

Magister

Eva Real

Rechtsstellung fehl- und totgeborener Kinder

ISBN 978-3-03916-303-8

Editions Weblaw
Bern 2025

Zitiervorschlag:

Eva Real, Rechtsstellung fehl- und totgeborener Kinder,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025



Universität St. Gallen

Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik

Masterarbeit

Rechtsstellung fehl- und totgeborener Kinder

**Eine Analyse unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der
hinterbliebenen Eltern**

Eva Real (██████)



eva.real@student.unisg.ch

Referentin: Bundesrichterin Prof. Dr. iur. Julia Franziska Hänni

Co-Referentin: Dr. iur. Eva Druey

18. November 2024

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Materialienverzeichnis	XII
Rechtsprechungsverzeichnis.....	XVII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
1 Einleitung.....	1
2 Begriffliche, rechtliche und medizinische Grundlagen	3
2.1 Fehlgeburt und Totgeburt: Definitionen und Abgrenzungen.....	3
2.2 Häufigkeit, Risikofaktoren und Ursachen von Fehl- und Totgeburten.....	5
3 Rechtsfähigkeit eines Fehl- und Totgeborenen.....	7
4 Zivilstandesamtliche Behandlung von Fehl- und Totgeborenen	10
4.1 Die Beurkundung von totgeborenen Kindern.....	10
4.1.1 Abstammungsverhältnisse.....	10
4.1.2 Geschlecht, Name und Bürgerrecht.....	15
4.1.3 Vereinbarkeit von fehlender Rechtsfähigkeit und Anspruch auf Beurkundung .	15
4.2 Die Beurkundung von fehlgeborenen Kindern (als Ausnahme).....	16
4.2.1 Die Ausstellung einer Bestätigung (als Grundsatz).....	16
4.2.2 Kritik an der zivilstandesamtlichen Behandlung von Fehlgeborenen.....	17
5 Die Bestattung eines Fehl- und Totgeborenen	19
5.1 Grundrechtliche Vorgaben des Bundes- und Völkerrechts	19
5.1.1 Das Recht auf eine schickliche Bestattung als Teilgehalt von Art. 7 BV.....	19
5.1.2 Der Schutz der emotionalen Bindung zum Fehl- und Totgeborenen aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK	22
5.2 Grundrechtsverwirklichung im Bestattungswesen der Kantone und Gemeinden	26
5.2.1 Zuständigkeiten im Bestattungswesen	26
5.2.2 Kantonale Gesetzgebungen zur Bestattung von Fehl- und Totgeborenen.....	28
5.2.3 Grundrechtsverwirklichung auf kommunaler Ebene	32

6 Sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche von Eltern fehl- und totgeborener Kinder	
35	
6.1 Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung und Mutterschaftsurlaub	35
6.1.1 Ansprüche infolge einer Totgeburt nach der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche.....	35
6.1.2 Ansprüche infolge einer Fehl- oder Totgeburt vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche.....	37
6.2 Anspruch auf Entschädigung und Urlaub des anderen Elternteils	40
6.3 Anspruch auf Kostenübernahme der obligatorischen Krankenversicherung	41
7 Fazit und Ausblick	44
Anhang 1: E-Mail des Bundesamtes für Justiz.....	45
Anhang 2: Übersicht über kantonale Bestattungsregelungen.....	47
Eigenständigkeitserklärung.....	50
Hilfsmittelverzeichnis.....	51

Literaturverzeichnis

- ARMSTRONG BEN G. / McDONALD ALISON D. / SLOAN MARGARET, Cigarette, Alcohol and Coffee Consumption and Spontaneous Abortion, in: American Journal of Public Health, Band 82, Nr. 1 (1992), S. 85 ff.
- BELSER EVA MARIA / MOLINARI EVA, Kommentar zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.
- BERETTA PIERA, Kommentar zu Art. 31 ZGB, in: Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.
- BERGER THOMAS / BERNET VERA / EL ALAMA SUSANNA / FAUCHÈRE JEAN-CLAUDE / HÖSLI IRENE / IRION OLIVIER / KIND CHRISTIAN / LATAL BEA / NELLE MATHIAS / PFISTER RICCARDO E. / SURBEK DANIEL / TRUTTMANN ANITA C. / WISER JOSEPH / ZIMMERMANN ROLAND, Perinatale Betreuung an der Grenze der Lebensfähigkeit zwischen 22 und 26 vollendeten Schwangerschaftswoche – Revision der Schweizer Empfehlungen aus dem Jahre 2022, in: Schweizerische Ärztezeitung, Band 39, Nr. 4 (2012), S. 97 ff.
- BOYLES SARAH / NESS ROBERTA B. / MARKOVIC NINA / BROMBERGER JOYCE / GRISSO JEANE ANN / CIFELLI DENISE, Life Event Stress and the Association with Spontaneous Abortion in Gravid Women at an Urban Emergency Department, in: Health Psychology, Band 19, Nr. 6 (2000), S. 510 ff.
- BÖCKER JULIA, Der Wandel der Anerkennung von Fehl- und Totgeburt als Geburt eines Kindes, in: Österreichische Zeitschrift für Soziologie, Band 47 (2022), S. 59 ff.
- BRIER NORMAN, Grief Following Miscarriage – A Comprehensive Review of the Literature, in: Journal of Womens's Health, Band 17, Nr. 3 (2008), S. 451 ff.
- BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5. Aufl., Basel 2009.
- BUKOWSKI RADEK / CARPENTER MARSHALL / CONWAY DEBORAH / COUSTAN DONALD / DUDLEY DONALD J. / GOLDENBERG ROBERT L. / ROWLAND HOGUE CAROL J. / KOCH MATTHEW A. / PARKER CORETTE B. / PINAR HALIT / SAADE GEORGE R. / SILVER ROBERT M., Causes of Death among Stillbirth, in: JAMA Network, Band 306, Nr. 22 (2011), S. 2459 ff.
- CHAN YEE YIN / JAYAPRAKASAN TAN A. / THORNTON JIM G. / COOMARASAMY ARRI / RAINEFENNING NICHOLAS, Reproductive outcomes in women with congenital uterine anomalies – A systematic review, in: Ultrasound in Obstetrics & Gynecology, Band 38, Nr. 4 (2011), S. 371 ff.
- CHATENOUD LILIANE / PRAZZINI FABIO / DI CINTIO ELISABETTA / ZANCONATO GIOVANNI / BENZI GUIDO / BORTOLUS RENATA / LA VECCHIA CARLO, Paternal and Maternal Smoking Habits before Conception and During the First Trimester – Relation to Spontaneous Abortion, in: Annals of Epidemiology, Band 8, Nr. 8 (1998), S. 520 ff.

Comité Consultatif National d’Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Avis N°89 A propos de la conservation des corps des foetus et enfants mort-nés – Response à la saisine du Premier Ministre, Frankreich 2005 (zit. CCNE).

CREVOISIER CÉCILE / COTTIER MICHELLE, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, in: Die Praxis des Familienrechts, Nr. 2 (2021), S. 286 ff.

DEFRANCO EMILY / HALL ERIC / HOSSAIN MONIR / CHEN AIMIN / HAYNES ERIC N. / JONES DAVID / REN SHENG / LU LONG / MUGLIA LOUIS, Air Pollution and Stillbirth Risk: Exposure to Airborne Particulate Matter during Pregnancy is Associated with Fetal Death, in: Public Library of Science, Band 10, Nr. 3 (2015), S. 1 ff.

DESCHEAUX HENRI / STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001.

DIGGELMANN OLIVER, Kommentar zu Art. 13 BV, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

DITZ SUSANNE, Betreuung von Frauen mit einer Totgeburt, in: Der Gynäkologe, Band 34, Nr. 3 (2001), S. 212 ff.

DU FOSSÉ NADIA A. / VAN DER HOORN MARIE-LOUISE P. / VAN LITH JAN M. / LE CESSIE SASKIA / LASHLEY EILEEN, Advanced paternal age is associated with an increased risk of spontaneous miscarriage – A systematic review and meta-analysis, in: Human Reproduction Update, Band 26, Nr. 5 (2020), S. 650 ff.

EUGSTER GEBHARD (a), Kommentar zu Art. 29 KVG, in: Stauffer Hans-Ulrich / Cardinaux Basile (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich 2018.

EUGSTER GEBHARD (b), Kommentar zu Art. 64 KVG, in: Stauffer Hans-Ulrich / Cardinaux Basile (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich 2018.

Fachstelle Kindsverlust, Ein Kind früh in der Schwangerschaft verlieren – Informationen zu möglichen Wegen bei einer frühen Fehlgeburt, Bern 2019 (zit. Fachstelle Kindsverlust, Fehlgeburt).

FAMOS CLA RETO, Religiöse Gräberfelder auf öffentlichen Friedhöfen – Verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Famos Cla Reto / Pahud de Mortanges René / Ramaj Burin (Hrsg.), Konfessionelle Grabfelder auf öffentlichen Friedhöfen – Historische Entwicklung und aktuelle Rechtslage, Zürich 2016.

FANKHAUSER ROLAND / BLEICHENBACHER ANNA, Die zivil- und beurkundungsrechtliche Behandlung von Sternenkindern, in: Meier Philippe / Tappy Denis (Hrsg.), Jurisconsultus es, iuris nihil a te alienum putamus, Bern 2023, S. 213 ff.

FARR SHERRY L. / SCHIEVE LAURA A. / JAMIESON DENISE J., Pregnancy Loss among Pregnancies Conceived through Assisted Reproductive Technology in the United States from 1999-2002, in: American Journal of Epidemiology, Band 165, Nr. 12 (2007), S. 1380 ff.

- FENSTER LAURA / SCHAEFER CATHERINE / MATHUR ASHWINI / HIATT ROBERT A. / PIEPER CARL / HUBBARD ALAN E. / VON BEHREN JULIE / SWAN SHANNA H., Psychologic Stress in the Workplace and Spontaneous Abortion, in: American Journal of Epidemiology, Band 142, Nr. 11 (1995), S. 1176 ff.
- FEODOR NILSSON SANDRA / ANDERSEN PER KRAGH / STRANDBERG-LARSEN KATRINE / NYBO ANDERSEN ANNE-MARIE, Risk factors for miscarriage from a prevention perspective – A nationwide follow-up study, in: International Journal of Obstetrics and Gynaecology, Band 121, Nr. 11 (2014), S. 1375 ff.
- FREHNER LAYLA, Tiere und Naturentitäten – Könnten Tiere rechtsfähig sein?, in: Salihu Suad / Toparlak Rèya Tuna (Hrsg.), Neue Adressaten des Rechts, Zürich 2023.
- GAUTSCHI ADRIAN M., Kommentar zu Art. 29 KVG, in: Blechta Gabor P. / Colatrella Philomena / Rüedi Hubert / Staffelbach Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar. Krankenversicherungsgesetz und Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020.
- GIAKOUMELOU SEVI / WHEELHOUSE NICK / CUSCHIERI KATE / ENTRICAN GARY / HOWIE SARAH E. / HORNE ANDREW W., The role of infection in miscarriage, in: Human Reproduction Update, Band 22, Nr. 1 (2016), S. 116 ff.
- GODDIJN MARIETTE / LESCHOT NICO J., Genetic aspects of miscarriage, in: Baillière's Clinical Obstetrics and Gynaecology, Band 14, Nr. 5 (2000), S. 855 ff.
- GRÜNEWALD SERAINA, Verwirklichung von Grundrechten in der föderalen Schweiz – Dargestellt am Beispiel des Bestattungsrechts bei Tot- und Fehlgeburt, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 2 (2019), S. 59 ff.
- GUILLOD OLIVIER, Droit des personnes, 5. Aufl., Basel 2018.
- HARDY KATHY / HARDY PHILIP J. / JACOBS PATRICIA A. / LEWALLEN KEVIN / HASSOLD TERRY J., Temporal Changes in Chromosome Abnormalities in Human Spontaneous Abortions – Results of 40 Years of Analysis, in: American Journal of Medical Genetics, Band 170, Nr. 10 (2016), S. 2671 ff.
- HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.
- HENSCH ANGELA, Kommentar zur Art. 35a ArG, in: Blesi Alfred / Pietruszak Thomas / Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Kurzkommentar. Arbeitsgesetz, Basel 2018.
- HOFER IRENE, Kommentar zu Art. 5 ATSG, in: Frésard-Fellay Ghislaine / Klett Barbara / Leuzinger Susanne (Hrsg.), Basler Kommentar. Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, Basel 2019.
- JUNGO ALEXANDRA / REIDY JULIA, Vereinbarungen über die Elternschaft bei privater Samenspende, in: Die Praxis des Familienrechts, Nr. 3 (2023), S. 585 ff.
- KHATTAK SOHAIL / K-MOGHTADER GUITI / McMARTIN KRISTEN / KENNEDY DEBBIE / KOREN GIDEON, Pregnancy Outcome Following Gestational Exposure to Organic Solvents – A Prospective Controlled Study, in: JAMA Network, Band 281, Nr. 12 (1999), S. 1106 ff.

KIENER REGINA / KÄLIN WALTER / WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

LEISER CLAIRE L. / HANSON HEIDI A. / SAXYER KARA / STEENBLIK JACOB / AL-DULAIMI RAGHEED / MADSEN TROY / GIBBINS KAREN / HOTALING JAMES M. / IBRAHIM YETUNDE OLUSEYE / VANDERSLICE JAMES A. / FULLER MATTHEW, Acute effects of air pollutants on spontaneous pregnancy loss – A case-crossover study, in: Fertility and Sterility, Band 111, Nr. 2 (2019), S. 341 ff.

LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel – Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», in: Die Praxis des Familienrechts, Nr. 3 (2021), S. 656 ff.

LÖTSCHER CORDULA / REICH JOHANNES, Kommentar zu Art. 252 ZGB, in: Arnet Ruth / Breitschmid Peter / Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht I. Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB - Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl., Zürich 2023.

Kantonsspital St. Gallen, Gedänkstätte für Sternenkinder, am 10. August 2024 abgerufen von <<https://www.kssg.ch/news/2019/gedenkstaette-fuer-sternenkinder>> (zit. KSSG Sternenkinder).

MACONOCHE NOREEN / DOYLE PAT E. / PRIOR S. / SIMMONS REBECCA K., Risk factors for first trimester miscarriage – Results from a UK-population-based case-control study, in: International Journal of Obstetrics and Gynaecology, Band 114, Nr. 2 (2007), S. 170 ff.

MANAÏ DOMINIQUE (a), Kommentar zu Art. 31 CC, in: Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédic / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Commentaire Romand. Code Civil I Art. 1-456 CC, 2. Aufl., Basel 2023.

MANAÏ DOMINIQUE (b), Le droit civil saisi par la vie sans corps et par le corps sans vie, in: Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique - mélanges offerts à la société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève, Basel 1991, S. 205 ff.

MEIER PHILIPPE (a), Droit des personnes – Personnes physiques et morales, Art. 11-89a CC, 2. Aufl., Genf 2021.

MEIER PHILIPPE (b), L'enfant en droit suisse – quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Die Praxis des Familienrechts, Nr. 2 (2012), S. 255 ff.

MOLINARI EVA, Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung – Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion, Zürich 2018.

MONTAVON MICHAEL, La dignité humaine de l'enfant mort-né, in: Jusletter, 27. August 2012.

NAIDOO SALOSHNI / LONDON LESLIE / BURDORF ALEX / NAIDOO RAJEN / KROMHOUT HANS, Spontaneous miscarriages and infant deaths among female farmers in rural South Africa, in: Scandinavian journal of work, environment & health, Band 37, Nr. 3 (2011), S. 227 ff.

NEILSON JAMES P. / GYTE GILLIAN M. / HICKEY MARTHA / VAZQUEZ JUAN C. / DOU LIXIA, Medical treatments for incomplete miscarriage, in: Cochrane Database of Systematic Reviews, Nr. 3 (2013), S. 1 ff.

