
    1. Wortlaut
    2. Sinn und Zweck
    3. Materialien
    4. Systematik
  - C. Zwischenfazit
- V. Die Zahlvaterschaft in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
  - A. Die bundesgerichtlichen Urteile im Überblick
  - B. Würdigung
- VI. Rechtliche Väter für alle? – Handlungsoptionen
  - A. Handlungsoptionen für (Zahl-)Väter
  - B. Handlungsoptionen für Gerichte
  - C. Handlungsoptionen für den Gesetzgeber
  - D. Handlungsoptionen für aussereheliche Kinder
- VII. Fazit und Ausblick

### I. Einleitung

Wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind und künftig sein sollen, ist angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen nicht leicht zu beantworten.<sup>1</sup> Einig ist man sich immerhin darin, dass den rechtlichen Eltern – wer auch immer sie sein mögen<sup>2</sup> – nicht die Funktion von «blosser Zahlstellen» zukommt.<sup>3</sup> Das war jedoch nicht immer der Fall. Im ZGB von 1907 war die sogenannte Zahlvaterschaft gesetzlich verankert.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Zum Revisionsbedarf im aktuellen Abstammungsrecht siehe Bericht des Bundesrates vom 17. Dezember 2021 in Erfüllung des Postulats 18.3714, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 21. August 2018, Reformbedarf im Abstammungsrecht, 1 ff.; dazu auch Empfehlungen der Expert-inn-engruppe zum Revisionsbedarf im Abstammungsrecht vom 21. Juni 2021, 1 ff.

<sup>2</sup> Dass diese Zuordnung nicht (mehr) einfach ist, geht aus folgendem Beispiel hervor: Ein Kind wird von einer Leihmutter (A) geboren. Die Eizelle und der Samen für die Zeugung des Kindes stammen von B und C. Das Kind soll jedoch bei D und E aufwachsen, deren Kinderwunsch unerfüllt geblieben ist und die sich diesen via Leihmutterchaft sowie Eizellen- und Samenspende im Ausland erfüllen wollen.

<sup>3</sup> Dazu statt vieler BGE 129 III 375 E. 4.2.

<sup>4</sup> aArt. 309 Abs. 1 i.V.m. aArt. 319 ZGB; CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das aussereheliche Kindesverhältnis, Art. 302–327 ZGB, Bern 1968 (zit. BK-HEGNAUER), aArt. 319 ZGB N 5 ff.; Votum Blunschy, AB 1975 N 1731 f.; Bericht der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts über die Revision des Kindesrechts vom 9. Juli 1973, 1 ff., 28.

\* TANJA COSKUN-IVANOVIC, Dr. iur., Oberassistentin und Lehrbeauftragte an der Universität Luzern, Rechtsanwältin und Notarin in St. Gallen.

Obschon dieses Institut mit Inkrafttreten des neuen Kindesrechts am 1. Januar 1978 abgeschafft wurde,<sup>5</sup> ist es auch heute noch von Bedeutung.<sup>6</sup> Diese Bedeutung wird immer grösser, wie eine Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre offenbart.<sup>7</sup> Zahlväter sterben nämlich langsam aus und hinterlassen aussereheliche Nachkommen, zu denen sie rechtlich keine Verbindung haben.<sup>8</sup> Letztere gehen entweder leer aus, weil sie nicht zu den gesetzlichen Erben ihres Vaters gehören,<sup>9</sup> oder sie erhalten qua letztwilliger Verfügung einen Teil des Nachlasses, worauf nach dessen Tod die Steuerrechnung ins Haus flattert.<sup>10</sup>

Diese unerwünschten Rechtsfolgen<sup>11</sup> haben ihren Grund im Übergangsrecht, konkret in Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB. Zahlvaterschaften wurden demgemäss nach Inkrafttreten des neuen Rechts nicht automatisch in rechtliche Kindesverhältnisse umgewandelt.<sup>12</sup> Stattdessen wurde

die Möglichkeit zur Erhebung von neurechtlichen Vaterschaftsklagen für davor geborene, aussereheliche Kinder in verschiedener Hinsicht beschränkt.<sup>13</sup> Deshalb zeitigt die altrechtliche Regelung ausserehelicher Kindesverhältnisse bis heute Wirkungen.<sup>14</sup>

Das gilt zumindest formal-juristisch, zumal Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB weiterhin normativen Charakter hat. Das Bundesgericht versagt diesem intertemporalrechtlichen Artikel in den letzten Jahren jedoch die Anwendung und legt auch altrechtlichen Sachverhalten neues Kindesrecht zugrunde.<sup>15</sup> Inwiefern dieses Vorgehen überzeugt und welche Handlungsoptionen bestehen, um altrechtlich vaterlosen Kindern die Begründung eines rechtlichen Kindesverhältnisses zu ihrem Vater zu ermöglichen, soll mit vorliegendem Beitrag beleuchtet werden.

Um das Verständnis für die aktuelle, aber zugleich rechtshistorische Thematik<sup>16</sup> zu gewährleisten, wird zunächst das Institut der Zahlvaterschaft näher betrachtet. Danach wird der Weg zum neuen Kindesrecht unter Bezugnahme auf die damalige gesellschaftliche Debatte nachgezeichnet. Daraufhin folgt ein Wechsel in die Gegenwart mit einer Auslegung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB sowie einer Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Anschliessend werden Handlungsoptionen erörtert, die ausserehelichen, vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborenen Kindern die Möglichkeit einer rechtlichen Vaterschaft eröffnen, bevor ein Fazit gezogen und ein Ausblick auf das weite Feld des Kindesrechts<sup>17</sup> gegeben wird.

<sup>5</sup> EUGEN BUCHER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die natürlichen Personen, Art. 1–19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. A., Bern 2017 (zit. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER), Art. 11 ZGB N 83; CYRIL HEGNAUER, Entwicklungen des schweizerischen Familienrechts, FamPra.ch 2000, 1 ff., 12; SIMONE SPRENGER/MARTINA ENGEL, Neue Hoffnung für Kinder ohne rechtlichen Vater?, Die Zahlvaterschaft und das Übergangsrecht im Lichte der EMRK, FamPra.ch 2022, 347 ff., 349.

<sup>6</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2023 – Personenrecht, ZBJV 2024, 212 ff., 215; siehe PETER BREITSCHMID, Kurz vor der Zukunft des Erbrechts, successio 2022, 346 ff., 350.

<sup>7</sup> Statt vieler BGE 149 III 370 E. 3.7.2; BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.1 ff.; AEBI-MÜLLER (FN 6), 215.

<sup>8</sup> Siehe BGE 124 III 1 E. 2a; siehe BREITSCHMID (FN 6), 350.

<sup>9</sup> BGE 125 III 1 E. 3c; 150 III 160 E. 4.5.1, E. 4.8; OGer ZH, LF190083, 13.1.2020, E. 4.2; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 12 SchlT N 2, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-Verfasser); CR CC II-PIOTET, Art. 13a SchlT N 3, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet (Hrsg.), Code Civil II, Commentaire Romand, Basel 2016 (zit. CR CC II-Verfasser); HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. A., Bern 2002, N 1947. Ausführlich zur fehlenden Erbenstellung von «Zahlkindern» CHRISTOPH YACUBIAN, Die (Un-)Zulässigkeit der Vaterschaftsklage gegen altrechtliche Zahlväter, FamPra.ch 2025, 1 ff., 6 ff.

<sup>10</sup> Vgl. BGer, 2P.256/2004, 7.1.2005, E. 2.2; VGer ZH, SR.2004.00009, 18.8.2004, in: RB 2004, Nr. 112, 213 ff., 218 f.; kritisch dazu BREITSCHMID (FN 6), 350; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 369 f.; YACUBIAN (FN 9), 7.

<sup>11</sup> Entsprechende Rechtsfolgen sind auch im Bürgerrecht zu verorten. Dazu BVGer, C-3739/2012, 9.12.2023, E. 5.1 ff., wonach die biologische Abstammung von einem Zahlvater für den Erwerb des Schweizer Bürgerrechts nicht genügt.

<sup>12</sup> Botschaft vom 5. Juni 1974 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis), BBl 1974 II 1 ff. (zit. Botschaft Kindesverhältnis), 103; Antrag Arnold, AB 1975 S 147; Votum Blunschy, AB 1975 N 1799; Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 S 148. Anders war die Rechtslage in Deutschland, dazu BGE

149 III 370 E. 3.5.3, wonach altrechtliche Zahlvaterschaften mit Inkrafttreten des Nichtehechengesetzes zu rechtlichen Kindesverhältnissen aufgewertet wurden.

<sup>13</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.3.1; OGer ZH, LF190083, 13.1.2020, E. 4.2.

<sup>14</sup> Kritisch dazu BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 11 ZGB N 83; Internet: <https://www.srf.ch/news/schweiz/kind-und-kegel-uneheliche-kinder-bis-heute-ohne-erb-rechte> (Abruf 17.1.2025), wonach im Jahr 2018 schätzungsweise noch mehrere 10'000 «Zahlkinder» in der Schweiz lebten.

<sup>15</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.2 ff.; 5A\_518/2011, 22.11.2012, E. 4. Dazu auch EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 33 ff. Der EGMR hat die Schweiz darin nicht wegen einer Verletzung von Art. 8 EMRK verurteilt, weil das Bundesgericht ungeachtet der altrechtlichen Zahlvaterschaft sowie des Jahrgangs der Beschwerdeführerin (1964) neues Recht zur Anwendung gebracht hat. Ob Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB EMRK-konform ist, wurde infolgedessen nicht beurteilt.

<sup>16</sup> MARTIN STETTLER, Schweizerisches Privatrecht, Familienrecht, Das Kindesrecht, Basel 1992, 84 f., der Art. 13a SchlT ZGB bereits im Jahr 1992 nur noch historische Bedeutung zugesprochen hat.

<sup>17</sup> Diese Formulierung lehnt sich an einen Aufsatz des Vaters des neuen Kindesrechts, CYRIL HEGNAUER, an: «Kindesrecht – ein weites Feld», ZVW 2006, 25 ff.

## II. Zur altrechtlichen Zahlvaterschaft

Das ZGB von 1907 hat das Kindesrecht in eheliche (siebter Titel: aArt. 251 – 301 ZGB) und aussereheliche Kindesverhältnisse (achter Titel: aArt. 302 – 327 ZGB) zweigeteilt.<sup>18</sup> Zur Mutter entstand das Kindesverhältnis unter beiden Titeln ipso iure durch die Geburt des Kindes.<sup>19</sup> Bei der Entstehung des Kindesverhältnisses zum Vater wurden aussereheliche Kinder indes gegenüber ehelichen benachteiligt. Während letztere durch die Vaterschaftsvermutung mit der Geburt einen rechtlichen Vater hatten,<sup>20</sup> waren erstere zunächst rechtlich vaterlos. Dabei blieb es in den meisten Fällen auf Dauer.<sup>21</sup> Zum ausserehelichen Vater entstand nämlich vielfach ein rein obligatorisches Verhältnis.<sup>22</sup> Er verpflichtete sich oder wurde vom Gericht anlässlich einer Zahlvaterschaftsklage dazu verpflichtet, bis zum 18. Lebensjahr des Kindes Unterhalt zu bezahlen (aArt. 319 ZGB).<sup>23</sup> Weitere Rechtsfolgen (elterliche Sorge, Unterhalts-, Besuchs- oder Erbrecht<sup>24</sup>) wurden an dieses Rechtsverhältnis nicht geknüpft,<sup>25</sup> obschon es seinen Rechtsgrund in der genetischen Verwandtschaft zwischen Vater und Kind hatte.<sup>26</sup> Deshalb wurde dieses Institut als *Zahlvaterschaft* bezeichnet.<sup>27</sup>

Alternativ bestand die Möglichkeit, vom Vater mit *Standesfolge* anerkannt zu werden oder eine entsprechende Vaterschaftsklage gegen ihn zu erheben (aArt. 309 ZGB), um auf diesem Weg ein rechtliches Kindesverhältnis zu begründen.<sup>28</sup> Diesfalls wurde das aussereheliche

Kind dem ehelichen, mit Ausnahme des Erbrechts sowie der elterlichen Sorge, gleichgestellt.<sup>29</sup> Diese Option war jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft.<sup>30</sup> Sie stand nur offen, wenn der Vater der Mutter die Ehe versprochen, sie vergewaltigt oder seine Stellung ihr gegenüber missbraucht hatte (aArt. 323 ZGB). War der Vater bereits verheiratet (aArt. 304 ZGB) oder war das Kind aus Inzest (aArt. 323 Abs. 2 ZGB) gezeugt worden, fiel sie ausser Betracht.<sup>31</sup> Ferner waren die Erfolgsaussichten einer entsprechenden Vaterschaftsklage – selbst wenn die positiven Voraussetzungen erfüllt waren und kein Ausschlussgrund gegeben war – aufgrund diverser möglicher Einreden seitens des Beklagten (Mehrverkehrseinrede,<sup>32</sup> Einrede des unzüchtigen Lebenswandels der Mutter<sup>33</sup>) u.U. bescheiden.<sup>34</sup> Schliesslich war eine Vaterschaft mit Standesfolge teilweise von der Mutter unerwünscht, da das Kind damit den Namen und das Bürgerrecht des Vaters erwarb.<sup>35</sup> Angesichts der sozialen und religiösen Gegebenheiten waren diese Rechtsfolgen damals mehr als suboptimal, da sie die Unehelichkeit des Kindes gegen aussen offenbart haben, selbst wenn die Mutter zwischenzeitlich verheiratet war und ihr Ehemann die Rolle des sozialen Vaters übernommen hatte. Vor diesem Hintergrund hatte der Grossteil

<sup>18</sup> BGE 150 III 160 E. 4.5.1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1945; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 20 f.; ADY INGLIN, Das neue Kindesrecht (I. Teil), Zeitschrift für öffentliche Fürsorge: Monatsschrift für Sozialhilfe 1/1984, 2 ff.; Votum Blunschy, AB 1975 N 1731.

<sup>19</sup> aArt. 252 und aArt. 302 Abs. 1 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1946.

<sup>20</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1946.

<sup>21</sup> BGE 150 III 160 E. 4.5.1 m.w.H.

<sup>22</sup> BGE 78 II 318 E. 1; BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2024, E. 3.4; BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 319 ZGB N 7.

<sup>23</sup> PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. A., Zürich 1969, 246; siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1947.

<sup>24</sup> Immerhin ging die Unterhaltspflicht gegenüber dem ausserehelichen Kind nach dem Tod des Zahlvaters auf dessen Erben über (aArt. 322 Abs. 1 ZGB). Dazu CYRIL HEGNAUER, Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhältnis, ZSR 1965, 1 ff., 170.

<sup>25</sup> BGE 150 III 160 E. 4.5.1; OGer ZH, LF190083, 13.1.2020, E. 4.2; BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 319 ZGB N 8; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 349.

<sup>26</sup> BGE 78 II 318 E. 1; BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 319 ZGB N 6; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 349.

<sup>27</sup> BGE 150 III 160 E. 4.5.1; Votum Blunschy, AB 1975 N 1732.

<sup>28</sup> BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 323 ZGB N 19 f.

<sup>29</sup> BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 324–327 ZGB N 5; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 27; siehe HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1946.

<sup>30</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 28; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1946; NADIA KAMER, Adoptionsgeheimnis und Anspruch auf Auskunft über die leiblichen Eltern sowie deren direkte Nachkommen, ius.full 2021, 78 ff., 82; SANDRO KÖRBER/HEIDI STEINEGGER, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, FamPra.ch 2020, 59 ff., 74.

<sup>31</sup> Siehe OGer ZH, LF180025, 7.5.2018, E. 4.1; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 348. Demgegenüber entstand das Kindesverhältnis zur Mutter ungeachtet eines Ehebruchs oder der Zeugung des Kindes unter Inzest. Dazu BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 302 ZGB N 16.

<sup>32</sup> BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 314/315 ZGB N 45, 67, wonach Mehrverkehr Zweifel an der Vaterschaft rechtfertigte. Die Einrede stand dem mutmasslichen Vater auch offen, wenn die Mutter von einem Dritten vergewaltigt wurde oder er Letzteren zum Geschlechtsverkehr mit ihr angestiftet hatte.

<sup>33</sup> aArt. 315 ZGB: Demgemäss war die Vaterschaftsklage abzuweisen, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat. Dazu BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 314/315 ZGB N 72; kritisch dazu HEGNAUER (FN 24), 77.

<sup>34</sup> Kritisch dazu BRUNO HUG, Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach dem neuen Schweizer Kindesrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1977, 25 m.w.H., wonach diese Einreden in der Praxis von den Beklagten missbraucht worden seien.

