

# JUSLETTER

## Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

### Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts

**Auteur:** Samantha Besson

Domaines juridiques: Droit à la vie. Liberté personnelle

**Proposition de citation:** Samantha Besson, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in : Jusletter 14. März 2005

*Die Frage, ob jedem von uns ein von der Rechtsordnung geschützter Anspruch auf Kenntnis seiner eigenen biologischen Abstammung und damit auch seiner leiblichen Eltern zusteht, hat in der Schweiz zu einer der schwierigsten Gesellschaftsdebatten in den letzten zwanzig Jahren geführt. Nach einer langen Kontroverse wurde das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung schliesslich 2002 vollumfänglich im schweizerischen Recht anerkannt und konkretisiert. Ziel dieses Artikels ist, nach einer Präsentation der genauen Problematik der Anerkennung des Grundrechts auf Kenntnis einerseits die Schritte dieses in der Schweiz einmaligen Anerkennungs- und Konkretisierungsprozesses näher zu beleuchten und ungeklärte Fragen darzustellen, und andererseits institutionelle und verfassungstheoretische Lehren für die Zukunft daraus zu ziehen. Unter diesen Lehren betont der Artikel die Dialektik der Hauptakteure des Grundrechtsfortbildungsprozesses, die Kohärenz der Gesamtrechtsordnung und die Wichtigkeit der Einzelfallgerechtigkeit und eines angemessenen Kerngehaltsschutzes.*

### Inhaltsverzeichnis

#### Einleitung

#### I. Problematik der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis

#### II. Wege und Auswirkungen der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis

##### 1. Entstehung des Grundrechts

###### a) Schritte der Anerkennung

aa) Ausgangslage: eine kindesrechtliche Gesetzeslücke

bb) Bundesgerichtliche Anerkennung des Grundrechts

cc) Strassburger Bestätigung

###### b) Auswirkungen der Anerkennung

##### 2. Von der Adoption zur medizinisch assistierten Fortpflanzung

###### a) Schritte der Anerkennung

aa) Verfassungsgebung im Feld der Fortpflanzungsmedizin

- bb) Gesetzgeberische Ausarbeitung im Feld der Fortpflanzungsmedizin
- cc) Eine Neuheit im völkerrechtlichen Schutz des Kindes
- b) Auswirkungen der Anerkennung
- 3. Von medizinisch assistierter Fortpflanzung zurück zur Adoption
  - a) Schritte der Anerkennung
    - aa) Bundesgerichtliche zurückhaltende Auslegung
    - bb) Völkerrechtlicher Fortschritt im Adoptionsbereich
    - cc) Umsetzungsgesetzgebung im Adoptionsbereich
  - b) Auswirkungen der Anerkennung
- 4. Von der Anerkennung im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung und der Adoption zur allgemeinen und unbedingten Geltung
  - a) Schritte der Anerkennung
    - aa) Vorwirkende und vertiefende Bundesrechtsprechung
    - bb) Ein Schritt zurück in der Strassburger Rechtsprechung
  - b) Auswirkungen der Anerkennung
- III. Würdigung der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis
  - 1. Beurteilung im Lichte der institutionellen Kooperation
  - 2. Beurteilung im Lichte der Kohärenz der Gesamtrechtsordnung
  - 3. Beurteilung im Lichte des Kerngehaltsschutzes
- Schlussbetrachtungen
- Résumé

## Einleitung

- [Rz 1] Die Frage, ob jedem von uns ein von der Rechtsordnung geschützter Anspruch auf Kenntnis seiner eigenen biologischen Abstammung und damit auch seiner leiblichen Eltern zusteht, hat in der Schweiz zu einer der schwierigsten Gesellschaftsdebatten in den letzten zwanzig Jahren geführt. Kinder, die zumindest einen Teil ihrer leiblichen Eltern nicht kennen, empfinden es im Rahmen der eigenen Identitätssuche als wesentlich, einen oder beide ihrer Elternteile ausfindig zu machen. In einer solchen Situation können sich zum Beispiel Adoptierte, mittels künstlicher Fortpflanzung gezeugte Kinder oder ohne Mutter oder Vater aufwachsende Kinder befinden. Die Kenntnis der eigenen Eltern scheint heutzutage selbstverständlich für die Entwicklung persönlicher Identität, und die meisten Leute machen sich auch kaum Gedanken darüber. Aber so selbstverständlich diese Kenntnis für die meisten von uns ist, so wenig Sicherheit hat bis vor kurzem unsere Rechtsordnung für diese kleine Gruppe von Menschen gegeben, deren Leben durch ein Auseinanderfallen der biologischen bzw. physischen und sozialen bzw. psychologischen Elternschaft andererseits belastet wird.
- [Rz 2] Auch wenn die Frage lange Zeit nur eine Minderheit betraf und damit als sekundär betrachtet wurde, ist die Zahl der Betroffenen sehr rasch angewachsen und das Thema somit auch aktueller geworden. Und dies zumindest aus drei Gründen:
- Erstens sind ehemals umstrittene Themen der Biogenetik wie die Legitimität der heterologen Insemination durch Samenspenden heutzutage rechtlich normalisiert worden. Früher verdrängte Fragen wie Eispende oder Leihmutterschaft werden jetzt debattiert und

damit auch deren komplexe Auswirkungen auf die Identitätssuche.

- Zweitens gibt es neben der vom Privatrecht gestalteten Familie mehr und mehr nicht-konventionelle Lebensformen und Familienkonstellationen, aus denen Kinder hervorgehen, deren rechtlicher Status nicht geklärt ist und deren Identitätssuche damit schwieriger wird.<sup>1</sup>
- Schliesslich wird die Technik der Bestimmung der biologischen Abstammung immer präziser. Und die genetische Information, die intensiv gesucht wird, wird paradoxerweise im Prinzip leichter zu bekommen.<sup>2</sup>

[Rz 3] Alle diese Faktoren haben zu einer immer breiteren Anerkennung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in der Schweiz geführt, das nach einer langen Kontroverse erst im Jahre 2002 vollumfänglich konkretisiert worden ist.<sup>3</sup> Ziel dieses Artikels ist also, einerseits die Schritte dieses in der Schweiz einmaligen Anerkennungs- und Konkretisierungsprozesses näher zu beleuchten und andererseits verfassungsrechtliche Lehren für die Zukunft daraus zu ziehen. Seine Struktur ist dreiteilig:

- Zuerst wird der Artikel die Problematik der Konkretisierung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung genauer darstellen (I.).
- Dann werden die verschiedenen Schritte und Auswirkungen der Konkretisierung des Grundrechts erläutert (II.).
- Und schliesslich wird der Artikel diesen Konkretisierungsprozess würdigen und institutionelle und verfassungstheoretische Lehren für die Zukunft daraus ziehen (III.).

## I. Problematik der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis

[Rz 4] Neben der Vielfalt der betroffenen menschlichen Lebenssituationen, die von Fragen der Legitimität der anonymen Geburt, über diejenigen der Auskunftsrechte des ausserehelichen Kindes und des Adoptivkindes bis hin zu denjenigen der Anonymität des Samenspenders reichen,<sup>4</sup> und deren technischer, moralischer und psychologischer Komplexität gibt es einen wichtigeren Grund für die Schwierigkeit der rechtlichen Anerkennung und Konkretisierung des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Er liegt darin, dass dieser Anspruch den ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen anderer Personen, so zum Beispiel der leiblichen Eltern, der Adoptiveltern, aber auch Dritten widersprechen kann. Diese Interessen sind unter Umständen manchmal genau so stark wie diejenigen des Kindes.<sup>5</sup> Die Interessen beider Gruppen werden nämlich von ähnlichen oder sich nahestehenden Grundrechten geschützt: der persönlichen Freiheit, der informationellen Selbstbestimmung und dem Recht auf Achtung des Privatlebens. Diese Interessen- und Grundrechtskonflikte sind sehr schwer zu lösen.

[Rz 5] Um die Schwierigkeit der Lage genauer zu erfassen, ist es wichtig, die verschiedenen Interessen der leiblichen Mutter, des leiblichen Vaters, des Ehemanns der leiblichen Mutter, der

Adoptiveltern und des Samenspenders näher zu erörtern:

- Wenn die leibliche Mutter bekannt ist, kann sie gewichtige Gründe haben, ihre eigene Identität nicht bekanntgeben zu lassen oder den Namen des leiblichen Vaters nicht angeben zu wollen. Sie könnte zum Beispiel vergewaltigt worden oder ein Inzestopfer gewesen sein. Die tragische Dimension dieser Konflikte zwischen den Interessen der Mutter und des Kindes ist gerade erst neulich im Kontext der Wiedereinführung der «Babyfenster» oder «Babyklappen» in Einsiedeln, aber auch in europäischen Nachbarländern und der Frage der anonymen Geburt wieder in Erscheinung getreten. Verteidiger solcher Garantien der anonymen Geburt machen geltend, sie liege nicht nur im Interesse der Mutter, sondern auch des Kindes, das so zumindest leben wird, während die Kritiker die rechtlichen und psychologischen Nachteile für die völlig abgeschnittene Mutter und das anonym verlassene Kind betonen, das auf diese Weise gänzlich um sein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung gebracht wird.<sup>6</sup>
- Der Ehemann der Mutter kann auch ein Interesse an der Anonymität des leiblichen Vaters haben. Er könnte zum Beispiel das Kind seiner Ehegattin als sein eigenes erziehen haben.
- Die Adoptiveltern können auch ein ähnliches Interesse daran haben, dass die Anonymität der leiblichen Eltern beibehalten wird. Sie betrachten nämlich das Kind als ihr eigenes und möchten die Intervention von Dritten in diese noch intakte soziale Familie vermeiden.
- Schliesslich kann der Samenspender ein Interesse an der Geheimhaltung seiner Identität geltend machen. Er möchte mit seiner Samenspende denjenigen Paaren anonym helfen, die kein eigenes Kind haben können, ohne jedoch selbst eine Familie schaffen zu wollen. Man hat etwa festgestellt, dass es schwieriger ist, Samenspender in europäischen Ländern wie Deutschland zu finden, in denen ihre Anonymität vor künftigen leiblichen Kindern nicht geschützt wird, als in Ländern wie Grossbritannien, in denen sie gesichert wird.<sup>7</sup>

[Rz 6] Offenbar lassen sich diese Interessenkollisionen also nicht einfach durch eine abstrakte Hierarchie der Interessen lösen, sondern nur durch eine konkrete Abwägung der gegenüberstehenden Interessen. Diese Abwägung hat aus historischen, religiösen, kulturellen und sozialen Gründen zu verschiedenen Rechtsfiguren in Europa geführt, die noch immer auf den nationalen und internationalen Ebenen sehr umstritten sind:

- Auf nationaler Ebene genügt es, Frankreich mit Deutschland zu kontrastieren.<sup>8</sup> Während Frankreich die Anonymität der leiblichen Eltern und insbesondere der Mutter gewährleistet – allerdings seit 2002 in gemilderter Form<sup>9</sup> –, anerkennt Deutschland seit 1988 ein fast unbedingtes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das aus der Menschenwürde und dem Persönlichkeitsschutz abgeleitet wird.<sup>10</sup> Die französische leibliche Mutter kann nicht nur ihre eigene Anonymität beibehalten, sie wird auch nicht gezwungen, den Namen des Vaters zu enthüllen. In Deutschland dagegen wird sie nie anonym bleiben können und kann sogar durch Sanktionen gezwungen werden, den

Namen aller Männer preiszugeben, die der potentielle leibliche Vater sein könnten.<sup>11</sup> Andere europäische Länder haben ähnliche Lösungen wie Deutschland gewählt.<sup>12</sup> Zusammengefasst sind diejenigen, die die anonyme Geburt noch gestatten, und damit kein minimales Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewährleisten: Luxemburg, Italien und Österreich.

- Auf internationaler Ebene ist die Frage erst seit den neunziger Jahren behandelt worden und das Recht auf Kenntnis ist durch die Implementierung verschiedener Staatsverträge auch auf nationaler Ebene nach und nach besser geschützt worden.<sup>13</sup> Es bleiben natürlich noch Ausnahmen und Widerstand wie in Frankreich. Diese Ausnahmen zeigen leider die Ausdehnung des Ermessensspielraumes nationaler Behörden und die Schwäche der völkerrechtlichen Garantien in diesem Bereich.