NESS ROBERTA B. / GRISSE JEANE ANN / HIRSCHINGER NANCY / MARKOVIC NINA / SHAW LESLIE M. / DAY NANCY L. / KLINE JENNIE, Cocaine and Tobacco Use and the Risk of Spontaneous Abortion, in: The New England Journal of Medicine, Band 340, Nr. 5 (1999), S. 333 ff.

NYBO ANDERSEN ANNE-MARIE / WOHLFAHRT JAN / CHRISTENS PETER / OLSEN JORN / MELBYE MADS, Maternal age and fetal loss – Population based register linkage study, in: British Medical Journal, Band 320, Nr. 7251, S. 1708 ff.

PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom des droits de la personnalité de l'enfant – Facettes choisies, in: Baddeley Margareta / Foëx, Bénédicte / Leuba Audrey / Papaux van Delden Marie-Laure (Hrsg.), Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manaï, Genf 2014, S. 97 ff.

PATHAK RAHUL / MUSTAFA MD. / AHMED RAFAT S. / TRIPATHI A.K. / GULERIA KIRAN / BANERJEE B.D., Association between recurrent miscarriages and organochlorine pesticide levels, in: Clinical Biochemistry, Band 43, Nr. 1-2 (2010), S. 131 ff.

PINELES BETH L. / PARK EDWARD / SAMET JONATHAN M., Systematic Review and Meta-Analysis of Miscarriage and Maternal Exposure to Tobacco Smoke During Pregnancy, in: American Journal of Epidemiology, Band 179, Nr. 7 (2014), S. 807 ff.

PORTMANN WOLFGANG / RUDOLPH ROGER (a), Kommentar zu Art. 324a OR, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.

PORTMANN WOLFGANG / RUDOLPH ROGER (b), Kommentar zu Art. 329 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.

PORTMANN WOLFGANG / RUDOLPH ROGER (c), Kommentar zu Art. 329f OR, in: Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.

QUENBY SIOBHAN / GALLOS IOANNIS S. / DHILLON-SMITH RIMA K. / PODESEK MARCELINA / STEPHENSON MARY D. / FISHER JOANNE / BROSENS JAN J. / BREWIN JANE, Miscarriage matters – The epidemiological, physical, psychological and economic cost of early pregnancy loss, in: Lancet, Band 397, Nr. 10285 (2021), S. 1658 ff.

REGAN LESLEY / BRAUDE PETER R. / TREMBATH PAULA L., Influence of past reproductive performance on risk of spontaneous abortion, in: British Medical Journal, Band 299 (1989), S. 541 ff.

REGAN LESLEY / RAI RAJ, Epidemiology and the medical causes of miscarriage, in: Baillière's Clinical Obstetrics and Gynaecology, Band 14, Nr. 5 (2000), S. 839 ff.

RENN CHRISTOPH, Seelsorger zur Gedenkstätte für Sternenkinder: «Das Spital braucht diesen Ort» – Interview mit Spitalsseelsorger Sepp Koller, in: Tagblatt Ostschweiz, 31. Juli 2018 (zit. Tagblatt Interview Spitalsseelsorger).

RIEMER HANS M., Personenrecht des ZGB – Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl., Bern 2002.

ROOS REINHARD, Perinatologische Definitionen, in: Genzel-Boroviczény Orsolya/Roos Reinhard (Hrsg.), Checkliste Neonatologie, 6. Aufl., Stuttgart 2019.

RÜTSCHE BERNHARD (a), Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Zürich 2009.

RÜTSCHE BERNHARD (b), Rechtsgutachten: Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern – Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Luzern 2017.

RÜTSCHE BERNHARD (c), Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: Zeitschrift des bernischen Justizenvereins, Nr. 2 (2016), S. 71 ff.

SAVIOZ-VIACCOZ VALÉRIE, L'embryon *in vitro*: émergence d'un nouvel objet de droit – Qualification juridique et contrats, Zürich 2021.

SCHINDLER BENJAMIN, Alte und neue Fragen zum Bestattungs- und Friedhofsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Band 124 (2023), S. 571 ff.

SCHMID CHRISTIAN P. R., Kommentar zu Art. 64 KVG, in: Blechta Gabor P. / Colatrella Philomena / Rüedi Hubert / Staffelbach Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar. Krankenversicherungsgesetz und Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020.

SCHMID LONE / SOBOTKA T. / BENTZGEN JENS / NYBOE ANDERSEN, Demographic and medical consequences of the postponement of parenthood, in: Human Reproduction Update, Band 18, Nr. 1 (2012), S. 29 ff.

SCHMITT NICOLAS, Le fédéralisme jusque dans la mort, in: Newsletter de l’Institut du fédéralisme, Nr. 1 (2016), S. 1 ff.

SCHWEIZER RAINER J. / SPENLÉ CHRISTOPH A., Kommentar zu Art. 7 BV, in: Ehrenzeller Bernhard / Egli Patricia / Hettich Peter / Hongler Peter / Schindler Benjamin / Schmid Stefan G. / Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar. Schweizerische Bundesverfassung I Art. 1-72 BV, 4. Aufl., Zürich 2023.

Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Feststellung des Todes im Hinblick auf Organtransplantationen und Vorbereitung der Organentnahme, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. SAMW Richtlinie Tod).

Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften, Palliative Care, 11. Aufl., Bern 2022 (zit. SAMW Palliative Care).

Schweizerischer Verband der Bestattungsdienste, FAQ – Bestattung, am 10. August 2024 abgerufen von <<https://bestatter.ch/haufig-gestellte-fragen-faq-schweiz-verband-der-bestattungsdienste/>> (zit. SVB, Bestattung).

SCHWENZER INGEBORG / COTTIER MICHELLE (a), Kommentar zu Art. 255a ZGB, in: Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

SCHWENZER INGEBORG / COTTIER MICHELLE (b), Kommentar zu Art. 256 ZGB, in: Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

SCHWENZER INGEBORG / COTTIER MICHELLE (c), Kommentar zu Art. 260 ZGB, in: Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022.

SIEGENTHALER TONI, Das Personenstandsregister, Bern 2013.

SPEER CHRISTIAN P., Grundlagen der Neonatologie, in: Hoffmann Georg F./Lentze Michael J./Spranger Jürgen/Zepp Fred (Hrsg.), Pädiatrie, Berlin 2014.

STANLEY KATE E. / GIORDANO JESSICA / THORSTEN VANESSA / BUCHOVECKY CHRISTIE / THOMAS AMANDA, Causal Genetic Variants in Stillbirth, in: The New England Journal of Medicin, Band 383, Nr. 12 (2020), S. 1107 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014.

STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

TSCHUMY NICOLAS, Le corps humain après la mort, Bern 2022.

TSCHUOR-NAYDOWSKI MICHAELA, Der Spätabbruch in der Schweiz - Eine rechtswissenschaftliche und medizinethische Betrachtung, Zürich 2014.

TUOR PETER / SCHNYDER BERNHARD / SCHMID JÖRG / JUNGO ALEXANDRA / HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich 2023.

WALDMANN BERNHARD (a), Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

WALDMANN BERNHARD (b), Kommentar zu Art. 35 BV, in: Waldmann Bernhard / Belser Eva Maria / Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015.

WINDHAM GAYLE / VON BEHREN JULIE / FENSTER LAURA / SCHAEFER CATHERINE / SWAN SHANNA H., Moderate Maternal Alcohol Consumption and Risk of Spontaneous Abortion, in: Epidemiology, Band 8, Nr. 5 (1997), S. 509 ff.

WOLF STEPHAN / WIEGAND WOLFGANG, Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. ZGB, in: Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023.

ZHANG LIQIANG / LIU WEIWEI / HOU KUN / LIN JINTAI / ZHOU CHENGHU / TONG XIAOHUA / WANG ZIYE, Air pollution-induced missed abortion risk for pregnancies, in: Nature Sustainability, Band 2 (2019), S. 1011 ff.

Materialienverzeichnis

Abstimmungsprotokoll vom 27. März 2024 zum Auftrag Wyss (A 0159/2023) «Bestattung von Sternenkindern» vom 5. Juli 2023 (zit. Abstimmungsprotokoll Auftrag Wyss).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Sommersession des Nationalrates 2020, S. 557 ff. (zit. Amtl. Bulletin NR 2020 557).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wintersession des Ständerates 2020, S. 1079 ff. (zit. Amtl. Bulletin SR 2020 1079).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Herbstsession des Ständerates 2023, S. 689 ff. (zit. Amtl. Bulletin SR 2023 689).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Frühjahrssession des Ständerates 2024, S. 1 ff. (zit. Amtl. Bulletin SR 2024 1).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Sommersession des Nationalrates 2024, S. 789 ff. (zit. Amtl. Bulletin NR 2024 789).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Herbstsession des Nationalrates 2024, S. 1359 ff. (zit. Amtl. Bulletin NR 2024 1359).

Auftrag Wyss (A 0159/2023) «Bestattung von Sternenkindern» vom 5. Juli 2023 (zit. Auftrag Wyss).

Bekanntmachung aus den Verhandlungen des Regierungsrates des Kantons Schaffhausen vom 4. Juni 2024 betreffend «Gleiche Regeln für Sternenkinder und Engelskinder» (zit. Verhandlungen des Regierungsrates SH).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahr 1896 vom 24. Februar 1897 (zit. BBl 1897 I 361).

Bericht des Bundesrates zum Postulat Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (18.3714) «Reformbedarf im Abstammungsrecht» vom 17. Dezember 2021 (zit. Bericht Reformbedarf Abstammungsrecht).

Bericht des Bundesrates zum Postulat Streiff-Feller (14.4183) «Verbesserung der civilstandesamtlichen Behandlung Fehlgeborener» vom 03. März 2017 (zit. Bericht Streiff-Feller).

Bericht der Expert(inn)engruppe zum Reformbedarf im Abstammungsrecht vom 21. Juni 2021 (zit. Bericht Expertinnengruppe).

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019 zur Parlamentarischen Initiative (13.468) «Ehe für alle» (zit. BBl 2019 8595).

Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2002 zur Parlamentarischen Initiative (01.426) «Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter» (zit. BBl 2002 7522).

Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 11. Februar 2013 zur Parlamentarischen Initiative (11.494) «Kostenbeteiligung bei Mutterschaft. Gleichbehandlung» (zit. BBl 2013 2459).

Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 15. April 2019 zur Parlamentarischen Initiative (18.441) «Indirekter Gegenentwurf zur Vaterschaftsurlaub-Initiative» (zit. BBl 2019 3405).

Beschluss des Grossen Rates des Kantons Bern vom 14. März 2023 zur Motion Leuenberger (201-2022) «Bestattung fehlgeborener Kinder ermöglichen» (zit. Grosser Rat BE Beschluss).

Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich (549/2015), Begründete Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 (zit. Beschluss des Regierungsrates ZH).

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung betreffend die Erlassung eines Gesetzes über die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 2. Oktober 1874 (zit. BBl 1974 III 1).

Botschaft des Bundesrates betreffend eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 140 ff. (zit. BBl 1997 I 140).

Botschaft des Bundesrates betreffend den Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen vom 12. September 2007, BBl 2007 6713 ff. (zit. BBl 2007 6713).

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Forschung an überzähligen Embryonen und embryonalen Stammzellen vom 20. November 2002 (zit. Botschaft Embryonenschutzgesetz).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014 (zit. BBl 2015 887).

Bundesamt für Justiz, Kommentierte Zivilstandesverordnung (ZStV) vom 28. April 2004, am 15. September 2024 abgerufen von <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/zivilstand/rechtsgrundlagen/zstvae_rderungen.html> (zit. Kommentierte ZStV).

Bundesamt für Justiz, Kreisschreiben EAZW Nr. 20.08.12.01 vom 01. Dezember 2008 – Angaben über Abstammung, Namen und Bürgerrecht des totgeborenen oder vor der Anerkennung verstorbenen Kindes (zit. BJ, Kreisschreiben).

Bundesamt für Justiz, Revision der Zivilstandesverordnung (ZStV) und der Verordnung über die Gebühren im Zivilstandswesen (ZStGV) – Erläuterungen zu «Bundeslösung Infostar», Zivilstandesamtliche Behandlung Fehlgeborener, Weitere Anpassungen vom 31. Oktober 2018 (zit. Erläuterungen Revision ZStV).

Bundesamt für Sozialversicherungen, Mutterschaftentschädigung, am 10. September 2024 abgerufen von <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/mutterschaft.html#446_1580389344885__content_bsv_de_home_sozialversic>

herungen_eo-msv_grundlagen-und-gesetze_mutterschaft_jcr_content_par_tabs> (zit. BSV, Mutterschaftsentschädigung).

Bundesamt für Statistik, Gestationsalter, am 15. September 2024 abgerufen von <[https://www.bfs.admin.ch/asset/de/5935884#:~:text=Gem%C3%A4ss%20dem%20Gestationsalter%20bei%20Geburt,Schwangerschaftswoche%20\(unter%20224%20Tage\)](https://www.bfs.admin.ch/asset/de/5935884#:~:text=Gem%C3%A4ss%20dem%20Gestationsalter%20bei%20Geburt,Schwangerschaftswoche%20(unter%20224%20Tage))> (zit. BFS, Gestationsalter).

Bundesamt für Statistik, Säuglingssterblichkeit, Totgeburten, am 15. August 2024 abgerufen von <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/sterblichkeit-todesursachen/saeuglingstotgeburten.html#21_1461223447965_content_bfs_de_home_statistiken_gesundheit_gesundheitszustand_sterblichkeit-todesursachen_saeuglings-totgeburten_jcr_content_par_tabs> (zit. BFS, Totgeburten).

Bundesamt für Statistik, Gebären in Schweizer Spitälern – Spitalaufenthalte während Schwangerschaft und Entbindung, Neuenburg 2017 (zit. StatSanté).

Bundesamt für Statistik, Sterblichkeitsdefinitionen vor und bei der Geburt sowie im ersten Lebensjahr, am 28. September 2024 abgerufen von <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/sterblichkeit-todesursachen/saeuglings-totgeburten.assetdetail.562143.html>> (zit. BFS, Sterblichkeitsdefinitionen).

Bundesamt für Umwelt, Entsorgung von medizinischen Abfällen – Vollzugshilfe zur Entsorgung von Abfällen aus dem Gesundheitswesen, Bern 2021 (zit. BAFU, medizinische Abfälle).

Einfache Anfrage Wittenwiler (95.1090) «Totgeborene Kinder» vom 23. Juni 1995 (zit. Einfache Anfrage Wittenwiler).

Empfehlungen der Expert(inn)engruppe zum Revisionsbedarf im Abstammungsrecht vom 21. Juni 2021 (zit. Empfehlungen Expertinnengruppe).

Frage Galladé (10.5120) «Leistungen bei Mutterschaft im Falle von Fehl- und Totgeburten» vom 15. März 2010 (zit. Frage Galladé).

Frage Quadranti (15.5156) «Engelskinder. Nachfrage zur Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 12.4090» vom 11. März 2015 (zit. Frage Quadranti).

HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements Band I, Bern 1914.

Interpellation Reynard (19.4302) «Welche rechtlichen Ansprüche haben Frauen, die eine Fehlgeburt oder Totgeburt erlitten haben?» vom 27. September 2019 (zit. Interpellation Reynard).

Interpellation Quadranti (12.4090) «Förderung von Engelskindergräbern auf Friedhöfen» vom 11. Dezember 2012 (zit. Interpellation Quadranti).

Motion Galladé (05.3589) «Leistungen bei Mutterschaft» vom 06. Oktober 2005 (zit. Motion Galladé).

Motion Gutzwiller (05.3591) «Leistungen bei Mutterschaft» vom 06. Oktober 2005 (zit. Motion Gutzwiller).

Motion Gysin (21.3734) «Vaterschaftsurlaub auch beim Tod des ungeborenen Kindes» vom 16. Juni 2021 (zit. Motion Gysin).

Motion Häberli-Koller (05.3590) «Leistungen bei Mutterschaft» vom 06. Oktober 2005 (zit. Motion Häberli-Koller).

Motion Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (22.3382) «Keine unnötigen Hürden bei der Stiefkindadoption» vom 08. April 2022 (zit. Motion RK-NR).