<sup>35</sup> BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 324–327 ZGB N 21 ff., 49 ff.; siehe Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103; Votum Blunschy, AB 1975 N 1732; siehe Votum Meier, AB 1975 N 1735; siehe TUOR/SCHNYDER (FN 23), 246, wonach die Standesfolge nicht ipso iure mit einem Besuchsrecht einhergegangen ist. Dazu auch HEGNAUER (FN 24), 164.

der ausserehelichen Kinder nach Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 «nur» einen sog. Zahlvater, womit sie rechtlich vaterlos und die Väter rechtlich kinderlos geblieben sind.<sup>36</sup>

Die Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern sowie das Institut der Zahlvaterschaft erscheinen aus heutiger Sicht stossend. Bei Inkrafttreten des ZGB war die erwähnte Differenzierung hingegen aufgrund der damals herrschenden Wertvorstellungen geläufig,<sup>37</sup> wogegen die Zahlvaterschaft und die Vaterschaft mit Standesfolge als fortschrittlich bezeichnet werden konnten.<sup>38</sup> Vor Inkrafttreten des ZGB wurde in gewissen Kantonen nicht einmal das Kindesverhältnis zur Mutter ipso iure begründet,<sup>39</sup> das Kind blieb aufgrund seiner Ausserehelichkeit teilweise familienlos.<sup>40</sup> Die kantonalen Regelungen waren auch im Übrigen äusserst unterschiedlich.<sup>41</sup> Von diesem Blickwinkel aus betrachtet, war die schweizweite Regelung des ausserehelichen Kindesverhältnisses im ZGB von 1907 bahnbrechend.<sup>42</sup> Es ordnete jedem Kind eine rechtliche Mutter zu.<sup>43</sup> Diese wurde durch das Institut der Zahlvaterschaft finanziell entlastet.<sup>44</sup> Letztlich bestand – zumindest auf Papier – die

Möglichkeit, auch ein aussereheliches Kindesverhältnis zum Vater zu begründen.<sup>45</sup> Damit wurde die Stellung des ausserehelichen Kindes mit Inkrafttreten des ZGB stark verbessert – das Gesetz war der Gesellschaft gewissermassen einen Schritt voraus.<sup>46</sup>

Dass das ZGB von 1907 dennoch zwischen ehelichen und ausserehelichen Kinderverhältnissen unterschieden hat, lag zum einen daran, dass es zu Beginn des 20. Jahrhunderts naturwissenschaftlich nicht möglich war, die Vaterschaft eines Mannes zu beweisen.<sup>47</sup> Ohne die Eheleichkeitsvermutung war die Zuordnung eines Kindes zu seinem Vater folglich schwierig bis unmöglich.<sup>48</sup> Zum anderen sollten die Ehe als Institut sowie die aus ihr hervorgehenden Kinder geschützt werden,<sup>49</sup> weshalb die Ausserehelichkeit bekämpft wurde.<sup>50</sup> Dass Letzteres nur zur rechtlichen Vaterlosigkeit, nicht aber zur rechtlichen Mutterlosigkeit des Kindes führte, war dem damaligen patriarchalischen Familienbild geschuldet.<sup>51</sup> Frauen und Männer waren einander nicht gleichgestellt.<sup>52</sup> Waren sich die Ehegatten bei der Ausübung der elterlichen Sorge (damals elterliche Gewalt) bspw. uneinig, kam dem Ehemann der Stichentscheid zu.<sup>53</sup> Frauen hatten kein Stimmrecht.<sup>54</sup> Die Gesellschaft war folglich in diversen Lebensbereichen von Ungleichheiten geprägt. Die Diskriminierung ausserehelicher Kinder ist vor diesem Hintergrund zu verstehen.

<sup>36</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 15 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 33; FLORIAN SCHLEGEL, Das neue Kindesrecht – ein gesetzgeberischer Fortschritt, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Das neue Kindesrecht, Einführung in das Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Referate und ausgewählte Unterlagen des Verwaltungskurses vom 28. Januar 1977, St. Gallen 1977, 9 ff., 9 f.; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 349.

<sup>37</sup> Ehebruch war damals noch strafbar. Dazu BGE 71 IV 46 sowie JOSEF FÖHN, Das aussereheliche Kind einer Ehefrau, Diss. Freiburg 1937, 36 f. Aufschlussreich HEGNAUER (FN 24), 13 ff., wonach das aussereheliche Kind an einem sozialen Mangel leide, familienlos und typischerweise unerwünscht sei. Daraus erhellt, dass sogar der «Vater» des neuen Kindesrechts im Jahr 1965 noch an der Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern festhielt.

<sup>38</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER, Abstammung und Kindesverhältnis – wo stehen wir heute?, in: Daniel Girsberger/Michel Luminati (Hrsg.), ZGB gestern – heute – morgen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007, Zürich/Basel/Genf 2007, 111 ff., 112; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 21, 27.

<sup>39</sup> Das war in den Kantonen OW, NW, LU und AG der Fall. So Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 20; ebenso HEINZ HAUSHEER, Das neue Kindesrecht im Rahmen der Gesamterneuerung des Familienrechts, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Das neue Kindesrecht, Einführung in das Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Referate und ausgewählte Unterlagen des Verwaltungskurses vom 28. Januar 1977, St. Gallen 1977, 13 ff., 29, sowie HEGNAUER (FN 24), 29.

<sup>40</sup> Ausführlich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des ZGB von 1907 Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 20.

<sup>41</sup> HAUSHEER (FN 39), 27 ff.; HEGNAUER (FN 24), 28 f.

<sup>42</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 21, 28; FÖHN (FN 37), 41, 44; HEGNAUER (FN 24), 29; Votum Blunschy, AB 1975 N 1732.

<sup>43</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1945.

<sup>44</sup> FÖHN (FN 37), 44; HEGNAUER (FN 24), 34; KAMER (FN 30), 82.

<sup>45</sup> BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 323 ZGB N 21; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 27; HEGNAUER (FN 24), 155, wonach die Standesfolge an der Familienlosigkeit des Kindes nichts zu ändern vermöge, weshalb es ihr an der sie rechtfertigenden Lebenswirklichkeit fehle.

<sup>46</sup> Votum Blunschy, AB 1975 N 1732 f.

<sup>47</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 27; AEBI-MÜLLER (FN 38), 121; HAUSHEER (FN 39), 27; Votum Blunschy, AB 1975 N 1732.

<sup>48</sup> Deshalb musste man sich damit begnügen, auf die Beiwohnung zur kritischen Zeit abzustellen. Dazu statt vieler HEINZ HAUSHEER, Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 2003, 585 ff., 604.

<sup>49</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 22; EUGEN HUBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, 239; FÖHN (FN 37), 36 f., 61; HEGNAUER (FN 24), 61; KÖRBER/STEINEGGER (FN 30), 74 f.

<sup>50</sup> HEGNAUER (FN 24), 27.

<sup>51</sup> Siehe Votum Blunschy, AB 1975 N 1731; ROLF ZWAHLEN, Das neue Kindesrecht, Sozialdemokratische Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur 3/1977, 73 ff., 75.

<sup>52</sup> HEGNAUER (FN 5), 8.

<sup>53</sup> aArt. 274 Abs. 2 ZGB; AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Familienrecht, Art. 252–359 ZGB, 2. A., Zürich 1943, aArt. 274 ZGB N 5 f.; ZWAHLEN (FN 51), 75.

<sup>54</sup> Internet: <https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/politfrauen/eroberung-der-gleichberechtigung/frauenstimmrecht> (Abruf 20.1.2025).



Dieser Hintergrund wandelte sich mit der Zeit.<sup>55</sup> Zunächst wurden die naturwissenschaftlichen Methoden zum Beweis der Vaterschaft weiterentwickelt.<sup>56</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg gewann ferner die Gleichheit von Mann und Frau an Bedeutung.<sup>57</sup> Die Scheidungsquoten stiegen ab Ende der 1960er Jahre stark an.<sup>58</sup> Das Frauenstimmrecht wurde 1971 auf Bundesebene eingeführt.<sup>59</sup> Die EMRK trat 1974 in Kraft.<sup>60</sup> Die gewandelten gesellschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse führten zu einem Umdenken in vielerlei Hinsicht. Das betraf auch den Status ausserehelicher Kinder.<sup>61</sup>

### III. Der Weg zum neuen Kindesrecht – weg von der Zahlvaterschaft

Die gewandelten gesellschaftlichen Verhältnisse haben in einem ersten Schritt im neuen Adoptionsrecht, das 1973 in Kraft getreten ist, Niederschlag gefunden.<sup>62</sup> In einer zweiten Etappe sollten sie auch im Kindesrecht berücksichtigt werden,<sup>63</sup> indem die Stellung des ausserehelichen Kindes gestärkt und dessen Diskriminierung beseitigt wird.<sup>64</sup> Die

Unterscheidung zwischen ehelichen und ausserehelichen Kindern wurde als obsolet befunden; dasselbe galt für den Dualismus von Zahlvaterschaft und ausserehelichem Kindesverhältnis mit Standesfolge.<sup>65</sup> Die Entstehung des Kindesverhältnisses sollte künftig einheitlich geregelt werden.<sup>66</sup> Auf diese für die damalige Zeit relativ radikale Lösung konnte man sich im politischen Prozess verhältnismässig schnell einigen.<sup>67</sup> Stark umstritten waren hingegen die damit einhergehenden übergangsrechtlichen Fragen.<sup>68</sup> Zu klären war insbesondere, welche Rechtswirkungen altrechtlichen Zahlvaterschaften unter neuem Recht zukommen sollen.

Die Expertenkommission sowie der Bundesrat sprachen sich dafür aus, allen minderjährigen ausserehelichen Kindern (d.h. damals allen Kindern unter 20 Jahren) die Möglichkeit zu eröffnen, innert zwei Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts eine Vaterschaftsklage zu erheben und damit ein rechtliches Kindesverhältnis zum Vater zu begründen (Art. 13a Abs. 1 E-SchlT ZGB).<sup>69</sup> Dem Beklagten wäre es in diesem Verfahren offen gestanden, anhand neuer naturwissenschaftlicher Verfahren zu beweisen, dass er nicht der Vater sein kann oder seine Vaterschaft deutlich unwahrscheinlicher ist als diejenige eines Dritten (Art. 13a Abs. 2 E-SchlT ZGB). Diesfalls wäre die Klage des Kindes nicht nur abzuweisen gewesen, stattdessen hätte auch die altrechtliche Zahlvaterschaft mit Wirkung für die Zukunft erlöschen können.<sup>70</sup> Dagegen erachtete der Ständerat die Möglichkeit, altrechtliche Zahlvaterschaften dem neuen Recht zu unterstellen, als unerwünscht und plädierte für den gänzlichen Verzicht auf eine entsprechende Übergangsbestimmung.<sup>71</sup> Im Na-

<sup>55</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 22; KÖRBER/STEINER (FN 30), 75; ZWAHLER (FN 51), 73.

<sup>56</sup> Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 28 f.; HEINZ HAUSHEER, Die Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses, Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Das neue Kindesrecht, Bern 1978, 9 ff., 26; KÖRBER/STEINER (FN 30), 75.

<sup>57</sup> HUG (FN 34), 25 f.

<sup>58</sup> BFS, Scheidungen, Neuenburg 2020, 2; HAUSHEER (FN 39), 33 ff.

<sup>59</sup> HEGNAUER (FN 5), 3.

<sup>60</sup> Ausführlich dazu ROLAND FANKHAUSER, Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch, ZSR 2/2022, 8 ff., 10.

<sup>61</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 15 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 22 f., 28 f., 33 ff.; HAUSHEER (FN 39), 33, 35; Votum Blunschy, AB 1975 N 1731.

<sup>62</sup> Siehe Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 16; siehe auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 29; ausführlich dazu HAUSHEER (FN 48), 588 ff.

<sup>63</sup> Die Expertenkommission sprach sich für eine Gesamtrevision aus, wogegen die zuvor eingesetzte Studienkommission nur einzelne Bestimmungen revidieren wollte. Dazu Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 44. Dazu auch Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 20, 22 f.

<sup>64</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 1; HEGNAUER (FN 24), 38; MAX HESS, Neues Kindesrecht – Konsequenzen für die Sozialarbeit, Die ledige Mutter und ihr Kind, Zeitschrift für öffentliche Fürsorge: Monatsschrift für Sozialhilfe 11/1977, 166 ff., 166; HUG (FN 34), 45 m.w.H. Die Revision betraf das gesamte Kindesrecht. Neben der Neuregelung des Abstammungsrechts wurde bspw. das Unterhaltsrecht detaillierter kodifiziert, der Stichentscheid des Vaters wurde ersatzlos aufgegeben und ferner die elterliche Gewalt über aussereheliche Kinder automatisch der Mutter zugeteilt. Dazu BERNHARD SCHNYDER, Schweizerisches Familienrecht im Wandel von 1968 bis 2002, FZR 2002, 59 ff., 63 ff.

<sup>65</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 15 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 28 f., 33 ff.; BGE 149 III 370 E. 3.6.2; 150 III 160 E. 4.5.2; BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 1.

<sup>66</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 39; SCHNYDER (FN 64), 64; siehe INGLIN (FN 18), 4.

<sup>67</sup> HEGNAUER (FN 5), 3; SCHNYDER (FN 64), 63 f. Dennoch gab es Argumente gegen eine entsprechende Revision. Dazu SCHLEGEL (FN 36), 9.

<sup>68</sup> HUG (FN 34), 44 m.w.H.; REMIGIUS KAUFMANN, Die Entstehung des Kindesverhältnisses, in: Yvo Hangartner (Hrsg.), Das neue Kindesrecht, Einführung in das Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Referate und ausgewählte Unterlagen des Verwaltungskurses vom 28. Januar 1977, St. Gallen 1977, 41 ff., 56 f.

<sup>69</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103 f., 135; Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 189 f.; HUG (FN 34), 42 m.w.H.; Antrag Arnold, AB 1975 S 147 f.

<sup>70</sup> Art. 13a Abs. 2 SchlT ZGB; Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 104; KAUFMANN (FN 68), 57.

<sup>71</sup> HUG (FN 34), 44 m.w.H.; AB 1975 N 147, wonach im Ständerat beantragt worden sei, Art. 13a SchlT ZGB ersatzlos zu streichen; Votum Arnold, AB 1975 S 148.

tionalrat zeichnete sich ein Konsens hin zu einer Mittellösung ab.<sup>72</sup> Demnach sollten unter altem Recht geborene Kinder, die das zehnte Altersjahr noch nicht vollendet und einen Zahlvater hatten, innert zwei Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts eine Vaterschaftsklage erheben und ein Kindesverhältnis zu Letzterem begründen können.<sup>73</sup> Dem Zahlvater sollte im gleichen Zug – i.S.d. bundesrätlichen Vorschlags – die Möglichkeit offenstehen, die Zahlvaterschaft mit Wirkung für die Zukunft entfallen zu lassen (Art. 13a Abs. 2 E-SchlT ZGB).<sup>74</sup>

Diese Debatte erhitze die Gemüter und führte beinahe zum Scheitern der gesamten Gesetzesvorlage.<sup>75</sup> Die Gegner einer Übergangsbestimmung erachteten sie als der Rechtssicherheit zuwiderlaufend.<sup>76</sup> Sie würde einseitig den Kindesinteressen zulasten der Interessen des Vaters, von dessen Familie sowie von Treu und Glauben zum Durchbruch verhelfen.<sup>77</sup> Sie stehe einzig vor einem finanziellen Hintergrund – dort, wo eine affektive Beziehung tatsächlich gelebt werde, seien unter neuem Recht einvernehmliche Lösungen möglich.<sup>78</sup> Hingegen stellten sich die Befürworter einer übergangsrechtlichen Regelung auf den Standpunkt, dem Kindeswohl müsse gegenüber den anderen im vorliegenden Kontext diskutierten Interessen Vorrangstellung zukommen.<sup>79</sup> Bei der Einführung des ZGB im Jahr 1912 sei das neue Recht auf das Mutter-Kind-Verhältnis zur Anwendung gelangt, selbst wenn das Kind unter altem Recht geboren worden sei – dasselbe müsse nun zwischen Vater und Kind gelten.<sup>80</sup> Andernfalls würde man die Übergangsproblematik lösen, indem man sie ignoriere und damit ausschliesslich den Interessen des Vaters Rechnung trage.<sup>81</sup>

Die politische Diskussion endete schliesslich (wie so oft<sup>82</sup>) in einem Kompromiss.<sup>83</sup> Der Bundesrat stimmte dem Vorschlag des Nationalrats zu, um eine Lösung zu finden, die in beiden Räten aussichtsreich war.<sup>84</sup> Der Ständerat akzeptierte ihn in der Folge im Rahmen der Differenzvereinbarung ebenfalls, jedoch äusserst knapp mit 15 zu 14 Stimmen.<sup>85</sup> Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass gegen die Gesetzesvorlage das Referendum ergriffen wurde; dieses kam indes nicht zustande.<sup>86</sup> Damit fand Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB am 1. Januar 1978 Eingang ins Gesetz. Er gilt bis heute unverändert.