[Rz 7] In der Schweiz wurde die Frage kürzlich im Interesse des Rechts auf Kenntnis des Kindes gelöst, und dies wurde möglich durch ein ganz besonderes Zusammentreffen verschiedener Umstände:

- Die Kontroverse fing erst Mitte der achtziger Jahre mit einem Bundesgerichtsentscheid über das Akteneinsichtsrecht eines Mannes an, der mehr von seinem ausserehelichen Vater wissen wollte. In seinem Entscheid betonte das Bundesgericht die Existenz eines Grundrechts auf Kenntnis gestützt auf das Akteneinsichtsrecht, aber auch – und das war die Neuheit – auf die persönliche Freiheit im Allgemeinen.
- Im Zuge der Debatten über die medizinisch assistierte Fortpflanzung wurde die Frage der Anonymität des Samenspenders und des Rechts des so gezeugten Kindes bald zentral. Das Problem wurde im Jahre 1992 im Interesse des Kindes vom Verfassungsgeber und anschliessend vom Gesetzgeber im Rahmen des Fortpflanzungsmedizingesetzes von 1998 mit dem absoluten Vorrang des Rechts des Kindes gelöst.
- Dann tauchte aber die Frage der Anwendung dieser Lösung bei Adoptivkindern und ausserehelichen Kindern auf, deren Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung noch durch eine Abwägung entgegenstehender Interessen im Einzelfall bestimmt wurde und die damit im Vergleich zu künstlich gezeugten Kindern diskriminiert wurden. Die Lehre, gestützt auf das Völkerrecht, forderte eine konkretisierende Intervention des Gesetzgebers, der die Lage im Adoptionsrecht in 2003 im Interesse des Kindes geklärt hat.
- Diese sozusagen 20-jährige «Saga» hat nicht wirklich vor dem jüngsten Bundesgerichtsentscheid aufgehört, in welchem das Bundesgericht im Jahre 2002 schliesslich ein unbedingtes, unverjährbares und unverzichtbares Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei allen Kindern unabhängig von der Art ihrer Zeugung anerkannt hat.

[Rz 8] Offenbar also ist die Anerkennung und die Konkretisierung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in der Schweiz eine schwierige und spannende Frage. Was in diesem

Artikel aber wichtig ist, ist, dass dies nicht nur wegen der materiellen Implikationen dieser Frage so ist, sondern auch wegen ihrer institutionellen und verfassungstheoretischen Bedeutung für die Verwirklichung der Grundrechte im schweizerischen Recht. Das Hin und Her zwischen Verfassungsrechtssprechung, Verfassungsgebung, einfacher privatrechtlicher Gesetzgebung, Rückwirkung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die parallele Auseinandersetzung in der Lehre sind einmalig spannende Bewegungen im schweizerischen Verfassungsrecht. Wegen des beschränkten Raums wird der Akzent dieses Artikels besonders auf diese institutionelle und verfassungstheoretische Seite der Frage, und nicht sosehr auf die materielle Rechtsfrage und ebenso wenig auf ihre bioethische oder soziologische noch auf ihre völkerrechtlichen, privatrechtlichen oder datenschutzrechtlichen Dimensionen gelegt.<sup>14</sup>

## **II. Wege und Auswirkungen der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis**

[Rz 9] Aus Klarheitsgründen wird im Folgenden zwischen vier Etappen des Konkretisierungsprozesses unterschieden: erstens der Entstehung des Grundrechts (1986–1992) (1.), zweitens dem Übergang von der Adoption zur Fortpflanzungsmedizin (1992–1998) (2.), drittens der Rückkehr von Fortpflanzungsmedizin zur Adoption (1998–2002) (3.) und schliesslich der Transition von Fortpflanzungsmedizin und Adoption zur allgemeinen und unbedingten Geltung (2002–2004) (4.).

[Rz 10] Die Darstellung wird jeweils unterscheiden zwischen einerseits den verschiedenen Schritten der Konkretisierung durch die Staatsorgane (a)) und andererseits ihren Auswirkungen, wobei in diesem Rahmen auch die Reaktionen der Lehre besprochen werden (b)). Weil die einmalige Spezifität der Konkretisierung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in der institutionellen und transdisziplinären Verfassungskoooperation liegt, kombiniert die Präsentation die Entscheidungen verschiedener Institutionen, aber auch Entscheidungen aus unterschiedlichen Rechtsbereichen.<sup>15</sup>

### **1. Entstehung des Grundrechts**

#### **a) Schritte der Anerkennung**

##### **aa) Ausgangslage: eine kindesrechtliche Gesetzeslücke**

[Rz 11] Mit dem In-Kraft-Treten des neuen Adoptionsrechts im Jahre 1973 entstand im Hinblick auf den Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Adoptivkindes eine echte Lücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Zivilgesetzbuch (ZGB; [SR 210](#)).<sup>16</sup> Nach Art. 268b ZGB gibt es nämlich ein Adoptionsgeheimnis, wonach die Adoptiveltern den leiblichen Eltern und Dritten nicht bekanntgegeben werden dürfen.<sup>17</sup> Die Idee war, damit die soziale Familie zu schützen.<sup>18</sup> Der Artikel schwieg aber über die Frage des Rechts des Adoptivkindes gegenüber seinen Adoptiveltern und den Behörden auf Kenntnis seiner leiblichen Eltern. Eine Gesetzesergänzende Praxis wurde jedoch gefunden, die allen involvierten Interessen hinreichend Rechnung zu tragen vermochte. Entsprechend kam es im Rahmen der registerrechtlichen Normen des Art. 138 Abs. 4 Zivilstandsverordnung (ZStV; [SR 211.112.2](#)) zu einer konkreten Interessenabwägung.<sup>19</sup>

Allerdings war die Praxis vieler kantonaler Behörden, die leiblichen Eltern vor der Abwägung nach ihrer Meinung zu fragen und ihren Anonymitätswunsch danach zu respektieren.<sup>20</sup> Von einem Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung war damals noch kaum die Rede.

### **bb) Bundesgerichtliche Anerkennung des Grundrechts**

[Rz 12] Der Weg zu diesem Grundrecht wurde vom Bundesgericht zum ersten Mal 1986 signalisiert. Im Entscheid 112 Ia 97 hat es nämlich festgehalten, dass sich der Anspruch, die abgeschlossenen Vormundschaftsakten hinsichtlich der ausserehelichen Vaterschaft einzusehen, aus dem Akteneinsichtsrecht ergebe, wie es in Art. 4 alter Bundesverfassung (aBV; [SR 101](#)) geregelt sei. Ausserdem könne aus dem damals noch ungeschriebenen Grundrecht auf persönliche Freiheit ein Recht abgeleitet werden, dass solche Akten auch unabhängig von einem hängigen Verfahren eingesehen werden können. Das Bundesgericht erwähnte auch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; [SR 0.101](#)) und das Recht auf Privat- und Familienleben als mögliche Quelle des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ohne aber zu beurteilen, ob dieses Recht mehr als das Landesrecht fordert. Es sei jeweils eine Interessenabwägung zwischen allen einander gegenüberstehenden Interessen vorzunehmen, was in casu dazu führte, dass keine Einsicht gewährt werden konnte.<sup>21</sup>

[Rz 13] Diesem Entscheid folgte 1989 ein weiterer. Im Entscheid 115 Ia 234 bezweifelte das Bundesgericht, ob ein Samenspender absolute Anonymität beanspruchen könne, wenn das aus künstlicher Fortpflanzung stammende Kind sein Recht auf Kenntnis, gestützt auf die persönliche Freiheit, geltend mache. Das Gericht liess jedoch die Frage offen, ob es ein echtes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch im Kontext der Fortpflanzungsmedizin gab.<sup>22</sup> Was aber klar war, war, dass das Bundesgericht es aufgrund der persönlichen Freiheit fragwürdig fand, einem Spender vorbehaltlos die Anonymität zu gewährleisten.

### **cc) Strassburger Bestätigung**

[Rz 14] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigte diese Entwicklung. Er entschied nämlich 1989 im Urteil Gaskin, dass die Auseinandersetzung mit der eigenen Person, ihrer Herkunft und Vergangenheit zur Identitätsfindung und damit zu dem von Art. 8 EMRK geschützten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gehöre. In diesem Fall ging es um Akten staatlicher Behörden, die über die Kindheit des Beschwerdeführers in Kinderheimen und Pflegefamilien Auskunft gaben. Der Gerichtshof entschied nach einer Interessenabwägung, dass die englischen Behörden Auskunft geben sollten.<sup>23</sup> Es war jedoch nicht klar, ob dieses Urteil auch im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Adoption Anwendung finden konnte.

### **b) Auswirkungen der Anerkennung**

[Rz 15] Aufgrund dieser Rechtsprechung begann die Lehre, sich für dieses Grundrecht zu interessieren und es durch die Linse des Verfassungsrechts zu analysieren.<sup>24</sup> Ein guter Teil der Lehre vertrat die Auffassung, dass das Recht des Adoptivkindes auf Kenntnis der genetischen Herkunft unmittelbar aus dem ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit abzuleiten sei. Sie war jedoch über die absolute Geltung dieses Rechts gespalten.<sup>25</sup>



[Rz 16] Ausserdem galt der Anspruch nach einem Teil der Doktrin nicht nur für das Adoptivkind, sondern auch für alle Kinder unabhängig von der Art ihrer Zeugung und insbesondere für das mittels Samenspende gezeugte Kind.<sup>26</sup> Es blieb zu prüfen, ob es für solche Kinder einen absoluten Schutz ihres Rechts auf Kenntnis,<sup>27</sup> eine Interessenabwägung,<sup>28</sup> oder einen absoluten Schutz der Anonymität des Spenders gemäss der beherrschenden medizinischen Praxis<sup>29</sup> geben sollte.

## **2. Von der Adoption zur medizinisch assistierten Fortpflanzung**

### **a) Schritte der Anerkennung**

#### **aa) Verfassungsgebung im Feld der Fortpflanzungsmedizin**

[Rz 17] Der Impuls zur Klarstellung der Geltung und Tragweite des Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung ging von der Debatte über die Fortpflanzungsmedizin und insbesondere von der Beobachter Initiative aus. Im Jahre 1992 wurde Art. 24novies aBV in einer Volksabstimmung angenommen, welcher sich in Art. 119 neuer Bundesverfassung (BV; [SR 101](#)) stärker formuliert wiederfindet. Nach Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV hat jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung.<sup>30</sup> Mit dieser ersten geschriebenen Verfassungsgarantie des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung signalisierte der Verfassungsgeber, dass das Geheimhaltungsinteresse des Samenspenders und der Wunschertern hinter dem Interesse des Kindes unbedingt zurückzutreten hat.

#### **bb) Gesetzgeberische Ausarbeitung im Feld der Fortpflanzungsmedizin**

[Rz 18] Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung wurde im Jahre 1997 das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG; [SR 814.90](#)) verabschiedet, das auf den 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist. Art. 27 Abs. 1 FMedG gewährleistet das unbedingte Recht des Kindes, ab Vollendung des 18. Lebensjahres beim Eidgenössischen Amt für das Zivilstandswesen Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Spenders im Sinne des Art. 24 Abs. 2 Bst. a und d des Gesetzes zu verlangen. Art. 27 Abs. 2 sieht vor, dass das Kind schon früher Auskunft über alle Elemente des Art. 24 Abs. 2 des Gesetzes verlangen kann, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran hat. In jedem Fall ist der Spender vorgängig zu informieren. Lehnt dieser den persönlichen Kontakt ab, so wird dies dem Kind mit einer Information über die Persönlichkeitsrechte des Spenders und seiner Familie mitgeteilt. Beharrt das Kind auf Auskunft, sieht Abs. 3 vor, dass sie ihm erteilt wird.<sup>31</sup>

[Rz 19] In seiner Botschaft zum Fortpflanzungsmedizingesetz fügte der Bundesrat hinzu, dass das unbedingte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von Art. 119 BV und Art. 27 FMedG auch im Adoptionsrecht unmittelbar anwendbar sei. Demnach musste mit dem In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung Art. 138 der Zivilstandsverordnung an Art. 27 angepasst werden.<sup>32</sup>

#### **cc) Eine Neuheit im völkerrechtlichen Schutz des Kindes**

[Rz 20] 1997 ergab sich eine weitere einschlägige Norm aus der Unterzeichnung von der Schweiz des



Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107). Art. 7 Abs. 1 KRK sieht das Recht des Kindes vor, soweit wie möglich seine Eltern zu kennen.<sup>33</sup> Nach Art. 7 Abs. 2 KRK müssen die Vertragsstaaten die Verwirklichung dieses Rechts im Einklang mit ihrem innerstaatlichen Recht sicherstellen.<sup>34</sup> In seiner Botschaft verkündete der Bundesrat interessanterweise, aber vorschnell, dass die schweizerische Rechtsordnung inklusive des Adoptionsrechts mit dem Übereinkommen schon vereinbar sei.<sup>35</sup>

## b) Auswirkungen der Anerkennung

[Rz 21] In der Lehre wurde die Auffassung des Bundesrats als zu optimistisch bezeichnet. Die Bestimmung der genauen Tragweite des Grundrechts in anderen Bereichen und im Adoptionsrecht insbesondere fordere die Mitwirkung des Gesetzgebers.<sup>36</sup> Betreffend die Geltung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Adoptionsrecht war die Lehre schematisch in drei Gruppen gespalten.