Motion Leuenberger (201-2022) «Bestattung fehlgeborener Kinder ermöglichen» vom 13. September 2022 (zit. Motion Leuenberger).

Motion Prezioso Batou (22.3125) «Vaterschaftsurlaub beim Tod des Kindes gewähren» vom 15. März 2022 (zit. Motion Prezioso Batou).

Motion Teuscher (05.3592) «Leistungen bei Mutterschaft» vom 06. Oktober 2005 (zit. Motion Teuscher).

Parlamentarische Initiative Maury Pasquier (11.494) «Kostenbeteiligung bei Mutterschaft. Gleichbehandlung» vom 21. Dezember 2011 (zit. Parlamentarische Initiative Maury Pasquier).

Petition Müller-Heiniger (24.2003) «Gestaffelter Mutterschutz nach Fehlgeburten» vom 9. Februar 2024 (zit. Petition Müller-Heiniger).

Postulat Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (18.3714) «Überprüfung des Abstammungsrechts» vom 21. August 2018 (zit. Postulat RK-SR).

Postulat Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (23.3962) «Unterstützung für Frauen nach einer Fehl- oder Totgeburt» vom 27. Juni 2023 (zit. Postulat SGK-SR).

Postulat Spring (P 226) «Bestattung von früh in der Schwangerschaft verstorbenen Kindern» vom 18. Juni 2024 (zit. Postulat Spring).

Postulat Streiff-Feller (14.4183) «Verbesserung der Rechtslage für Totgeborene» vom 11. Dezember 2014 (zit. Postulat Streiff-Feller).

Staatssekretariat für Wirtschaft, Arbeitsrecht – Freizeit und Feiertage, am 10. August 2024 abgerufen von
<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/freizeit-und-feiertage.html> (zit. SECO, Freizeit und Feiertage).

Standesinitiative Tessin (22.308) «Unterstützung für Frauen nach einer Fehl- oder Totgeburt» vom 9. Mai 2022 (zit. Standesinitiative Tessin).

Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Januar 2020 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 30. August 2019 betreffend die Parlamentarische Initiative (13.468) «Ehe für alle» (zit. BBI 2020 1273).

Stellungnahme des Bundesrates vom 6. November 2002 zum Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 3. Oktober 2022 betreffend die Parlamentarische Initiative (01.426) «Revision Erwerbsersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbsersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter» (zit. BBI 2003 1112).

Stellungnahme des Bundesrates vom 20. November 2019 zur Interpellation Reynard (19.4302) «Welche rechtlichen Ansprüche haben Frauen, die eine Fehlgeburt oder Totgeburt erlitten haben?» vom 27. September 2019 (zit. Stellungnahme Interpellation Reynard).

Stellungnahme des Bundesrates vom 01. September 2021 zur Motion Gysin (21.3734) «Vaterschaftsurlaub auch beim Tod des ungeborenen Kindes» vom 16. Juni 2021 (zit. Stellungnahme Motion Gysin).

Stellungnahme des Bundesrates vom 6. September 2023 zum Postulat Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (23.3962) «Unterstützung für Frauen nach einer Fehl- oder Totgeburt» vom 27. Juni 2023 (zit. Stellungnahme Postulat SGK-SR).

Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (11/2006) «Forschung an menschlichen Embryonen und Föten» vom 22. September 2005 (zit. Stellungnahme Ethikkommission).

Stellungnahme der Nationalen Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (32/2019) «Samenspende» vom 12. Dezember 2019 (zit. NEK, Samenspende).

Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 5. Juli 2023 zur Motion der EVP-Fraktion «Bestattung von Sternenkindern» vom 25. April 2023 (zit. Stellungnahme Regierungsrat AG).

Stellungnahme des Regierungsrates des Kantons Bern vom 25. Januar 2023 zur Motion Leuenberger (201-2022) «Bestattung fehlgeborener Kinder ermöglichen» vom 13. September 2022 (zit. Stellungnahme Regierungsrat BE).

Rechtsprechungsverzeichnis

Rechtsprechung des Bundesgerichts

BGE 41 II 648

BGE 45 I 119

BGE 70 II 127

BGE 97 I 221

BGE 97 V 193

BGE 98 Ia 508

BGE 101 II 177

BGE 107 V 99

BGE 111 Ia 231

BGE 112 V 303

BGE 119 Ia 460

BGE 123 I 112

BGE 125 I 300

BGE 126 II 377

BGE 127 I 6

BGE 127 I 115

BGE 127 V 268

BGE 129 I 173

BGE 129 I 232

BGE 129 I 302

BGE 131 III 623

BGE 132 I 49

BGE 133 V 73

BGE 134 III 241

BGE 135 I 49

BGE 136 I 297

BGE 136 V 239

BGE 138 I 265

BGE 138 I 305

BGE 139 I 292

BGE 142 II 425

BGE 143 I 388

BGE 144 III 1

BGE 144 V 184

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Urteil des EGMR vom 02. Juni 2005, Znamenskaya gegen Russland, 77785/01 (zit. EGMR Znamenskaya).

Urteil des EGMR vom 11. September .2007, Yildirim gegen Türkei, 25327/02 (zit. EGMR Yildirim).

Urteil des EGMR vom 14. Mai 2008, Hadri-Vionnet gegen Schweiz, 55525/00 (zit. EGMR Hadri-Vionnet).

Urteil des EGMR vom 12. Juni 2014, Maric gegen Kroatien, 50132/12 (zit. EGMR Maric).

Urteil des EGMR vom 26. Juni 2014, Petrova gegen Lettland, 4605/05 (zit. EGMR Petrova).

Urteil des EGMR vom 20. Juli 2021, Polat gegen Österreich, 12886/16 (zit. EGMR Polat).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV; SR 101).
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11).
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 06. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1).
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BFS	Bundesamt für Statistik
BJ	Bundesamt für Justiz
Bspw.	Beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).
EAZW	Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz vom 25. September 1952 (EOG; SR 834.1).
EOV	Erwerbsersatzverordnung vom 24. November 2004 (EOV; SR 834.11).
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMedG	Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung vom 18. Dezember 1998 (FMedG; SR 810.11).
Fn.	Fussnote

Gl. M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber/ in
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KLV	Verordnung des Eidgenössischen Departement des Innern über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 (KLV; SR 832.112.31).
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102).
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220).
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311).
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01).
Vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZStV	Schweizerische Zivilstandesverordnung vom 28. April 2004 (ZStV; SR 211.112.2)

1 Einleitung

Der Verlust eines Kindes vor oder während der Geburt gehört zu den einschneidendsten Erfahrung, die Eltern durchleben können. Expertinnen und Experten der Psychologie und Medizin gehen davon aus, dass der pränatale Verlust eines Kindes für die nahen Angehörigen oft als schwerwiegender psychische Belastung erlebt wird als der Verlust eines nahestehenden Erwachsenen und dass eine gewisse rechtliche Anerkennung den Trauerprozess unterstützen kann¹.

Fehl- und Totgeburten sind keine Seltenheit. In der Schweiz kommen täglich ein bis zwei Kinder tot zur Welt und Schätzungen zufolge endet jede dritte bis zehnte Schwangerschaft mit einer Fehlgeburt². Trotz dieser Häufigkeit ist die gesellschaftliche Tabuisierung des Todes, insbesondere des Todes von Embryonen und Föten, auch in der heutigen Zeit noch immer stark ausgeprägt³. Die Rechtsstellung der fehl- und totgeborenen Kinder sowie die rechtlichen Ansprüche der hinterbliebenen Eltern finden auch in der schweizerischen Rechtsprechung und in der juristischen Literatur nur marginale Beachtung. Demgegenüber werden Fehl- und Totgeburten auf politischer Ebene seit geraumer Zeit zum Gegenstand von Diskursen. So haben in den vergangenen Jahren zahlreiche parlamentarische Vorstöße⁴ bereits zu punktuellen Modifikationen von Gesetzen sowie Verordnungen geführt und damit zu einer gesellschaftlichen Anerkennung von fehl- und totgeborenen Kindern beigetragen⁵.

Diese Arbeit widmet sich der Rechtsstellung fehl- und totgeborener Kinder sowie den damit einhergehenden Rechten der hinterbliebenen Eltern in der Schweiz. In einem ersten Schritt sollen die begrifflichen und medizinischen Grundlagen sowie die Stellung von fehl- und totgeborenen Kindern im schweizerischen Zivilrecht erläutert werden. Anschliessend werden die Bestattungsrechte in Bezug auf Fehl- und Totgeborene untersucht sowie die kantonale und kommunale Bestattungsgesetzgebung und -praxis beleuchtet. Da die Rechtsstellung von fehl- und totgeborenen Kindern auch von den rechtlich gewährten Ansprüchen derer Eltern abhängt, wird in einem letzten Schritt die einschlägigen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Aspekte analysiert. In jedem dieser Abschnitte sollen die rechtlichen Herausforderungen de lege lata aufgezeigt sowie bewertet werden, inwiefern die geltenden Regelungen einerseits mit

¹ SAMW Palliative Care, S. 12; Bericht Streiff-Feller, S. 2 und 21; BÖCKER, S. 70; Ditz, S. 217

² Siehe dazu Kapitel 2.2.

³ SCHINDLER, S. 572; BÖCKER, S. 71 f.

⁴ Beispielsweise Postulat Streiff-Feller; Parlamentarische Initiative Maury Pasquier; Frage Galladé; Motion Galladé; Motion Teuscher; Motion Gutzwiller; Motion Häberli-Koller; Einfache Anfrage Wittenwiler; Motion Gysin; Motion Leuenberger.

⁵ Vgl. Bericht Streiff-Feller, S. 2 ff.

dem Grundrechtsschutz und andererseits mit den Bedürfnissen der hinterbliebenen Eltern im Einklang stehen.

2 Begriffliche, rechtliche und medizinische Grundlagen

Für ein tiefgehendes Verständnis der Rechtsstellung fehl- und totgeborener Kinder müssen zuerst zentrale Begriffe sowie Risikofaktoren und Ursachen einer Fehl- oder Totgeburt erläutert werden. Die Relevanz der Thematik wird sodann durch statistische Auswertungen verdeutlicht.

2.1 Fehlgeburt und Totgeburt: Definitionen und Abgrenzungen

Eine Fehlgeburt liegt dann vor, wenn ein Kind einerseits ohne Lebenszeichen auf die Welt kommt und es andererseits ein Geburtsgewicht von unter 500 Gramm oder ein Gestationsalter⁶ von weniger als 22 vollendeten Wochen aufweist⁷. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Fehlgeburt spontan aufgetreten ist oder medizinisch induziert wurde⁸. Wird ein Kind ohne Lebenszeichen geboren, ist hingegen einer der oben genannten Grenzwerte bereits überschritten, spricht man von einer Totgeburt⁹. Diese Legaldefinitionen wurden in Übereinstimmung mit der medizinischen Definition der Weltgesundheitsorganisation erarbeitet¹⁰.

Gemäss der kommentierten Zivilstandsverordnung des Bundesrates bedeutet «ohne Lebenszeichen»¹¹, dass das Kind ohne Herzschlag und mit fehlender Spontanatmung zur Welt kommt¹². Das heisst, dass auch jegliche Reanimationsversuche erfolglos bleiben oder das Kind nur mit Hilfe einer künstlichen Beatmung¹³ am Leben bleiben kann¹⁴. Ein Teil der Lehre schlägt jedoch vor, analog zu Art. 9 Abs. 1 des Transplantationsgesetzes¹⁵ die Auffassung zu vertreten, nach der ein Kind lebt, solange es nicht hirntot ist¹⁶. Diese Auslegung erscheint insofern gerechtfertigt zu sein, als es einerseits unerkennbar ist, warum auf ein fehl- oder totgeborenes Kind nicht dieselben Kriterien anzuwenden sind wie auf Menschen im Allgemeinen, nämlich, dass ein Mensch tot ist, «wenn die Funktionen seines Hirns einschliesslich des Hirnstamms

⁶ Das Gestationsalter bezeichnet das Alter des Embryos, Fetus‘ oder Neugeborenen seit Schwangerschaftsbeginn, das heisst, seit dem ersten Tag der letzten Menstruationsblutung der Mutter. Siehe dazu BFS, Gestationsalter; SPEER, S. 1; ROOS, S. 15.

⁷ Art. 9a Abs. 1 ZStV.

⁸ ROOS, S. 15.

⁹ Art. 9 Abs. 2 ZStV; Bericht Streiff-Feller, S. 9.

¹⁰ Bericht Streiff-Feller, S. 8; Kommentierte ZStV, S. 11, Art. 9.

¹¹ Siehe Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 und Art. 9a Abs. 1 ZStV.

¹² Kommentierte ZStV, S. 11, Art. 9.

¹³ Siehe näher dazu TSCHUMY, Rz. 614.

¹⁴ BERETTA, Rz. 4; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 43.

¹⁵ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz; SR 810.21).

¹⁶ BUCHER, Rz. 209; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 42; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 445 ff.; PAPUAUX VAN DELDEN, S. 108; GUILLOD, Rz. 33; MEIER, Rz. 40 ff.

irreversibel ausgefallen sind»¹⁷. Zudem erscheint ein Hirntod zur Feststellung des Todes als gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber in Art. 31 Abs. 1 ZGB, nach dem die Persönlichkeit mit dem Tode endet, bewusst auf eine Umschreibung des Todeszeitpunktes verzichtet hat¹⁸. Stattdessen sollte sich dessen Auslegung nach dem objektiv-zeitgemässen Sinn, nämlich dem jeweils massgebenden Erkenntnisstand der Medizinwissenschaft, richten¹⁹. Gemäss den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften, die jeweils den anerkannten Stand der medizinischen Forschung wiedergeben²⁰, ist ein Mensch als tot anzusehen, wenn entweder ein irreversibler Herzstillstand oder eine primäre Hirnschädigung zum vollständigen, irreversiblen Funktionsausfall des Gehirns führt²¹. Aus dieser Sicht würde es sich auch um eine Fehl- oder Totgeburt handeln, wenn das Herz des Kindes nach der Geburt schlägt, sein Gehirn hingegen irreversibel zerstört ist.

Fehlgeburten lassen sich zudem in frühe und späte Fehlgeburten oder sogenannte Früh- und Spätaborte unterteilen. Dabei spricht man von einem Frühabort, wenn die Schwangerschaft in den ersten zwölf Wochen endet²². Ein Spätabort ist dagegen dann gegeben, wenn das Kind zwischen der 12. und vollendeten 22. Schwangerschaftswoche beziehungsweise mit einem Geburtsgewicht von unter 500 Gramm und ohne Lebenszeichen zur Welt kommt²³.

Bei der Festlegung der Grenze von 22 vollendeten Schwangerschaftswochen oder 500 Gramm wurde auf die aktuelle Untergrenze der Lebensfähigkeit gemäss der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie abgestellt²⁴. Dies bedeutet, dass ein Fötus mit einem Mindestgewicht von 500 Gramm oder einem Gestationsalter von 22 vollendeten Wochen wahrscheinlich reif genug wäre, um seine Entwicklung ausserhalb des Mutterleibes fortzusetzen²⁵.

Totgeburten und Fehlgeburten müssen von kurz nach der Lebendgeburt verstorbenen Kindern abgegrenzt werden. Sobald auch nur minimale Lebenszeichen während kürzester Dauer nach dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Körper der Mutter erkennbar sind, liegt,

¹⁷ Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (Transplantationsgesetz; SR 810.21).

¹⁸ HUBER, S. 73.

¹⁹ HUBER, S. 73; BGE 98 Ia 508 E. 3a S. 512 f.

²⁰ BGE 98 Ia 508 E. 3a S. 513. Auf die SAMW *Richtlinie Tod* verweist auch Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung; SR 810.211).

²¹ SAMW *Richtlinie Tod*, S. 13.

²² Fachstelle Kindsverlust, Fehlgeburt, S. 4; BFS, Sterblichkeitsdefinitionen.

²³ Fachstelle Kindsverlust, Fehlgeburt, S. 18; BFS, Sterblichkeitsdefinitionen.