#### IV. Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB – eine Norm mit Ablaufdatum?

##### A. Das aussereheliche Kind im neuen Recht – Allgemeines

Der Kampf um das neue Kindesrecht<sup>87</sup> endete – wie dargestellt – im aktuellen Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB. Bevor dessen Inhalt im Einzelnen analysiert wird, gilt es kurz darzulegen, wer davon mit welchen Rechtsfolgen nicht erfasst war.

Zu erwähnen sind primär die altrechtlichen Standesfolgekinder. Diese hatten bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts einen rechtlichen Vater.<sup>88</sup> Dabei ist es auch danach geblieben.<sup>89</sup> Lediglich die Wirkungen des Kindesverhältnisses, die seit der Gesetzesrevision gelten, haben sich durch den Verzicht auf die Unterscheidung zwischen

<sup>72</sup> HUG (FN 34), 44 m.w.H.; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 350; siehe aber Votum Cavelti, AB 1975 N 1798, der sich auch im Nationalrat für einen Verzicht auf eine Übergangsbestimmung – i.S.d. Lösung des Ständerats – ausgesprochen hat.

<sup>73</sup> HUG (FN 34), 44; Votum Blunschy, AB 1975 N 1799. Die Minderheit des Nationalrats plädierte für eine weitere Klagebeschränkung. Demgemäss sollte gegenüber Zahlvätern, die ihrer Unterhaltspflicht unter altem Recht mit einer einmaligen Abfindung nachgekommen sind, ungeachtet des Alters des Kindes unter neuem Recht kein Kindesverhältnis auf dem Weg der Vaterschaftsklage begründet werden können. Dazu ausführlich Votum Alder, AB 1975 N 1800.

<sup>74</sup> Siehe KAUFMANN (FN 68), 57.

<sup>75</sup> Antrag Amstad, AB 1976 S 325; Antrag Massoni, AB 1976 S 325; siehe BGE 124 III 1 E. 3c; KÖRBER/STEINEGGER (FN 30), 75 f.; siehe SCHNYDER (FN 64), 65.

<sup>76</sup> Votum Cavelti, AB 1975 N 1798.

<sup>77</sup> Votum Cavelti, AB 1975 N 1798; Antrag Massoni, AB 1976 S 325.

<sup>78</sup> Antrag Massoni, AB 1976 S 325.

<sup>79</sup> Votum Barchi, AB 1975 N 1798 f.

<sup>80</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800 f.

<sup>81</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800.

<sup>82</sup> Vgl. FANKHAUSER (FN 60), 70.

<sup>83</sup> BGE 124 III 1 E. 3c; 149 III 370 E. 3.6.2; 150 III 160 E. 4.6.1; HUG (FN 34), 216.

<sup>84</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800; BGE 112 Ia 97 E. 6c.

<sup>85</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1976 S 96; Antrag Massoni, AB 1976 S 325; ausführlich dazu BGE 112 Ia 97 E. 6c; dazu auch SPRENGER/ENGEL (FN 5), 351.

<sup>86</sup> HEGNAUER (FN 5), 3; SCHNYDER (FN 64), 65; CÉCILE CREVOISIER, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status, Diss. Basel 2013, Bern 2014, 48. Das Referendum hatte indes auch andere Gründe, so insbesondere das Recht des ausserehelichen Vaters auf persönlichen Verkehr mit dem Kind. Dazu INGLIN (FN 18), 4.

<sup>87</sup> Vgl. RUDOLF VON IHERING, Der Kampf ums Recht, 20. A., Wien 1921, 1 ff.; THOMAS REISER, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013, 28 m.w.H.

<sup>88</sup> Dazu oben, Ziff. II.

<sup>89</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 S 148; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (FN 9), N 1949; CYRIL HEGNAUER, Das Übergangsrecht, in: Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Das neue Kindesrecht, Bern 1978, 121 ff., 124; HUG (FN 34), 215, 218; ZWAHLEN (FN 51), 77.

ehelichen und ausserehelichen Kindern verändert.<sup>90</sup> Das ist insbesondere im Erbrecht von Belang. Seit Inkrafttreten des neuen Rechts beerben alle rechtlichen Kinder ihren Vater ipso iure in gleichem Umfang. Die diesbezügliche Diskriminierung ausserehelicher Standesfolgekin- der ist Geschichte.<sup>91</sup>

Dasselbe gilt für aussereheliche Kinder, deren Vaterschaftsklage auf Vermögensleistung oder auf Zuspren- chung mit Standesfolge (aArt. 309 ZGB) zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hängig war. Diese Verfahren wurden fortan nach neuem Recht weiterge- führt; bei Guttheissung der Klage entstand folglich ein Kindesverhältnis zwischen Vater und Kind.<sup>92</sup> Dessen Wir- kungen wurden indes zweigeteilt: Bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts wurden sie nach altem Recht bestimmt, danach waren die neurechtlichen Wirkungen massge- bend.<sup>93</sup>

Ebenso unterstanden aussereheliche Kinder, deren Frist zur Einreichung einer altrechtlichen Vaterschafts- klage bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht ab- gelaufen war, neuem Recht.<sup>94</sup> Schliesslich unterlag die Vaterschaftsanerkennung künftig ebenfalls neuem Recht, womit seit dem 1. Januar 1978 auch ein davor in Ehe- bruch oder unter Inzest gezeugtes Kind anerkannt werden kann.<sup>95</sup>

All das war im politischen Diskurs weitgehend unum- stritten. Die Interessenabwägung fiel klar zugunsten des ausserehelichen Kindes aus. Anders sah es – wie nachfol- gend darzulegen sein wird – für diejenigen Kinder aus, die in den Anwendungsbereich von Art. 13a SchlT ZGB fielen oder davon gänzlich ausgeschlossen waren.

## B. Das Kind eines Zahlvaters im Besonderen – Auslegung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB

### 1. Wortlaut

Der Wortlaut von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB lautet wie folgt: «Ist vor Inkrafttreten des neuen Rechts durch ge- richtliche Entscheidung oder durch Vertrag eine Ver- pflichtung des Vaters zu Vermögensleistungen begründet worden und hat das Kind beim Inkrafttreten des neuen Rechts das zehnte Altersjahr noch nicht vollendet, so kann es binnen zwei Jahren nach den Bestimmungen des neuen Rechts auf Feststellung des Kindesverhältnisses klagen.»

Daraus ergibt sich, dass ein unter altem Recht gebo- renes Kind nach Inkrafttreten des neuen Rechts ein Kin- desverhältnis zum Vater begründen konnte, wenn *erstens* vor Inkrafttreten des neuen Rechts eine Zahlvaterschaft begründet wurde, *zweitens* das Kind nach dem 31. De- zember 1967 geboren wurde und *drittens* die Klage bis am 31. Dezember 1979 erhoben worden ist.<sup>96</sup> Damit ent- hält Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB – obwohl er im intertem- poralen Recht zu verorten ist – inhaltlich eine Sachnorm, die für eine definierte Übergangsdauer materiellrechtliche Rechtsfolgen kodifiziert hat.<sup>97</sup>

Aus dessen Wortlaut wird jedoch nicht deutlich, ob Kinder ohne Zahlvater sowie vor dem 31. Dezember 1967 geborene Kinder mit Zahlvater ab Inkrafttreten des neuen Rechts endgültig von der Erhebung einer Vaterschafts- klage ausgeschlossen waren.<sup>98</sup> Überdies ist fraglich, ob und unter welchen Voraussetzungen die zweijährige Klage- frist wiederhergestellt werden kann.<sup>99</sup> Der französische und der italienische Wortlaut bieten diesbezüglich keine zusätzliche Klarheit, zumal sie mit dem deutschen kon- gruent sind. Daher ist der wahre Sinn der Norm unter Ein- bezug der weiteren Auslegungselemente zu ermitteln.<sup>100</sup>

<sup>90</sup> Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB. Einzig der Familienname und das Bür- gerecht, die nach altem Recht erworben wurden, blieben erhalten. Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 105; KAUFMANN (FN 68), 51.

<sup>91</sup> Gemäss aArt. 461 Abs. 3 ZGB erbte ein Standesfolgekind, wenn der Vater eheliche Kinder hatte, in Konkurrenz mit diesen nur die Hälfte. Dazu Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 96 ff.; dazu auch HEGNAUER (FN 89), 133. Dieser Artikel wurde mit Inkrafttreten der Kindesrechtsrevision ersatzlos gestrichen. Dazu ADY INGLIN, Das neue Kindesrecht (2. Teil), Zeitschrift für öffentliche Fürsorge: Monatsschrift für Sozialhilfe 2/1984, 18 ff., 29.

<sup>92</sup> Art. 13 Abs. 1 SchlT ZGB; BGE 108 II 527 E. 2a; HUG (FN 34), 216, 222; siehe KAUFMANN (FN 68), 56.

<sup>93</sup> Art. 13 Abs. 2 SchlT ZGB; HUG (FN 34), 216 f.

<sup>94</sup> HUG (FN 34), 223; KAUFMANN (FN 68), 56; STETTLER (FN 16), 84.

<sup>95</sup> Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB; Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 100; Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 S 148; Expertenkommis- sion, Kindesrecht (FN 4), 185; HEGNAUER (FN 89), 126; MAX HESS, Neues Kindesrecht – Konsequenzen für die Sozialarbeit, Der aus- sereheliche Vater und sein Kind, Zeitschrift für öffentliche Fürsor- ge: Monatsschrift für Sozialhilfe 2/1978, 17 ff., 18; INGLIN (FN 18), 7.

<sup>96</sup> BGE 108 II 527 E. 2a; 150 III 160 E. 4.6.1; HEGNAUER (FN 89), 129.

<sup>97</sup> PETER TUOR et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. A., Zü- rich/Genf 2023, § 120 N 2.

<sup>98</sup> Siehe aber YACUBIAN (FN 9), 20, wonach sich ausgehend vom Wortlaut der Norm im Umkehrschluss aufdränge, davon auszuge- hen, dass Kinder die beim Inkrafttreten des neuen Rechts älter als 10 Jahre alt gewesen seien, nicht zur Vaterschaftsklage nach den Bestimmungen des neuen Rechts berechtigt seien.

<sup>99</sup> Vgl. BK-HEGNAUER (FN 4), aArt. 308 ZGB N 21 ff., wonach unter bestimmten Voraussetzungen gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben unter altem Recht eine Wiederherstellung der einjäh- rigen Klagefrist möglich war.

<sup>100</sup> Vgl. BGER, 5A\_623/2024, 6.11.2024, E. 3.1.

## 2. Sinn und Zweck

Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB bezweckt, wie jede Bestimmung des Schlusstitels des ZGB, den Übergang zwischen altem sowie neuem Recht zu regeln und damit entgegengesetzte Interessen so weit wie möglich in Übereinstimmung zu bringen.<sup>101</sup> Es handelt sich um eine zeitbedingte Spezialvorschrift, die auf die grossen Differenzen zwischen altem und neuem Kindesrecht Rücksicht nimmt.<sup>102</sup> Sie ist das Ergebnis einer Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse, möglichst viele aussereheliche Kinder mit Zahlvater dem neuen Recht zu unterstellen, und dem Interesse der Zahlväter sowie der Öffentlichkeit an stabilen Rechtsverhältnissen.<sup>103</sup> Die Abwägung wurde – wie bereits ausgeführt<sup>104</sup> – in einem politischen Kompromiss gelöst. Sie mündete darin, nur Kindern, die bestimmte Voraussetzungen in persönlicher und zeitlicher Hinsicht erfüllt haben, nach neuem Recht die Begründung eines Kindesverhältnisses zum Vater zu ermöglichen.

Dass dieser Kompromiss eingegangen wurde, dürfte neben dem politischen auch einen übergangsrechtlichen Hintergrund haben. Das Übergangsrecht wird als vergänglich betrachtet.<sup>105</sup> Ihm wird grundsätzlich nur eine kurzfristige Bedeutung zugesprochen,<sup>106</sup> weshalb es für minimale Kompromisslösungen anfälliger ist, als es Rechtssätze im Allgemeinen sind.<sup>107</sup> Daher steht das Ergebnis der Interessenabwägung in Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB auch mit der Annahme, dass er alsbald in Vergessenheit geraten wird, sowie der Auffassung, dass das Interesse des Kindes an der Begründung eines Kindesverhältnisses zum Vater je länger, je mehr abnimmt,<sup>108</sup> in Zusammenhang.

Aus dem Sinn und Zweck der Norm wird deutlich, dass Kindern, die vom Wortlaut von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht erfasst sind, hinsichtlich des Kindesverhältnisses zum Vater eine Unterstellung unter das neue Recht nicht ermöglicht werden sollte. Dasselbe gilt für die Wiederherstellbarkeit der Frist, die der ratio übergangsrecht-

licher Bestimmungen im Allgemeinen sowie von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB im Besonderen zuwiderlaufen würde.

## 3. Materialien

In dieselbe Richtung weisen die Materialien. Obschon im vorliegenden Kontext auf die Botschaft nur mit Vorsicht abgestellt werden darf, weil Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB massgeblich vom Gesetzesentwurf abweicht,<sup>109</sup> lässt sich dennoch daraus schliessen, dass der Gesetzgeber bewusst von einer automatischen Unterstellung aller altrechtlichen Zahlvaterschaften unter das neue Recht Abstand genommen hat.<sup>110</sup> Dieser Entscheid erfolgte gestützt auf die Annahme, dass ein Automatismus dem Kindeswohl nicht in jedem Fall am besten entsprochen hätte.<sup>111</sup> Deshalb beabsichtigte der Bundesrat in Anlehnung an die Expertenkommission, nur allen unmündigen ausserehelichen Kindern (mit und ohne Zahlvater) die Möglichkeit zu eröffnen, innert zwei Jahren seit Inkrafttreten des revidierten Kindesrechts eine Vaterschaftsklage zu erheben.<sup>112</sup> Volljährigen Kindern wurde demgegenüber ein schutzwürdiges Interesse daran abgesprochen.<sup>113</sup> Den Interessen der Väter an Rechtssicherheit sowie klaren Verhältnissen sollte durch die kurze zweijährige Klagefrist Rechnung getragen werden.<sup>114</sup> Dieser Vorschlag setzte sich in den parlamentarischen Beratungen – wie bereits dargelegt – nicht durch.<sup>115</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung wurde das Vertrauen auf die Geltung des alten Rechts seitens der Väter höher gewichtet als das Interesse jedes minderjährigen Kindes an einem rechtlichen Vater-Kind-Verhältnis. Deshalb wurde Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB letztendlich sowohl in persönlicher (nur Kinder mit Zahlvätern) als auch in zeitlicher (zehnjährige und jüngere Kinder)<sup>116</sup> Hinsicht restriktiver formuliert als im Gesetzesentwurf vorgesehen.

<sup>101</sup> Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800; Votum Blunschy, AB 1975 N 1800.

<sup>102</sup> Vgl. Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 101.

<sup>103</sup> Votum Alder, AB 1975 N 1800; vgl. BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 1 SchlT N 14; vgl. auch CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 5.

<sup>104</sup> Dazu oben, Ziff. III.

<sup>105</sup> HEGNAUER (FN 89), 122.

<sup>106</sup> HEGNAUER (FN 89), 122.

<sup>107</sup> Vgl. FANKHAUSER (FN 60), 70.

<sup>108</sup> CYRIL HEGNAUER, Die Übergangsbestimmungen zum neuen Kindesrecht, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Freiburg 1977, 151 ff., 169 Fn 63.

<sup>109</sup> HEGNAUER (FN 89), 129.

<sup>110</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103.

<sup>111</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103, wonach ein Automatismus ausser Acht lassen würde, dass sich die Situation des ausserehelichen Kindes im Rahmen der Zahlvaterschaft stabilisiert haben und die Entstehung eines Kindesverhältnisses zum Vater daher unerwünscht sein könne. Dazu auch HEGNAUER (FN 89), 130.

<sup>112</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 189 f.

<sup>113</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 193.

<sup>114</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 104; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 193.

<sup>115</sup> Dazu oben, Ziff. III.