- Nach der ersten Gruppe sollte die aktuelle Praxis mit ihrer Interessenabwägung zwischen dem Recht auf Kenntnis des Kindes und dem Recht auf geistige Unversehrtheit der Eltern beibehalten werden.<sup>37</sup>
- Für die zweite Gruppe sollte im Gegenteil der Gesetzgeber das Adoptionsrecht präzisieren und dem Recht des Kindes einen absoluten Vorrang geben. Dem Adoptivkind sollte genau derselbe Schutz wie dem mittels künstlicher Fortpflanzung gezeugten Kind gemäss Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV gewährt werden.<sup>38</sup>
- Schliesslich schlug eine letzte Gruppe von Autoren die Möglichkeit eines Mittelwegs und einer Interessenabwägung vor, in der dem Recht des Kindes ein besonderes Gewicht gegeben würde, besonders wenn seine Gesundheit in Frage stände.<sup>39</sup>

## 3. Von medizinisch assistierter Fortpflanzung zurück zur Adoption

### a) Schritte der Anerkennung

#### aa) Bundesgerichtliche zurückhaltende Auslegung

[Rz 22] Im Juni 1999 entschied das Bundesgericht im Fall [125 I 257](#) zurückhaltend über das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KRK. In diesem Fall ging es um das Recht eines unehelich geborenen Kindes, aus therapeutischem Interesse die Vormundschaftsakten nach dem Tod seiner leiblichen Mutter einzusehen. Das Bundesgericht gestattete ihm dieses Recht, aber nur aus der Sicht des Aktieneinsichtsrechts des Art. 4 aBV und des Art. 8 EMRK. Weil der Rechtsträger das Recht auf Kenntnis der Identität seines möglichen leiblichen Vaters, gestützt auf die persönliche Freiheit und Art. 7 Abs. 1 KRK, nicht geltend machte, verzichtete das Bundesgericht leider darauf, die Anwendbarkeit dieser Rechtsgrundlagen ausserhalb der Fortpflanzungsmedizin zu prüfen. Ausserdem beseitigte das Bundesgericht die absolute Geltung des Rechts, indem er eine Interessenabwägung vornahm.<sup>40</sup>

[Rz 23] In einem unveröffentlichten Entscheid vom Dezember 1999 bestätigte das Bundesgericht seine frühere Entscheidung. Es sprach sich dagegen aus, die Leiche eines vor über 20 Jahren verstorbenen Mannes exhumieren zu lassen, um mittels DNA-Tests zu untersuchen, ob er der biologische Vater der 61-jährigen antragstellenden Person war. Dieses Ergebnis wurde auf eine Interessenabwägung gestützt, die zu Ungunsten des Rechts auf Kenntnis ausfiel. Erneut verzichtete das Bundesgericht darauf, die Frage der allgemeinen Tragweite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gemäss Art. 7 Abs. 1 KRK und der persönlichen Freiheit klarzustellen.<sup>41</sup>

#### **bb) Völkerrechtlicher Fortschritt im Adoptionsbereich**

[Rz 24] Im Sommer 2001 wurde jedoch das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (HAÜ; SR 0.211.221.311) vom Parlament genehmigt.<sup>42</sup> Art. 30 HAÜ verpflichtet die Vertragsstaaten, «die ihnen vorliegenden Angaben über die Herkunft des Kindes, insbesondere über die Identität seiner Eltern» aufzubewahren und zu «gewährleisten, dass das Kind oder sein Vertreter unter angemessener Anleitung Zugang zu diesen Angaben hat, soweit das Recht des betreffenden Staates dieses zulässt».<sup>43</sup>

#### **cc) Umsetzungsgesetzgebung im Adoptionsbereich**

[Rz 25] Im Zusammenhang mit der Genehmigung des HAÜ wurde Art. 268c ZGB als ergänzende Ausführungsbestimmung erlassen. Dieser Artikel wiederholt fast Wort für Wort die Regelung des Art. 27 Abs. 2 FMedG und konkretisiert im Kindesrecht den absoluten Vorrang des Grundrechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.<sup>44</sup> Das HAÜ und Art. 268c ZGB sind Anfang 2003 in Kraft getreten. 2003 wurde ausserdem die Zivilstandsverordnung revidiert, um den unbedingten Zugriff auf die Information zu gestatten.<sup>45</sup>

#### **b) Auswirkungen der Anerkennung**

[Rz 26] Damit schien es so, als ob das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im schweizerischen Recht nun vollumfänglich umgesetzt worden sei. Es war jedoch vor dem In-Kraft-Treten beider Instrumente noch nicht klar, ob das Grundrecht eine allgemeine Tragweite ausserhalb des Adoptionsrechts hatte und ob es überall absolut galt.<sup>46</sup>

### **4. Von der Anerkennung im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung und der Adoption zur allgemeinen und unbedingten Geltung**

#### **a) Schritte der Anerkennung**

##### **aa) Vorwirkende und vertiefende Bundesrechtsprechung**

[Rz 27] Die Fragen der allgemeinen Tragweite und der unbedingten Geltung wurden 2002 vom Bundesgericht in zwei Entscheiden klargestellt, die zum ersten Mal im Bereich der Adoption

Stellung bezogen und dem Art. 268c ZGB Vorwirkung verliehen.

[Rz 28] Im [BGE 128 I 63](#) hat die I. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts einen Fall entschieden, in welchem die leibliche Mutter sich gegen den Antrag ihres vor über 20 Jahren zur Adoption freigegebenen Sohnes auf Bekanntgabe ihrer Identität wehrte. Sie machte geltend, ihr Sohn sei durch eine Vergewaltigung gezeugt worden und die Bekanntgabe ihrer Identität könne zu erheblichen Störungen ihres psychischen Gleichgewichts führen. Eine Abwägung müsse deshalb ergeben, dass ihre persönlichen Interessen überwiegen. Das Bundesgericht stellte klar, dass unter dem Wortlaut von Art. 7 KRK der Anspruch jeweils dort bestehen soll, wo die Eltern tatsächlich identifiziert werden können. Nach dem Bundesgericht sei zwar im Fall einer Grundrechtskollision grundsätzlich eine konkrete Abwägung der entgegenstehenden Interessen vorzunehmen, diese Abwägung könne aber auch bereits schon abstrakt durch den Gesetzgeber erfolgt sein. In diesem Fall habe der Gesetzgeber mit der Ratifizierung der angeführten Staatsverträge und dem Erlass der entsprechenden Ausführungsbestimmungen die Güterabwägung zu Gunsten des volljährigen Adoptivkindes unbedingt und ohne Einschränkung vorgenommen. Es gebe deshalb keinen Grund für das Bundesgericht, diese Abwägung nochmals im konkreten Fall vorzunehmen. Das Gericht fügte hinzu, dieses unbedingte Recht, gestützt auf das Recht auf geistige Unversehrtheit, gelte allgemein und unabhängig von der Art und Weise der Zeugung.<sup>47</sup>

[Rz 29] Dieser Entscheid wurde in einem fast gleichzeitig getroffenen unveröffentlichten Entscheid im Februar 2002 bestätigt. In diesem Entscheid hatte die II. Zivilabteilung ein Urteil betreffend eines DNA-Gutachtens in einem Vaterschaftsprozess um ein 1995 geborenes Mädchen gefällt. Das Bundesgericht nahm an, dass dieser Eingriff in die persönliche Freiheit des Vaters gerechtfertigt war. Bei einem nicht volljährigen Kind sei das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht unbedingt und eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen dürfe vorgenommen werden. Im besonderen Fall führe diese Abwägung dazu, den Eingriff als verhältnismässig zu würdigen und den Kerngehalt der persönlichen Freiheit des Vaters als unangetastet zu betrachten.<sup>48</sup> Es ist jedoch nicht klar, ob ein solcher Eingriff als verfassungskonform betrachtet würde, wenn er ohne Abwägung im Fall des Rechts auf Kenntnis eines Erwachsenen vorgenommen würde.

## **bb) Ein Schritt zurück in der Strassburger Rechtsprechung**

[Rz 30] Während die schweizerische Rechtsprechung schliesslich allen Kindern ein unbedingtes Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zuerkannte, entschied der Strassburger Gerichtshof 2003 im Urteil *Odièvre*, dass diesem Recht auf der Grundlage von Art. 8 EMRK keine absolute Geltung zukomme. Inzwischen war 2002 im *Mikulic* Entscheid von den Konventionsorganen klar entschieden worden, dass sich aus Art. 8 EMRK über die Achtung der Privatsphäre ein eigentliches, umfassendes Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft herleiten liess. Dieses Recht sei aber nicht unbedingt und könne nur nach einer Interessenabwägung angewendet werden. Aufgrund dieser Interessenabwägung bestätigten die Strassburger Richter im konkreten Fall das Recht eines ausserehelichen Kindes, die DNA-Untersuchung des leiblichen Vaters zu fordern, weil das nationale Recht keine verhältnismässige Alternative anböte.<sup>49</sup>

[Rz 31] Im Fall Odièvre, der der erste Entscheid der Strassburger Richter im Bereich des Adoptionsrechts war, bestätigte der Gerichtshof die bedingte Natur des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung und die Wichtigkeit des Ermessensspielraumes nationaler Behörden in der Interessenabwägung. Er weigerte sich aber, eine echte Interessenabwägung vorzunehmen. Im Gegenteil kam er zum Schluss, dass das französische Gesetz aus dem Jahre 2002 mit Art. 8 EMRK vereinbar war, das die Akteneinsicht dem Konsens der leiblichen Eltern bedingt und damit das Anonymitätsprinzip schützt.<sup>50</sup> Das Urteil wurde aus diesem Grund stark kritisiert, und dies schon in der «dissenting opinion» der sieben Richter des Strassburger Gerichtshofes, die sich auf die Verletzung des Kerngehalts des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung stützten.<sup>51</sup> Es bleibt jetzt zu sehen, ob die nächsten Entscheidungen auf eine echte Interessenabwägung weiterhin verzichten können werden.<sup>52</sup> Obwohl das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich beide weigerten, wenn auch aus verschiedenen Gründen, eine echte Interessenabwägung vorzunehmen, stellt der Odièvre Entscheid eine spiegelbildlich umgekehrte Regelung zum [BGE 128 I 63](#) dar, weil er den Interessen der leiblichen Eltern absoluten Vorrang einräumt.<sup>53</sup>

## **b) Auswirkungen der Anerkennung**

[Rz 32] Mit der Anerkennung eines unbedingten und allgemeinen Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung unabhängig von der Art der Zeugung ist jedoch nicht alles getan. Die Regelung in der Praxis hält nämlich noch ein paar Knacknüsse bereit.<sup>54</sup> Es genügt hier, vier von diesen zu erwähnen:

- Zuerst ist es wichtig zu bestimmen, in welchem Umfang die Abstammung eines Kindes zu dokumentieren und bekanntzugeben ist.<sup>55</sup> Auch wenn der letzte Bundesgerichtsentscheid über die genaue Tragweite dieser Information schweigt, die bekanntgegeben werden sollte, ist aufgrund der Analogie mit der Gesamtinformation von Art. 24 Abs. 2 FMedG und der bisherigen Bundesgerichtsentscheide klar, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sich nicht nur auf Personalien, sondern auch auf die gesamte Information über die leiblichen Eltern und ihr Leben erstreckt, die man in den Akten finden kann.<sup>56</sup>
- Zweitens ist es wichtig zu bestimmen, wie weit sich das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung erstreckt und ob es die ganze genetische Herkunft aller Vorläufer oder nur jene der direkten Eltern betrifft.<sup>57</sup> Die bundesgerichtliche Auslegung des Art. 7 Abs. 1 KRK und der absoluten Geltung des Rechts, so weit es praktisch und nicht nur juristisch möglich ist,<sup>58</sup> unterstützt eine breite Auslegung des Rechts.
- Drittens muss auch entschieden werden, mit welchen Rechtsmitteln diese Information gefordert werden kann, wenn sie nicht durch eine Vaterschaftsklage erhältlich ist,<sup>59</sup> und ob es sogar rechtliche Sanktionen, gestützt auf das deutsche Modell, geben kann. Manche Autoren schlagen *sui generis* Klagen und sogar strafrechtliche Zwangsmassnahmen vor,<sup>60</sup> während andere Autoren die rechtliche Legitimität dieser Zwangsmassnahmen bezweifeln.<sup>61</sup>
- Schliesslich ist es wesentlich, an die genaue Wirkung des unbedingten Rechts auf

Kenntnis der eigenen Abstammung zu denken. Es enthält negative wie positive Pflichten zu Lasten der Staatsorgane, die das Recht überdies gegenüber Privatpersonen durch privatrechtliche oder strafrechtliche Rechtsbehelfe schützen muss. Nach dem überwiegenden Teil der Lehre kann das Recht Privaten jedoch nicht unmittelbar entgegengehalten werden.<sup>62</sup> Dies ist besonders wichtig, wenn man an die nötigen Massnahmen zur Kenntnis der Abstammung denkt, zum Beispiel wenn die Daten nicht offiziell vorhanden sind.<sup>63</sup> Sollten mündliche Zeugnisse der Vaterschaft oder DNA-Untersuchungen von Staatsorganen im Namen des Rechts auf Kenntnis unbedingt einverlangt werden können? Wenn es eine Abwägung zwischen den entgegenstehenden beschränkbaren Interessen geben sollte, wie sie zum Beispiel von der Rechtsprechung des Bundesgerichts gefordert wird,<sup>64</sup> was würde das für die unbedingte und allgemeine Natur des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung heissen?