²⁴ Bericht Streiff-Feller, S. 14.

²⁵ BERGER ET AL., S. 98.

medizinisch als auch rechtlich gesehen, eine Lebendgeburt vor²⁶. Ob im spezifischen Einzelfall eine Lebend-, Fehl- oder Totgeburt zu beurkunden ist, entscheidet in erster Linie die entsprechende medizinische Einrichtung²⁷.

2.2 Häufigkeit, Risikofaktoren und Ursachen von Fehl- und Totgeburten

In der Schweiz werden jährlich 310-400 Totgeburten verzeichnet, das heisst, dass täglich ein bis zwei Kinder tot zur Welt kommen²⁸. Fehlgeburten werden im Gegensatz zu Totgeburten weder dem Bundesamt für Statistik gemeldet noch im Personenstandsregister beurkundet²⁹. Aus diesem Grund ist die Erfassung von Fehlgeburten in der Statistik nur unvollständig möglich. Indizien lassen sich jedoch den Krankenhausstatistiken entnehmen, welche die Aufenthalte in Krankenhäusern aufgrund einer Geburt oder Schwangerschaftskomplikationen verzeichnen. Demzufolge endete im Jahr 2004 jede sechste Schwangerschaft mit einem Abort, wobei diese Statistik sowohl Spontanaborte als auch medizinisch induzierte Schwangerschaftsabbrüche umfasst³⁰. Damit ist die Fehlgeburt die am häufigsten auftretende Komplikation während einer Schwangerschaft³¹. Fehlgeburten, die keine oder nur eine ambulante Behandlung nach sich zogen, blieben statistisch hingegen unberücksichtigt³². Entsprechend dürfte die Dunkelziffer deutlich höher ausfallen³³.

Experten gehen davon aus, dass weltweit jede dritte bis zehnte Schwangerschaft in einer Fehl- oder Totgeburt endet, wobei das Risiko insbesondere mit zunehmendem Alter der Eltern ansteigt³⁴. So ist das Risiko einer Fehl- oder Totgeburt bei Frauen im Alter von 20 bis 35 Jahren mit circa 10 bis 15 Prozent am geringsten und steigt ab einem Alter von 40 Jahren auf über 50 Prozent an^{35 36}. Auch bei Männern ab 40 Jahren steigt das Risiko³⁷. Weitere Risikofaktoren sind

²⁶ HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 41.

²⁷ Bericht Streiff-Feller, S. 8; Kommentierte ZStV, S. 11, Art. 9.

²⁸ BFS, Totgeburten. Die angegebenen Zahlen beziehen sich auf die Jahre 2007-2022.

²⁹ Art. 9a Abs. 3 ZStV. Siehe dazu gleich in Kapitel 4.2.

³⁰ StatSanté, S. 10.

³¹ Vgl. dazu StatSanté, S. 11.

³² StatSanté, S. 10.

³³ Bericht Streiff-Feller, S. 10.

³⁴ SCHMID ET AL., S. 37; DU FOSSÉ ET AL., S. 651; QUENBY ET AL., S. 1659; Bericht Streiff-Feller, S. 10.

³⁵ Bei den angegebenen Wahrscheinlichkeiten handelt es sich um Durchschnittswerte. Die Wahrscheinlichkeiten schwanken je nach durchgeföhrter Studie und Land. Ausserdem wurden in manchen Studien nur Fehl- und Totgeburten bis zur 24. Schwangerschaftswoche berücksichtigt.

³⁶ NYBO ANDERSEN ET AL., S. 1709; QUENBY ET AL., S. 1659; SCHMID ET AL., S. 38; FARR / SCHIEVE / JAMIESON, S. 1384.

³⁷ SCHMID ET AL., S. 37; QUENBY ET AL., S. 1661.

unter anderem starkes Über- oder Untergewicht der Frau³⁸, frühere Fehlgeburten³⁹, Rauchen⁴⁰, Alkohol⁴¹, Stress⁴², Luftverschmutzung⁴³ oder eine hohe Pestizidbelastung⁴⁴.

Die meisten Aborte ereignen sich vor der zwölften Schwangerschaftswoche⁴⁵, wobei die Hälfte dieser Fehlgeburten auf chromosomal Anomalien des Embryos oder Fötus‘ zurückzuführen sind⁴⁶. Experten vermuten, dass sonstige medizinische Ursachen für eine Fehl- oder Totgeburt hormonelle Störungen⁴⁷, Autoimmunkrankheiten⁴⁸, bakterielle und virale Infekte⁴⁹, uterine Anomalien⁵⁰ sowie Blutgerinnungsstörungen⁵¹ der schwangeren Frau sind. Für die Mehrzahl der Fehl- und Totgeburten scheint es jedoch trotz umfangreicher Untersuchungen keine medizinischen Erklärungen zu geben⁵².

³⁸ MACONOCHE ET AL., S. 175; FEODOR NILSSON, S. 1375.

³⁹ REGAN / BRAUDE / TREMBATH, S. 541; QUENBY ET AL., S. 1661; MACONOCHE ET AL., S. 175.

⁴⁰ NESS ET AL., S. 333; PINELES / PARK / SAMET, S. 814 ff.; CHATENOUD ET AL., S. 520.

⁴¹ ARMSTRONG / McDONALD / SLOAN, S. 85 f.; WINDHAM ET AL., S. 509; FEODOR NILSSON, S. 1375.

⁴² MACONOCHE ET AL., S. 170; FENSTER ET AL., S. 1176; BOYLES ET AL., S. 512.

⁴³ DEFARNO, S. 1; ZHANG ET AL., S. 1012; LEISER ET AL., S. 341.

⁴⁴ NAIDOO ET AL., S. 227; PATHAK ET AL., S. 131; KHATTAK ET AL., S. 1106.

⁴⁵ REGAN / RAI, S. 840; GODDIJN / LESCHOT, S. 855.

⁴⁶ HARDY ET AL., S. 2671; NEILSON ET AL., S. 2; GODDIJN / LESCHOT, S. 855.

⁴⁷ REGAN / RAI, S. 843 f.

⁴⁸ QUENBY AT AL., S. 1662; REGAN / RAI, S. 844 ff.

⁴⁹ GIAKOUMELOU ET AL., S. 116; BUKOWSKI ET AL., S. 2459.

⁵⁰ CHAN ET AL., S. 371; BUKOWSKI ET AL., S. 2459.

⁵¹ QUENBY ET AL., S. 1663; REGAN / RAI, S. 847 f.

⁵² HARDY ET AL., S. 2671; STANLEY ET AL., S. 1107.

3 Rechtsfähigkeit eines Fehl- und Totgeborenen

In Art. 11 ZGB wird die «Persönlichkeit im Allgemeinen»⁵³ statuiert, nämlich, dass grundsätzlich jede Person rechtsfähig ist⁵⁴ und somit die Fähigkeit innehaltet, zum Subjekt von Rechten und Pflichten zu werden⁵⁵. Der Anfang und das Ende der Persönlichkeit und damit auch der Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person im Sinne von Art. 11 ZGB richtet sich nach Art. 31 ZGB. Demgemäß beginnt die Persönlichkeit mit dem Leben nach vollendeter Geburt⁵⁶.

Eine Geburt gilt dann als vollendet, wenn das Kind vollständig aus dem Mutterleib ausgetreten ist⁵⁷ – keine Rolle spielt, ob dies durch eine vaginale Geburt oder durch einen Kaiserschnitt geschieht und ob eine Durchtrennung der Nabelschnur und die Ausscheidung der Plazenta bereits stattgefunden haben oder nicht⁵⁸.

Dem französischen Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 ZGB lässt sich sodann entnehmen, dass die Persönlichkeit mit der vollendeten Geburt des «l'enfant vivant», also des lebenden Kindes, beginnt. Demzufolge muss zusätzlich zur vollendeten Geburt ein Stadium erreicht sein, in dem der Fötus bereits als Kind bezeichnet werden kann. Dies ist laut herrschender Lehre gegeben, sobald der Fötus ausserhalb des Mutterleibs entwicklungsfähig ist⁵⁹. Die Beurteilung der Entwicklungsfähigkeit hängt vom aktuellen Stand der neonatalen Medizinwissenschaft ab. Demgemäß kann ein Fötus, wie bereits in Kapitel 2.1 erwähnt, mit einem Mindestgewicht von 500 Gramm oder einem Gestationsalter von 22 vollendeten Wochen reif genug sein, um seine Entwicklung ausserhalb des Mutterleibes fortzusetzen⁶⁰.

Das Kriterium des «Lebens» ist schlussendlich erfüllt, wenn das Kind nach vollendeter Geburt Lebenszeichen zeigt. Was dies im Detail bedeutet, wurde bereits in Kapitel 2.1 analysiert. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass es in diesem Sinne ausreicht, wenn das Kind im Moment der vollendeten Geburt lebt, auch wenn es nicht auf Dauer lebensfähig ist⁶¹.

Als Zwischenfazit lässt sich folglich sagen, dass Fehl- und Totgeborene gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB keine Rechtspersönlichkeit im Sinne von Art. 11 ff. ZGB erwerben können, da sie – bereits

⁵³ Marginalie von Art. 11 ZGB.

⁵⁴ Art. 11 Abs. 1 ZGB.

⁵⁵ Art. 11 Abs. 2 ZGB.

⁵⁶ Art. 31 Abs. 1 ZGB.

⁵⁷ Vgl. dazu den italienischen Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 ZGB: «[...] fuori dall'alvo materno [...].»

⁵⁸ DESCHENAUX / STEINAUER, Rz. 454; BUCHER, Rz. 194; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 428; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 40.

⁵⁹ BERETTA, Rz. 5; MANAÏ (a), Rz. 4; MONTAVON, S. 3; BUCHER, Rz. 197 f.; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 429 f.; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 46; DESCHENAUX / STEINAUER, Rz. 455.

⁶⁰ BERGER ET AL., S. 98.

⁶¹ Vgl. Art. 544 Abs. 1 ZGB; BERETTA, Rz. 4; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 431 ff.

definitionsgemäss – die Voraussetzung der Lebendgeburt nicht erfüllen. Bei Fehlgeborenen kommt noch hinzu, dass sie das Stadium der Entwicklungsfähigkeit ausserhalb des Mutterleibes und somit – entgegen dem Wortlaut von Art. 9a Abs. 1 ZStV – den Status eines «Kindes» im Sinne von Art. 31 Abs. 1 ZGB nie erreichen werden.

Das Gesetz schreibt jedoch bereits dem ungeborenen Kind in Art. 31 Abs. 2 ZGB eine bedingte Rechtspersönlichkeit zu, die sich erst mit Eintritt der Lebendgeburt⁶² voll entfaltet. Ob es sich beim Vorbehalt der Lebendgeburt um eine Suspensivbedingung⁶³ oder um eine Resolutivbedingung⁶⁴ handelt, ist in der Lehre umstritten. Ein Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass das Kind die Rechtspersönlichkeit nur dann erlangt, wenn es lebend geboren wird, und zwar rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Zeugung⁶⁵ ⁶⁶. Ein anderer Teil der Lehre deutet das Schweigen des Gesetzgebers dahingehend, dass eine Wahl zwischen Resolutiv- und Suspensivbedingung zugunsten des Kindes getroffen werden muss⁶⁷. Die Mehrheit der Lehre sowie das Bundesgericht vertreten hingegen die Auffassung, dass das ungeborene Kind bereits ab dem Zeitpunkt der Zeugung bedingte Rechtspersönlichkeit zukommt, diese allerdings rückwirkend im Falle einer Fehl- oder Totgeburt wegfällt⁶⁸. Mit dieser Lösung wird zumindest die Existenz des Fötus oder Embryos durch den Erwerb vorgeburtlicher Schutzrechte juristisch anerkannt⁶⁹. Vorliegend ist die detaillierte Auseinandersetzung um Resolutiv- und Suspensivbedingung jedoch irrelevant, da bei beiden Lösungen die Entfaltung der Rechtspersönlichkeit an die Bedingung der Lebendgeburt geknüpft ist. Aus offensichtlichen Gründen kann weder bei einem Fehlgeborenen noch bei einem Totgeborenen eine Lebendgeburt vorliegen, folglich erlangen diese unter keinen Umständen Rechtspersönlichkeit im Sinne von Art. 11 ff. ZGB.

⁶² Für die Lebendgeburt gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Lebendgeburt gemäss Art. 31 Abs. 1 ZGB. Vgl. dazu BERETTA, Rz. 19.

⁶³ Vgl. Art. 151 ff. OR

⁶⁴ Vgl. Art. 154 OR.

⁶⁵ Die Festlegung des Zeugungszeitpunktes ist in der Lehre umstritten. Siehe näher dazu BERETTA, Rz. 12 ff.

⁶⁶ MANAI (b), S. 217; RIEMER, Rz. 123.

⁶⁷ BUCHER, Rz. 202; MEIER (a), Rz. 29; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 52.

⁶⁸ DESCHEAUX / STEINAUER, Rz. 464; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 438; TUOR ET AL., S. 115, Rz. 2; MONTAVON, S. 4; GUILLOD, Rz. 31; BGE 41 II 648 E.2 S. 649 ff.

⁶⁹ STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 438; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 53.

Die Schweizer Privatrechtsordnung folgt grundsätzlich der dualistischen Theorie, dass alles, was keine Person ist, eine Sache sein muss⁷⁰. Deshalb stellt sich zwangsläufig die Frage, ob fehl- oder totgeborene Kinder als Sache im Sinne von Art. 641 ff. ZGB zu qualifizieren sind. Eine Sache wird definiert als materielles, unpersönliches und nicht tierisches Objekt, das eine rechtliche Einheit bildet sowie der menschlichen Kontrolle unterliegt⁷¹. Folglich wären fehl- und totgeborene Kinder Dinge, an denen man Rechte wie beispielsweise Eigentum und Besitz begründen könnte. Gemäss Montavon würde diese Auffassung jedoch dem menschlichen Pietätsgefühl zuwiderlaufen⁷². So schreibt auch der Bundesrat in seinem Bericht zum Postulat Streiff-Feller: «Embryonen und Föten werden durch verschiedene Erlasse [...] geschützt; mit diesen Regelungen soll verhindert werden, dass sie zum Objekt degradiert werden»⁷³. Obwohl sich der Bundesrat dabei auf lebende Embryonen und Föten bezieht, verrät ein Blick in die unterschiedlichen Gesetzbücher und Rechtsprechungen, dass fehl- und totgeborenen Kindern eine gewisse rechtliche Anerkennung, Berücksichtigung und Rechtsstellung verliehen wird⁷⁴. Fehl- und Totgeborene könnten somit – ähnlich wie Tiere⁷⁵ oder Leichen⁷⁶ – das Potenzial haben, die dualistische Rechtsordnung zumindest ein Stück weit aufzubrechen und dabei einen zivilrechtlichen Status sui generis einnehmen⁷⁷.

⁷⁰ MONTAVON, Rz. 14; TSCHUMY, Rz. 182; FREHNER, S. 116; SAVIOZ-VIACCOZ, Rz. 940.

⁷¹ WOLF / WIEGAND, Rz. 6 ff.

⁷² MONTAVON, Rz. 14.

⁷³ Bericht Streiff-Feller, S. 16.

⁷⁴ Siehe dazu nachfolgende Kapitel.

⁷⁵ Näher dazu FREHNER, S. 116 ff.

⁷⁶ Näher dazu TSCHUMY, Rz. 181 ff.

⁷⁷ MONATVON, Rz. 16.

4 Zivilstandsamtliche Behandlung von Fehl- und Totgeborenen

Zivilstandsergebnisse und Zivilstandstatsachen, wie beispielsweise die Geburt, die Namen, der Tod und das Kindesverhältnis einer Person, werden in der Schweiz von den zuständigen Zivilstandesämtern erfasst und im elektronischen Personenstandsregister beurkundet⁷⁸. Die Daten der jeweiligen Personen, die im Personenstandsregister aufgeführt sind, werden auf Grundlage der Familienrechtsverhältnisse miteinander verknüpft⁷⁹. Welche Unterscheide sich dabei aus der zivilstandesamtlichen Behandlung von fehl- und totgeborenen Kindern ergeben, soll in den nachfolgenden Kapiteln untersucht werden.