<sup>116</sup> HEGNAUER (FN 108), 169 Fn 63, wonach die zeitliche Befristung darauf zurückzuführen sei, dass die gesellschaftliche Debatte über die Notwendigkeit einer Kindesrechtsrevision im Jahr 1965 ihre Anfänge genommen habe, womit Väter seither nicht mehr gleichermassen auf den Fortbestand der alten Rechtslage hätten vertrauen



In den Materialien wurde im Kontext des Übergangsrechts die Wiederherstellbarkeit der zweijährigen Klagefrist nicht explizit thematisiert.<sup>117</sup> Bei den neurechtlichen Klagefristen wurde sie hingegen diskutiert und im Gesetz verankert.<sup>118</sup> Daraus darf m.E. geschlossen werden, diese Möglichkeit sei im Anwendungsbereich von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB i.S.e. qualifizierten Schweigens nicht erwünscht gewesen.<sup>119</sup>

Demzufolge ergibt die historische Auslegung, dass nur aussereheliche Kinder, die genau definierte Voraussetzungen erfüllt haben, während einer kurzen und nicht wiederherstellbaren Frist unter neuem Recht eine Vaterschaftsklage erheben konnten.<sup>120</sup> Für alle anderen sollte es endgültig bei der Geltung des alten Rechts und damit insbesondere bei der Zahlvaterschaft bleiben.

#### 4. Systematik

Die systematische Auslegung führt demgegenüber, wie nachfolgend Bezugnehmend auf den Schlusstitel des ZGB sowie Art. 8 EMRK darzulegen sein wird, zu keinem derart klaren Ergebnis.

##### a. Schlusstitel des ZGB

Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB befindet sich im ersten Abschnitt des Schlusstitels des ZGB mit dem Titel «Die Anwendung bisherigen und neuen Rechts». Er gilt als *lex specialis* zu den allgemeinen Bestimmungen (Art. 1 bis 4 SchlT ZGB) und geht diesen vor.<sup>121</sup> Der Inhalt der allgemeinen Bestimmungen bleibt dennoch relevant, da er bei der Auslegung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB zu berücksichtigen ist.<sup>122</sup> Vor diesem Hintergrund wird sodann

dürfen. Ferner sei die 10-Jahres-Frist auf das mit zunehmendem Alter abnehmende Interesse des Kindes an einem Rechtsverhältnis zum Vater sowie die Tatsache, dass Vaterschaftsprozesse i.d.R. nicht länger als zehn Jahre dauerten, zurückzuführen.

<sup>117</sup> Indes wurde in der Botschaft erwähnt, dass es zu weit gehen würde, die neurechtliche Klagefrist gem. Art. 263 ZGB auf übergangsrechtliche Sachverhalte anzuwenden. Diese Bemerkung wird sich primär auf die Klagefrist des Kindes gem. Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB bezogen haben, dürfte jedoch zumindest am Rande auch die Wiederherstellbarkeit der Frist tangiert haben. Dazu Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 104.

<sup>118</sup> Art. 256c Abs. 3, Art. 260c Abs. 3 und Art. 263 Abs. 3 ZGB; Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 32 f., 47 ff.

<sup>119</sup> Nicht einmal der Bundesrat hat diese Möglichkeit in Erwägung gezogen. Er wollte Art. 13a Abs. 1 E-SchlT ZGB lediglich auf alle vor Inkrafttreten des neuen Rechts minderjährigen Kinder ohne rechtlichen Vater angewendet wissen. Siehe dazu Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102 f.

<sup>120</sup> BGE 124 III 1 E. 2c; siehe auch YACOUBIAN (FN 9), 21.

<sup>121</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 6.

<sup>122</sup> BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 1 SchlT N 2; CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 29.

auf die im vorliegenden Kontext relevanten allgemeinen übergangsrechtlichen Normen eingegangen, bevor die Systematik der intertemporalrechtlichen *leges specialis* zum Kindesverhältnis analysiert wird.

Grundsätzlich gilt die Regel der Nichtrückwirkung (Art. 1 SchlT ZGB). Demnach werden altrechtliche Tatsachen und Handlungen auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts nach altem Recht beurteilt (Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB), um verfassungswidrige Ungleichheiten zu vermeiden und das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat aufrechtzuerhalten.<sup>123</sup> Anders verhält es sich bei neuen Bestimmungen mit *Ordre-public*-Charakter.<sup>124</sup> Sie finden, gesetzliche Ausnahmen vorbehalten, mit ihrem Inkrafttreten zwecks Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen an der Rechtsänderung auf alle Tatsachen Anwendung (Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB).<sup>125</sup> Eine weitere Sondervorschrift findet sich in Art. 3 SchlT ZGB. Sie betrifft Rechtsverhältnisse, deren Inhalt nicht vom Willen der Parteien abhängig ist, sondern gesetzlich vorgegeben wird. Sie beurteilen sich ab Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem. Die erwähnten Ausnahmen wirken jedoch nur für die Zukunft, weshalb auch darunter zu subsumierende Fälle keiner Rückwirkung i.e.S. unterliegen.<sup>126</sup>

Daraus ergibt sich für die hier interessierenden Fragen Folgendes: Wurde eine altrechtliche Vaterschaftsklage auf Unterhaltszahlungen vor Inkrafttreten des neuen Rechts rechtskräftig abgewiesen oder ist die Klagefrist ungenutzt abgelaufen, bleibt es – solange die daraus resultierenden Ansprüche altem Recht unterstehen – auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts dabei (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB).<sup>127</sup> Da jedoch Kindesverhältnisse als Dauerbeziehungen<sup>128</sup> das Inkrafttreten des neuen Rechts überdauern, gelangt darauf gemäss Art. 3 SchlT ZGB neues Recht zur Anwendung.<sup>129</sup> Deshalb sind Standesfolgekinder *ipso iure* neuem Recht unterstellt worden.<sup>130</sup> Zum selben Schluss

<sup>123</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 41.

<sup>124</sup> BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 2 SchlT N 2; TUOR et al. (FN 97), § 120 N 11 m.w.H.

<sup>125</sup> BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 2 SchlT N 3.

<sup>126</sup> CHK ZGB-BRÄNDLI, Art. 1 SchlT N 10, in: Ruth Arnet/Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), Sachenrecht, Art. 641–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. A., Zürich/Genf 2023 (zit. CHK ZGB-Verfasser).

<sup>127</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102; HEGNAUER (FN 108), 166, 220.

<sup>128</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 98 m.w.H.; Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800 m.w.H.; BGE 150 III 160 E. 4.6.1; HEGNAUER (FN 108), 154 f.

<sup>129</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 191; Votum Blunschy, AB 1975 N 1799.

<sup>130</sup> Dazu oben, Ziff. IV.A.

hätte man auch für Kinder mit Zahlvater gelangen können,<sup>131</sup> weil auch die Zahlvaterschaft auf einem (auf Unterhaltszahlungen beschränkten) ausserehelichen Kindesverhältnis und damit i.d.R. auf einer genetischen Vaterschaft beruht.<sup>132</sup> Letzteres ist jedoch aufgrund von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB, der diese allgemeine Vorschrift derogiert, nicht der Fall. Damit weicht Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB von den allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen ab, indem er das Verhältnis zwischen Kind und Zahlvater nur unter bestimmten Voraussetzungen dem neuen Recht unterstellt und das Klagerecht im Übrigen den nicht davon erfassten Kindern vorenthält.<sup>133</sup>

Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB ist indes nicht nur im Kontext der allgemeinen übergangsrechtlichen Normen zu lesen, sondern in die intertemporalrechtlichen Spezialbestimmungen zum Kindesverhältnis einzubetten (Art. 12 ff. SchlT ZGB). Diese kodifizieren und präzisieren mit wenigen Ausnahmen die allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels. Gemäss Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB sind *Entstehung* und Wirkungen des Kindesverhältnisses ab Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen neuem Recht unterstellt.<sup>134</sup> Lediglich der Familienname und das Bürgerrecht, die nach altem Recht erworben wurden, bleiben erhalten. Aus Art. 13 SchlT ZGB (lit. C: Familienrecht, Ziff. IV: Vaterschaftsklage, Ziff. 1: Hängige Klagen), der systematisch vor Art. 13a SchlT ZGB steht, ergibt sich ferner, dass bei Inkrafttreten des neuen Rechts hängige Klagen dem neuen Recht unterstellt sind; die Wirkungen bis zu dessen Inkrafttreten richten sich jedoch nach altem Recht.

Daraus erhellt, dass Art. 13a SchlT ZGB sowohl von den allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels des ZGB als auch von der allgemeinen Übergangsbestimmung

zum Kindesverhältnis abweicht. Altrechtlichen Zahlvaterschaften wurden mit Inkrafttreten des neuen Rechts nicht eo ipso die Wirkungen eines neurechtlichen Kindesverhältnisses zugesprochen (Art. 3 SchlT ZGB, Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB). Ferner wurde nicht allen altrechtlich vaterlosen Kindern die Möglichkeit geboten, das Kindesverhältnis nach neuem Recht entstehen zu lassen (Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB). Stattdessen wurde mit Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB unter der Marginalie «neue Klagen» nur gewissen Kindern unter bestimmten Voraussetzungen die Option eröffnet, eine Vaterschaftsklage nach neuem Recht zu erheben. Allen anderen wurde kein neues Klagerecht erteilt, weshalb es bei der altrechtlich eingetretenen Verwirkung dieses Rechts (bei Fristablauf) oder der Geltung eines abweisenden Urteils geblieben ist (Art. 1 SchlT ZGB).

Eine Wiederherstellung der Klagefrist gem. Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB wäre innerhalb der relativ starren Übergangsnormen des ZGB systemfremd.<sup>135</sup> Diese Bestimmungen bezwecken, zwischen der Anwendung des bisherigen und jener des neuen Rechts klar zu unterscheiden.<sup>136</sup> Eine Fristwiederherstellung würde diesem Zweck zuwiderlaufen, da es über Jahre oder Jahrzehnte hinweg möglich wäre, eine altrechtliche Zahlvaterschaft unter Anwendung des neuen Rechts in ein neurechtliches Kindesverhältnis umzuwandeln.

Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB ist indes nicht nur im Gefüge des Schlusstitels des ZGB, sondern unter Beachtung der gesamten Rechtsordnung zu lesen. Dabei ist insbesondere<sup>137</sup> Art. 8 EMRK von Bedeutung.

## b. EMRK

Das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK gewährleistet jedem Kind, ein rechtliches Kindesverhältnis zum genetischen Vater begründen zu können.<sup>138</sup> Zu diesem Zwecke auf nationaler Ebene konzipierte Vaterschaftskla-

<sup>131</sup> Es gibt kein wohlervorbenes Recht i.S.v. Art. 4 SchlT ZGB, rechtlich nicht der Vater eines Kindes zu sein. Siehe dazu Votum Bundesrat Furgler, AB 1975 N 1800, wonach der Vorschlag des Ständerats im Ergebnis zu einem entsprechenden wohlervorbenen Recht geführt hätte.

<sup>132</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 192; HEGNAUER (FN 108), 168; HUG (FN 34), 214 f.; a.M. BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 1; a.M. auch HEGNAUER (FN 89), 133, der die Zahlvaterschaft nach Inkrafttreten des neuen Rechts als rechtliche Handlung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB qualifiziert hat. Als Mitglied der Expertenkommission erachtete er eine Aufwertung der Zahlvaterschaft in ein rechtliches Kindesverhältnis nach Inkrafttreten des neuen Rechts unter Anwendung von Art. 3 und Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB noch als theoretisch möglich.

<sup>133</sup> Siehe Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103 f., wonach der Bundesrat die Vaterschaftsklage nur minderjährigen Kindern zur Verfügung stellen wollte. Im Übrigen wäre es bei der Verwirkung der altrechtlichen Klagefrist oder bei der Geltung der abweisenden Urteile geblieben.

<sup>134</sup> BGE 150 III 160 E. 4.6.1.

<sup>135</sup> Vgl. Antrag Arnold, AB 1975 S 148, wonach alle Übergangslösungen etwas Starres und damit etwas Unbefriedigendes an sich hätten.

<sup>136</sup> Dazu oben, Ziff. IV.A.2.

<sup>137</sup> In diesem Kontext wäre auch Art. 13 BV zu beachten. Indes wäre Art. 13a SchlT ZGB gestützt auf Art. 190 BV auch dann anzuwenden, wenn er verfassungswidrig wäre. Da der Schutzbereich von Art. 13 BV und jener von Art. 8 EMRK im vorliegend interessierenden Kontext übereinstimmen, wird nicht weiter auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Bestimmung eingegangen. Siehe SGK BV-BREITENMOSE, Art. 13 N 2, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, Bd. I, 4. A., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-Verfasser).

<sup>138</sup> EGMR, Pascaud gegen Frankreich (Nr. 19535/08), 16.6.2011, § 63 ff.; Grönmark gegen Finnland (Nr. 17038/04), 6.7.2010, § 39; HK EMRK-NETTESHEIM, Art. 8 N 23, in: Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg.), Handkommentar, EMRK,

gen dürfen nach der Rechtsprechung des EGMR zwar innerstaatlich an Fristen gebunden sein.<sup>139</sup> Diese Fristen dürfen jedoch nicht starr konzipiert sein; sie müssen die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (bspw. die späte Kenntnisnahme der biologischen Realität<sup>140</sup>) ermöglichen.<sup>141</sup> Vor diesem Hintergrund wurde die fünfjährige Verwirkungsfrist zur Erhebung einer Vaterschaftsklage, wie sie im finnischen Übergangsrecht ohne Wiederherstellungsmöglichkeit für alle unter altem Recht geborenen Kinder mit lebendem Vater vorgesehen war, als mit Art. 8 EMRK unvereinbar qualifiziert.<sup>142</sup> Art. 263 ZGB erachtete der EGMR hingegen im Grundsatz mit der EMRK als vereinbar,<sup>143</sup> sofern die innerstaatlichen Behörden bei dessen Anwendung eine pflichtgemässe Interessenabwägung vornehmen.<sup>144</sup>

Die Konvention verbietet überdies die Diskriminierung eines Kindes aufgrund seiner unehelichen Geburt.<sup>145</sup> Eine erbrechtliche Benachteiligung ausserehelicher Kinder verstösst daher gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK,<sup>146</sup> es sei denn, es sprechen wichtige Gründe für deren unterschiedliche Behandlung.<sup>147</sup> Der Vertrauensschutz des (Zahl-)Vaters sowie seiner Familie an der bisherigen Rechts-

lage wird gegenüber der Vermeidung einer Diskriminierung ausserehelicher Kinder grundsätzlich als zweitrangig betrachtet.<sup>148</sup>

Legt man Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB im Lichte des Vorstehenden aus, erhellt, dass er in verschiedener Hinsicht konventionswidrig ist.<sup>149</sup> Erstens ist die darin enthaltene Klagefrist starr.<sup>150</sup> Deren Wiederherstellung ist nicht vorgesehen, obwohl alle Kinder, die von dieser Bestimmung erfasst sind, das Klagerecht zufolge ihres Alters und mangels Urteilsfähigkeit nicht fristgerecht selbständig wahrnehmen konnten.<sup>151</sup> Stattdessen ist der Klageverzicht in den Verantwortungsbereich ihres Vormunds oder ihrer Mutter zu verweisen.<sup>152</sup> Zweitens lässt sich a minore ad maius die Tatsache, dass gewisse Kinder gestützt auf Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB von einer Vaterschaftsklage endgültig ausgeschlossen wurden, mit Art. 8 EMRK nicht in Vereinbarung bringen.<sup>153</sup> Drittens und letztens ist die erbrechtliche Benachteiligung ausserehelicher Kinder, die kein Kindesverhältnis zum genetischen Vater begründen können, unter Beachtung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK mehr als fragwürdig.

Daraus folgt, dass die ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht mit der EMRK vereinbar ist.<sup>154</sup> Damit ist die «vertikale Kohärenz» der Rechtsordnung nicht gewährleistet.<sup>155</sup> Da die EMRK Bundesgesetzen und damit auch Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB vorgeht, wäre Letzterem im Einzelfall die Anwendung zu versagen,<sup>156</sup> sofern

5. A., Basel 2023 (zit. HK EMRK-Verfasser); SPRENGER/ENGEL (FN 5), 354, 362 f.

<sup>139</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 33; Grönmark gegen Finnland (Nr. 17038/04), 6.7.2010, § 47; Komm. EMRK-PÄTZOLD, Art. 8 N 24, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. A., München 2022 (zit. Komm. EMRK-Verfasser).

<sup>140</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 33; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 355.

<sup>141</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 34; Grönmark gegen Finnland (Nr. 17038/04), 6.7.2010, § 47, 59; HK EMRK-NETTESHEIM (FN 138), Art. 8 N 23.

<sup>142</sup> EGMR, Grönmark gegen Finnland (Nr. 17038/04), 6.7.2010, § 59; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 361.