[Rz 33] Diese Fragen sind im Kontext des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung der ausserehelichen Kinder besonders zu beachten, die so weit wie möglich nicht weiter diskriminiert werden sollten. Ihre Lage ist jedoch verschieden von jener der Adoptivkinder und der künstlich gezeugten Kinder.<sup>65</sup> Es liegen nämlich meistens keine Daten im Zivilstandsregister vor, d.h. sie müssen durch andere Mittel direkt von den involvierten Personen eingebracht werden. Dies macht den Zugang zur Kenntnis nicht nur in praktischer Hinsicht, sondern wegen der rechtlich geschützten Interessen der anderen Parteien auch in rechtlicher Hinsicht schwieriger. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; [SR 235.1](#)) und das künftige Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen<sup>66</sup> beschränken zum Beispiel die Möglichkeit einer absoluten Forderung von DNA-Untersuchungen, indem sie den Konsens der Betroffenen fordern.<sup>67</sup> Alle diese noch offenen Fragen fordern also in der Zukunft eine Intervention des Bundesgesetzgebers und des Bundesgerichts.

### III. Würdigung der Konkretisierung des Rechts auf Kenntnis

[Rz 34] In dieser letzten Sektion des Artikels wird der 20-jährige Konkretisierungsprozess des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in dreierlei Hinsicht gewürdigt: erstens im Lichte der institutionellen Kooperation (1.), zweitens in Hinsicht auf die Kohärenz der Gesamtrechtsordnung (2.) und schliesslich im Lichte des Kerngehaltsschutzes (3.).

#### 1. Beurteilung im Lichte der institutionellen Kooperation

[Rz 35] In Hinsicht auf ihre Akteure kommt die Grundrechtsverwirklichung nicht einem Staatsorgan allein zu, sondern obliegt allen zur gleichen Zeit. Natürlich sollte jedes Organ denjenigen Teil dieser Aufgabe übernehmen, der seiner Funktion und Stellung am geeignetsten entspricht. Es soll tatsächlich jenes Organ zuständig sein, das nach seiner Zusammensetzung, Stellung und Legitimität im Staatsganzen, seiner Verfahrensweise, seinen Möglichkeiten des Einbezugs Betroffener usw. sachlich am geeignetsten erscheint, die betroffenen Grundrechte zu verwirklichen.<sup>68</sup> Es gibt drei Hauptakteure der Grundrechtsverwirklichung, die in der Ordnung ihrer Involvierungspriorität im Prozess erwähnt werden:<sup>69</sup>

- Erstens findet Grundrechtsverwirklichung primär durch den Verfassungsgeber statt. Dies

ist paradox, weil die modernen Verfassungen bewusst nur von einer stichwortartigen Nennung der Grundrechte ausgehen und die Fortbildung im Einzelnen dem Richter und dem Gesetzgeber überlassen. Verfassungsgebung trifft man aber insbesondere, wenn ungeschriebene Grundrechte oder Teilgehalte dieser Rechte eine ausdrückliche Garantie erwerben. Tatsächlich zeigt die neueste Verfassungsgebung, dass auch im Grundrechtsbereich zunehmend detailliert reglementiert wird. Illustrativ für diese Art schöpferischer Verfassungsgebung ist Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV, der 1992 Teilgehalte des Grundrechts auf geistige Unversehrtheit und das ungeschriebene Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Kontext der Fortpflanzungsmedizin konkretisierte.

- Nach dem Verfassungsgeber ist zweitens der Bundesgesetzgeber für die Ausgestaltung von Grundrechten verantwortlich. Dies geschieht entweder durch die Funktion, aus Grundrechten konkrete Einzelnormen zu kristallisieren, oder durch die offenere Funktion, den Grundrechten in ihrem programmatischen Gehalt in der Ausgestaltung der Gesamtrechtsordnung Wirkung zu verschaffen. In ihrer Funktion als Programmsätze sprechen die Grundrechte primär den Gesetzgeber an, der am geeignetsten und legitimiertsten ist, den noch weit offenen Grundrechtsforderungen stärkere Konturen zu geben. Illustrativ für die erste Funktion der konkreten Kristallisierung einzelner Normen aus Grundrechten ist das Fortpflanzungsmedizingesetz und sein Art. 27, das detaillierte Vorschriften über das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gestützt auf Art. 119 BV ausbildet. 2001 hat der Bundesgesetzgeber dieses staatsvertraglich und verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht nochmals im Art. 268c ZGB konkretisiert.
- Schliesslich konkurriert das Bundesgericht mit dem Gesetzgeber in der Aufgabe der Grundrechtskonkretisierung, insbesondere der Konkretisierung direkt-justiziabler Grundrechte. Dies kann verschiedene Formen annehmen. Als Verfassungsgericht hat es insbesondere ungeschriebene Rechte und die Umschreibung ihres Schutzbereiches anerkannt. Illustrativ für diese schöpferische Konkretisierung ist etwa die Ausbildung detaillierter Vorschriften über die bis 1999 ungeschriebene persönliche Freiheit und insbesondere das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das im [BGE 112 Ia 97](#) zuerst ausgebildet wurde und in den nächsten Entscheiden weiter entwickelt worden ist.

[Rz 36] Das Prinzip der Gewaltenteilung setzt der Grundrechtskonkretisierungsfreiheit dieser Akteure jedoch institutionelle Grenzen. Es geht natürlich nicht um eine strikte Gewaltenteilung, die unrealisierbar und eigentlich nicht wünschbar wäre, sondern um die gemäss Montesquieu kooperative Gewaltenteilung und Reibung zwischen Institutionen, die einander kontrollieren.<sup>70</sup> Zum Beispiel wird das Bundesgericht durch das Verbot der Normenkontrolle gemäss Art. 190 BV gebunden und durch die Existenz einer gesetzlichen Norm auf verfassungskonforme Auslegung beschränkt. Der Bundesgesetzgeber selbst ist an die Verfassung im formellen und materiellen Sinne und damit auch an die vom Bundesgericht entwickelten Verfassungsgrundsätze gebunden. Es zeigt sich also in der Schweiz ein dialektischer Prozess der Grundrechtsfortbildung zwischen Bundesgericht und Bundesgesetzgeber.<sup>71</sup>

[Rz 37] Der Konkretisierungsprozess des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung illustriert diese institutionelle Kooperation sehr gut. Schritt für Schritt wurde das Recht dank den dialektischen Impulsen des Bundesgerichts, des Verfassungsgebers und des



Bundesgesetzgebers über einen Zeitraum von fast 20 Jahren hinweg anerkannt. Der Bundesgesetzgeber realisierte die Grundsätze, die das Bundesgericht aus dem Recht auf geistige Unversehrtheit entwickelte, und das Bundesgericht respektierte Art. 27 FMedG und gab Art. 268c ZGB eine Art Vorwirkung, sogar bevor er tatsächlich in Kraft trat.

## 2. Beurteilung im Lichte der Kohärenz der Gesamtrechtsordnung

[Rz 38] Eine zweite institutionelle Perspektive, in deren Licht der Konkretisierungsprozess des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung einmalig erscheint, ist die Art, in der die Kohärenz der Gesamtrechtsordnung in ihm zum Ausdruck kam. Diese Kohärenz zeigt sich insbesondere in den Grundrechten und ihrer Wirkung auf die Gesamtordnung. Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte «in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen». In der Tat gehen wesentliche Wertungen von den Grundrechten aus, welche die Rechtsentwicklung nicht nur beeinflussen, sondern letztlich in Übereinstimmung mit dem Vorrang des Verfassungsrechts entscheidend prägen müssen.<sup>72</sup> Alle Institutionen, sowohl im Privatrecht als auch in anderen Rechtsbereichen, sollten sich deshalb als Akteure in einer einzigen und kohärenten Grundrechtsordnung betrachten und auch so handeln.

[Rz 39] Im Kontext der Konkretisierung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung war die Priorität des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes nicht nur in der Verfassungsgebung, sondern auch in der Bundesrechtsprechung und den Botschaften des Bundesrats zur neuen Gesetzgebung offensichtlich. Sie war jedoch nicht immer allen Akteuren der Konkretisierung klar, und insbesondere der Lehre nicht. Manche Autoren lehnten es ab, die Konkretisierung im Licht des Verfassungsrechts und der Grundrechte zu betrachten, und beschränkten sich auf die Konkretisierungskraft des Privatrechts und insbesondere des Art. 28 ZGB.<sup>73</sup> Diese verfassungsrechtliche Einstellung ist zur Zeit besonders wichtig, da das Privatrecht, aber auch andere Rechtsbereiche sich oft ohne Berücksichtigung auf das Verfassungsrecht in entgegenstehende Richtungen entwickeln.<sup>74</sup> Hier wird manchmal eingewendet, dass das Verfassungsrecht zu dogmatisch und absolut wirke, um sich den Differenzierungen anderer Rechtsbereiche anzupassen.<sup>75</sup> Wie die nächste Sektion zeigen wird, hängen die Grundrechte jedoch meistens von einer konkreten Bestimmung und Abwägung ab, die eine Einzelfallgerechtigkeit gewährleisten kann.

## 3. Beurteilung im Lichte des Kerngehaltsschutzes

[Rz 40] Neben den institutionellen Dimensionen der Grundrechtskonkretisierung sind auch materielle Aspekte zu beachten, wie etwa das Verbot gemäss Art. 36 Abs. 4 BV, den Kerngehalt der Grundrechte auszuhöhlen. Bei der Grundrechtskonkretisierung geht es eigentlich meistens nicht um die reine Bemessung des Geltungsbereichs eines Grundrechts, sondern um die Koordination von konfligierenden Grundrechtsgütern mit Interessen, Rechten und Freiheiten Dritter und damit um Grundrechtseinschränkungen.<sup>76</sup> Grundrechtseinschränkungen werden gemäss Art. 36 BV gestattet, wenn es eine gesetzliche Grundlage und ein überwiegendes öffentliches Interesse gibt und die Beschränkung verhältnismässig ist. Weil die meisten Grundrechte relativ geschützte Interessen verkörpern und den selben verfassungsrechtlichen Rang haben, können sich ihre gegenseitigen Einschränkungen nicht nach einer abstrakten Hierarchie der geschützten Interessen richten, sondern nur aufgrund einer Interessenabwägung



erfolgen.<sup>77</sup>

[Rz 41] Die einzige Ausnahme zu diesem Gebot der Interessenabwägung ist das Verbot, den Kerngehalt eines Grundrechts anzutasten. Als «Schranke der Schranken» ist der Kern eines Grundrechts das, was in keinem Fall verletzt werden darf und insbesondere auch vom Gesetzgeber und Richter absolut zu respektieren ist, indem sie keine Grundrechtseinschränkung fordern dürfen.<sup>78</sup> Die Bestimmung eines Kerngehaltes kann allerdings nur punktuell und pragmatisch sein. Es gibt keine klaren logisch-deduktiven Kriterien, um ihn in abstracto zu bestimmen.<sup>79</sup> Wenn er bestimmt worden ist, wirkt jedoch der Kerngehalt als absolute Regel unabhängig vom Abwägungsprozess im nächsten konkreten Fall. Als durch die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung herausgearbeitete Kristallisierungen ehemaliger konkreter Abwägungen<sup>80</sup> sind Kerngehalte für die Zukunft abstrakt geschützt. Sie wirken deshalb nicht mehr als relativ geschützte Interessen wie die Grundrechte im Allgemeinen, sondern als minimaler Schwellenwert des Grundrechtsschutzes.<sup>81</sup>

[Rz 42] Im Fall des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung sind die gegenüberstehenden Grundrechte auf der Seite der leiblichen Eltern und auf der Seite des Kindes sehr ähnlich und sie könnten damit im Prinzip gleich gewichtig sein. Dies hat den Verfassungsgeber, den Bundesgesetzgeber und danach auch das Bundesgericht allerdings nicht gehindert, den Grundrechtskonflikt durch die Einräumung des unbeschränkten Vorrangs des Rechts des Kindes abstrakt zu lösen und dieses Recht damit als «unbedingt» anzuerkennen. Es ist jedoch weder in den jüngeren Bundesgerichtsentscheiden noch in der Lehre völlig klar, was eigentlich unter dem Begriff eines «unbedingten» oder «absoluten» Rechts verstanden werden sollte. Es gibt zwei mögliche Auslegungen, die nach einander betrachtet werden:

- Erstens war es vielleicht die Idee, das Recht des Kindes dadurch als unantastbaren Kerngehalt zu schützen. So wird zumindest der Begriff eines «absoluten» Rechts in der Schweiz meistens gebraucht und verstanden.<sup>82</sup> Es ist jedoch offensichtlich, dass die Verletzung des Rechts auf Kenntnis nicht bereits in der Verweigerung der Bekanntgabe im Einzelfall liegen kann, solange die Bekanntgabe nicht von vornherein ausgeschlossen wird.<sup>83</sup> Der Kerngehalt schützt nicht das ganze Recht mit allen seinen Grenzfällen, sondern nur seinen Kern und zentrale Anwendungen. Ausserdem war der Kerngehalt des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung zur Zeit des [BGE 128 I 63](#) noch nie konkret bestätigt worden. Es ist wichtig zu betonen, dass die Bestimmung der Kerngehalte nicht einfach Bekenntnischarakter hat, sondern Ergebnis rationaler juristischer Argumentation in einem konkreten Fall ist.<sup>84</sup> Auch wenn der Verfassungsgeber und der Gesetzgeber abstrakt und exemplarisch Kerngehalte erwähnen, sind solche Listen nie erschöpfend und müssen in der Praxis durch eine Ausdifferenzierung in den Gerichten bestätigt werden.<sup>85</sup>

Selbst wenn das Geheimhaltungsprinzip den Kerngehalt des Grundrechts des Kindes gefährdet, ist die absolute Bekanntgabe und damit die Verletzung des Kerngehalts des Grundrechts der leiblichen Eltern im Fall des absoluten Vorrangs des Rechts auf Kenntnis jedoch ebenso gefährlich.<sup>86</sup> Die Existenz eines Kerngehalts der leiblichen Eltern oder beeinträchtigter Dritten kann nicht in abstracto ausgeschlossen werden. Es ist deshalb schwer zu verstehen, wie das Bundesgericht im Entscheid [128 I 63](#) die konkrete

Interessenabwägung vermeiden konnte, die für die Bestimmung des Kerngehalts notwendig ist. Man hätte auch an die Möglichkeit von Kerngehaltskollisionen und an mögliche Lösungen denken sollen. Grundrechtskonflikte werden meistens durch Abwägung der verschiedenen Grundrechtsinteressen und praktischer Konkordanz gelöst.<sup>87</sup> Kerngehaltskollisionen können jedoch selbstverständlich nicht so gelöst werden. Es bleiben allerdings pragmatische oder verfahrensbezogene Lösungen, an die man hätte denken sollen.<sup>88</sup> Diese können die materielle Opposition zwischen absolut geschützten Interessen durch weniger dissensbezogene Mittel beantworten.