4.1 Die Beurkundung von totgeborenen Kindern

Die Aufnahme ins Personenstandsregister erfolgt grundsätzlich mit Beurkundung der Geburt⁸⁰, wobei unter dem Begriff der Geburt sowohl Lebend- als auch Totgeburten zu verstehen sind⁸¹. Die Beurkundung von Totgeburten im Personenstandsregister ist obligatorisch⁸² und erfolgt auf Grundlage einer ärztlichen Bescheinigung⁸³. Die Beurkundung im Personenstandsregister ist jedoch nur deklaratorischer Natur und entfaltet demnach keine Rechtswirkung⁸⁴.

4.1.1 Abstammungsverhältnisse

Da Totgeborene keine Rechtspersönlichkeit nach Art. 31 ZGB erlangen, entsteht aus zivilrechtlicher Sicht weder zur biologischen Mutter noch zum anderen Elternteil ein Kindesverhältnis im Sinne von Art. 252 ff. ZGB⁸⁵. Folglich ist rein rechtlich gesehen nicht von «der Mutter», «dem Vater», «dem anderen Elternteil», «den Eltern» et cetera die Rede, sondern von der Person, die die Totgeburt erlitten hat und von der Person, die aufgrund gesetzlicher Vermutung oder durch Anerkennung rechtlicher Elternteil des Kindes geworden wäre⁸⁶.

Nichtsdestotrotz werden die Angaben über die gesetzlich begründete Abstammung totgeborener Kinder analog zu der Entstehung eines Kindesverhältnisses nach Art. 252 ff. ZGB

⁷⁸ Art. 7 f. ZStV; Art. 6a Abs. 2 ZStV i.V.m. Art. 39 Abs. 1 ZGB.

⁷⁹ Art. 15 Abs. 4 ZStV.

⁸⁰ Art. 15a ZStV.

⁸¹ Art. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 8 Bst. e und Art. 9 Abs. 1 ZStV.

⁸² Vgl. Art. 34 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 ZStV.

⁸³ Art. 35 Abs. 5 ZStV.

⁸⁴ Bericht Streiff-Feller, S. 24.

⁸⁵ BJ. Kreisschreiben, S. 4; Bericht Streiff-Feller, S. 25; LÖTSCHER / REICH, Rz. 5.

⁸⁶ Vgl. Erläuterungen Revision ZStV, S. 7; E-Mail Bundesamt für Justiz in Anhang 1. Wobei hier zu erwähnen ist, dass dies weder in der ZStV noch vonseiten der Behörden konsequent durchgesetzt wird. So ist beispielsweise in Art. 9c Abs. 2 ZStV von «Mutter» und «Vater» die Rede, der Bundesrat im Bericht Streiff-Feller (vgl. u.a. S. 9, 22, 23, 25, 27) sowie das Bundesamt für Justiz in seinem Kreisschreiben (vgl. u.a. S. 4, 6, 8, 9) verwenden mehrmals die Begriffe «Eltern», «Mutter» oder «Vater» in Verbindung mit Tot- und Fehlgeborenen. In dieser Arbeit werden aus Gründen der besseren Lesbarkeit und der Anerkennung der Eltern als «richtige» Eltern weiterhin Begriffe wie «biologische Mutter», «anderer Elternteil», «Eltern» et cetera verwendet.

im Personenstandsregister erfasst⁸⁷ und die Datensätze mit denen der Eltern verknüpft⁸⁸. Somit gilt als Mutter im Sinne von Art. 8 Bst. g ZStV in erster Linie immer die gebärende Frau, also die Person, die die Totgeburt erlitten hat⁸⁹. Für den anderen Elternteil kommen sodann die Bestimmungen nach Art. 255 ff. ZGB für eine sinngemäss Anwendung in Frage.

Bei heterosexuellen Eltern greift zunächst die gesetzliche Vermutung, dass der Ehemann der Vater⁹⁰ des totgeborenen Kindes ist⁹¹. Falls die Eltern nicht verheiratet sind oder die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes erfolgreich mittels Anfechtungsklage⁹² ausgeräumt wurde, kann der Vater das Kind sinngemäss zu Art. 260 ZGB i.V.m. Art. 11 ZStV entweder vor oder nach⁹³ der Totgeburt anerkennen⁹⁴.

Bei verheirateten Frauenpaaren ist die Ehefrau der gebärenden Mutter als Mutter des Totgeborenen zu beurkunden⁹⁵, wenn einerseits die gebärende Mutter gemäss den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes mittels einer Samenspende in der Schweiz schwanger wurde und andererseits die beiden Mütter zum Zeitpunkt der Totgeburt miteinander verheiratet ist⁹⁶. Ersteres ist mittels einer ärztlichen Bestätigung gegenüber dem Zivilstandesamt zu belegen⁹⁷. Eine Anfechtungsklage analog zur Anfechtung der gesetzlichen Vaterschaftsvermutung nach Art. 256 ff. ZGB ist weder gesetzlich vorgesehen noch sinngemäss möglich⁹⁸. Im Falle, dass die Einwilligung der Ehefrau zur Samenspende fehlt, kann jedoch eine Berichtigungsklage des Personenregistereintrages nach Art. 42 ZGB erhoben werden⁹⁹. Bei lesbischen Paaren, die nicht verheiratet sind, kann die Elternschaft zur nicht-biologischen Mutter weder durch Vermutung gemäss Art. 255a ZGB noch durch Kindesanerkennung analog zu Art. 260 ZGB i.V.m. Art. 11 ZStV oder durch Urteil analog zu Art. 261 ff. ZGB begründet werden¹⁰⁰. Ausserhalb der Ehe kommt bei Frauenpaaren somit grundsätzlich nur die Stiefkindadoption nach Art. 264c i.V.m. Art. 264 ZGB durch die eingetragene Partnerin oder

⁸⁷ BJ, Kreisschreiben, S. 5.

⁸⁸ SIEGENTHALER, Rz. 78.

⁸⁹ Vgl. Art. 252 Abs. 1 ZGB.

⁹⁰ Art. 8 Bst. g i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. 1 ZStV.

⁹¹ Vgl. Art. 255 ZGB.

⁹² Vgl. Art. 256 ff. ZGB.

⁹³ Gemäss dem Kreisschreiben des Bundesamtes für Justiz kann eine Erklärung zur Anerkennung der Vaterschaft eines Totgeborenen jederzeit eingereicht werden, auch wenn die Eintragung vor Inkrafttreten des Kreisschreibens, das heisst vor dem 1. Dezember 2008, bereits einmal abgelehnt wurde. Siehe dazu BJ, Kreisschreiben, S. 7.

⁹⁴ Siehe dazu auch BJ, Kreisschreiben, S. 5 und 9.

⁹⁵ Analog zu Art. 8 Bst. 1 ZStV.

⁹⁶ Vgl. Art. 255a ZGB i.V.m. Art. 1 ff. FMedG. Siehe näher dazu LÖTSCHER, S. 659 ff; SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 4 ff.

⁹⁷ Art. 35 6bis ZStV.

⁹⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 1 FMedG; LÖTSCHER, S. 663 m.w.H.

⁹⁹ SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 15.

¹⁰⁰ JUNGO / REIDY, S. 595; LÖTSCHER, S. 665; SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 5; LÖTSCHER / REICH, Rz. 10 ff.

Lebensgefährtin der gebärenden Mutter in Frage¹⁰¹. Gleches gilt für verheiratete Frauenpaare, die sich nicht für eine Samenspende nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsgesetzes, sondern für eine private Samenspende oder eine Samenspende aus einer ausländischen Samendatenbank zur Zeugung ihres gemeinsamen Kindes entschieden haben¹⁰². Für die nicht-biologische Mutter ist die Adoption ihres geplanten jedoch totgeborenen Kindes trotzdem nicht möglich, da die notwendige Voraussetzung des einjährigen Pflege- und Erziehungsverhältnisses zwischen der adoptierenden Person und dem Kind im Sinne von Art. 264 Abs. 1 ZGB im Falle einer Totgeburt nicht gegeben sein kann. Folglich wird bei einem totgeborenen Kind mit zwei Müttern, die entweder unverheiratet sind oder eine private oder ausländische Samenspende zur Zeugung ihres Kindes in Anspruch genommen haben, lediglich ein Elternteil im Sinne von Art. 8 Bst. g ZStV, nämlich die biologische Mutter, beurkundet.

Dieses Ergebnis erscheint aus mehreren Gründen dem verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund der Lebensform beziehungsweise der sexuellen Orientierung¹⁰³ zuwiderzulaufen. Erstens, weil im Gegenteil zu den geltenden Bestimmungen für Frauenpaare, Väter in verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften – ohne jegliche Abklärungen der Eignung als Vaterfigur und unabhängig der tatsächlichen genetischen Abstammung – ein Kind anerkennen können¹⁰⁴. Dies führt folglich dazu, dass bei lesbischen Eltern bei der Beurkundung der Abstammungsverhältnisse des totgeborenen Kindes zwischen ehelichen und ausserehelich geborenen Kindern unterschieden wird. Während bei verheirateten Frauenpaaren beide Mütter die Möglichkeit haben¹⁰⁵ als Eltern des Totgeborenen beurkundet zu werden¹⁰⁶, wird bei unverheirateten Frauenpaaren lediglich die biologische Mutter als Elternteil beurkundet. Für die nicht-biologische Mutter besteht ausserhalb der Ehe weder eine Elternschaftsvermutung ab Geburt¹⁰⁷ noch die Möglichkeit einer Kindesanerkennung wie bei verschiedengeschlechtlichen unverheirateten Eltern¹⁰⁸. Dabei schreibt das Bundesamt für Justiz in seinem Kreisschreiben vom 1. Dezember 2008: «Seit 1978 sind innerhalb respektive ausserhalb der Ehe geborene Kinder einander rechtlich gleichgestellt. [...] Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Angaben über die väterliche Abstammung im Fall einer [...]»

¹⁰¹ CREVOISIER / COTTIER, S. 316; JUNGO / REIDY, S. 590; LÖTSCHER, S. 665; SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 5; vgl. auch BBI 2015 877, S. 911.

¹⁰² Vgl. Bericht Expertinnengruppe, Rz. 153 ff.

¹⁰³ Art. 8 Abs. 2 BV. Siehe dazu auch WALDMANN (a), Rz. 85.

¹⁰⁴ Vgl. SCHWENZER / COTTIER (c), Rz. 7; CREVOISIER / COTTIER, S. 334.

¹⁰⁵ Sofern eine Samenspende nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) vorliegt.

¹⁰⁶ Art. 252 Abs. 1 i.V.m. Art. 255a ZGB.

¹⁰⁷ Analog Art. 255a ZGB.

¹⁰⁸ Art. 260 ZGB.

Anerkennung auch dann zu beurkunden, wenn das Kind tot geboren wird»¹⁰⁹. Das Kreisschreiben wurde zwar vor der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe erlassen und bezieht sich deshalb nur auf die Gleichstellung von ehelich und ausserehelich geborenen Kinder in einer heterosexuellen Elternkonstellation. Das Prinzip bleibt jedoch dasselbe und dürfte aufgrund des Diskriminierungsverbotes von lesbischen Paaren nicht untergraben werden. Diese Ungleichheit liesse sich jedoch damit erklären, dass sich der Nationalrat und der Bundesrat bei der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe ursprünglich auf eine sogenannte Kernvorlage beschränken wollten, die nur die unbedingt notwendigen Punkte regelt¹¹⁰. Die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe sollte somit – am Beispiel der Vorgehensweise von Deutschland und Frankreich – getrennt von der Revision des Abstammungsrechts stattfinden, um eine unverhältnismässige Verzögerung des Inkrafttretens der «Ehe für alle» zu verhindern¹¹¹. Folglich wurde eine zumindest vorübergehende Diskriminierung vom Parlament und Bundesrat womöglich in Kauf genommen. Aufgrund des Postulats betreffend «die Überprüfung des Abstammungsrechts»¹¹² und der damit einhergehenden Empfehlungen der vom Bundesamt für Justiz eingesetzten Expertinnengruppe sowie aufgrund der Motion betreffend die Streichung des einjährigen Pflege- und Erziehungsverhältnisses bei der Stiefkindadoption¹¹³, bleibt zu hoffen, dass eine gesetzliche Gleichstellung von unverheirateten lesbischen Eltern lebend- aber auch totgeborener Kinder zukünftig gegeben sein wird.

Die zweite Diskriminierung von lesbischen Eltern findet sich in der Elternschaftsvermutung der Ehefrau, die nicht zum Tragen kommt, wenn das Kind durch eine private Samenspende oder eine Samenspende im Ausland gezeugt wurde. Im Gegensatz dazu, greift jedoch die Elternschaftsvermutung des Ehemannes gemäss Art. 255 ZGB auch dann, wenn das Kind mittels einer privaten Samenspende oder mittels einer Samenspende im Ausland gezeugt wurde und der Ehemann der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat¹¹⁴. Im Gesetzgebungsverfahren zur «Ehe für alle» wurde aufgrund eines Minderheitsantrages aus der Rechtskommission des Nationalrates die ursprünglich geplante Kernvorlage unter anderem um einen Art. 259a ZGB ergänzt, wonach die Elternschaftsvermutung der Ehefrau auch im Falle der Zeugung eines Kindes durch eine private Samenspende oder Samenspende im Ausland

¹⁰⁹ BJ, Kreisschreiben, S. 4.

¹¹⁰ BBI 2019 8595, S. 8596; BBI 2020 1273, S. 1275.

¹¹¹ BBI 2019 8595, S. 8623; BBI 2020 1273, S. 1274 f.

¹¹² Siehe näher dazu: Postulat RK-SR; Bericht Expertinnengruppe, S. 1 ff.; Empfehlungen Expertinnengruppe, S. 1 ff.; Bericht Reformbedarf Abstammungsrecht, S. 1 ff.

¹¹³ Siehe näher dazu: Motion RK-NR.

¹¹⁴ Art. 256 Abs. 3 i.V.m. Art. 255 ZGB. Siehe näher dazu SCHWENZER / COTTIER (b), Rz. 12 ff.

greifen sollte¹¹⁵. Diese Bestimmung wurde zwar vom Nationalrat angenommen¹¹⁶ jedoch vom Ständerat als auch vom Bundesrat als zu weitgehend erachtet¹¹⁷. Sie begründeten ihre Entscheidung damit, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung¹¹⁸ bei lesbischen Eltern, die eine private oder im Ausland stattfindende Samenspende in Anspruch nehmen, nicht gewährleistet werden könnte¹¹⁹. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb dieses Recht bei lesbischen Eltern gewichtiger sein sollte als bei heterosexuellen Eltern¹²⁰. Außerdem ist die Bestimmung nicht geeignet, das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu schützen, da lesbische Paare weiterhin private Samenspenden oder Samenspenden im Ausland in Anspruch nehmen¹²¹ und der damit verbundene Ausschluss von der Elternschaftsvermutung vielmehr eine nachteilige Rechtsfolge für diese Kinder darstellt¹²². Des Weiteren hätte das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung durch Ausgestaltung einer Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sowie einem Auskunftsrecht analog zu Art. 24 ff. FMedG sichergestellt werden können¹²³. Folglich kann gesagt werden, dass keine besonders qualifizierte Rechtfertigung¹²⁴ für die Diskriminierung lesbischer Eltern ersichtlich ist¹²⁵ und dass die Revision im Rahmen der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bereits wieder revisionsbedürftig ist¹²⁶. Derselben Ansicht scheint die Expertinnengruppe zu sein, die vom Bundesamt für Justiz zur Überprüfung des Abstammungsrechts eingesetzt wurde¹²⁷. Es bleibt folglich abzuwarten, ob sich die Rechtslage für lesbische Eltern – unter anderem – von totgeborenen Kindern zukünftig verbessern wird.

¹¹⁵ BBI 2019 8595, S. 8596 und 8628.