<sup>143</sup> A.M. EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), Minderheitsmeinung, 19.10.2021, § 19, wonach die einjährige Klagefrist i.S.v. Art. 263 Abs. 1 ZGB für gutgläubige Kinder zu kurz bemessen sei; dazu SPRENGER/ENGEL (FN 5), 354.

<sup>144</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 35; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 355. Dabei gilt es zu beachten, dass der EGMR grundsätzlich die Übereinstimmung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB mit der EMRK hätte prüfen müssen, anstatt Art. 263 ZGB auf dessen EMRK-Konformität zu überprüfen, zumal eine altrechtliche Zahlvaterschaft in Frage stand.

<sup>145</sup> HK EMRK-LEHNER (FN 138), Art. 14 N 30.

<sup>146</sup> EGMR, Mitzinger gegen Deutschland (Nr. 29762/10), 9.2.2017, § 46; Brauer gegen Deutschland (Nr. 3545/04), 28.5.2009, § 44; Komm. EMRK-PÄTZOLD (FN 139), Art. 8 N 56; siehe BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 2 m.w.H., wonach die Erhebung einer Erbschaftsteuer auf der Grundlage des Nicht-Verwandten-Tarifs eine ungerechtfertigte Diskriminierung ausserehelicher Kinder darstelle.

<sup>147</sup> HK EMRK-LEHNER (FN 138), Art. 14 N 30.

<sup>148</sup> EGMR, Mitzinger gegen Deutschland (Nr. 29762/10), 9.2.2017, § 43; Brauer gegen Deutschland (Nr. 3545/04), 28.5.2009, § 43; siehe BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 2; CR CC II-PIOTET (FN 9), Art. 13a SchlT N 3.

<sup>149</sup> BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER (FN 5), Art. 11 ZGB N 83; BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 2; CR CC II-PIOTET (FN 9), Art. 13a SchlT N 4; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 362. Das BGer hat die Frage, ob Art. 13a SchlT ZGB konventionswidrig ist, verschiedentlich offengelassen: BGE 150 III 160 E. 8; 149 III 370 E. 3.7.2.

<sup>150</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 362.

<sup>151</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 361 f.

<sup>152</sup> Siehe HEGNAUER (FN 89), 131, wonach es nicht pflichtwidrig gewesen sei, eine entsprechende Klage zu unterlassen, wenn die negativen Gesichtspunkte einer rechtlichen Vaterschaft die positiven überwogen hätten.

<sup>153</sup> CR CC II-PIOTET (FN 9), Art. 13a SchlT N 4; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 362 f.

<sup>154</sup> Die ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB dürfte im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens mit der EMRK vereinbar gewesen sein. Indes ist die Rechtsprechung des EGMR dynamisch, weshalb sich der Inhalt einer Norm – genauso wie die gesellschaftlichen Anschauungen – mit der Zeit wandeln kann. Das ist im vorliegenden Kontext geschehen. Vgl. dazu FANKHAUSER (FN 60), 15 m.w.H. sowie SGK BV-LOOSER (FN 137), Art. 190 N 48.

<sup>155</sup> Vgl. ERNST KRAMER/RUTH ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. A., Bern 2024, 116.

<sup>156</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 364; siehe KRAMER/ARNET (FN 155), 133 f. m.w.H.; siehe BGE 122 III 414 E. 3a, wo das BGer offenge-

sich die Bestimmung nicht völkerrechtskonform auslegen lässt.<sup>157</sup> Bevor diesbezüglich eigene Lösungsansätze präsentiert werden, gilt es, den Umgang des Bundesgerichts mit dieser Problematik zu analysieren.<sup>158</sup>

### C. Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Wortlaut von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB zugleich dessen ratio legis wiedergibt. Die Nichtregelung gewisser Fragen ist als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu deuten.<sup>159</sup> Indes ist dieses Ergebnis völkerrechtswidrig. Es enthält einer Vielzahl von Kindern die Möglichkeit, ein rechtliches Kindesverhältnis zu ihrem genetischen Vater zu begründen, vor.<sup>160</sup> Zudem führt es zu deren erbrechtlicher Diskriminierung. Überdies ist Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB als solcher nicht EMRK-konform, zumal er keine Wiederherstellung der abgelaufenen Klagfrist vorsieht und infolgedessen allen davon erfassten Kindern ein eigenständiges Handeln verunmöglicht.

## V. Die Zahlvaterschaft in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

### A. Die bundesgerichtlichen Urteile im Überblick

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Bundesgericht Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB in jüngster Zeit die Anwendung versagt. Wie es dieses Vorgehen begründet und wie sich diese Rechtsprechung entwickelt hat, wird nachfolgend dargelegt.

Seit dem Inkrafttreten der Revision des Kindesrechts hat das Bundesgericht wiederholt am Klagerechtsausschluss gemäss Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB festgehalten und betont, dieser entspreche dem Willen des Gesetzgebers sowie der ratio legis der Bestimmung.<sup>161</sup> Über Jahrzehnte war es damit für eine Vielzahl von Kindern nicht möglich, ein Kindesverhältnis zu ihrem genetischen Vater zu begründen.

In einem nicht amtlich publizierten Urteil aus dem Jahr 2005 liess das Bundesgericht zwar offen, ob der damals eingegangene gesetzgeberische Kompromiss noch begrüssenswert sei.<sup>162</sup> Es erachtete die erbrechtliche Diskriminierung eines Zahlkindes dennoch nicht als verfassungswidrig.<sup>163</sup>

Diese Wertung wandelte sich innert weniger Jahre, wie ein ebenfalls nicht amtlich publizierter Entscheid aus dem Jahr 2012 offenbart.<sup>164</sup> Darin hatte das Bundesgericht die Vaterschaftsklage eines 1939 geborenen ausserhehlichen Sohnes zu beurteilen, dessen altrechtliche Unterhaltsklage 1948 gestützt auf die vom Vater erhobene Einrede des unzüchtigen Lebenswandels der Mutter abgewiesen worden war.<sup>165</sup> Nach Feststellung der genetischen Vaterschaft im Jahr 2009, die für sich allein zwölf Jahre in Anspruch nahm,<sup>166</sup> reichte der Sohn eine Vaterschaftsklage gegen die Rechtsnachfolger seines 1976 verstorbenen Vaters ein.<sup>167</sup> Vor Bundesgericht war einzig strittig, ob ein wichtiger Grund zur Fristwiederherstellung gemäss Art. 263 Abs. 3 ZGB vorgelegen hat.<sup>168</sup> Letzteres wurde höchstrichterlich in Anwendung des neuen Kindesrechts bejaht.<sup>169</sup> Dies, obschon dem Beschwerdeführer unter Beachtung der ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB die Aktivlegitimation zur Erhebung einer neurechtlichen Vaterschaftsklage hätte abgesprochen werden müssen.<sup>170</sup> Das Bundesgericht ging auf die übergangsrechtliche Problematik indes mit keinem Wort ein und setzte sich damit

lassen hat, ob Bestimmungen des ZGB auf ihre EMRK-Konformität zu überprüfen sind. Siehe aber BGE 125 III 209 E. 6e, wo zwar ebenfalls offengelassen wurde, ob und wie das ZGB durch die EMRK zu korrigieren sei. Indes sei die Erwähnung des Völkerrechtsvorrangs in einem bundesgerichtlichen Entscheid betreffend die internationale Rechtshilfe in Strafsachen nicht bedeutungslos. Stattdessen sei daraus ersichtlich, wie das BGer den Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht dereinst lösen wolle.

<sup>157</sup> SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER), Art. 1 ZGB N 286; siehe FANKHAUSER (FN 60), 18.

<sup>158</sup> Dazu unten, Ziff. V f.

<sup>159</sup> Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 348; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 31, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); KRAMER/ARNET (FN 155), 238 f.

<sup>160</sup> KAUFMANN (FN 68), 57.

<sup>161</sup> BGE 124 III 1 E. 2c; vgl. 112 Ia 97 E. 6c; siehe BGer, 2P.256/2004, 7.1.2005, E. 4; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 351 f.; YACOBBIAN (FN 9), 8 f.

<sup>162</sup> BGer, 2P.256/2004, 7.1.2005, E. 4.

<sup>163</sup> BGer, 2P.256/2004, 7.1.2005, E. 4; kritisch dazu PETER BREIT-SCHMID, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 2006, 103 ff., 104.

<sup>164</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012.

<sup>165</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, SV lit. A f.

<sup>166</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, SV lit. C ff.; dazu auch REGINA E. AEBI-MÜLLER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012: Kindesrecht, ZBJV 2013, 641 ff., 642 f.

<sup>167</sup> Zunächst versuchte der Beschwerdeführer, die Vaterschaft im Zivilstandsregister eintragen zu lassen. Dazu BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, SV lit. H f.

<sup>168</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, E. 4.

<sup>169</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, E. 4.4.

<sup>170</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 357.



zu seiner früheren Rechtsprechung in Widerspruch, ohne explizit eine Praxisänderung vorzunehmen.<sup>171</sup>

Dieses Vorgehen wiederholte es in einem weiteren nicht amtlich publizierten Entscheid aus dem Jahr 2017.<sup>172</sup> Die 1964 geborene Tochter reichte nach dem Tod ihres Zahlvaters, zu dem sie ab dem 25. Lebensjahr eine gute Beziehung pflegte, eine Vaterschaftsklage ein.<sup>173</sup> Das Bundesgericht fokussierte sich erneut auf die Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB. Die Unkenntnis der Beschwerdeführerin über die Rechtslage betreffend die altrechtliche Zahlvaterschaft wurde nicht als wichtiger Grund qualifiziert, der ein 31-jähriges Untätigbleiben zu rechtfertigen vermochte.<sup>174</sup> Im Unterschied zum ersterwähnten Urteil befasste sich das Bundesgericht zumindest am Rande mit Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB.<sup>175</sup> Es legte ihn – soweit ersichtlich – erstmals rein grammatikalisch aus und erwog, die Beschwerdeführerin, die 1964 geboren wurde, sei vom Anwendungsbereich dieser übergangsrechtlichen Bestimmung nicht erfasst gewesen.<sup>176</sup> Das hätte sie bereits 1982, als sie sich bei den Behörden über ihren Vater erkundigt habe, feststellen können, zumal die Gesetzesrevision sowie das Ende der Übergangsfrist gem. Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB damals noch nicht lange zurückgelegen hätten.<sup>177</sup> Die Beschwerdeführerin zog das Urteil an den EGMR weiter. Dort unterlag sie indes aufgrund der Tatsache, dass Letzterer Art. 263 ZGB als EMRK-konform qualifiziert hat.<sup>178</sup> Eine Auseinandersetzung mit Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB fand vor dem EGMR bedauerlicherweise nicht statt.<sup>179</sup>

Seither ist eine ganze Serie von bundesgerichtlichen Urteilen, die sich mit verschiedensten Fragen rund um die altrechtliche Zahlvaterschaft auseinandersetzen, ergangen. Ihnen allen gemein ist, dass sie von der Zulässigkeit

einer neurechtlichen Vaterschaftsklage auch für unter altem Recht geborene Kinder ausgehen, die die Voraussetzungen von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht erfüllen.

In einem ersten Entscheid war eine letztwillige Verfügung zu beurteilen, in der der 1940 geborene Erblasser als gesetzliche Erben drei Personen (geb. 1966, 1968 und 1972) nannte, die er als seine Nachkommen bezeichnet hat. Im Zivilstandsregister waren die drei Kinder indes nicht als solche verzeichnet; es bestand stattdessen nur eine altrechtliche Zahlvaterschaft. Die testamentarische Willenserklärung wurde von den Zivilstandsbehörden zufolge Unklarheit nicht als Vaterschaftsanerkennung qualifiziert. Stattdessen wurde die erwähnte Formulierung als reine Erbeinsetzung betrachtet.<sup>180</sup> Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung,<sup>181</sup> erwog indes, dass den Beschwerdeführern der Klageweg offenstehe.<sup>182</sup>

Der nächste – amtlich publizierte – Entscheid hat internationalprivatrechtlichen Charakter.<sup>183</sup> Der in der Schweiz wohnhafte Vater der 1967 in Deutschland geborenen, ausserehelichen Tochter begründete im gleichen Jahr eine Zahlvaterschaft nach deutschem Recht und verpflichtete sich zur Bezahlung von Unterhalt. Nachdem er im Jahr 2016 verstorben war, gelangte die aussereheliche Tochter an das zuständige Zivilstandsamt in der Schweiz und verlangte die Eintragung des in Deutschland begründeten Kindesverhältnisses. Diesem Anliegen wurde erst vor Verwaltungsgericht stattgegeben, worauf die Erbengemeinschaft des Vaters den Entscheid an das Bundesgericht weitergezogen hat.<sup>184</sup> Dieses erwog, dass die Anerkennung der deutschen Übergangsregelung, die eine rückwirkende Aufwertung von Zahlvaterschaften beinhaltet hat, keinen Ordre-public-Verstoss darstellt.<sup>185</sup> Die Frage, ob das hiesige Übergangsrecht mit der BV und der EMRK vereinbar sei, liess es mangels Relevanz im zu beurteilenden Fall hingegen unbeantwortet.<sup>186</sup>

In BGer 5A\_764/2022 vom 3. Juli 2023 erhob die 1963 geborene Tochter mit altrechtlich begründeter Zahlvaterschaft im Jahr 2022 eine Zivilstandsberichtigungs-

<sup>171</sup> Ausführlich dazu SPRENGER/ENGEL (FN 5), 358 f.; dazu auch YACUBIAN (FN 9), 11 f.

<sup>172</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017.

<sup>173</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, SV lit. A f.

<sup>174</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.2.2. Das Bundesgericht erwog diesbezüglich, dass die Beschwerdeführerin – wenn sie sich früher über den Inhalt des Zivilstandsregisters informiert hätte – genauso wie nach dem Tod ihres genetischen Vaters einen Anwalt hätte konsultieren können. Des Weiteren sei verwunderlich, dass der Beschwerdeführerin anlässlich ihrer Heirat – die vor dem Kennenlernen des Vaters erfolgt sei – die fehlende Eintragung der rechtlichen Vaterschaft nicht aufgefallen sei.

<sup>175</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.3; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 356; YACUBIAN (FN 9), 13.

<sup>176</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.3.2; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 356.

<sup>177</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.3.2.

<sup>178</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 35; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 355.

<sup>179</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, § 35; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 355; YACUBIAN (FN 9), 13.

<sup>180</sup> Zum Ganzen BGer, 5A\_631/2021, 20.6.2022, SV lit. A f.

<sup>181</sup> Kritisch dazu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2022, Jusletter vom 6.3.2023, N 56 ff.; BREITSCHMID (FN 6), 351 Fn 22; ebenso PHILIPPE MEIER/THOMAS HABERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Mai bis August 2022), ZKE 2022, 368 ff., 372 f.

<sup>182</sup> BGer, 5A\_631/2021, 20.6.2022, E. 3.4.

<sup>183</sup> BGE 149 III 370; dazu REGINA E. AEBI-MÜLLER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht im Jahr 2023, Jusletter vom 12.2.2024, N 50 f.

<sup>184</sup> Zum Ganzen BGE 149 III 370, SV lit. A ff.

<sup>185</sup> BGE 149 III 370 E. 3.6.3.