- Zweitens bestand vielleicht einfach die Absicht nicht, das ganze Recht als Kerngehalt zu schützen, sondern den Grundrechtskonflikt auf der abstrakten Ebene der Verfassung und der Gesetzgebung zu lösen, ohne diese Lösung als untastbar zu betrachten.<sup>89</sup> Diese Auslegung wird vom Text der Bundesgerichtsentscheidung bestätigt, der die abstrakte Abwägung der Interessen vom Bundesgesetzgeber betont, ohne von einem Kerngehalt zu sprechen.<sup>90</sup> Die «unbedingte» Natur des Rechts wäre also nur im Hinblick auf das Verbot der Normenkontrolle zu verstehen.<sup>91</sup>

Die Interessenabwägung im Fall einer Grundrechtskollision kann entweder abstrakt durch den Gesetzgeber oder konkret durch den Richter stattfinden.<sup>92</sup> Abstrakte Lösungen von Grundrechtskollisionen sind jedoch im Allgemeinen in komplexen moralischen Fragen nicht zu empfehlen. Sie nehmen nämlich jede Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit von den Händen des Gerichts weg.<sup>93</sup> Tatsächlich ist der Grundrechtsschutz auch dazu geeignet, abstrakte Rechtsverletzungen praktisch und somit im individuellen Fall zu verbessern. Nur so können die Grundrechte eigentlich wirklich abgewogen werden; das relative Gewicht der entgegenstehenden Interessen kann nämlich nur konkret in jedem individuellen Fall bemessen werden.<sup>94</sup> Die Äusserungsfreiheit ist zum Beispiel nicht so gewichtig im Fall eines Konflikts mit dem Recht auf Leben als im Fall eines Konflikts mit der Bewegungsfreiheit.<sup>95</sup> Verfassungsrechtliche und privatrechtliche abstrakte Interessenabwägungen sind deshalb eher selten. Wenn es solche abstrakten Lösungen gibt, sind sie meistens auch sehr allgemein und sehen noch einen gewissen Ermessensspielraum im konkreten Fall vor.

Der äusserst politisierte Kontext der Fortpflanzungsmedizindebatte und damit die Unreife des gesamten Gebiets in seiner praktischen Durchdringung können den abstrakten Vorrang des Rechts des Kindes im Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV und Art. 27 FMedG als Reaktion auf eine absolute Geheimhaltung erklären.<sup>96</sup> Es wäre jedoch schon damals möglich gewesen, verstärkt an die Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete und an mögliche künftige Diskriminierungen zu denken.<sup>97</sup> Man hätte damit vermieden, diese Verabsolutierung im Adoptionsrecht zehn Jahre später zu wiederholen. Genau so zurückhaltend hatte das Bundesgericht zumindest regelmässig vor 2002 entschieden.<sup>98</sup> Die Lage des Adoptivkindes und anderer natürlich gezeugten Kinder ist ausserdem nicht genau dieselbe wie diejenige der mittels künstlicher Fortpflanzung gezeugten Kinder. Während künstliche Fortpflanzung auf Seiten der leiblichen und der sozialen Eltern absichtlich und kontrolliert betrieben wird, ist das für natürlich gezeugte Kinder und ihre Eltern nicht der Fall. Beide der leiblichen Eltern natürlich gezeugter Kinder wählen nicht immer die Schwangerschaft und deshalb auch nicht immer, ihr Kind elternlos zu machen, falls sie es verlassen müssen. Die leiblichen Eltern solcher Kinder haben also weiter geschützte Interessen, die man nicht von vornherein aufgrund einer abstrakten Abwägung als minderwertig schätzen darf.<sup>99</sup>

Natürlich heisst das nicht, dass alle Grundrechtskollisionen jeweils konkret gelöst werden müssen und dass dem Verfassungs- und Gesetzgeber kein abstrakter Ermessensspielraum gegeben werden sollte. Es sind zwei Arten abstrakter Regelungen, die im Fall des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung eingeführt werden könnten:

- Erstens hätte man die konkrete Lösung des Grundrechtskonflikts abstrakt dadurch erleichtern können, dass das Gesetz einen Kerngehalt vorsähe, der versicherte, dass die Bekanntgabe nicht von vornherein ausgeschlossen würde.<sup>100</sup> Ein solcher Kerngehaltsschutz würde zum Beispiel das Prinzip der anonymen Geburt und die Zulässigkeit der Babyklappen völlig ausschliessen.<sup>101</sup> Dieser Kerngehalt könnte jedoch geschützt werden, ohne eine konkrete Interessenabwägung absolut in allen Grenzfällen auszuschliessen. Er würde tatsächlich eine konkrete Abwägung und eine praktische Ausdifferenzierung vom Gericht im konkreten Fall benötigen, um bestätigt zu werden.
- Zweitens hätte man auch spezifische und abstrakte Abwägungskriterien, Abwägungsbehörden und Abwägungsverfahren vorsehen können, um die konkrete Interessenabwägung zu erleichtern. Dem Regelungsverfahren könnte somit die Klarheit und Sicherheit gegeben werden, die dem Regelungsgegenstand wegen seiner moralischen Komplexität abstrakt nicht gegeben werden konnte.<sup>102</sup> Zum Beispiel wäre es möglich gewesen, dem Recht des Kindes einen relativen Vorrang in der Abwägung einzuräumen oder zumindest dem Kind eine begünstigende Beweislast zu gewährleisten, wenn es sonst an gravierenden Gesundheitsbeeinträchtigungen gelitten hätte.<sup>103</sup>

## Schlussbetrachtungen

[Rz 44] Zum Schluss sollen die drei wichtigen verfassungsrechtlichen Lehren nochmals zusammengefasst werden, die aus der allmählichen Anerkennung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gezogen werden können:

- Erstens zeigt der Konkretisierungsprozess, dass es wesentlich ist, alle in der Grundrechtskonkretisierung zuständigen Akteure zu beteiligen und ihre Beiträge einbringen zu lassen. Konflikt und Kooperation zwischen Institutionen sind die Bedingungen einer erfolgreichen Grundrechtsverwirklichung im Kontext moralisch komplexer Fragen.
- Zweitens zeigt diese Erfahrung auch, dass es wesentlich ist, die grundrechtliche Kohärenz der Gesamtrechtsordnung immer im Kopf zu behalten. Eine rechtzeitige Anerkennung der verfassungsrechtlichen Dimension aller Grundrechtsfragen auch im Privatrecht könnte Rechtsunsicherheiten und Diskriminierungen vermeiden.
- Schliesslich zeigt die Geschichte des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, dass es wesentlich ist, jeden Schritt der Konkretisierung eines Grundrechts im Lichte seiner möglichen Auswirkungen zu bewerten und damit relativ offen zu behalten. Damit könnten absolute Lösungen vermieden werden, die neue Herausforderungen nicht zu lösen vermögen und schutzwürdige Interessen Dritter

langfristig vernachlässigen können.

[Rz 45] Selbstverständlich bleiben wie gesagt noch schwierige Fragen offen und die Praxis wird sicher andere enthüllen. Weitere Interventionen des Bundesgesetzgebers und des Bundesgerichts sind deshalb bestimmt zu empfehlen. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass die Akteure dieser künftigen Konkretisierung des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung die drei erwähnten Lehren ernst nehmen werden und die Forderungen der Einzelfallgerechtigkeit und des Kerngehaltsschutzes näher beachten werden. In diesem Hinblick soll an die visionäre Prognose vom Professor Thomas Cottier erinnert werden, der sich schon 1986 und damit ganz am Anfang der Kontroverse folgendermassen äusserte:

«Man wird gut daran tun,» sagt er, «[die besten Voraussetzungen für gerechte Entscheidungen im konkreten Einzelfall] mehr durch die Bereitstellung adäquater Verfahren zu verwirklichen als durch eine in der pluralistischen Gesellschaft vielleicht vergebliche Suche nach materiellem Konsens auf abstrakten Ebenen und Höhen der Ethik und Philosophie<sup>104</sup>».

## Résumé

[Rz 46] L'existence en droit suisse d'un droit fondamental à connaître ses origines et en particulier ses parents biologiques a donné lieu à l'une des controverses socio-juridiques les plus difficiles de ces dernières vingt années. Après de longs débats, ce droit a finalement été reconnu et entièrement concrétisé en 2002. Le but de cet article est, après une présentation de la problématique qui a entouré la reconnaissance de ce droit, d'une part de décrire les différentes étapes de la concrétisation du droit et leurs conséquences, ainsi que de souligner les questions qui demeurent encore ouvertes, et d'autre part d'en tirer des leçons d'ordre institutionnel et constitutionnel. Parmi ces différentes leçons, l'article met en particulier en avant la dialectique entre les différents acteurs lors de la mise en œuvre des droits fondamentaux, la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble et l'importance de la justice individuelle et d'une protection adéquate du noyau intangible des droits fondamentaux.

---

PD (Bern), Dr. iur (Fribourg), M.Jur. (Oxon.), lic. iur (Fribourg). SNF Assoziierte Professorin an der Rechtsfakultät der Universität Fribourg und Lehrbeauftragte am Europäischen Institut der Universität Genf. Dieser Artikel ist eine revidierte Fassung des Habilitationsvortrags, den ich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern am 28. Oktober 2004 gehalten habe. Ich möchte allen Teilnehmern für ihre Fragen und Bemerkungen danken, insbesondere Frau Professorin Regula Kiener und den Herren Professoren Thomas Cottier, Andreas Kley, Thomas Koller und Stephan Wolf. Ich danke auch besonders herzlich Herrn Prof. Dr. Jörg Paul Müller für seinen freundlichen Einsatz und seine konstruktive Kritik und Herrn Prof. Dr. Pascal Pichonnaz für seine hilfreichen Bemerkungen. Herzlichen Dank an Frau Dr. Anne-Catherine Hahn, LL.M., und Frau Franziska Martinsen, M.A., für ihre Hilfe bei der deutschen Sprache.

Dieser Beitrag erscheint parallel in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2005/1, S. 39-71.