¹¹⁶ Amtl. Bulletin NR 2020 557, S. 896.

¹¹⁷ Amtl. Bulletin SR 2020 1098, S. 1098 ff.

¹¹⁸ Als Teilgehalt von Art. 28 ZGB. Vgl. dazu BGE 134 III 241; Bericht Expertinnengruppe, Rz. 80 ff.

¹¹⁹ BBI 2020 1273, S. 1276; Amtl. Bulletin SR 2020 1098, S. 1098 ff.

¹²⁰ Hierbei sei auch zu erwähnen, dass das Recht auf Elternschaft des genetischen Vaters sogar teilweise weniger hoch gewichtet wird als das Recht auf Elternschaft des intentionalen Vaters. Dies zeigt Art. 256 ZGB sowie das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2017 (BGE 144 III 1 E. 4.4.3 S. 7). Demgemäß hat der genetische Vater eines Kindes, dessen Mutter mit einem anderen Mann verheiratet ist und folglich die gesetzliche Vaterschaftsvermutung des Ehemannes nach Art. 255 ZGB greift, weder Anspruch auf Kenntnis seiner Nachkommenschaft noch ist er für eine Anfechtungsklage aktiv legitimiert. Dies führt unter Umständen ebenfalls dazu, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung faktisch an der Weigerung der Mutter, die Identität des genetischen Vaters offenzulegen, scheitert.

¹²¹ Insbesondere weil private Samenspenden und Samenspenden im Ausland unter Umständen kostengünstiger sind. Außerdem sind die Bestimmungen in Bezug auf die Samenspende in anderen Ländern weniger restriktiv, so können beispielsweise Samenspender nach entscheidenden Merkmalen ausgewählt und umfangreiche genetische Untersuchungen in Anspruch genommen werden. Siehe näher dazu: NEK, Samenspende, S. 4, 6, 8, 21, 26 und 29.

¹²² SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 7.

¹²³ Vgl. Empfehlungen Expertinnengruppe, S. 11 ff. m.w.H.

¹²⁴ Vgl. BGE 138 I 265 E. 4.2.1; BGE 139 I 292 E. 8.2.2; BGE 138 I 305 E. 3.3; BGE 136 I 297 E. 7.1; BGE 135 I 49 E. 4.1; BGE 129 I 232 E. 3.4.1; BGE 126 II 377 E. 6a.

¹²⁵ Ähnlicher Ansicht SCHWENZER / COTTIER (a), Rz. 7; JUNGO / REIDY, S. 593 ff.

¹²⁶ Vgl. Empfehlungen Expertinnengruppe, S. 3 ff.

¹²⁷ Empfehlungen Expertinnengruppe, S. 11 ff.

4.1.2 Geschlecht, Name und Bürgerrecht

Das Geschlecht des totgeborenen Kindes wird immer erfasst¹²⁸. Auf Wunsch der zur Vornamensgebung berechtigten Personen kann dem Totgeborenen ein oder mehrere Vornamen gegeben und diese gemeinsam mit dem Familiennamen eingetragen werden¹²⁹. Während verheirateten Eltern die Bestimmung der Vornamen gemeinsam obliegt, hat bei unverheirateten Eltern die Mutter das Bestimmungsrecht, sofern die elterliche Sorge nicht gemeinsam ausgeübt wird¹³⁰. Wurde das totgeborene Kind also bereits durch den Vater anerkannt¹³¹ und in diesem Zuge eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abgegeben¹³², so steht das Recht zur Vornamensgebung ebenfalls beiden Elternteilen gemeinsam zu¹³³. Erhält das Totgeborene keinen Vornamen, entfällt auch die Erfassung des Familiennamens im Personenstandsregister¹³⁴. Das totgeborene Kind erwirbt kein Bürgerrecht und folglich auch nicht die Schweizer Staatsangehörigkeit¹³⁵.

4.1.3 Vereinbarkeit von fehlender Rechtsfähigkeit und Anspruch auf Beurkundung

Diese Gesetzgebung und Praxis der Beurkundung steht zwar im Widerspruch zu der rechtstheoretischen Überlegung, dass aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit des totgeborenen Kindes grundsätzlich keine Abstammungsverhältnisse hätten entstehen und auch kein Name hätte erworben werden können¹³⁶. In der Konsequenz bedeutet dies, dass das Totgeborene rechtlich gesehen auch keinen Namen erwirbt, da dieser als Ausfluss der eigenen Persönlichkeit betrachtet wird¹³⁷. Ursprünglich wurde die Beurkundung von Totgeborenen im Zivilstandsregister aus statistischen Zwecken eingeführt¹³⁸. Die Namensgebung sowie die beurkundungsrechtliche Anerkennung, können jedoch für den Trauerprozess der Eltern von grosser Bedeutung sein¹³⁹, da dadurch erstens die Existenz des Kindes gewissermassen gewürdigt¹⁴⁰ wird und zweitens die Eltern als «richtige» Eltern Anerkennung finden¹⁴¹. So wird die Möglichkeit, seinem totgeborenen Kind einen Namen zu geben, heutzutage praktisch

¹²⁸ Bericht Streiff-Feller, S. 9.

¹²⁹ Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 37c Abs. 1 ZStV.

¹³⁰ Art. 37c Abs. 1 ZStV.

¹³¹ Art 260 ZGB i.V.m. Art. 11 ZStV.

¹³² Art. 11b Abs. 1 ZStV i.V.m. Art. 298a Abs. 4 Satz 1 ZGB.

¹³³ Vgl. Art. 37c Abs. 1 Satz 2 ZStV.

¹³⁴ Bericht Streiff-Feller, S. 9.

¹³⁵ BJ, Kreisschreiben, S. 5; Bericht Streiff-Feller, S. 9.

¹³⁶ BJ, Kreisschreiben, S. 4; Bericht Streiff-Feller, S. 9.

¹³⁷ BJ, Kreisschreiben, S. 5; SIEGENTHALER, Rz. 227 und 231.

¹³⁸ BBI 1874 III 1, S. 8.

¹³⁹ PAPUAUX VAN DELDEN, S. 114; MEIER (b), S. 284.

¹⁴⁰ DITZ, S. 217.

¹⁴¹ Postulat Streiff-Feller.

ausnahmslos in Anspruch genommen¹⁴². Folglich wird die zivilstandesamtliche Beurkundung nicht am Personen- oder Familienrecht angeknüpft, sondern aus Achtung des Persönlichkeitsrechts der Eltern durchgesetzt¹⁴³.

4.2 Die Beurkundung von fehlgeborenen Kindern (als Ausnahme)

Fehlgeburten gelten im Gegensatz zu Totgeburten nicht als *Geburt*¹⁴⁴ und werden folglich nicht im Personenstandsregister beurkundet¹⁴⁵. Die einzige Ausnahme vom Grundsatz der Nicht-Beurkundung von Fehlgeburten im Personenstandsregister bilden Mehrlingsgeburten, bei denen neben einem Fehlgeborenen auch lebend- oder totgeborene Kinder im Sinne von Art. 9 ZStV zur Welt kommen¹⁴⁶. In diesen Fällen kann das Fehlgeborene auf Wunsch der Eltern zusammen mit seinem oder seinen beurkundungspflichtigen Geschwisterchen im Personenstandsregister eingetragen werden¹⁴⁷.

4.2.1 Die Ausstellung einer Bestätigung (als Grundsatz)

Eine Fehlgeburt kann seit 2019 auf Grundlage einer ärztlichen Bescheinigung einem beliebigen Zivilstandesamt gemeldet und damit die Ausstellung einer Bestätigung beantragt werden^{148 149}. Antragsberechtigt sowie in der Bestätigung einzutragen sind, «die Person, die die Fehlgeburt erlitten hat»¹⁵⁰ und die Person, «die schriftlich erklärt, Erzeuger zu sein»¹⁵¹. Diese Formulierung ist darauf zurückzuführen, dass zu einem Fehlgeborenen – genauso wie zu einem Totgeborenen¹⁵² – aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit kein Kindesverhältnis im Sinne von Art. 252 ff. ZGB begründet werden kann¹⁵³. Ein «Erzeuger» kann naturgemäß nur ein Mann sein, der gleichzeitig auch der genetische Vater ist. Eine derartig eingeschränkte Auslegung wäre jedoch einerseits diskriminierend und würde andererseits dem Sinn und Zweck der Ausstellung einer Bestätigung widersprechen, der darin liegt, die allfälligen Bestattungsformalitäten sowie den Trauerprozess der Eltern zu erleichtern¹⁵⁴. Gemäss der Auskunft des Bundeamtes für Justiz bedarf es bei der Bezeichnung des Erzeugers somit einer

¹⁴² BJ, Kreisschreiben, S. 4.

¹⁴³ Bericht Streiff-Feller, S. 24; PAPUA VAN DELDEN, S. 115.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 ZStV; so auch Art. 23 EOV.

¹⁴⁵ Art. 9a Abs. 3 Satz 1 ZStV.

¹⁴⁶ Art. 9a Abs. 3 Satz 2 ZStV.

¹⁴⁷ Art. 9a Abs. 3 Satz 2 ZStV.

¹⁴⁸ Art. 9a Abs. 2 i.V.m. Art. 9b Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 ZStV.

¹⁴⁹ Die Ausstellung der Bestätigung erfolgt gemäss Art. 9a Abs. 2 ZStV, sofern sich die Fehlgeburt in der Schweiz ereignet hat oder wenn die antragstellende Person entweder die schweizerische Staatsbürgerschaft, ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat.

¹⁵⁰ Art. 9a Abs. 2 ZStV; vgl. Art. 9c Abs. 2 ZStV.

¹⁵¹ Art. 9a Abs. 2 ZStV; vgl. Art. 9c Abs. 2 ZStV.

¹⁵² Siehe dazu Kapitel 4.1.1.

¹⁵³ Erläuterungen Revision ZStV, S. 7.

¹⁵⁴ Erläuterungen Revision ZStV, S. 7.

weitgefassten Auslegung, wonach jede Person als «Erzeuger» im Sinne von Art. 9a Abs. 2 und Art. 9c Abs. 2 ZStV gilt, die nach den Bestimmungen zur Entstehung eines Kindesverhältnisses nach Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 ff. ZGB rechtlicher Elternteil des Kindes geworden wäre¹⁵⁵. Somit sind für die Berechtigung zur Beantragung einer Bestätigung als auch zur Eintragung als Elternteil in der Bestätigung dieselben Ausführungen, wie sie in Kapitel 4.1.1 zu den Abstammungsverhältnissen von Totgeborenen gemacht wurden, relevant. Der einzige Unterschied liegt darin, dass im Gegensatz zur zwingenden Beurkundung der Abstammung von Totgeborenen¹⁵⁶, die Ausstellung der Bestätigung und die damit verbundene Eintragung der Abstammungsverhältnisse von Fehlgeborenen für beide Elternteile jeweils fakultativ bleibt¹⁵⁷.

Dem fehlgeborenen Kind kann sodann auf Wunsch der Eltern ein Name und Vorname gegeben werden¹⁵⁸. Werden sich die Eltern bezüglich Name und Vorname nicht einig, können sie jeweils eine individuelle Meldung beim Zivilstandesamt einreichen, woraufhin zwei voneinander abweichende Bestätigungen hinsichtlich des Namens und Vornamens des Fehlgeborenen ausgestellt werden¹⁵⁹. Eine Meldung an andere Verwaltungsbehörden, wie beispielsweise das Bundesamt für Statistik, oder gar an den jeweils anderen Elternteil des Fehlgeborenen ist gemäss dem Bundesamt für Justiz nicht notwendig und wird vom Zivilstandesamt somit nicht vorgenommen¹⁶⁰.

4.2.2 Kritik an der zivilstandesamtlichen Behandlung von Fehlgeborenen

Der Bundesrat erörterte in seinem Bericht zum Postulat Streiff-Feller ausführlich verschiedene Möglichkeiten zur Optimierung der zivilstandesamtlichen Behandlung von fehlgeborenen Kindern. Der Kernvorschlag lag darin, Eltern die Möglichkeit zur freiwilligen Beurkundung ihres Fehlgeborenen im Personenstandsregister zu bieten¹⁶¹. In Bezug auf die Umsetzung präsentierte der Bundesrat drei verschiedene Möglichkeiten: Erstens, hätten Fehlgeborene analog zur Beurkundung von Totgeborenen im Personenstandsregister eingetragen werden können, wobei diesbezüglich keine Meldepflicht bestehen, sondern nur auf expliziten Wunsch der Eltern geschehen würde. Diese Vorgehensweise entsprach dem bevorzugten Lösungsvorschlag des Bundesrates¹⁶². Die zweite Möglichkeit wäre ein separates Register gewesen, in dem die Fehlgeborenen nach denselben Regeln wie in der ersten Lösung

¹⁵⁵ Siehe dazu die E-Mail des Bundesamtes für Justiz in Anhang 1.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 34 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 ZStV. Siehe dazu auch BJ, Kreisschreiben, S. 5.

¹⁵⁷ Vgl. dazu den Wortlaut von Art. 9a Abs. 2 ZStV.

¹⁵⁸ Art. 9c Abs. 3 ZStV.

¹⁵⁹ Erläuterungen Revision ZStV, S. 8.

¹⁶⁰ Erläuterungen Revision ZStV, S. 7; Art. 9a Abs. 3 ZStV.

¹⁶¹ Bericht Streiff-Feller, S. 2 und 26 f.

¹⁶² Bericht Streiff-Feller, S. 27 f.

beurkundet worden wären¹⁶³. Der dritte Lösungsvorschlag wäre die Einführung eines spezifischen Prozesses für Fehlgeborene innerhalb des bestehenden Personenstandsregisters gewesen¹⁶⁴. Die konkrete Ausgestaltung der vom Bundesrat bevorzugten Lösung wurde in die Vernehmlassung geschickt, schlussendlich jedoch keine dieser vorgeschlagenen Lösungen umgesetzt, «da Fehlgeborene keine Rechtspersönlichkeit besitzen»¹⁶⁵. Im Gegensatz zur Beurkundung von Fehlgeborenen, bestehe an der Registrierung von Totgeborenen ein öffentliches Interesse, nämlich deren statistische Erfassung¹⁶⁶. Gründe, weshalb dieses Interesse bei Fehlgeborenen nicht gegeben ist, sind nicht ersichtlich, würde genau dieser Schritt doch zur Enttabuisierung von Fehlgeburten beitragen¹⁶⁷. Für die Hinterbliebenen dürfte nur schwer nachzuvollziehen sein, dass die Grenzziehung bei der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche oder 500 Gramm Geburtsgewicht, die letztendlich nur auf einer statistischen Wahrscheinlichkeitsrechnung beruht, über eine mögliche Beurkundung des im Mutterleib gestorbenen Kindes entscheidet. Nichtsdestotrotz stellt die aktuell geltende Regelung, nämlich die Ausstellung einer standesamtlichen Bestätigung, zweifelsfrei einen bedeutsamen Schritt hinsichtlich der Anerkennung von Fehlgeborenen sowie derer Eltern dar.

¹⁶³ Bericht Streiff-Feller, S. 28 ff.

¹⁶⁴ Bericht Streiff-Feller, S. 30.

¹⁶⁵ Erläuterungen Revision ZStV, S. 3.

¹⁶⁶ Erläuterungen Revision ZStV, S. 3.

¹⁶⁷ Vgl. Postulat Streiff-Feller.

5 Die Bestattung eines Fehl- und Totgeborenen

Der Begriff der Bestattung meint in einem engeren Sinne das physische Vorgehen mit dem menschlichen Leichnam, was unter anderem dessen Transport, dessen Beerdigung in einem Sarg oder dessen Einäscherung mit anschliessender Beisetzung in einer Urne oder in der Natur umfasst¹⁶⁸. Dies bildet auch den Kernbestandteil der staatlichen Regelungen des Bestattungswesens¹⁶⁹. In einem weiteren Sinne beinhaltet die Bestattung jedoch auch die Trauer- oder Abschiedsfeier und die damit einhergehende Rituale¹⁷⁰. Diese sind stark geprägt von religiösen als auch weltanschaulichen Vorstellungen und Traditionen¹⁷¹.