<sup>186</sup> BGE 149 III 370 E. 3.7.2.

klage, nachdem ihr Vater im Jahr 2021 verstorben war. Diese wurde aufgrund des Vorrangs der Vaterschaftsklage abgewiesen.<sup>187</sup> Eine Aufwertung der altrechtlichen Zahlvaterschaft zu einem Kindesverhältnis im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit fällt gemäss Bundesgericht ausser Betracht.<sup>188</sup> Es verwies die Beschwerdeführerin indes auf den Weg der Vaterschaftsklage, indem es erwog, die Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB auf altrechtliche Sachverhalte sei EMRK-konform.<sup>189</sup> Ob mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den Jahren 2012 und 2017 eine Praxisänderung beabsichtigt war, liess das Bundesgericht dennoch ausdrücklich offen.<sup>190</sup>

In BGE 150 III 160 stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, es sei zutreffend, dass der vor dem 1. Januar 1968 geborene Beschwerdeführer die altrechtlich begründete Zahlvaterschaft gestützt auf Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht habe neuem Recht unterstellen können. Indes sei in jüngerer Rechtsprechung die Vaterschaftsklage dessen ungeachtet nicht abgewiesen, sondern nach Massgabe von Art. 263 Abs. 3 ZGB beurteilt worden.<sup>191</sup> Deshalb hätte er eine Vaterschaftsklage erheben können und müssen; eine vorfrageweise Begründung des Kindesverhältnisses im Rahmen eines Herabsetzungsverfahrens sei demgegenüber ausgeschlossen.<sup>192</sup>

## B. Würdigung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung vermag weder in ihrer Begründung noch im Ergebnis vollumfänglich zu überzeugen. In den beiden Urteilen, mit denen das Bundesgericht einen Richtungswechsel vollzogen hat,<sup>193</sup> wurde dieses Vorgehen weder als solches benannt noch methodisch schlüssig begründet.<sup>194</sup> Dass die Antwort auf die Frage, ob das Bundesgericht damit eine Praxisänderung beabsichtigt hat, bis heute ausdrücklich offengelassen<sup>195</sup> bzw. nicht explizit beantwortet wird,<sup>196</sup> läuft ferner dem

Gebot der Rechtssicherheit krass zuwider.<sup>197</sup> Aussereheliche Kinder ohne Registervater sind weiterhin mit Prozessrisiken konfrontiert, zumal nicht mit Sicherheit klar ist, ob dieser Richtungswechsel auch in ihrem Fall anwendbar sein wird.<sup>198</sup> Selbst wenn dem so ist, beurteilt das Bundesgericht in jedem Einzelfall gesondert, ob wichtige Gründe für eine Fristwiederherstellung i.S.v. Art. 263 Abs. 3 ZGB vorliegen.<sup>199</sup> Dabei lässt es – wie aus dem Urteil «Lavanchy» hervorgeht<sup>200</sup> – ausser Acht, dass Kinder, die von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht erfasst sind, bis zur impliziten Praxisänderung zur Erhebung einer neu-rechtlichen Vaterschaftsklage nicht legitimiert waren.<sup>201</sup> Ebenso verhält es sich mit denjenigen, deren Mutter oder Vormund die zweijährige Klagefrist ungenutzt verstreichen liess. Die Aktivlegitimation hat das Bundesgericht den betroffenen Kindern erstmals bzw. erneut im Jahr 2012 und damit 36 Jahre nach Inkrafttreten dieser Bestimmung – implizit – erteilt.<sup>202</sup> Ein vorheriges Untätigbleiben darf deshalb nicht zu Lasten dieser Kinder ausgelegt werden.<sup>203</sup> Die Praxisänderung wurde jedoch nicht als solche bezeichnet.<sup>204</sup> Die Urteile, mit denen sie de facto vollzogen wurde, sind nicht amtlich veröffentlicht worden.<sup>205</sup> Laien, die von dieser Rechtsprechung betroffen sind, dürften davon kaum (ausreichend) Kenntnis erhalten haben. Denkt man die Rechtsprechung des Bundesgerichts folgerichtig zu Ende, müsste das weitere Zuwarten mit der Einreichung einer Vaterschaftsklage bis zum Tod des genetischen Vaters dennoch zu Lasten der betroffenen Kinder ausgelegt werden. Ein wichtiger Grund zur Fristwiederherstellung wäre regelmässig zu verneinen. Damit hat das Bundesgericht zwar das Tor für die Begründung eines Kindesverhältnisses zum genetischen Vater für unter altem Recht geborene aussereheliche Kinder geöffnet;

<sup>187</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.5.

<sup>188</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.3; dazu auch OGer ZH, LZ230048, 15.1.2024, E. 4.

<sup>189</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.5.

<sup>190</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.5; ausführlicher zum Ganzen AEBI-MÜLLER (FN 6), 215 f.; siehe auch YACOUBIAN (FN 9), 14.

<sup>191</sup> BGE 150 III 160 E. 4.6.2, E. 7.4.

<sup>192</sup> BGE 150 III 160 E. 7.4.1, E. 7.2; ausführlich dazu PHILIPPE MEIER/THOMAS HABERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2024, 177 ff., 179 f.; ausführlich dazu auch YACOUBIAN (FN 9), 15 ff.

<sup>193</sup> BGer, 5A\_518/2011, 22.11.2012, sowie 5A\_423/2016, 7.3.2016.

<sup>194</sup> Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 496.

<sup>195</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.5.

<sup>196</sup> Obschon BGE 150 III 160 und damit das aktuellste in diesem Kontext ergangene höchstrichterliche Urteil amtlich publiziert wurde,

kann darin m.E. keine Praxisänderung erblickt werden. Das Bundesgericht hat lediglich seine bisherige Rechtsprechung zusammengefasst, ohne zu prüfen, ob die darin angeführten Argumente so gewichtig sind, dass eine Rechtsprechungsänderung gerechtfertigt wäre. A.M. YACOUBIAN (FN 9), 15 ff., 18 f., der jedoch eingesteht, dass das Bundesgericht auch diesen Entscheid nicht als Praxisänderung gekennzeichnet habe.

<sup>197</sup> Siehe auch YACOUBIAN (FN 9), 31.

<sup>198</sup> Siehe AEBI-MÜLLER (FN 6), 215 f.

<sup>199</sup> Dazu oben, Ziff. V.A.; aus der kantonalen Rechtsprechung siehe OGer ZH, LF190083, 13.1.2020, E. 4.2; LZ230048, 15.1.2024, E. 4.

<sup>200</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017.

<sup>201</sup> Dazu OGer ZH, LF180025, 7.5.2018, E. 4.1; ebenso YACOUBIAN (FN 9), 30.

<sup>202</sup> Dazu ausführlich SPRENGER/ENGEL (FN 5), 356 ff., 358.

<sup>203</sup> Dazu auch SPRENGER/ENGEL (FN 5), 358.

<sup>204</sup> Ebenso YACOUBIAN (FN 9), 18.

<sup>205</sup> Siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 359.

die Öffnung ist jedoch so eng, dass nur wenigen Kindern Einlass gewährt wird.<sup>206</sup>

Abschliessend lässt sich festhalten, dass das Bundesgericht einen Richtungswechsel vollzogen hat, der als Signal für eine künftige Praxisänderung gedeutet werden kann.<sup>207</sup> Das «law in the books» und das «law in action» fallen damit seit geraumer Zeit auseinander.<sup>208</sup> Eine ausdrückliche Begründung dafür fehlt bis heute. Primäres Ziel dieses undurchsichtigen Vorgehens scheint gewesen zu sein, einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK zu vermeiden. Das ist dem Bundesgericht gelungen.<sup>209</sup> Nicht gelungen ist es ihm hingegen, einen überzeugenden Weg zu implementieren, der in ähnlich gelagerten Fällen gegangen werden kann und zu angemessenen Ergebnissen führt.

Vor diesem Hintergrund sind sodann die Handlungsoptionen zu beleuchten, die Gerichten, dem Gesetzgeber und den direkt Betroffenen offenstehen, um das Ziel, unter altem Recht geborenen Kindern eine rechtliche Vaterschaft zu ermöglichen, zu erreichen.

## VI. Rechtliche Väter für alle? – Handlungsoptionen

### A. Handlungsoptionen für (Zahl-)Väter

Obschon die bundesgerichtliche Rechtsprechung viele Fragen aufwirft, ist zumindest klar, dass (Zahl-)Vätern weiterhin die Möglichkeit offensteht, ihre ausserehelichen Kinder zu anerkennen und auf diesem Weg ein rechtliches Kindesverhältnis zu ihnen zu begründen.<sup>210</sup> Die Umstände der Geburt des Kindes sind seit Inkrafttreten des neuen Kindesrechts nicht mehr von Bedeutung, weshalb auch ein durch Ehebruch oder Inzest gezeugtes Kind anerkannt werden kann.<sup>211</sup>

Die Anerkennung kann entweder durch eine Erklärung vor dem Zivilstandsamt, durch letztwillige Verfügung oder, wenn eine Vaterschaftsklage hängig ist, vor Gericht

erfolgen (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Die erste und die letzte Möglichkeit bereiten in der Praxis kaum Schwierigkeiten, weil das zuständige Zivilstandsamt oder das Gericht im Zweifelsfall auf eine klare Äusserung des Zahlvaters hinwirken.<sup>212</sup> Soll ein aussereheliches Kind hingegen testamentarisch anerkannt werden, muss die entsprechende Willenserklärung gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung so klar wie möglich formuliert sein, damit der Wille, ein Kindesverhältnis zu begründen, daraus eindeutig hervorgeht.<sup>213</sup>

In der notariellen Beratungspraxis gilt es daher, zwecks Vermeidung von Haftungsfällen anlässlich der Nachlassplanung abzuklären, wer die rechtlichen Kinder eines Erblassers sind.<sup>214</sup> Hat Letzterer aussereheliche Kinder, die vor dem 1. Januar 1978 geboren wurden, ist es ratsam, sich einen aktuellen Auszug aus dem Zivilstandsregister vorlegen zu lassen. Wurden aussereheliche Kinder im Ausland geboren, sind zudem internationalprivatrechtliche Aspekte zu berücksichtigen. Im Zweifelsfall, d.h., wenn nicht vollständig klar ist, welche Wirkungen einer ausländischen Zahlvaterschaft aktuell zukommen, drängt es sich auf, ein im Ausland geborenes Kind im Testament ausdrücklich anzuerkennen, damit es nach dem Tod des Erblassers nicht zu unerwünschten Erbschaftssteuern kommt.

Zusammenfassend sind aussereheliche, vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborene Kinder im eigenhändigen oder öffentlich beurkundeten Testament in dubio ausdrücklich und unmissverständlich anzuerkennen. Eine entsprechende Klausel könnte wie folgt lauten: «Hiermit anerkenne ich XY (Name, Vorname, Adresse des Kindes), die/der am (Geburtsdatum des Kindes) von YZ (Name, Vorname, Adresse und Geburtsdatum der Mutter) in (Geburtsort des Kindes) geboren wurde, als mein rechtliches Kind und begründe damit ein rechtliches Kindesverhältnis.»

In Zukunft wäre es wünschenswert, wenn das Bundesgericht die Hürden für eine testamentarische Anerkennung ausserehelicher Kinder durch Zahlväter senken und bereits die blossе testamentarische Erwähnung eines Kindes als Nachkomme, gesetzlicher Erbe o.Ä. als Anerkennung i.S.v. Art. 260 Abs. 3 ZGB qualifizieren würde.<sup>215</sup> Damit würde der Tatsache Rechnung getragen, dass Übergangs-

<sup>206</sup> Das vom Bundesgericht via Art. 263 Abs. 3 ZGB für unter altem Recht geborene Kinder eröffnete Recht, ein Kindesverhältnis zum Vater zu begründen, ist daher als theoretisch und illusorisch zu bezeichnen.

<sup>207</sup> A.M. im Jahr 2022 noch SPRENGER/ENGEL (FN 5), 359, die jedoch erst die Urteile aus dem Jahr 2012 und 2017 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR analysiert haben.

<sup>208</sup> Vgl. REISER (FN 87), 74.

<sup>209</sup> Siehe YACIOUBIAN (FN 9), 27, wonach das Bundesgericht durch die Nichtanwendung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB die Frage nach der Konventionswidrigkeit der Norm implizit bejaht habe.

<sup>210</sup> BGer, 5A\_631/2021, 20.6.2022, E. 3.

<sup>211</sup> Dazu oben, Ziff. IV.A.; dazu auch BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 159), Art. 260 N 6.

<sup>212</sup> Art. 16 Abs. 5 ZStV; Art. 56 ZPO.

<sup>213</sup> BGer, 5A\_631/2021, 20.6.2022, E. 3.2 m.w.H.; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 159), Art. 260 N 16; CHK ZGB-LÖTSCHER/REICH (FN 126), Art. 260 N 8.

<sup>214</sup> Siehe MEIER/HÄBERLI (FN 181), 373.

<sup>215</sup> Ausführlich dazu PETER BREITSCHMID, Erbrechtliche Paralipomena – Begrüssung zum 16. Schweizerischen Erbrechtstag, successio 2021, 326 ff., 329 f.; SPRENGER/ENGEL (FN 5), 368.

recht nicht volkstümlich und Laien oft nicht bekannt ist.<sup>216</sup> Der strenge Formalismus, den das Bundesgericht derzeit verfolgt, wird diesem Umstand nicht gerecht.

## B. Handlungsoptionen für Gerichte

Die von der Problematik potentiell betroffenen Erblasser sowie deren Kinder sind sich der beinahe vor 50 Jahren kodifizierten übergangsrechtlichen Regelung – wie dargelegt – des Öfteren nicht bewusst.<sup>217</sup> Eine freiwillige Anerkennung des ausserehelichen Kindes unterbleibt daher teilweise oder erfolgt in einer letztwilligen Verfügung nicht ausdrücklich genug. Aufgrund des fortgeschrittenen Alters von (Zahl-)Vätern könnten sich Gerichte infolgedessen künftig nach deren Versterben immer häufiger mit Vaterschaftsklagen von ausserehelichen Kindern konfrontiert sehen.<sup>218</sup>

Im Rahmen dieser Gerichtsverfahren erscheint eine Neubeurteilung der Rechtslage i.S.e. *expliziten Praxisänderung* angesichts der gewandelten gesellschaftlichen Wertvorstellungen, aber auch um internationalen Verpflichtungen Rechnung zu tragen, von Nöten.<sup>219</sup> Es ist nämlich die Aufgabe der Gerichte, das Recht nicht derart veralten zu lassen, dass es zu Unrecht wird.<sup>220</sup>

Das hat das Bundesgericht erkannt, weshalb es Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB seit einigen Jahren die Anwendung versagt und altrechtliche Sachverhalte unter Art. 261 ff. ZGB subsumiert.<sup>221</sup> Indes begründet es dieses Vorgehen nicht.<sup>222</sup> Dies, obschon die Unvereinbarkeit dieser Bestimmung mit der EMRK zur Notwendigkeit einer Praxisänderung führt und sie rechtfertigt.<sup>223</sup> Wie das Bundesgericht die implizit vollzogene Praxisänderung künftig dogmatisch begründen und EMRK-konform anwenden könnte, wird daher im Weiteren untersucht.

Die Nichtanwendung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB berührt den Geltungsbereich der sonstigen übergangsrechtlichen Vorschriften nicht. Daher ist fraglich, ob deren Geltung bereits in einer EMRK-konformen Lösung

mündet, zumal die vorliegend interessierenden Sachverhalte intertemporalrechtlicher Natur sind und auch künftig bleiben werden.

Wird Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht angewandt, kommt Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB zum Zug. Demgemäss sind Entstehung und Wirkungen des Kindesverhältnisses mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes nach neuem Recht zu beurteilen. Dieser Artikel geht als *lex specialis* den allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen (Art. 1 bis 4 SchlT ZGB) vor.<sup>224</sup> Er lässt sich EMRK-konform auslegen, indem allen ausserehelichen Kindern, die unter altem Recht nicht mit Standesfolge anerkannt worden sind, für die Zeit nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts ein Klagerecht i.S.v. Art. 261 ff. ZGB zur Begründung eines Kindesverhältnisses zum Vater eingeräumt wird.<sup>225</sup> Die verwandtschaftliche Beziehung, die dem Kindesverhältnis als Rechtsverhältnis i.S.v. Art. 3 SchlT ZGB zugrunde liegt, besteht nämlich auch dann fort, wenn das Klagerecht des Kindes nach altem Recht verwirkt ist oder eine Unterhaltsklage rechtskräftig abgewiesen wurde (Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB).<sup>226</sup> Diese altrechtlich entstandenen Tatsachen sind daher nicht als endgültig zu qualifizieren.<sup>227</sup> Damit steht allen ausserehelichen Kindern mit Inkrafttreten des neuen Rechts unter Heranziehung von Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB die Vaterschaftsklage nach Art. 261 ff. ZGB offen.

Diese Lösung lässt sich nicht nur mit dem Wortlaut sowie der Systematik des Gesetzes (Art. 1 und 3 SchlT ZGB) vereinbaren, sondern sie steht auch mit dem Sinn der Norm in Übereinstimmung. Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB bezweckt, der Abstammung mit Inkrafttreten des neuen Rechts die Wirkungen eines Kindesverhältnisses zu verleihen.<sup>228</sup> Diese Wirkungen sollten nach neuem Recht ungeachtet allfälliger altrechtlicher Tatsachen (bspw. Fristversäumnisse) eintreten können,<sup>229</sup> was durch die vorgeschlagene Praxisänderung gewährleistet werden würde. Dass dies den Materialien widerspricht, ist im Rahmen einer EMRK-konformen Auslegung nicht von Belang,<sup>230</sup> da die darin enthaltenen Wertungen sowie die daraus resultierte Kompromisslösung Art. 8 EMRK zuwiderlaufen.<sup>231</sup>

<sup>216</sup> Siehe HEGNAUER (FN 89), 122.

<sup>217</sup> BREITSCHMID (FN 6), 351 Fn 22; MEIER/HÄBERLI (FN 181), 372 f.

<sup>218</sup> Siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 368.

<sup>219</sup> Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 491.