- 1 Siehe Ruth Reusser und Rainer Schweizer, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 2000, S. 605 ff.
- 2 Siehe Vincent Stauffer, Les secrets et la détermination des liens biologiques entre individus par des tests génétiques, in: Pier Marco Zen-Ruffinen (Hrsg.), Les secrets et le droit, Genf 2004, S. 167 ff.
- 3 Im Folgenden wird zwischen der Anerkennung eines Grundrechts und seiner Konkretisierung unterschieden. Ungeschriebene Grundrechte werden nämlich zuerst anerkannt und dann weiter konkretisiert. Geschriebene Rechte dagegen, die durch ihre schriftliche Gewährleistung schon anerkannt worden sind, werden meistens nur konkretisiert. Soweit die Verfassung ausdrücklich Grundrechte garantiert, bieten die entsprechenden Verfassungsbestimmungen in der Regel nur ein «Stichwort», aus welchem Sinngehalt und Tragweite des Grundrechts erst weiter zu ermitteln sind. Diese Ermittlung wird am besten als Konkretisierung gekennzeichnet, weil sie teilweise den bereits vorhandenen Sinngehalt durch Auslegung herausfindet, aber auch meistens neues Recht schöpft, welches nicht immer im engen Zusammenhang zu verfassungsrechtlichen Garantien steht. Selbstverständlich kann diese rechtsschöpferische Aktivität mehr oder weniger stark sein. Siehe Jörg Paul Müller, Einleitung zu den Grundrechten, in: Kommentar zur Bundesverfassung, Stand April 1987, S. 12 ff, N. 32 ff. Contra: Suzette Sandoz und Olivier Mexin, Liberté personnelle et procréation médicalement assistée: quelles limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel?, Zeitschrift für schweizerisches Recht 114/1995 I, S. 453 ff. Im Fall der Schöpfung oder Anerkennung und der Verbreitung ungeschriebener Grundrechte ist die Grundrechtsverwirklichung selbstverständlich kreativer als im Kontext der einfachen Konkretisierung oder Ermittlung des Sinngehalts geschriebener Grundrechte. Die Ausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1986, gestützt auf die damals ungeschriebene persönliche Freiheit, war zum Beispiel viel stärker schöpferisch als die Begründung des Akteneinsichtsrechts aus Art. 4 aBV. Die Grenze ist aber fließend und dies wird vom Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1986 bestätigt, der die Konkretisierung desselben Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gestützt auf das ungeschriebene Recht der persönlichen Freiheit und des Akteneinsichtsrechts nicht wirklich in der juristischen Argumentation differenzierte (BGE 112 Ia 97, 101–102 E. 5b). Siehe Thomas Cottier, Kein Recht auf Kenntnis des eigenen Vaters?, recht 4/1986, S. 135 ff., 142.
- 4 Die meisten europäischen Länder behandeln diese verschiedenen Fragen zusammen und auf eine kohärente Weise, um Diskriminierungen unter Kindern zu vermeiden. Eine Ausnahme findet man jedoch in England, nach dessen Recht die Anonymität des Samenspenders besser als diejenige des leiblichen Vaters eines natürlich gezeugten Kindes geschützt wird. Siehe [Rapport du Sénat, Le droit à la connaissance de ses origines génétiques, Série Législations comparées LC 70, Paris, 10 février 2000](#).
- 5 Siehe Thomas Cottier, Die Suche nach der eigenen Herkunft: Verfassungsrechtliche Aspekte, Beihefte zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Heft 6, Basel 1987, S. 59–61.
- 6 Siehe Heinz Hausheer und Regina Aebi-Müller, Renaissance einer alten Idee: Das Einsiedler Babyfenster aus (zivil)rechtlicher Sicht, recht 2002, S. 1 ff.; Aline Schmidt, Le droit de l'enfant à connaître ses origines génétiques, in: Pier Marco Zen-Ruffinen (Hrsg.), Les secrets et le droit, Genf 2004, S. 139 ff., 152 ff.; Christine Swientek, Die Wiederentdeckung der Schande Babyklappen und anonyme Geburt, Freiburg 2001.
- 7 Die Frage der Identitätssuche ist auch dadurch in Deutschland komplexer gemacht, dass die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender nicht ausgeschlossen wird. Siehe [Rapport du Sénat, Le droit à la connaissance de ses origines génétiques, Série Législations comparées LC 70, Paris, 10 février 2000](#). Über die moralische Dimension dieser Frage, siehe Mary Warnock, Making Babies, Is there a right to have children?, Oxford 2003, S. 64 ff.
- 8 Siehe Rainer Frank, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung in Deutschland und Frankreich, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 37 ff.
- 9 Siehe Loi no 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.
- 10 Siehe BVerfGE 79, 256; Christian Starck, Anmerkung zu BVerfG Urteil vom 31.1.89, Juristen Zeitung 1989, S. 338 ff.; N. Mansees, Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, Neue Juristische Wochenschrift 1988, S. 2984 ff.
- 11 Siehe BVerfGE 96, 56.
- 12 Die meisten europäischen Länder haben das Grundrecht auf Kenntnis kürzlich anerkannt und entfernen sich allmählich vom absoluten Schutz der Anonymität der leiblichen Eltern vor Adoptivkindern und sogar vor künstlich gezeugten Kindern. Über die jüngeren Entwicklungen, siehe [Rapport du Sénat, Le droit à la connaissance de ses origines génétiques, Série Législations comparées LC 70, Paris, 10 février 2000](#); Schmidt (FN 6), S. 140 ff.
- 13 Siehe Ulrike Binder, Die Auswirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und des



UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 auf Rechtsfragen im Bereich der medizinisch assistierten Fortpflanzung, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Bd. 2339, Frankfurt am Main 1998.

- 14 Über die soziologischen Implikationen des Auskunftsrechts, siehe Laurence Jacquez, *La personne adoptée en quête de ses origines: quelles bases légales et administratives*, Lausanne 2000. Über die moralische Dimension dieser Frage, siehe Onora O'Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge 2001, S. 65 ff.
- 15 Für andere neuere Darstellungen des Konkretisierungsprozesses, siehe Reusser/Schweizer (FN 1); Patrick Sutter, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, Höchststrichterliche Klarstellungen zum Art. 7 Abs. 1 KRK als absolutes Recht, recht 2002, S. 154 ff.; Jeanine De Vries Reilingh, *Le droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance*, Aktuelle Juristische Praxis 2003, S. 363 ff.; Schmidt (FN 6), S. 140 ff.
- 16 Über die Beziehung zwischen Art. 1 Abs. 2 ZGB und der Grundrechtskonkretisierung durch Richterrecht, siehe Jörg Paul Müller, *Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB*, recht 2000, Sondernummer, S. 119 ff.
- 17 Art. 268b ZGB Adoptionsgeheimnis: «Die Adoptiveltern dürfen ohne ihre Zustimmung den Eltern des Kindes nicht bekanntgegeben werden.»
- 18 Siehe Heinz Hausheer, *Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklungen und Recht*, Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins 2003/139, S. 585 ff., 597.
- 19 Art. 138 Abs. 4 ZStV: «Von gelöschten und überdeckten Eintragungen sowie von gelöschten Teilen einer Eintragung dürfen Personendaten nur mit Bewilligung der kantonalen Aufsichtsbehörde bekanntgegeben werden.»
- 20 Siehe Sandra Pradervand und Isabelle Uehlinger, *La recherche des origines pour les personnes adoptées: embûches et perspectives*, Zeitschrift für Vormundschafswesen 2000, S. 133 ff., 137 f., 142; Franz Werro, *Das Adoptionsgeheimnis – Ausgewählte Fragen*, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1995, S. 359 ff., 363–364.
- 21 **BGE 112 Ia 97**, 101–102 E. 5b und 102 E. 6b: «Selbst wenn der Beschwerdeführer sich zur Begründung seines Begehrens auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit zu berufen vermöchte, unterläge es gegebenenfalls, wenn die Sach- und Rechtslage es erforderlich machen würde, mehr oder weniger schweren Beschränkungen. Dessen ist sich im Übrigen auch der Beschwerdeführer zweifellos bewusst, rügt er doch – wenn man ihn bei seinem eigenen Worte nimmt – einen unverhältnismässigen Eingriff in seine persönliche Freiheit. Da er Zugang zu unter Verschluss liegenden Akten der Verwaltung verlangt, die Aufzeichnungen nicht nur über ihn selber, sondern auch über verschiedene Bezugspersonen aus der Frühzeit seines Lebens enthalten, muss er es sich gefallen lassen, dass die Behörde, die über sein Gesuch um Akteneinsicht zu befinden hat, die auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen hat. Der Beschwerdeführer irrt jedoch, wenn er glaubt, dass diese Interessenabwägung, je nachdem, ob sich der Anspruch auf Akteneinsicht nach Massgabe von Art. 4 BV oder aber gemäss dem von ihm angerufenen verfassungsmässigen Recht der persönlichen Freiheit beurteile, nach einem qualitativ andern Massstab zu erfolgen habe: Wie das Bundesgericht frei prüft, ob höhere Interessen der Öffentlichkeit oder bestimmter Privater einen Eingriff in die persönliche Freiheit erfordern, so prüft es auch frei, ob solche Interessen demjenigen an der Gewährung des unmittelbar aus Art. 4 BV abgeleiteten Akteneinsichtsrechts entgegenstehen. Was der Beschwerdeführer unter Berufung auf die persönliche Freiheit vorbringt, um sein Begehren um Einsicht in die ihn betreffenden Vormundschaftsakten zu begründen, ist im Rahmen der – wie ausgeführt – auch nach Art. 4 BV in freier Prüfung vorzunehmenden Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen zu würdigen. Art. 4 BV ist verletzt, wenn die kantonale Behörde schutzwürdige und hinreichend substantiierte Interessen des Beschwerdeführers zu wenig in die Waagschale gelegt, insbesondere wenn sie dem Grundrecht der persönlichen Freiheit zu wenig Gewicht beigemessen hat. [...] Einem jungen Menschen kann es offensichtlich sehr viel Mühe bereiten, nicht zu wissen, von wem er abstammt; dies um so mehr, wenn er vermutet, hierüber lägen Akten in seiner Griffweite, die klaren Aufschluss darüber gäben. Aus einer solchen Situation heraus könnten sich unter Umständen sogar krankhafte Ideen entwickeln.»
- 22 **BGE 115 Ia 234**, 255–256 E. 6d: «Die Frage, ob im Hinblick auf einen derartigen Vaterschaftsprozess die Identität des Samenspenders bekanntgegeben werden muss, wird in der Literatur zum Teil bejaht. Es wird ausgeführt, der Arzt sei zur Offenbarung des Samenspenders verpflichtet und könne sich hierfür nicht auf sein Arztgeheimnis oder auf die Anonymitätsabrede berufen; der Anspruch des Kindes auf Feststellung des Kindesverhältnisses gehe vor; und unter Umständen könne gegen den Arzt haftpflichtrechtlich vorgegangen werden. Ferner wird die Bekanntgabe des Samenspenders in einem Vaterschaftsprozess mit dem Adoptionsrecht verglichen, in dem zwar nach Art. 268b ZGB das Adoptionsgeheimnis zugunsten der Adoptiveltern gilt, das Kind aber unter Umständen bei entsprechender Interessenabwägung einen Anspruch auf Bekanntgabe der leiblichen Eltern geltend machen kann. Die Frage nach der Bekanntgabe der Identität des Samenspenders wird in der Literatur auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten behandelt. Unter dem Gesichtswinkel der persönlichen Freiheit und des aus Art. 4 BV hergeleiteten Akteneinsichtsrechts habe das aufgrund einer

künstlichen heterologen Insemination gezeugte Kind ein Interesse an der Kenntnis seiner genetischen Abstammung; diesem Interesse könnten aber berechnete Geheimhaltungsinteressen der sozialen Eltern, des Spenders und Dritter entgegenstehen. Welche Interessen überwiegen, könne nicht in allgemeiner Weise beurteilt werden; doch komme dem Kind bei entsprechender umfassender Interessenabwägung im Einzelfall unter Umständen ein Anspruch auf Bekanntgabe der Identität des Samenspenders zu. [...] Im vorliegenden Fall braucht nicht abschliessend geklärt zu werden, in welchem Ausmass und unter welchen Voraussetzungen das aufgrund einer künstlichen heterologen Insemination gezeugte Kind einen Anspruch darauf hat, die Identität des genetischen Vaters in Erfahrung zu bringen. Die vorstehenden Erwägungen zeigen indessen deutlich, dass sich eine vorbehaltlose Garantie auf Wahrung der Anonymität des Spenders und damit auch die Medizinisch-ethischen Richtlinien für die artifizielle Insemination von 1981 als fragwürdig erweisen. Ebenso problematisch erscheint in dieser Hinsicht die mindestens im Ausland für die künstliche Insemination teilweise angewendete Verwendung von Samengemischen. Es ist demnach nicht auszuschliessen, dass der Samenspender einem Verfahren auf Bekanntgabe seiner Identität oder einem Vaterschaftsprozess ausgesetzt wird. Diese Gefahr vermag indessen – wie oben ausgeführt – ein generelles Verbot der heterologen Insemination nicht zu rechtfertigen. Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit kann es genügen, dass der Kanton für eine umfassende Information aller Beteiligten (d.h. der Wunscheitern, der Ärzteschaft und insbesondere der Spender) auch in rechtlicher Hinsicht sorgt und für die Aufbewahrung der Daten über medizinische Merkmale und die Identität der Spender bedacht ist.»

- 23 Arrêt *Gaskin c. le Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, (10454/83) Série A n° 160, p. 15, § 49: «Aux yeux de la Cour, les personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation. Cependant, on doit aussi considérer que le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers. Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat. Il doit toutefois sauvegarder, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée et familiale; il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce.»
- 24 Siehe Cottier (FN 5), S. 19.
- 25 Siehe z.B. Cyril Hegnauer, Kann das Adoptivkind Auszüge über den ursprünglichen Eintrag seiner Geburt verlangen? Art. 138 ZStV, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1988, S. 2 ff.; Cyril Hegnauer, Dürfen dem mündigen Adoptierten die leiblichen Eltern gegen den Willen der Adoptiveltern bekannt gegeben werden?, Zeitschrift für Vormundschaftswesen 1991, S. 101 ff.; René Locher, Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis, Diss., Zürich 1993. Contra: Cottier (FN 5), S. 59–61. Siehe auch Sandra Bischoff, Die Suche des Adoptivkindes nach seinen leiblichen Eltern, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1986, S. 281 ff.; Franziska Buchli-Schneider, Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht, Bern 1987; Rainer Frank, Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1988/35:2, S. 113 ff.
- 26 Siehe Hedwig Dubler-Nüss, Les nouveaux modes de procréation artificielle et le droit suisse de la filiation, Bern 1988.
- 27 Siehe Cyril Hegnauer, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: Festschrift für Ulrich Häfelin, Zürich 1989, S. 144 ff.; Cyril Hegnauer, Künstliche Fortpflanzung und Vertrag, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 67 ff.; Cyril Hegnauer, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 92/1991, S. 341 ff.
- 28 Siehe Cottier (FN 5), S. 59–61.
- 29 Siehe Christian Brückner, Künstliche Fortpflanzung und Forschung am Embryo in vitro – Gedanken de lege ferenda, Schweizerische Juristenzeitung 1985, S. 381 ff.; Christian Brückner, Künstliche Insemination beim Menschen, anonyme oder nicht-anonyme Samenspende?, Zeitschrift für Zivilstandswesen 1985, S. 137 ff.
- 30 Art. 119 Abs. 2 Bst. g BV Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich: «Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere folgende Grundsätze: [...] g. Jede Person hat Zugang zu den Daten über ihre Abstammung.»
- 31 Art. 27 FMedG Auskunft: «1 Hat das Kind das 18. Lebensjahr vollendet, so kann es beim Amt Auskunft über die äussere Erscheinung und die Personalien des Spenders (Art. 24 Abs. 2 Bst. a und d) verlangen. 2 Im Übrigen kann es jederzeit Auskunft über alle Daten des Spenders (Art. 24 Abs. 2) verlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse daran hat. 3 Bevor das Amt Auskunft über die Personalien erteilt, informiert es wenn möglich den Spender. Lehnt dieser den persönlichen Kontakt ab, so ist das Kind zu informieren und auf die Persönlichkeitsrechte des Spenders und den Anspruch seiner



Familie auf Schutz hinzuweisen. Beharrt das Kind nach Absatz 1 auf Auskunft, so wird ihm diese erteilt. 4 Der Bundesrat kann die Behandlung von Auskunftsgesuchen einer eidgenössischen Fachkommission übertragen. 5 Entscheide des Amtes oder der Fachkommission unterliegen der Beschwerde an die Eidgenössische Datenschutzkommission und letztinstanzlich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht.»