Unter Expertinnen und Experten ist mittlerweile unbestritten, dass eine formelle Bestattung und eine damit verbundene Abschiedsfeier – ebenso wie die Beurkundung oder Namensgebung¹⁷² – den Trauerprozess der hinterbliebenen Eltern von fehl- und totgeborenen Kindern erleichtern kann¹⁷³. Ob diese Erkenntnis bereits ihren Weg in die schweizerische Gesetzgebung oder Rechtsprechung gefunden hat und somit dem fehl- oder totgeborenen Kind beziehungsweise dessen Eltern ein Anspruch auf eine Bestattung verliehen wird, soll in den nächsten Kapiteln untersucht werden.

5.1 Grundrechtliche Vorgaben des Bundes- und Völkerrechts

Die Bundesverfassung und das Völkerrecht sprechen sich zwar nicht explizit über den Umgang mit menschlichen Leichen, geschweige denn mit fehl- oder totgeborenen Kindern, aus. Nichtsdestotrotz lassen sich aus einzelnen Normen und der daraus entwickelten Rechtsprechung Schutzansprüche ableiten, die sodann insbesondere von den Vollzugsbehörden des Bestattungswesens zu beachten sind.

5.1.1 Das Recht auf eine schickliche Bestattung als Teilgehalt von Art. 7 BV

Das Recht auf eine schickliche Bestattung war in der alten Bundesverfassung vom 24. Mai 1874 explizit statuiert¹⁷⁴. Demgemäß mussten die Gemeinde dafür sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann¹⁷⁵. Das Bundesgericht anerkannte dieses Recht als ein verfassungsmässiges Recht, dessen Wirkung sich naturgemäss über den Tod hinaus

¹⁶⁸ SVB, Bestattung;

¹⁶⁹ Vgl. dazu beispielsweise die Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

¹⁷⁰ SVB, Bestattung.

¹⁷¹ SCHINDLER, S. 571.

¹⁷² DITZ, S. 217.

¹⁷³ SAMW Palliative Care, S. 12; Bericht Streiff-Feller, S. 2 und 21; BÖCKER, S. 70; Ditz, S. 217.

¹⁷⁴ Art. 53 Abs. 2 aBV.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 143 I 388 E. 2.2.1 S. 393.

erstreckte¹⁷⁶. Die Grundlage für dieses Recht bildete der Gedanke, dass ebenso der tote menschliche Körper Achtung verdient. Eine Bestattung galt dann als schicklich, wenn sie sich an den geltenden sozialen Normen und dem Ortgebrauch orientierte¹⁷⁷. Das Bundesgericht schrieb in Anlehnung an die Lehre: «Einen Verstoss gegen die Schicklichkeit kann etwa die Beerdigung zur Unzeit, die Verweigerung des Glockengeläutes oder eine diskriminierende räumliche Aussonderung des Grabplatzes darstellen»¹⁷⁸. So wurde beispielsweise eine Bestattung eines Totgeborenen im Jahr 1896 als unschicklich angesehen, weil es ausserhalb eines Friedhofes begraben wurde. Die Kantonsregierung sah sich – aufgrund der Beschwerde des Vaters – verantwortlich einzutragen und stellte sicher, dass die Beerdigung innerhalb des Friedhofes durchgeführt werden konnte¹⁷⁹.

Unter der heutigen Bundesverfassung ergibt sich das Recht auf eine schickliche Bestattung unmittelbar aus der Menschenwürdegarantie¹⁸⁰, die explizit in Art. 7 BV statuiert ist. Die Menschenwürde hat einerseits die Funktion eines Grundrechts, das unter anderem subjektiv-rechtliche und gerichtlich durchsetzbare Ansprüche mit sich bringt, und andererseits bietet sie einen objektiv-rechtlichen Schutz im Sinne eines allgemeinen Verfassungsprinzips¹⁸¹.

Das Recht auf eine schickliche Bestattung stellt eine Manifestation der unmittelbar anspruchsgrundlegenden Funktion der Menschenwürdegarantie dar, deren sonstige Ausgestaltung weitestgehend ungeklärt ist¹⁸². Das Grundrecht der Menschenwürde kommt jedem Menschen voraussetzungsfrei, also allein aufgrund seiner Existenz, zu¹⁸³. Ob sich Fehl- und Totgeborene unmittelbar auf Art. 7 BV und somit auch auf das Recht auf eine schickliche Bestattung berufen können, ist demzufolge davon abhängig, ob sie bereits als «Mensch» und damit als eigenständige Grundrechtsträger zu qualifizieren sind. Weder der Bundesverfassung noch der Rechtsprechung des Bundesgerichtes oder des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte lässt sich eindeutig entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Grundrechtsträgerschaft beginnt und ob es einen vorgeburtlichen Grundrechtsschutz gibt¹⁸⁴. Die herrschende Lehre tendiert wohl dazu, dass die Grundrechtsträgerschaft mit dem Beginn

¹⁷⁶ BGE 97 I 221 E. 4b S. 229.

¹⁷⁷ BGE 125 I 300 E. 2a S. 305; SCHINDLER, S. 577; TSCHUMY, S. 572.

¹⁷⁸ BGE 125 I 300 E. 2a S. 305 m.w.H.

¹⁷⁹ BBI 1897 I 361, S. 390.

¹⁸⁰ BBI 1997 I 140, S. 141; BGE 125 I 300 E. 2a S. 306; BGE 129 I 302 E. 1.2.5 S. 311.

¹⁸¹ BGE 127 I 6 E. 5b S. 14; BGE 132 I 49 E. 5.1 S. 54 f.; BELSER / MOLINARI, Rz. 34 ff. und 44 f.; SCHWEIZER / SPENLÉ, Rz. 21 ff.; TSCHUMY, Rz. 530 f. und 533 ff.; MOLINARI, Rz. 312 ff. und 330.

¹⁸² BELSER / MOLINARI, Rz. 39; TSCHUMY, Rz. 557.

¹⁸³ BELSER / MOLINARI, Rz. 46; SCHWEIZER / SPENLÉ, Rz. 31.

¹⁸⁴ MOLINARI, S. 353; TSCHUMY, Rz. 541.

der Rechtspersönlichkeit nach Art. 31 ZGB zusammenfällt¹⁸⁵ und folglich die Grundrechtsträgerschaft für Fehl- sowie Totgeborene ausgeschlossen ist¹⁸⁶.

Das Bundesgericht hat jedoch in einem seiner – noch unter der alten Bundesverfassung ergangenen – Urteile zu den Methoden der medizinischen Fortpflanzung¹⁸⁷ festgehalten, dass aufgrund «[...] des Umstandes, dass mit der Befruchtung einer Eizelle in bezug [sic] auf das Erbgut eine menschliche Individualität determiniert ist, [...] das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft in der Tat nicht gleichgültig sein [kann]»¹⁸⁸. Die Forschung am Embryo in vitro sei «mit der Menschenwürde, welche schon dem Embryo in vitro zukommt, durchaus vereinbar»¹⁸⁹. Auch wenn sich aus dem Urteil des Bundesgerichts nichts zugunsten des vorgeburtlichen Grundrechtsschutzes und somit auch nichts zugunsten fehl- und totgeborener Kinder als Grundrechtsträger ableiten lässt¹⁹⁰, weisen zahlreiche Bestimmungen, die Embryonen, Föten und Verstorbene vor einer unwürdigen Instrumentalisierung schützen, sowie Lehrmeinungen darauf hin, dass dem Ungeborenen ein objektiv-rechtlicher Schutz der Menschenwürde im Sinne eines allgemeinen Verfassungsprinzips zukommt¹⁹¹. So auch der Bundesrat in seiner Botschaft zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen: «Ungeborenes Leben [...] [hat] jedenfalls Anteil an der Menschenwürde, ohne unbedingt Träger derselben zu sein. [...] Die Menschenwürde kommt in diesen Fällen als Verfassungsprinzip zum Tragen, dessen Wirkung vom Verfassungs- und Gesetzgeber zu bestimmen sind.»¹⁹² Als allgemeines Verfassungsprinzip ist die Menschenwürde ein Leitgrundsatz für jegliche staatliche Tätigkeit¹⁹³ und schützt nicht nur jeden Menschen als Grundrechtsträger, sondern dient in erster Linie dem Schutz des Menschen als Gattungswesen und somit auch Embryonen, Föten sowie Verstorbenen¹⁹⁴. Schlussendlich kann also gesagt werden, dass Fehl- und Totgeborene mangels Grundrechtsträgerschaft zwar keinen unmittelbaren Anspruch auf eine schickliche Bestattung haben, sich das Recht auf einen würdigen Umgang mit dem Fehl- oder Totgeborenen jedoch aus dem allgemeinen objektiv-

¹⁸⁵ Stellungnahme Ethikkommission, S. 5 und 18; BELSER / MOLINARI, Rz. 47; SCHWEIZER / SPENLÉ, Rz. 34; TSCHUMY, Rz. 540;

¹⁸⁶ Vgl Kapitel 3.

¹⁸⁷ Vgl. Regeste von BGE 119 Ia 460.

¹⁸⁸ BGE 119 Ia 460 E. 7a S. 485.

¹⁸⁹ BGE 119 Ia 460 E. 12e S. 503. Das Bundesgericht verweist dabei auf Art. 24novies Abs. 1 und 2 aBV, also dem heutigen Art. 119 Abs. 1 und 2 BV.

¹⁹⁰ So auch BELSER / MOLINARI, Rz. 47; KIENER / KÄLIN / WYTTEBACH, S. 56; MOLINARI, Rz. 760 ff. m.w.H.

¹⁹¹ So beispielsweise Art. 118b und 119 BV; Art. 1 FMedG; Art. 1 Abs. 1 BMK; Botschaft Embryonenschutzgesetz, S. 1187; Bericht Streiff-Feller, S. 16; BELSER / MOLINARI, Rz. 47; SCHWEIZER / SPENLÉ, Rz. 25; RÜTSCH (a), S. 314; TSCHUMY, Rz. 541 ff.; MOLINARI, Rz. 689 ff.

¹⁹² BBI 2007 6713, S. 6741.

¹⁹³ BGE 132 I 49 E. 5.1 S. 54; vgl. BGE 127 I 6 E. 5b S. 14.

¹⁹⁴ BELSER / MOLINARI, Rz. 45; SCHWEIZER / SPENLÉ, Rz. 25; TSCHUMY, Rz. 582.

rechtlichen Verfassungsprinzip der Menschenwürde ergibt. Wie dies in der Praxis konkret umgesetzt werden soll, liegt in den Händen des Gesetzgebers¹⁹⁵.

5.1.2 Der Schutz der emotionalen Bindung zum Fehl- und Totgeborenen aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 Ziff. 1 EMRK

In der Schweizer Rechtsordnung gibt es keine explizite Norm, die die Rechte an einer menschlichen Leiche regelt¹⁹⁶. Jedoch wurden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts Rechte entwickelt, die Verfügungsgewalt über einen Leichnam verleihen¹⁹⁷. Dabei nimmt das Recht, über eine Leiche zu verfügen, eine Doppelnatürlichkeit ein, da es durch das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht nach Art. 28 ZGB¹⁹⁸ als auch durch die grundrechtlichen Rechte auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV¹⁹⁹ sowie auf Achtung des Privat und Familienlebens nach Art. 8 EMRK²⁰⁰ geschützt ist. Während es als Grundrecht eine vertikale Wirkung, nämlich zwischen Individuum und Staat, entfaltet²⁰¹, wirkt es als Persönlichkeitsrecht horizontal, also zwischen Privatpersonen²⁰².

Gemäss der Rechtsprechung hat somit jeder Mensch ein Selbstbestimmungsrecht, zu Lebzeiten selbst über das Schicksal des eigenen toten Körpers sowie über die Art und Weise der Bestattung zu bestimmen²⁰³. Der zu Lebzeiten geäusserte Wille eines verstorbenen Menschen ist auch über den Tod hinaus zu respektieren und kann unter Umständen objektive Schutzpflichten des Staates hervorrufen²⁰⁴. Abgesehen von der Frage nach der Rechtspersönlichkeit und Grundrechtsfähigkeit von Fehl- und Totgeborenen, kann das Selbstbestimmungsrecht aus offensichtlichen Gründen, nämlich, dass ein fehl- oder totgeborenes Kind nie einen entsprechenden Willen geäussert haben kann, nicht unmittelbare Anwendung finden.

Wenn der verstorbene Mensch von seinem Verfügungsrecht über seinen Körper keinen Gebrauch gemacht hat beziehungsweise keinen Gebrauch machen konnte, kommt das Recht,

¹⁹⁵ Vgl. BBl 2007 6713, S. 6741.

¹⁹⁶ TSCHUMY, Rz. 187.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 129 I 173 E. 2.1 und 4 S. 177 und 180; BGE 127 I 115 E. 4a und 6b S. 119 und 123; BGE 123 I 112 E. 4b und c S. 118 f.; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 f.; BGE 98 Ia 508 E. 8a und b S. 521 ff.; BGE 97 I 221 E. 4b S. 228 f.; BGE 45 I 119 E. 6 S. 132 f.

¹⁹⁸ Bspw. BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 f.; BGE 98 Ia 508 E. 8a und b S. 521 ff.

¹⁹⁹ Bspw. BGE 129 I 173 E. 2.1 und 4 S. 177 und 180; BGE 123 I 112 E. 4b und 4c.

²⁰⁰ Bspw. BGE 127 I 115 E. 4b S. 120; BGE 123 I 112 E. 4d S. 119 f.; EGMR Polat, § 48; EGMR Petrova, § 89.

²⁰¹ Art. 35 Abs. 2 BV. Siehe näher dazu HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Rz. 480 ff.; GUILLOD, Rz. 135; MEIER (a), Rz. 567; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 497.

²⁰² GUILLOD, Rz. 135; STEINAUER / FOUNTOULAKIS, Rz. 497.

²⁰³ BGE 129 I 173 E. 4 S. 180; oder auch BGE 127 I 115 E. 4a S. 119; BGE 123 I 112 E. 4b und 4c S. 118 f.; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 f.; BGE 98 Ia 508 E. 8a und b S. 521 ff.; BGE 97 I 221 E. 4b S. 228 f.; BGE 45 I 119 E. 6 S. 132.

²⁰⁴ Vgl. BGE 129 I 173; BELSER / MOLINARI, Rz. 49.

über einen Leichnam zu verfügen, gemäss dem Bundesgericht subsidiär den Angehörigen zu²⁰⁵. Dabei handelt es sich um ein subjektives Recht, das auf der persönlichen Freiheit, der Achtung des Privat- und Familienlebens sowie der Persönlichkeit der Angehörigen selbst basiert und nicht in Vertretung des verstorbenen Menschen ausgeübt wird²⁰⁶. Demzufolge haben die Angehörigen den Anspruch sowohl über den Körper des verstorbenen Menschen, die Bestattungsweise und den Ort der Bestattung zu bestimmen, als auch den toten Körper gegen ungerechtfertigte Eingriffe²⁰⁷ zu schützen²⁰⁸. Dieses Recht, über einen Leichnam zu verfügen, trägt zur Verwirklichung des Rechts auf eine schickliche Bestattung bei²⁰⁹ und beruht auf der emotionalen Bindung zum verstorbenen Menschen²¹⁰. So schreibt das Bundesgericht, dass sich der Schutz auf innige Gefühle erstreckt, zu denen das Pietätsgefühl gegenüber verstorbenen Angehörigen, Erinnerungen an wichtige gemeinsame Ereignisse und besondere Umstände gehören, die Menschen miteinander verbinden und die in gewisser Weise unsere Persönlichkeit ausmachen²¹¹. In erster Linie ist die Verfügungsmacht derjenigen Person zuzuerkennen, die mit dem verstorbenen Menschen die engste Verbindung hatte und deshalb durch dessen Tod am stärksten betroffen ist²¹².