<sup>220</sup> WALTHER BURCKHARDT, Aufsätze und Vorträge 1910–1938, Bern 1970, 95; vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 174; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 41 m.w.H.

<sup>221</sup> Dazu ausführlich oben, Ziff. V.A.

<sup>222</sup> Vgl. THOMAS PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, Diss. St. Gallen 1992, Basel 1993, 280 f., wonach dürftig oder nicht begründete Rechtsauffassungen in bundesgerichtlichen Urteilen die Wahrscheinlichkeit für eine künftige Praxisänderung erhöhen.

<sup>223</sup> Zur EMRK-Widrigkeit von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB ausführlich oben, Ziff. IV.A.4.b.; siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 360, 364.

<sup>224</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 6.

<sup>225</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 189 ff.

<sup>226</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102 f.; Expertenkommission, Kindesrecht (FN 4), 189 f., 191; TUOR et al. (FN 97), § 120 N 8.

<sup>227</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 103.

<sup>228</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102.

<sup>229</sup> Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 102.

<sup>230</sup> Vgl. KRAMER/ARNET (FN 155), 162 f.

<sup>231</sup> Dazu oben, Ziff. IV.A.4.b.



In Anwendung von Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB könnten folglich alle ausserehelichen Kinder mit und ohne Zahlvater sowie ungeachtet ihres Alters eine Vaterschaftsklage erheben. Da eine entsprechende Praxisänderung fast 50 Jahre nach Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgen würde, hätten alle davon betroffenen Kinder ihr ursprüngliches Klagerecht nach Art. 263 Abs. 1 ZGB bereits verwirkt.<sup>232</sup> Das ist unbefriedigend.<sup>233</sup> Zu beachten ist jedoch, dass Kinder, die vom Regelungsbereich von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB erfasst waren, ebenso wenig selbständig eine Unterstellungsklage erheben konnten. Die Klagefrist war so kurz bemessen, dass kein Kind vor deren Ablauf die Urteilsfähigkeit zur eigenständigen Erhebung einer Vaterschaftsklage erlangen konnte.<sup>234</sup> Ergo würde die Praxisänderung alle ausserehelichen Kinder in dieser Hinsicht zumindest gleichstellen.

Um eine EMRK-konforme Lösung zu erreichen, wäre diesem unbefriedigenden Umstand durch eine extensive Auslegung von Art. 263 Abs. 3 ZGB Rechnung zu tragen.<sup>235</sup> So könnte in allen davon erfassten Fällen die öffentlich bekanntzumachende Praxisänderung<sup>236</sup> als solche während eines Jahres (oder länger) als wichtiger Grund zur Fristwiederherstellung qualifiziert werden.<sup>237</sup> Danach könnte Art. 263 Abs. 3 ZGB auf übergangsrechtliche Sachverhalte so angewandt werden, dass geprüft wird, ob wichtige Gründe eine Klageerhebung innert eines Jahres (oder einer entsprechend längeren Frist) seit Publikation der expliziten Praxisänderung verhindert haben. Denkbar wäre ferner, die Praxisänderung auf unbestimmte Zeit als wichtigen Grund für die Fristwiederherstellung zu werten. Damit würde der Tatsache Rechnung getragen, dass trotz Veröffentlichung der neuen Rechtsprechung diverse Laien hiervon keine (ausreichende) Kenntnis erlangen werden.<sup>238</sup> Obschon die letztgenannte Lösung im Ergebnis

überzeugender ist, erscheint die ersterwähnte Möglichkeit eher mit der restriktiven Anwendungspraxis zu Art. 263 Abs. 3 ZGB<sup>239</sup> sowie dem Gebot der Rechtssicherheit vereinbar.

Der Ansatz des Bundesgerichts, das seine implizite Praxisänderung rückwirkend anwendet und den Betroffenen indirekt anlastet, diese nicht bereits vor Jahrzehnten vorhergesehen zu haben,<sup>240</sup> führt hingegen erneut zu EMRK-widrigen Ergebnissen.<sup>241</sup> Diese bilden jedoch gerade den Anlass für die in Frage stehende Praxisänderung. Das gilt es bei der künftigen Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB auf intertemporalrechtliche Sachverhalte zu berücksichtigen.

Die vorgeschlagene Praxisänderung rechtfertigt sich im Übrigen auch deshalb, weil die ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB derart eindeutig ist, dass dessen EMRK-konforme Auslegung ausgeschlossen erscheint.<sup>242</sup> Zwar wäre denkbar, ihn im Rahmen einer völkerrechtskonformen Korrektur um eine Wiederherstellungsfrist i.S.v. Art. 263 Abs. 3 ZGB zu ergänzen.<sup>243</sup> Dies würde jedoch weiterhin keine Lösung für all jene Fälle bieten, die von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB von vornherein nicht erfasst sind.<sup>244</sup> Daher müsste Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB zumindest in diesem Kontext die Anwendung versagt werden, womit die vorstehende Lösung, die in einer Anwendung von Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB mündet, zum Zug käme.<sup>245</sup> Um die ausserehelichen Kinder nicht – wie unter Geltung

<sup>232</sup> Siehe CHK ZGB-LÖTSCHER/REICH (FN 126), Art. 263 N 1.

<sup>233</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 366, erachten diesen Umstand gar als EMRK-widrig.

<sup>234</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 365; vgl. Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 48.

<sup>235</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 365.

<sup>236</sup> Ausführlich dazu SPRENGER/ENGEL (FN 5), 365; siehe YACUBIAN (FN 9), 31, der in der Konventionswidrigkeit der Bestimmung und der damit einhergehenden Kehrtwende des Bundesgerichts für Kinder, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts älter als 10 Jahre alt waren, einen wichtigen Grund i.S.v. Art. 263 Abs. 3 ZGB erblickt.

<sup>237</sup> Ausführlich zum richterlichen Übergangsrecht PROBST (FN 222), 707 ff., 719, wonach materielles Interimsrecht für die Übergangsphase besondere materiellrechtliche Regeln schaffe.

<sup>238</sup> Vgl. Expert-innengruppe (FN 1), 11, die die Vaterschaftsklage de lege ferenda an keine Frist binden wollen. Vgl. auch BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 159), Art. 262 N 6, wonach in den meisten ausländischen Rechtsordnungen die Vaterschaftsklage an keine

Frist gebunden sei. Vgl. dazu auch EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, Minderheitsmeinung, § 16 m.w.H.

<sup>239</sup> BGE 132 III 1 E. 2.2; BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2017, E. 5.2.1; CHK ZGB-LÖTSCHER/REICH (FN 126), Art. 263 N 3; siehe aber BGer, 5A\_35/2024, 3.10.2024, E. 5.5, wo das BGer es als entschuldigbar erachtete, dass der Sohn erst neun Monate, nachdem ihm seine Mutter die Identität des genetischen Vaters mitgeteilt hatte, eine Vaterschaftsklage einreichte.

<sup>240</sup> BGer, 5A\_423/2016, 7.3.2021, E. 5.2.2.

<sup>241</sup> Die Möglichkeit, eine rechtliche Vaterschaft zu begründen, wird davon betroffenen Kindern nämlich nur in der Theorie gewährt. Ähnlich YACUBIAN (FN 9), 30 f.

<sup>242</sup> Vgl. KRAMER/ARNET (FN 155), 163.

<sup>243</sup> Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 264 zur verfassungskonformen Korrektur von Gesetzen sowie N 285 f. zur völkerrechtskonformen Auslegung von Gesetzen.

<sup>244</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 365 f.

<sup>245</sup> A.M. SPRENGER/ENGEL (FN 5), 364 ff., die Art. 13a SchlT ZGB nicht gänzlich die Anwendung versagen, sondern für darunterfallende Kinder um eine Wiederherstellungsfrist i.S.v. Art. 263 ZGB ergänzen wollen, wogegen den nicht davon erfassten Personen bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers ein zeitlich unlimitiertes Klagerecht zustehen soll. M.E. wird dabei ausser Acht gelassen, dass dadurch zumindest eine partielle Nicht-Anwendung von Art. 13a SchlT ZGB resultiert, womit richtigerweise vor der Annahme einer zeitlich unbefristeten Klagefrist die sonstigen (EMRK-konformen) Übergangsbestimmungen zu konsultieren wären.

des alten Rechts – in verschiedene Kategorien zu unterteilen, ist der erste Lösungsansatz m.E. zu bevorzugen, auch wenn beide Vorgehensweisen schlussendlich in einer extensiven Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB auf übergangsrechtliche Fälle münden.<sup>246</sup>

Das Bundesgericht könnte die dargelegte Praxisänderung mit einem Appell an den Gesetzgeber verbinden, alsbald tätig zu werden und die EMRK-widrige Rechtslage zu beheben. Bis dahin wäre Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB zufolge EMRK-Widrigkeit die Anwendung zu versagen.<sup>247</sup> Dieses Vorgehen wäre im Gegensatz zur aktuellen bundesgerichtlichen Praxis methodenehrlich und nachvollziehbar.<sup>248</sup>

Diejenigen Kinder, die nach erfolgter Praxisänderung erfolgreich eine Vaterschaftsklage erheben, würden rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Geburt ein Kindesverhältnis zum Registervater begründen, dessen Wirkungen zweigeteilt wären.<sup>249</sup> Letzteres wäre indes heute nicht mehr von Bedeutung, weil die Wirkungen des Kindesverhältnisses i.e.S. wie bspw. das Besuchsrecht zufolge Volljährigkeit der Betroffenen nicht mehr greifen würden.<sup>250</sup> Von Belang wäre stattdessen vor allem die gesetzliche Erbberechtigung, die für alle Kinder, deren Vater nach

dem 1. Januar 1978 verstorben ist, nach neuem Recht zu beurteilen ist.<sup>251</sup>

Im Erbrecht hätte die Praxisänderung insbesondere zur Folge, dass diverse bereits abgewickelte Nachlässe<sup>252</sup> neu aufgerollt werden könnten.<sup>253</sup> Letzteres könnte wiederum zu komplexen Fragen führen, was jedoch in Kauf zu nehmen ist.<sup>254</sup> Die Rechtskonformität und die inhaltliche Richtigkeit dieser Entscheidungen wiegen schwerer als die Postulate der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.<sup>255</sup> Zu beachten ist ferner, dass das Rückwirkungsverbot i.S.v. Art. 1 SchlT ZGB nicht die Rechtsprechung betrifft.<sup>256</sup> Überdies besteht seitens der davon betroffenen Erben kein schutzwürdiger Anspruch auf Beibehaltung eines Status, der auf einem diskriminierenden Ausschluss ausserehelicher Kinder von ihrem Erbrecht beruht.<sup>257</sup> Letztere wurden bereits um die übrigen Wirkungen des Kindesverhältnisses beraubt. Ihnen nach dem Tod ihres genetischen Vaters aufgrund einer verspäteten Praxisänderung seitens des Bundesgerichts auch ihr Erbe vorzuenthalten, rechtfertigt sich nicht. Mit einer einjährigen (oder längeren) extensiven Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB auf altrechtliche Sachverhalte würde überdies dem Gebot der Rechtssicherheit ausreichend Rechnung getragen. Diese Rechtsprechung würde einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des Kindes, einen Registervater zu haben, und den Interessen der Erben an der Aufrechterhaltung des abgewickelten Nachlasses ermöglichen.

<sup>246</sup> Siehe aber YACOBBIAN (FN 9), 27 ff., wonach aufgrund der Konventionswidrigkeit von Art. 13a SchlT ZGB alle ausserehelichen Kinder, die aus übergangsrechtlichen Gründen nur kurz oder nie eine Vaterschaftsklage erheben konnten, hierzu in unmittelbarer bzw. in analoger Anwendung von Art. 263 Abs. 3 ZGB berechtigt seien. Auch dieser Autor befasst sich indes nicht mit der direkten Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB auf entsprechende Konstellationen, die im Ergebnis zur direkten Anwendbarkeit von Art. 263 Abs. 3 ZGB auf alle unter altem Recht geborenen, rechtlich vaterlosen Kinder führt.

<sup>247</sup> Vgl. KRAMER/ARNET (FN 155), 134.

<sup>248</sup> Davon auszunehmen wären lediglich jene Fälle, in denen die Unterstellungsklage unter neuem Recht fristgerecht erhoben, aber bereits abgewiesen worden ist, weil der Zahlvater den Beweis seiner Nicht-Vaterschaft erbracht hat (Art. 13a Abs. 2 SchlT ZGB). Diesfalls hätte die Klage, selbst wenn sie von der Praxisänderung erfasst wäre, keine Erfolgchancen.

<sup>249</sup> Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB; Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 105; AEBI-MÜLLER (FN 166), 643; siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 369 Fn 130, die die Entstehung des Kindesverhältnisses auf den Zeitpunkt der Geburt oder auf den 28. November 1974 befürworten, da die EMRK damals für die Schweiz in Kraft getreten ist.

<sup>250</sup> Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tod des Registervaters. Dazu statt vieler BSK ZGB I-FOUNTOLAKIS (FN 159), Art. 277 N 7. Ob die rechtliche Mutter gegenüber dem lebenden Registervater einen Bereicherungsanspruch geltend machen kann, da sie für den gesamten Kindesunterhalt allein aufgekommen ist, ist – soweit ersichtlich – höchststrichterlich noch nicht geklärt. Vgl. zum Bereicherungsanspruch des einstigen Registervaters gegenüber dem anerkennenden genetischen Vater BGE 129 III 646 E. 4.2; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 8, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019.

<sup>251</sup> Art. 15 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB; BSK ZGB II-BORNHAUSER/BREITSCHMID (FN 9), Art. 15/16 SchlT N 1.

<sup>252</sup> Ist der Vater bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts gestorben, hat es bei der damals erfolgten Nachlassteilung sein Bewenden. Dazu HEGNAUER (FN 89), 135.

<sup>253</sup> Das wäre auch erbschaftssteuerrechtlich von Belang, zumal gewisse Kinder, die von ihrem genetischen Vater oder dessen Verwandtschaft geerbt haben, u.U. hohe Erbschaftssteuern bezahlen mussten. Diese erweisen sich mit der Begründung eines Kindesverhältnisses zum Verstorbenen als ungerechtfertigt. Allenfalls wären in diesem Kontext Revisions- oder Berichtigungsverfahren einzuleiten (siehe statt vieler Art. 220 StG/SG). Indes sind diese Verfahren vielfach fristgebunden und die Fristen bis dato u.U. verwirkt. Ob die Verwirkung durch eine grosszügige Auslegung der jeweiligen kantonalen Bestimmungen verhindert werden kann, wird nach einer allfälligen Praxisänderung zu klären sein. Siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 369.

<sup>254</sup> Siehe AEBI-MÜLLER (FN 166), 643; kritisch dazu BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 2.

<sup>255</sup> Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 495 f.; vgl. KRAMER/ARNET (FN 155), 329 ff.

<sup>256</sup> BGE 90 II 295 E. 6; BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 495 m.w.H.

<sup>257</sup> BSK ZGB II-BREITSCHMID (FN 9), Art. 12 SchlT N 2.

### C. Handlungsoptionen für den Gesetzgeber

Grundsätzlich ist es jedoch nicht die Aufgabe der Gerichte, inhaltlich unbefriedigende Gesetze zu korrigieren.<sup>258</sup> Dennoch ist eine explizite Praxisänderung, die in der Nichtanwendung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB im Einzelfall mündet, von Nöten, um der abstammungs- und erbrechtlichen Diskriminierung ausserehelicher Kinder alsbald ein Ende zu setzen. Eine Gesetzesänderung nimmt regelmässig längere Zeit in Anspruch und birgt politische Risiken.<sup>259</sup> Sie drängt sich vorliegend dessen ungeachtet auf, um die in Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB enthaltene zeitbedingte Sondervorschrift, die mittlerweile mehr als überholt ist, endgültig aufzuheben und damit Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>260</sup>

Die Aufhebung von Art. 13a SchlT ZGB könnte mit der Neuregelung des Abstammungsrechts verbunden werden.<sup>261</sup> Die in diesem Kontext eingesetzte Expert-innengruppe hat empfohlen, de lege ferenda auf eine Frist für das Erheben einer Elternschaftsklage zu verzichten.<sup>262</sup> Wird Art. 13a SchlT ZGB anlässlich dieser Revision aufgehoben, käme für alle Kinder Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB zur Anwendung. In den Materialien könnte das zwecks Verdeutlichung der übergangsrechtlichen ratio legis erwähnt werden. So wäre nach Inkrafttreten des neuen Abstammungsrechts klar, dass diese Bestimmung sowohl vor dem 1. Januar 1978 als auch danach geborene Kinder ohne zweiten rechtlichen Elternteil erfasst und dies ungeachtet der Tatsache, ob die Frist zur Erhebung der Vaterschaftsklage (alt-)altrechtlich verwirkt war. Wurde die Vaterschaftsklage unter aktuellem Recht demgegenüber abgewiesen, weil die Vaterschaft des Beklagten nicht bewiesen werden konnte, hätte es dabei auch nach neuem Abstammungsrecht sein Bewenden (Art. 1 SchlT ZGB). Diese Lösung würde m.E. sicherstellen, dass das schweizerische Recht langfristig EMRK-konform bleibt. Eine beträchtliche Anzahl von Vertragsstaaten kennt nämlich bereits jetzt keine Verwirkungsfristen für Vaterschaftsklagen.<sup>263</sup> In der Tendenz wird damit das Recht des Kindes

auf Begründung eines Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil weiter gestärkt.<sup>264</sup> Langfristig könnte sich diese Tendenz hin zu einem europäischen Konsens entwickeln, was sich auf die dynamische Auslegung von Art. 8 EMRK auswirken würde.<sup>265</sup> Diesem Umstand könnte der Gesetzgeber proaktiv Rechnung tragen und nicht nur die Rechte der Kinder, die nach Inkrafttreten der Revision geboren werden, stärken, sondern von allen Personen, denen aufgrund der aktuellen Rechtslage die Begründung eines rechtlichen Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil verwehrt geblieben ist.