- 32 BBI 1994 V 205, 233 und 271: «Wichtig ist aber, dass entsprechend der Verfassung der Zugang zu den Daten über die Abstammung gewährleistet wird, so dass ein Kind erfahren kann, wer sein genetischer Vater ist. Damit hat sich der schweizerische Verfassungsgeber dafür entschieden, das Interesse des Kindes höher zu bewerten als das Bedürfnis der Samenspende und der Wunscheltern nach Anonymität. [...] Die Streitfrage, ob das Adoptivkind einen unbedingten Anspruch auf Ausstellung eines Registerauszuges habe oder ob in jedem Fall eine Interessenabwägung erfolgen müsse, ist nun im Lichte der Bundesverfassung im ersteren Sinne zu entscheiden. Demnach muss mit dem In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung Art. 138 der Zivilstandsverordnung an Art. 27 angepasst werden.»
- 33 Art. 7 KRK: «1 Das Kind ist unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen und hat das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. 2 Die Vertragsstaaten stellen die Verwirklichung dieser Rechte im Einklang mit ihrem innerstaatlichen Recht und mit ihren Verpflichtungen aufgrund der einschlägigen internationalen Übereinkünfte in diesem Bereich sicher, insbesondere für den Fall, daß das Kind sonst staatenlos wäre.»
- 34 Siehe im Hinblick auf das schweizerische Kindesrecht, Stephan Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 134/1998, S. 113 ff.; Ingeborg Schwenzer, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, Aktuelle Juristische Praxis 1994, S. 820 ff. Siehe im Allgemeinen, Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague, 1999; Rachel Hodgkin und Peter Newell, The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, New York 2002; Géraldine Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, Dordrecht 1995.
- 35 BBI 1996 III 1, 29: «Im Lichte der einschränkenden Formulierung des Übereinkommens, die das Recht auf Kenntnis der Eltern relativiert, ist die schweizerische Rechtsordnung mit dem Übereinkommen durchaus vereinbar.»
- 36 Siehe Reusser/Schweizer (FN 1), S. 636.
- 37 Siehe Brückner (FN 29).
- 38 Siehe Locher (FN 25); Marina Mandofia Berney und Olivier Guillod, Liberté personnelle et procréation assistée, Schweizerische Juristenzeitung 1993, S. 205 ff., 213; Cyril Hegnauer, Voraussetzungen der aussergerichtlichen Abstammungsuntersuchung, Zeitschrift für Vormundschaftswesen 1994, S. 144 ff.; Cyril Hegnauer, Die aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung und das Persönlichkeitsrecht (Art. 24novies Abs. 2 lit. g BV, 28 ZGB), Zeitschrift für Vormundschaftswesen 1997, S. 92 ff. Siehe im Hinblick auf Art. 24novies BV: Marina Mandofia Berney, La garantie de l'accès d'une personne aux données relatives à son ascendance: commentaire de l'article 24novies al. 2 let. g de la Constitution, Cahiers médico-sociaux 1993/37, S. 165 ff.; Rainer Schweizer, Art. 24novies, in: Kommentar zur Bundesverfassung, Stand Mai 1995, S. 55, N. 100; Rainer Schweizer, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 43, S. 701, N. 22.
- 39 Siehe Werro (FN 20), S. 364, 369.
- 40 BGE 125 I 257, 263 E. 3cc: «De l'art. 24novies al. 2 let. g Cst., mis en relation avec l'art. 7 al. 1 de la Convention, certains auteurs tirent un droit général de l'enfant – quel que soit son mode d'engendrement, et non pas seulement en cas de procréation médicalement assistée – de connaître son ascendance comme aspect de la liberté personnelle et comme droit constitutionnel inaliénable et imprescriptible. Il n'est pas nécessaire de trancher ce point en l'espèce. Le recourant invoque uniquement les art. 4 Cst. et 8 CEDH sous l'angle du droit à la consultation du dossier de tutelle. Il ne se prévaut ni de la liberté personnelle, ni de l'art. 7 al. 1 de la Convention. Il ne prétend pas davantage disposer, indépendamment des normes qu'il invoque, d'un droit, opposable à l'Etat, d'obtenir le dévoilement de l'identité, consignée dans le dossier de l'autorité de tutelle, des hommes dont l'un d'entre eux pourrait être son père naturel.»
- 41 Unveröffentlichter BGE, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 22. Dezember 1999, SJ 2000 I 489: «La jurisprudence du Tribunal fédéral a abordé, sans la trancher, la question de savoir si l'enfant pouvait se prévaloir d'un droit de connaître son ascendance découlant directement de la liberté personnelle. Droit constitutionnel non écrit et codifié aux art. 10 al. 2 et 7 nCst., la liberté personnelle ne tend pas seulement à assurer le droit d'aller et venir, voire à protéger l'intégrité corporelle et psychique, mais elle garantit, de manière générale, toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine et que devrait posséder tout être humain, afin que la dignité humaine ne soit pas atteinte par le biais de mesures étatiques. Elle se conçoit comme une garantie

générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières. La connaissance de ses origines est essentielle à l'épanouissement de la personnalité ainsi qu'à l'équilibre psychique de l'individu et constitue dès lors un aspect de la liberté personnelle; à ce titre, chacun a donc en principe le droit de connaître l'identité de ses géniteurs. Il n'y a pas lieu d'examiner si ce droit implique également celui d'exiger que le père présumé se soumette à une analyse d'ADN propre à établir un éventuel lien de parenté ou s'il convient d'exclure tout effet direct en droit privé, en raison des conséquences négatives possibles sur l'institution même de la famille. Le droit de connaître son ascendance ne saurait en effet avoir une portée absolue, mais il doit être mis en balance avec les intérêts liés à la protection de la liberté personnelle de tiers, soit en l'occurrence, avec le droit du défunt, découlant de la protection de la dignité humaine, de protéger sa dépouille contre des atteintes contraires aux mœurs et aux usages et celui des proches au respect du défunt et à l'intangibilité de son corps.»

- 42 Siehe Monique Jametti Greiner, Das Haager Adoptionsübereinkommen und seine Umsetzung im schweizerischen Recht, Zeitschrift für Vormundtschaftswesen 1997, S. 171 ff.
- 43 Art. 30 HAÜ: «1 Die zuständigen Behörden eines Vertragsstaats sorgen dafür, dass die ihnen vorliegenden Angaben über die Herkunft des Kindes, insbesondere über die Identität seiner Eltern, sowie über die Krankheitsgeschichte des Kindes und seiner Familie aufbewahrt werden. 2 Sie gewährleisten, dass das Kind oder sein Vertreter unter angemessener Anleitung Zugang zu diesen Angaben hat, soweit das Recht des betreffenden Staates dies zulässt.»
- 44 Art. 268c ZGB Auskunft über die Personalien der leiblichen Eltern: «<sup>1</sup> Hat das Kind das 18. Lebensjahr vollendet, so kann es jederzeit Auskunft über die Personalien seiner leiblichen Eltern verlangen; vorher kann es Auskunft verlangen, wenn es ein schutzwürdiges Interesse hat. <sup>2</sup> Bevor die Behörde oder Stelle, welche über die gewünschten Angaben verfügt, Auskunft erteilt, informiert sie wenn möglich die leiblichen Eltern. Lehnen diese den persönlichen Kontakt ab, so ist das Kind darüber zu informieren und auf die Persönlichkeitsrechte der leiblichen Eltern aufmerksam zu machen. <sup>3</sup> Die Kantone bezeichnen eine geeignete Stelle, welche das Kind auf Wunsch beratend unterstützt.»
- 45 Art. 46 Abs. 3 ZGB Sperrung der Bekanntgabe: «Vorbehalten bleibt das Recht des Adoptivkindes auf Auskunft über die Personalien der leiblichen Eltern (Art. 268c ZGB).»
- 46 Siehe Ruth Reusser, Neuerungen im Adoptionsrecht des Zivilgesetzbuches, Zeitschrift für Vormundtschaftswesen 2001, Sonderausgabe, S. 133 ff., 141.
- 47 BGE 128 I 63, 76–78 E. 4.4 und 5: «Diese Regelung wird zwar gemäss den Angaben des Bundesamts für Justiz – voraussichtlich zusammen mit dem HAÜ – erst auf den Sommer 2002 in Kraft treten. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung kann ihr keine Vorwirkung zukommen. Doch können nach der Rechtsprechung Vorarbeiten zu Erlassen, die noch nicht in Kraft getreten sind, bei der Auslegung einer Norm berücksichtigt werden, dies vor allem dann, wenn das geltende System nicht grundsätzlich geändert werden soll und nur eine Konkretisierung des bereits bestehenden Rechtszustandes angestrebt wird oder Lücken des geltenden Rechts ausgefüllt werden. So verhält es sich im vorliegenden Fall, indem die vorgesehene Regelung von Art. 268c ZGB an sich bloss eine Konkretisierung einer dem Grundsatz nach bereits gegebenen Rechtslage bildet. In Anbetracht dessen steht nichts entgegen, die Bestimmung schon jetzt in die vorliegenden Erwägungen miteinzubeziehen. Sie stellt der Sache nach lediglich klar bzw. bestätigt, dass – wie im Bereich der künstlichen Fortpflanzung – erst recht auch im Bereich des Adoptionsrechts von einem grundsätzlichen Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auszugehen ist; sie bezweckt bloss der Klarheit halber auch auf Gesetzesstufe eine Angleichung an die schon bestehende Regelung von Art. 27 FMedG, welcher der nach dem Gesagten jeder Person, unabhängig von der Art ihrer Zeugung, staatsvertraglich bzw. von Verfassungen wegen zustehende Anspruch auf Kenntnis der Eltern zugrunde liegt.

Demnach ist ein Recht des Adoptivkindes, seine leiblichen Eltern zu kennen, als Aspekt des verfassungsrechtlichen und staatsvertraglichen Persönlichkeitsschutzes bzw. der persönlichen Freiheit anzuerkennen. Dieses Recht umfasst den Anspruch des Adoptivkindes auf Zugang zu den überdeckten Eintragungen betreffend die Abstammung. Der Anspruch auf Kenntnis der leiblichen Eltern kann mit verfassungsrechtlichen Positionen Dritter, namentlich der biologischen Eltern, kollidieren, wie dies denn auch von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Ein solcher Konflikt zwischen Grundrechtspositionen ist gestützt auf eine Güter- bzw. Interessenabwägung zu lösen. Wie diese Abwägung vorzunehmen, d.h. welcher Grundrechtsposition bei einer derartigen Konkurrenzsituation allenfalls der Vorrang zu geben ist, kann in der Verfassung oder in dem sie konkretisierenden Gesetz festgelegt sein. Ist eine Rangfolge aus Verfassung und Gesetz nicht ableitbar, ergibt sich der Massstab aus den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Garantien insgesamt. Im vorliegenden Fall ist nach dem Gesagten zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der Ratifizierung der angeführten Staatsverträge und in der nationalen Gesetzgebung, auch wenn das HAÜ und die diesbezügliche Ausführungsgesetzgebung mit Art. 268c ZGB erst Mitte 2002 in Kraft treten werden, die Güterabwägung zu Gunsten des volljährigen Adoptivkindes ohne Einschränkungen vorgenommen hat. Der Anspruch, die leiblichen Eltern zu kennen, steht somit dem volljährigen Adoptivkind von Verfassungen wegen unabhängig von einer Abwägung mit entgegenstehenden Interessen zu und ist

entsprechend unbeding; es handelt sich um ein unverzichtbares und nicht verwirkbares Recht. Im Hinblick auf die einschlägigen Konventionsbestimmungen und den Wertewandel, der in diesem Bereich eingetreten ist, vermögen die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Gründe somit – unabhängig davon, ob sie zutreffen oder nicht – den Informationsanspruch des Beschwerdegegners nicht zurückzudrängen. Haben aber die Interessen der Mutter (Eltern) an einer Geheimhaltung ihrer Identität hinter den ihrem inzwischen volljährigen Sohn zustehenden Anspruch auf Kenntnis seiner Abstammung in jedem Falle zurückzutreten, so verletzt das angefochtene Urteil weder die persönliche Freiheit der Beschwerdeführerin noch den von ihr zudem angerufenen Grundsatz von Treu und Glauben.» Interessanterweise wird der Vorrang des Wohls des Kindes gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK von der internationalen Lehre überhaupt nicht als unbedingt ausgelegt: siehe Dettrick (FN 34); Hodgkin Newell (FN 34); Van Bueren (FN 34).

- 48 Unveröffentlichter BGE, II. Zivilabteilung, 20. Februar 2002, [5P.466/2001/bmt](#): «Art. 254 Ziff. 2 ZGB verpflichtet Parteien und Dritte an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Abklärung der Abstammung nötig und ohne Gefahr für die Gesundheit sind. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt diese Bestimmung eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Duldung einer Blutentnahme zwecks Feststellung der Abstammung dar. Gestützt auf diese Bestimmung hat der Beschwerdeführer folgerichtig aber auch den Wangenschleimhautabstrich zu dulden, welcher zur Feststellung der Vaterschaft mittels DNA-Analyse durchgeführt wird. Sodann erweist sich der Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers allein schon deshalb gerechtfertigt, weil der Beschwerdegegnerin persönlich das Recht zusteht, ihre Abstammung zu kennen. Nicht abgeklärt zu werden braucht daher, ob der Eingriff angesichts des hängigen Adoptionsverfahrens der Beschwerdegegnerin überhaupt im öffentlichen Interesse liegt. Des Weiteren legt der Beschwerdeführer auch keine, durch die Massnahme begründete konkrete Gefahr für Leib und Leben dar, so dass sich die Einschränkung überdies als verhältnismässig erweist. Schliesslich bestehen umso weniger Bedenken, als die Massnahme den Kerngehalt des Grundrechts unangetastet lässt.»
- 49 Arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, (53176/99) CEDH 2002-I § 64: «Selon la Cour, les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. D'un autre côté, il faut garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN.»
- 50 Arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, (42326/98), CEDH 2003 § 44–45: «L'expression «toute personne» de l'article 8 de la Convention s'applique à l'enfant comme à la mère. D'un côté, il y a le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée. L'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement est également largement reconnu dans l'économie générale de la Convention. De l'autre, on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. En l'espèce, la mère de la requérante n'est jamais allée voir le bébé à la clinique et s'en est séparée, semble-t-il, avec une indifférence absolue, et il n'est pas allégué qu'elle ait exprimé par la suite le moindre désir de connaître sa fille: il n'appartient pas à la Cour de porter un jugement sur cette attitude, mais seulement de la constater. La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté. En sus de ce conflit d'intérêts, la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique, ne soit soulevée. La Cour note à cet égard que la requérante a aujourd'hui près de trente-huit ans, qu'elle a été adoptée dès l'âge de quatre ans, et que la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale. L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français.»

Dans ces conditions, la question à laquelle la Cour doit répondre – le droit de savoir signifie-t-il l'obligation de divulguer – prend toute sa dimension dans l'examen de la loi du 22 janvier 2002, en particulier au regard de la marge d'appréciation de l'Etat. La Cour rappelle que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des Etats contractants. Il existe à cet égard différentes manières d'assurer le «respect de la vie privée» et «la nature de l'obligation de l'Etat dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause».

- 51 *Opinion dissidente* § 11: «En ce qui concerne, tout d'abord, la *marge d'appréciation* elle-même, l'ampleur de celle-ci peut dépendre non seulement du ou des droits concernés mais également, au sein

de chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. Ainsi, certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit tandis que d'autres font partie du noyau dur de celui-ci. Nous sommes fermement convaincus que le *droit à l'identité*, comme condition essentielle du droit à l'autonomie et à l'épanouissement, fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée. Dès lors, un examen d'autant plus soutenu s'impose pour peser les intérêts en présence.»

- 52 Siehe Vincent Bonnet, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre c. la France du 13 février 2003), *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2004/15:58, S. 405 ff.; Christina Lux-Wesener, Anonyme Geburt mit EMRK vereinbar: Der Fall Odièvre: Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 13. Februar 2003, *EuGRZ* 2003, 58, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2003/30 H. 17/20, S. 555 ff.
- 53 Eine interessante Frage, die sich hier stellt, ist die Wirkung des Entscheids Odièvre in der nationalen Rechtsordnung. Staatsverträge mit menschenrechtlichem Gehalt besitzen zwar einen stärkeren Vorrang gegenüber Bundesgesetzen als es dem allgemeinen Verhältnis von Staatsverträgen zum Landesrecht entspricht (*BGE 125 II 417*, 425 E. 4c PKK). Für das grundsätzliche Verhältnis von EMRK Rechten zu verfassungsrechtlichen Garantien ist jedoch daran zu erinnern, dass die internationalen Gewährleistungen in jedem Fall nur Minimalgarantien sind, die nie beanspruchen können, den entsprechenden Grundrechtsgehalt nach nationalem Verfassungsrecht abschliessend wiederzugeben. Sogar die EMRK enthält in diesem Sinn ein klares Günstigkeitsprinzip im Art. 53. Siehe Jörg Paul Müller, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer, Jean-François Aubert und Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 39, S. 624, N. 5. Siehe auch im Kontext des Grundrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung den unveröffentlichten BGE, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 22. Dezember 1999, SJ 2000 I 489: «Les art. 8 CEDH et 17 al. 1 Pacte ONU II, auxquels se réfère également le recourant, n'assurent pas une protection plus étendue que celle découlant de la liberté personnelle de sorte que le recours doit être examiné sous l'angle de cette dernière uniquement.» Über die Implikationen des Kerngehaltsschutzes für den Vorrang von Staatsverträgen, siehe Thomas Cottier und Maya Hertig, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen*, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Bern 2000, S. 1 ff., 22 ff. Es bleibt zu bestimmen, wie dieses Günstigkeitsprinzip sich an die EGMR Entscheide anwendet: siehe der jüngste BVerfGE, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004.
- 54 Siehe schon Peter Hänni und Eva Maria Belser, *Die Rechte der Kinder. Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeiten ihrer rechtlichen Durchsetzung*, Aktuelle Juristische Praxis 1998, S. 151 ff.
- 55 Siehe Reusser/Schweizer (FN 1), S. 623; Schweizer (FN 38), S. 56, N. 101.
- 56 Siehe de Vries Reilingh (FN 15), S. 368. Siehe auch [Rapport du Sénat, Le droit à la connaissance de ses origines génétiques, Série Législations comparées LC 70, Paris, 10 février 2000](#).
- 57 Siehe Reusser/Schweizer (FN 1), S. 636.
- 58 Siehe *BGE 128 I 63*, 73–73 E. 4.
- 59 Dies ist besonders wichtig, weil das Auskunftsrecht ausserehelicher Kinder nicht notwendig mit einer *Vaterschaftsklage* verbunden werden muss. Beide Fragen sind auch im Kontext der Fortpflanzungsmedizin (Art. 23 Abs. 2 FMedG) und der Adoption (Art. 267 Abs. 2 ZGB) klar getrennt worden. Siehe Sutter (FN 15), S. 156. Siehe auch [Rapport du Sénat, Le droit à la connaissance de ses origines génétiques, Série Législations comparées LC 70, Paris, 10 février 2000](#).
- 60 Siehe De Vries Reilingh (FN 15), S. 369 ff.
- 61 Siehe Stauffer (FN 2), S. 182.
- 62 Siehe Mandofia Berney/Guillod (FN 38), S. 210–212; Stauffer (FN 2), S. 181–184; Jean-François Aubert, Art. 119, in: Jean-François Aubert und Pascal Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003, S. 945, N. 26 FN. 46.
- 63 Siehe De Vries Reilingh (FN 15), S. 369 ff.
- 64 Siehe Unveröffentlichter BGE, II. Zivilabteilung, 20. Februar 2002, [5P.466/2001/bmt](#).
- 65 Siehe Reusser/Schweizer (FN 1), S. 635–636; Sutter (FN 15), S. 156.
- 66 Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, [BBJ 2002 7361](#).
- 67 Siehe Stauffer (FN 2), S. 187–195; Sutter (FN 15), S. 156.
- 68 Siehe Jörg Paul Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern 1982, S. 52.
- 69 Siehe Müller (FN 68), S. 53 ff.
- 70 Siehe Jörg Paul Müller, *Vom Geist der Gesetze im Jahre 2004*, in: Luzius Mader und Ulrich Karpen (Hrsg.), *The Participation of Civil Society in the Legislative Process*, Baden-Baden 2005. Siehe auch Louis Althusser, *Montesquieu, La Politique et l'Histoire*, Paris 1959, Ch. V.
- 71 Siehe Müller (FN 3), S. 13, N. 35.



- 72 Siehe Cottier (FN 5), S. 19.
- 73 Siehe z.B. Hausheer (FN 18), S. 598, 601.
- 74 Siehe z.B. [BGE 129 II 35](#) und die rein privatrechtliche Entwicklung der Rechtsfigur des Kontrahierungszwangs gestützt auf die guten Sitten. Über die Beziehung zwischen Persönlichkeitsrecht und Verfassungsrecht, siehe Samantha Besson, *L'égalité horizontale – L'égalité de traitement entre particuliers*. Des fondements théoriques au droit privé suisse, Fribourg 1999.
- 75 Siehe Hausheer (FN 18), S. 598–601.
- 76 Siehe Cottier (FN 5), S. 57. Siehe im Allgemeinen, Müller (FN 53), § 39, S. 637 ff., N. 40 ff.
- 77 Über die theoretische Dimension von Grundrechtskollisionen, siehe Samantha Besson, *The Morality of Conflict – Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005, § 12.
- 78 Siehe Müller (FN 53), § 39, S. 642 ff, N. 57 ff.; Jörg Paul Müller, *Funktion der Garantie eines Kerngehalts der Grundrechte in der Verfassung*, recht 1993 S. 33 ff.; Müller (FN 3), S. 41 ff., N. 170 ff.; Müller (FN 68), S. 141 ff., 152–153.
- 79 Siehe Müller (FN 78), S. 34 FN. 8; Müller (FN 3), S. 42 ff., N. 174 ff.; Müller (FN 68), S. 146.
- 80 Siehe Markus Schefer, *Die Kerngehalte der Grundrechte*, Bern 2001, S. 83.
- 81 Siehe Besson (FN 77), § 12; Frances Kamm, *Conflicts of Rights. Typology, Methodology and Nonconsequentialism*, *Legal Theory* 2001/7, S. 239 ff.; Thomas Nagel, *La valeur de l'inviolabilité de la personne*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1994/2, S. 149 ff.
- 82 Siehe Andreas Auer, Giorgio Malinverni und Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2000, B. II, S. 81, N. 162 und S. 118 ff., N. 236 ff.; Müller (FN 53), § 39, S. 642 ff, N. 57 ff.; Müller (FN 78), S. 34 ff.
- 83 Siehe Cottier (FN 5), S. 70.
- 84 Siehe Müller (FN 78), S. 34, FN 8.
- 85 Siehe Müller (FN 78), S. 35. Siehe sogar *Opinion dissidente*, Arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, (42326/98), CEDH 2003, § 11.
- 86 Siehe Cottier (FN 5), S. 60.
- 87 Siehe Müller (FN 3), S. 36 ff., N. 138 ff.
- 88 Siehe Schefer (FN 80), S. 90 ff.
- 89 Siehe Aubert (FN 62), Art. 119, S. 945, N. 26, FN 46.
- 90 Siehe [BGE 128 I 63](#), 78 E. 5.
- 91 Siehe jedoch Müller (FN 16), S. 125 ff.
- 92 Siehe Besson (FN 77), § 12.
- 93 Siehe Cottier (FN 5), S. 76 ff.
- 94 Siehe Besson (FN 77), § 12.
- 95 Siehe Jeremy Waldron, *Conflicts of Rights*, in: *Liberal Rights: Collected Papers 1981–1991*, Cambridge 1993.
- 96 Siehe Cottier (FN 5), S. 59.
- 97 Siehe schon Cottier (FN 5), S. 59–61. Siehe Jörg Paul Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, S. 52.
- 98 Über die Rolle des Richters im Fall eines Konflikts zwischen Verfassung und Gesetz, siehe Müller (FN 16).
- 99 Siehe schon Cottier (FN 5), S. 60–61; Reusser/Schweizer (FN 1), S. 633–634. Contra: De Vries Reilingh (FN 15), S. 365–366.
- 100 Siehe Cottier (FN 5), S. 71.
- 101 Siehe Hausheer/Aebi-Müller (FN 6).
- 102 Siehe Cottier (FN 5), S. 81 ff.
- 103 Siehe Cottier (FN 5), S. 88. Siehe auch Werro (FN 20), S. 363 ff.
- 104 Cottier (FN 5), S. 86.