Da jedoch unklar ist, ob, wann und in welcher Form das Abstammungsrecht revidiert wird, wäre auch denkbar, das ZGB nur so weit anzupassen, dass es allen Kindern die Begründung eines Kindesverhältnisses zum zweiten Elternteil ermöglicht. Auch diesfalls könnte Art. 13a SchlT ZGB ersatzlos gestrichen werden, womit Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB zur Anwendung käme. Zwecks Schaffung von Rechtssicherheit könnte der Gesetzgeber in den Materialien explizit festhalten, dass die Aufhebung von Art. 13a SchlT ZGB in Bezug auf altrechtliche Fälle (für eine gewisse Zeit) als wichtiger Grund i.S.v. Art. 263 Abs. 3 ZGB gilt.

Letztlich ist auch eine Anpassung von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB nicht ausgeschlossen. Dieser könnte de lege ferenda allen Kindern, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Kindesrechts am 1. Januar 1978 kein rechtliches Kindesverhältnis zu ihrem Vater begründet hatten, eine Unterstellungsklage innert einer bestimmten Frist ermöglichen und überdies eine Fristwiederherstellungsmöglichkeit vorsehen.<sup>266</sup> Dadurch würde davon betroffenen Kindern nicht nur die Wiederherstellung der bereits abgelaufenen Frist ermöglicht, sondern ein eigentliches, eigenständiges Klagerecht gewährt.

Alle drei Möglichkeiten würden eine EMRK-konforme Rechtslage sicherstellen. Die zweite und die dritte wären zwar insofern ungewöhnlich, als das Übergangsrecht ohne eine eigentliche Anpassung des ZGB revidiert würde. Das wäre indes unproblematisch, da (aktuell) nur Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB EMRK-widrig ist, nicht je-

<sup>258</sup> BGE 135 IV 113 E. 2.4.2; BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 157), Art. 1 ZGB N 344; siehe CR CC II-PIOTET (FN 9), Art. 13a SchlT N 4.

<sup>259</sup> Vgl. FANKHAUSER (FN 60), 5.

<sup>260</sup> Vgl. Botschaft Kindesverhältnis (FN 12), 101; siehe URS FASEL, Erbrecht – Entwicklungen 2023, Bern 2024, 17.

<sup>261</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 367.

<sup>262</sup> Expert-innengruppe (FN 1), 11.

<sup>263</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, Minderheitsmeinung, § 16. Italien kennt bspw. keine entsprechende Frist (Art. 270 Abs. 1 CC/IT); dazu BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER (FN 159), Art. 263 N 6.

<sup>264</sup> EGMR, Lavanchy gegen Schweiz (Nr. 69997/17), 19.10.2021, Minderheitsmeinung, § 16.

<sup>265</sup> Vgl. FANKHAUSER (FN 60), 15; vgl. auch MICHAELA WITTINGER, «Europäisches Familienrecht»: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngster Zeit – Altbekanntes und Neues, FamPra.ch 2009, 84 ff., 93.

<sup>266</sup> Siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 366 f., die vorschlagen, Art. 13a SchlT ZGB für davon erfasste Kinder um eine Fristwiederherstellungsmöglichkeit zu ergänzen und daneben für Kinder, die bisher nicht aktivlegitimiert waren, eine neue Bestimmung im ZGB zu verankern.



doch die Art. 261 ff. ZGB.<sup>267</sup> Kritischer zu reflektieren wäre eine entsprechende Revision des Übergangsrechts unter dem Blickwinkel des Rückwirkungsverbots. Dabei dürfte jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass Art. 1 SchlT ZGB zu den *leges generalis* des intertemporalen Rechts gehört; eine Abweichung davon ist folglich in einer *lex specialis* zulässig.<sup>268</sup> Überdies ist eine Revision – in welcher Form auch immer – gerade deshalb vonnöten, weil die aktuelle intertemporale Rechtslage das Recht auf Privatleben von vor dem 1. Januar 1978 geborenen, ausserehelichen Kindern übermässig einschränkt. Zur Behebung dieses Eingriffs ist eine Neuregelung mit einem gewissen rückwirkenden Gehalt unabdingbar. Ferner ist daran zu erinnern, dass das dem Kindesverhältnis zugrunde liegende Verwandtschaftsverhältnis ein Dauer sachverhalt ist, dessen Entstehung und Wirkungen sich bereits nach Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB nach neuem Recht richten.<sup>269</sup> Letztlich besteht kein altrechtlich wohlerworbenes Recht darauf, nicht der rechtliche Vater eines Kindes zu sein.<sup>270</sup> Eine entsprechende Bestandegarantie kann in diesem Kontext umso weniger angenommen werden, als die Interessen des Kindes an einem Kindesverhältnis zum genetischen Vater sowie das öffentliche Interesse an der diesbezüglichen Gleichstellung aller Kinder die primär finanziellen Interessen des Vaters und dessen Erben klar überwiegen.<sup>271</sup>

#### D. Handlungsoptionen für aussereheliche Kinder

Für viele aussereheliche Kinder ohne Registervater dürfte ein Zuwarten bis zu einer allfälligen Gesetzesrevision keine zufriedenstellende Option darstellen. Deshalb stellt sich die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten ihnen derzeit zur Verfügung stehen, um ein Kindesverhältnis zu ihrem genetischen Vater zu begründen.

Ist Letzterer nicht dazu bereit, das Kind freiwillig anzuerkennen, oder ist er bereits verstorben, ist eine Vaterschaftsklage nach Art. 261 ff. ZGB ins Auge zu fassen, zumal das Bundesgericht auch vor Inkrafttreten des neuen Rechts geborenen Kindern generell die Aktivlegitimation

zuspricht.<sup>272</sup> Eine Zivilstandsvereinigungs-<sup>273</sup> oder eine Herabsetzungsklage, mit vorfrageweiser Geltendmachung des Kindesverhältnisses,<sup>274</sup> fällt demgegenüber ausser Betracht. Letztere kann, sofern der genetische Vater kürzlich verstorben ist, u.U. dennoch aufgrund der einjährigen Verwirkungsfrist<sup>275</sup> gemäss Art. 533 Abs. 1 ZGB parallel zur Vaterschaftsklage beim dafür zuständigen Gericht<sup>276</sup> erhoben und mit einem Sistierungsantrag verbunden werden.<sup>277</sup> Obschon auch die erbrechtlichen Klagefristen EMRK-konform auszulegen sind,<sup>278</sup> gilt es in der Praxis, den sichersten Weg zu wählen.<sup>279</sup>

Mit der Erhebung einer Vaterschaftsklage vor einer expliziten Praxisänderung begibt man sich indes bereits auf einen unsicheren Pfad,<sup>280</sup> wenn nicht die Bereitschaft besteht, u.U. über mehrere Instanzen hinweg, bis hin zum EGMR, zu prozessieren. Die Klage wird zwar i.d.R. nicht an der aus Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB hergeleiteten fehlenden Aktivlegitimation scheitern. Sie wird jedoch in manchen Fällen aufgrund der Verneinung von wichtigen Gründen zur Fristwiederherstellung abgewiesen werden. Das Bundesgericht bezieht in diesem Kontext auch weit zurückliegende Tatsachen mit ein, was bereits im Fall Lavanchy zur Klageabweisung geführt hat.<sup>281</sup> Dieses Risiko gilt es bei der Erhebung der Vaterschaftsklage im Hinterkopf zu behalten.

Dennoch ist es für alle Kinder, denen die Begründung eines rechtlichen Kindesverhältnisses zu ihrem genetischen Vater ein Anliegen ist, ratsam, sich so rasch wie

<sup>267</sup> Dazu oben, Ziff. IV.A.4.b.

<sup>268</sup> CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 6.

<sup>269</sup> Insofern liegt keine echte Rückwirkung vor, die ein neues Gesetz auf einen unter altem Recht abgeschlossenen Sachverhalt zur Anwendung bringen würde. Dazu CR CC II-PICHONNAZ/PIOTET (FN 9), Art. 1–4 SchlT N 41.

<sup>270</sup> Vgl. BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 1 SchlT N 15.

<sup>271</sup> Vgl. BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 1 SchlT N 15.

<sup>272</sup> Dazu oben, Ziff. V.A.

<sup>273</sup> BGer, 5A\_764/2022, 3.7.2023, E. 3.5.1.

<sup>274</sup> BGE 150 III 160 E. 7.2.

<sup>275</sup> BGE 86 II 340 E. 4 f.; BSK ZGB II-PIATTI (FN 9), Art. 533 N 1 m.w.H.

<sup>276</sup> RAMONA FISCHER, BGer 5A\_238/2023 vom 18. März 2024 (amtl. Publ.): Die altrechtliche «Zahlvaterschaft» begründet per se keinen Erbanspruch, swissblawg vom 18.6.2024, 1, wonach die Vaterschaftsklage im vereinfachten Verfahren zu erheben sei (Art. 295 ZPO), wogegen die Herabsetzungsklage je nach Streitwert im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sei. Deshalb komme der Gerichtsstand der Klagenhäufung u.U. nicht zur Anwendung (Art. 15 Abs. 2 ZPO).

<sup>277</sup> FISCHER (FN 276), 1.

<sup>278</sup> SPRENGER/ENGEL (FN 5), 369.

<sup>279</sup> Die meisten davon betroffenen Personen dürften nicht gewillt sein, die Angelegenheit bis vor den EGMR zu prozessieren.

<sup>280</sup> Siehe YACOUBIAN (FN 9), 31 ff., wonach von Zahlkindern nicht verlangt werden könne, alsbald aufgrund des neuen Leitentscheids, den er als Praxisänderung qualifiziert, eine Klage nach Art. 263 Abs. 3 ZGB zu erheben. Das überzeugt m.E. nicht restlos. Wenn in BGE 150 III 160 tatsächlich eine Praxisänderung zu erblicken wäre, was nach hier vertretener Ansicht nicht der Fall ist, müsste Zahlkindern zur umgehenden Erhebung einer Vaterschaftsklage geraten werden.

<sup>281</sup> Dazu oben, Ziff. V.A.



möglich auf diesen Weg zu begeben. Es ist absehbar, dass das Bundesgericht seine Praxis (explizit) wird anpassen müssen, zumal die aktuelle Auslegung von Art. 263 Abs. 3 ZGB betreffend vor dem Inkrafttreten des neuen Kindesrechts geborene Kinder ohne Registervater nicht EMRK-konform ist. Ferner könnte ein längeres Zuwarten umso mehr dazu führen, dass das Vorliegen wichtiger Gründe mit der Argumentation, man habe trotz Praxisänderung nicht umgehend eine Klage erhoben, verneint wird. Wer sein Recht nicht alsbald und entschlossen einfordert, riskiert folglich, dass es ihm auf Dauer verwehrt bleibt.

## VII. Fazit und Ausblick

Die mit Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB getroffene Kompromisslösung veranschaulicht par excellence, dass Recht und Gerechtigkeit auch in freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten nicht deckungsgleich sein müssen.<sup>282</sup> Der Inhalt dieser intertemporalrechtlichen Norm war bereits zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens fragwürdig. Damit sollte gewissen Kindern endgültig die Möglichkeit genommen werden, ein rechtliches Kindesverhältnis zum genetischen Vater zu begründen. Die Interessen des Vaters, die Zeugung eines ausserehelichen Kindes mit einem dicken Portemonnaie zu regeln,<sup>283</sup> wurden im politischen Diskurs höher gewichtet als die abstammungsrechtlichen Anliegen der davon betroffenen Kinder.

Recht und Gesellschaft entwickeln sich jedoch (zum Glück) fortlaufend weiter. Was gestern endgültig war, kann heute hinterfragt werden. Das geschieht aktuell im Kontext von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB. Er wird vom Bundesgericht im Einzelfall nicht mehr angewandt. Dies zu Recht, zumal diese Bestimmung nicht nur den aktuellen gesellschaftlichen Wertvorstellungen widerspricht, sondern auch mit der EMRK nicht vereinbar ist. Deshalb sind Lösungen gefragt. Der bisherige Ansatz des Bundesgerichts überzeugt nicht restlos. Er lässt ausser Acht, dass die Betroffenen die implizite Praxisänderung in den letzten 47 Jahren nicht voraussehen konnten. Zudem dürften juristische Laien davon bisweilen kaum Kenntnis erhalten haben, hat das Bundesgericht doch bis heute offengelassen, ob es seine Praxis überhaupt geändert hat.

Zwecks Schaffung von Rechtssicherheit in einer die Persönlichkeit der Betroffenen derart tangierenden Materie ist eine baldige, explizite und dogmatisch sauber begründete Praxisänderung durch das Bundesgericht

wünschenswert, die den seit Jahrzehnten diskriminierten Kindern eine realistische Möglichkeit eröffnet, einen Registervater zu erhalten.<sup>284</sup>

Da jedoch die ratio legis von Art. 13a Abs. 1 SchlT ZGB klar ist, gilt es auch, einen Appell an den Gesetzgeber zu richten. Dabei ist nicht nur eine baldige, sondern vor allem eine nachhaltige Lösung gefragt. Übergangsrecht ist zwar vorübergehender Natur,<sup>285</sup> kann im vergleichsweise rigiden Abstammungsrecht jedoch über Jahrzehnte hinweg relevant bleiben, was es bei der neuen gesetzgeberischen Lösung zu beachten gilt. Im besten Fall passt sie nicht nur das Recht an die aktuellen gesellschaftlichen und völkerrechtlichen Gegebenheiten an, sondern berücksichtigt bereits den sich abzeichnenden europäischen Konsens, künftig jedem Kind jederzeit eine Vaterschaftsklage zu ermöglichen.

Damit ist langfristig nicht nur die Anpassung des Übergangsrechts gefragt, sondern des gesamten Abstammungsrechts. Letzteres wurde vor einigen Jahren in Angriff genommen,<sup>286</sup> stagniert seither jedoch,<sup>287</sup> während sich Gesellschaft und Recht weiterentwickeln. Deshalb bleibt zu hoffen, dass das künftige Abstammungsrecht zumindest im Zeitpunkt seines Inkrafttretens fortschrittlich sein wird. Die Geschichte zeigt, dass es mindestens 50 Jahre lang Bestand haben wird. Um allen Kindern zwei (oder mehr) Personen zuzuordnen, die sie erziehen, beherbergen sowie finanziell unterhalten und damit die wesentliche Aufgabe des Familienrechts erfüllen,<sup>288</sup> ist das neue Abstammungsrecht sowohl mit Bedacht als auch mit Innovation auszugestalten. Bestenfalls kann es mit den zukünftigen gesellschaftlichen Veränderungen über längere Zeit standhalten oder diese gar (positiv) beeinflussen.

<sup>282</sup> Vgl. KRAMER/ARNET (FN 155), 267.

<sup>283</sup> ZWAHLEN (FN 51), 74.

<sup>284</sup> Siehe SPRENGER/ENGEL (FN 5), 370.

<sup>285</sup> BSK ZGB II-VISCHER (FN 9), Art. 1 SchlT N 3 m.w.H.; HEGNAUER (FN 89), 136.

<sup>286</sup> Expert-inn-engruppe (FN 1), 1 ff.

<sup>287</sup> Internet: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html> (Abruf 30.1.2025).

<sup>288</sup> HAUSHEER (FN 56), 10; siehe HEGNAUER (FN 5), 23, wonach die Aufgabe des Familienrechts darin besteht, der Familie Ordnung und Halt zu geben.