Der Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt sich jedoch nicht entnehmen, inwieweit sich dieses Recht der Angehörigen auf Fehl- und Totgeborene erstreckt²¹³. In der Rechtsstreitigkeit *Hadri-Vionnet* hat es zwar die von der Beschwerdeführerin angeführte Verletzung des Andenkenschutzes nach Art. 10 Abs. 2 BV sowie die Verletzung ihres Rechts auf eine schickliche Bestattung ihres totgeborenen Kindes als womöglich begründet erachtet. Eine materielle Prüfung fand jedoch nicht statt, da diese für das betreffende strafrechtliche Verfahren irrelevant war²¹⁴.

²⁰⁵ BGE 129 I 173 E. 2.1 S. 177; BGE 127 I 115 E. 6b S. 123; BGE 123 I 112 E. 4c S. 119; BGE 111 Ia 115 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 f.

²⁰⁶ BGE 123 I 112 E. 4c S. 119; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190 f.

²⁰⁷ Der Schutz vor sittenwidrigen Eingriffen in einen toten Körper ist zudem in Art. 262 StGB statuiert. Siehe dazu auch: TSCHUOR-NAYDOWSKI, S. 268 f.

²⁰⁸ BGE 129 I 173 E. 2.1 S. 177; BGE 127 I 115 E. 6b S. 123; BGE 123 I 112 E. 4c S. 119; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a S. 190.

²⁰⁹ Vgl. BGE 123 I 112 E. 4b S. 119; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 98 Ia 508 E. 8b S. 522 f. Siehe dazu auch TSCHUMY, Rz. 560 f.

²¹⁰ BGE 129 I 173 E. 2.1 S. 177; BGE 123 I 112 E. 4b S. 119; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 233 f.; BGE 101 II 177 E. 5a und b S. 190 ff.

²¹¹ Vgl. BGE 70 II 127 E. 2 S. 130 f.; BGE 127 I 115 E. 6a S. 123.

²¹² BGE 123 I 112 E. 4c S. 119; BGE 111 Ia 231 E. 3b S. 234; BGE 101 II 177 E. 5b S. 193.

²¹³ Vgl. TSCHUMY, Rz. 648.

²¹⁴ Vgl. EGMR Hadri-Vionnet, § 27.

Indes hat der EGMR entsprechende Fälle gestützt auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK, dessen Bedeutung jener von Art. 13 Abs. 1 BV²¹⁵ entspricht²¹⁶, geprüft. Die Rechtssache *Znamenskaya* wurde vom EGMR unter dem Aspekt des Privatlebens der Eltern beurteilt, da im Falle einer Totgeburt keine Familienbeziehung zwischen dem Totgeborenen und seinen Eltern entstehe²¹⁷. Trotzdem bejahte es eine starke Bindung zwischen der Mutter und ihrem Totgeborenen, die insbesondere dadurch zum Ausdruck käme, weil die Mutter den Wunsch hätte, ihrem totgeborenen Kind einen Namen zu geben und es bestatten zu lassen²¹⁸. Im Fall *Yildirim* anerkannte der EGMR bereits, dass der Aspekt des Familienlebens verletzt sein könnte, wenn eine medizinische Einrichtung ein totgeborenes Kind nicht seiner Mutter aushändige, damit diese es entsprechend ihrer religiösen Vorstellungen bestatten könne²¹⁹. Folglich legte sich der EGMR in seinen Entscheiden *Hadri-Vionnet* und *Marić* nicht mehr auf einen der Aspekte von Art. 8 EMRK fest, sondern verwies darauf, dass die Begriffe des Privat- und Familienlebens weit ausgelegt werden müssen und nicht abschliessend definiert werden können²²⁰. Demzufolge ist gemäss der Rechtsprechung des EGMR das Recht auf Privat- und Familienleben der Angehörigen eines totgeborenen Kindes verletzt, wenn erstens die Eltern nicht gewissenhaft über das behördliche Verfahren mit dem Körper des Totgeborenen informiert werden und nicht deren ausdrückliche Zustimmung eingeholt wird²²¹. So wurde die Schweiz in der Rechtssache *Hadri-Vionnet* vom EGMR zu einer Genugtuungszahlung verurteilt, weil ein Totgeborenes in einem ungeeigneten Fahrzeug zu einem Sammelgrab transportiert, dort ohne Trauerfeier, in Abwesenheit der Mutter sowie ohne ihre Einwilligung beerdigt wurde²²². Zweitens ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der Hinterbliebenen verletzt, wenn das Totgeborene als medizinischer Abfall entsorgt wird und eine Rückverfolgung somit ausgeschlossen ist – dies stellt auch dann eine Verletzung von Art. 8 Ziff. 1 EMRK dar, wenn die Eltern sich weigern, sich selbst um die Bestattung ihres Kindes zu kümmern²²³. Somit haben medizinische Einrichtungen und die entsprechenden Bestattungsbehörden auch dann die Verpflichtung mit dem totgeborenen Kind in schicklicher und insbesondere dokumentierter Weise umzugehen, wenn die Eltern den

²¹⁵ Zwischen dem Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV und dem von Art 13. Abs. 1 BV besteht keine exakte Abgrenzung. Bericht Streiff-Feller, S. 16.

²¹⁶ DIGGELMANN, Rz. 1, 5.

²¹⁷ EGMR *Znamenskaya*, § 27.

²¹⁸ EGMR *Znamenskaya*, § 27.

²¹⁹ EGMR *Yildirim*, § 2.

²²⁰ EGMR *Hadri-Vionnet*, § 51; EGMR *Maric*, § 59.

²²¹ EGMR *Hadri-Vionnet*, § 51 ff.

²²² EGMR *Hadri-Vionnet*, § 51 ff.

²²³ EGMR *Maric*, § 62 ff.

Leichnam ihres Totgeborenen nicht für sich beanspruchen. In so einem Fall darf sodann seitens des medizinischen Personals und der Behörden nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass die Eltern nicht an der Bestattung ihres totgeborenen Kindes teilnehmen²²⁴ oder über dessen Beisetzungsort informiert sein wollen²²⁵.

Schlussfolgernd kann festgestellt werden, dass sich aus Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 28 ZGB einerseits ein Anspruch der Eltern auf Bestimmung des weiteren Vorgehens mit dem Leichnam des Totgeborenen ergibt und sie somit zur Verwirklichung des Rechts auf eine schickliche Bestattung beitragen können. Andererseits ergibt sich für medizinische Einrichtungen und Bestattungsbehörden die Pflicht, mit dem Totgeborenen und dessen Angehörigen besondere Sorgfalt und Vorsicht walten zu lassen sowie eine schickliche Bestattung für Totgeborene zu ermöglichen. Die Vertragsstaaten tragen gemäss Rechtsprechung des EGMR die Pflicht, ihre Behörden so zu organisieren und ihr Personal so auszubilden, dass sie diesen Anforderungen gerecht werden können²²⁶. Dabei kommt dem Gesetzgeber sowie allenfalls den Bestattungsbehörden und medizinischen Einrichtungen jedoch ein erheblicher Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu²²⁷.

Die erwähnten Urteile des EGMR befassen sich durchwegs mit Fällen, in denen die Schwangerschaften bereits so weit fortgeschritten waren, dass es sich um beurkundungspflichtige Totgeborene im Sinne von Art. 9 Abs. 2 ZStV handelte²²⁸. Daraus ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Schutz von Art. 8 Ziff. 1 EMRK an ein bestimmtes Mindestalter des verstorbenen Fötus gebunden ist²²⁹. Unter Heranziehung der Begründung des Urteils Znamenskaya ist sodann festzustellen, dass sich der Schutzbereich einer objektiven Grenzziehung entzieht. Demnach soll das Verfügungsrecht der Mutter nämlich nicht vom zivilrechtlichen Status ihres totgeborenen Kindes abhängig sein, sondern von der engen Bindung der Mutter zu ihrem verstorbenen Kind²³⁰. Derselben Begründung folgt das Bundesgericht in seinen Urteilen, in dem es sagt, dass das «Entscheidungsrecht der Angehörigen auf ihrer seelisch-geistigen Beziehung zum Verstorbenen und auf ihrem Pietätsgefühl» beruht²³¹. Allgemein kann gesagt werden, dass die emotionale Bindung

²²⁴ EGMR Hadri-Vionnet, § 56.

²²⁵ EGMR Maric, § 60.

²²⁶ EGMR Hadri-Vionnet, § 56.

²²⁷ GRÜNEWALD, S. 70.

²²⁸ Znamenskaya: 35. Schwangerschaftswoche (EGMR Znamenskaya, § 10); Hadri-Vionnet: 26. Schwangerschaftswoche (EGMR Hadri-Vionnet, § 10); Maric: 9. Schwangerschaftsmonat (EGRM Maric, § 6).

²²⁹ Ebenso Bericht Streiff-Feller, S. 14.

²³⁰ EGMR Znamenskaya, § 27.

²³¹ BGE 101 II 177 E. 5b S. 192 f..

zwischen den Eltern und dem ungeborenen Kind womöglich mit Fortschreiten der Schwangerschaft und mit jedem erreichten Meilenstein zunimmt, jedoch in jedem Schwangerschaftsstadium eine äusserst subjektive Empfindung bleibt²³². Die meisten Paare sehen sich bereits ab Kenntnis der Schwangerschaft als werdende Eltern²³³. Der Bindungsaufbau während der Schwangerschaft wird seitens der Medizin und der Gesellschaft geradezu erwartet sowie durch Ultraschalluntersuchungen gezielt gefördert²³⁴. Die während der Schwangerschaft entstandene emotionale Bindung der Eltern zum Kind werden sodann durch den Tod des Kindes und dessen fehlende Anerkennung in der Gesellschaft zusätzlich verstärkt – ganz zu Schweigen von dem Schock der Fehl- oder Totgeburt an sich²³⁵. Für die werdenden Eltern und deren emotionale Bindung mag es demzufolge keinen Unterschied machen, ob ihr Kind in der 22. oder 23. Schwangerschaftswoche, geschweige denn mit 490 oder 500 Gramm zur Welt kommt und damit den Schwellenwert erreicht, um bestattet werden zu dürfen. Demzufolge wäre die Grenzziehung gemäss Art. 9 Abs. 2 ZStV zur Bestimmung der emotionalen Bindung und folglich als Kriterium, ob die Eltern das Recht auf eine schickliche Bestattung ihres verstorbenen Kindes haben oder nicht, völlig ungeeignet²³⁶.

5.2 Grundrechtsverwirklichung im Bestattungswesen der Kantone und Gemeinden

Die Grundrechte und damit auch das Recht der Eltern, über den Körper ihres fehl- oder totgeborenen Kindes zu verfügen, die Bestattungsweise und den Ort der Bestattung zu bestimmen sowie den toten Körper gegen ungerechtfertigte Eingriffe zu schützen, richten sich an den Staat²³⁷. Dabei müssen alle drei Staatsgewalten auf allen Ebenen zur Verwirklichung der Grundrechte beitragen²³⁸. Wie diese hinsichtlich der Bestattung von fehl- und totgeborenen Kindern zusammenwirken, soll nachfolgend analysiert werden.

5.2.1 Zuständigkeiten im Bestattungswesen

Abgesehen von den Minimalanforderungen, die durch die Grundrechte geschützt sind, fällt das Bestattungswesen sowie das Verfahren mit Leichen, Föten und Embryonen in medizinischen

²³² Ebenso TSCHUMY, Rz. 659; GRÜNEWALD, S. 70.

²³³ BÖCKER, S. 65.

²³⁴ BÖCKER, S. 65.

²³⁵ CCNE, S. 3; BRIER, S. 454; BÖCKER, S. 65 f. Vgl. auch EGMR Maric, § 63.

²³⁶ Ebenso GRÜNEWALD, S. 70; TSCHUMY, Rz. 659. Vgl. auch MONTAVON, Rz. 49. Anderer Ansicht Bericht Streiff-Feller, S. 14. Wobei hier zu erwähnen ist, dass der Bundesrat in seinem Bericht zum Postulat Streiff-Feller erklärt, dass er eine Möglichkeit der zivilstandsamtlichen Beurkundung auch explizit für Eltern fehlgeborener Kinder schaffen möchte, um «die kantonalen oder kommunalen Formalitäten rund um eine allfällige Bestattung zu vereinfachen und damit die Trauerarbeit der Eltern erleichtern.» Postulat Streiff-Feller, S. 2.

²³⁷ Art. 35 Abs. 2 BV.

²³⁸ WALDMANN (b), Rz. 17 ff. m.w.H.

Einrichtungen in die kantonale Zuständigkeit²³⁹. Allerdings werden den Gemeinden Gesetzgebungs- und Exekutivbefugnisse übertragen²⁴⁰. Die Regelungszuständigkeit des Bundes, die mittelbar oder unmittelbar das Bestattungswesen beeinflusst, beschränkt sich auf Bestimmungen über Umwelt und Raumplanung²⁴¹, Epidemienbekämpfung²⁴², das Zivilstandswesen²⁴³ sowie das Strafrecht²⁴⁴.

So finden die einschlägigen umweltrechtlichen Vorgaben des Bundesrechts auf fehl- und totgeborene Kinder Anwendung, sofern die kantonale oder kommunale Gesetzgebung keine spezifischen Regelungen bezüglich derer Bestattung enthält²⁴⁵. Gemäss der Vollzugshilfe des Bundesamtes für Umwelt werden Embryonen und Föten²⁴⁶ wie beispielsweise auch Plazenten, Körperteile und entfernte Organe als medizinischer Sonderabfall der Unterkategorie B1 eingestuft, namentlich als Abfälle, von denen eine Kontaminationsgefahr ausgeht²⁴⁷. Das Bundesamt für Justiz schreibt jedoch explizit, dass humane Teile wie Plazenten, Körperteile, Amputate, entfernte Organe, Embryonen und Föten aus ethischen Gründen nicht als Abfälle gelten, weil Leichen aus Gründen der Menschenwürde keinen Abfall im Sinne des Umweltschutzgesetzes darstellen können²⁴⁸. Aus denselben Überlegungen ist eine Verbrennung dieser Abfallkategorie in einem dafür vorgesehenen Krematorium oder einer Sonderabfallverbrennungsanlage und nicht in einer Kehrichverbrennungsanlage für gewöhnliche Haushaltsabfälle vorzunehmen²⁴⁹. Hierbei sei jedoch zu erwähnen, dass eine Entsorgung von Embryonen und Föten zusammen mit anderen Haushaltsabfällen nicht nur aus ethischer Perspektive problematisch wäre, sondern auch – in Hinblick auf das Verfassungsprinzip der Menschenwürde und das Verfügungsrecht der Eltern – rechtswidrig. Die Verantwortung für die Einhaltung der geltenden Regeln bei der Entsorgung von Fehl- und Totgeborenen obliegt der jeweiligen medizinischen Einrichtung²⁵⁰. Dieses Vorgehen mit fehl- und totgeborenen Kindern verstösst nicht gegen die Rechtsprechung des EGMR, solange die Eltern ausführlich über das behördliche Vorgehen informiert werden, ihnen die Möglichkeit zur

²³⁹ Art. 3 und 42 Abs. 1 BV. Siehe dazu auch Bericht Streiff-Feller, S. 19.

²⁴⁰ FAMOS, S. 38 f.

²⁴¹ Art. 73 ff. BV.

²⁴² Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV.

²⁴³ Art. 122 BV.

²⁴⁴ Art. 123 BV.

²⁴⁵ Bericht Streiff-Feller, S. 19.

²⁴⁶ Das Bundesamt für Justiz schreibt als Anmerkung zu Embryonen und Föten als Sonderabfall: «Leichen sind keine Abfälle, da sie aus Gründen der Menschenwürde (Art. 7 Bundesverfassung, SR 101) keinen Abfall im Sinne des Art. 7 Abs. 6 USG darstellen können.»

²⁴⁷ BAFU, medizinische Abfälle, S. 20.

²⁴⁸ BAFU, medizinische Abfälle, S. 48, Ziff. 8.6.2a und Fn. 42.

²⁴⁹ BAFU, medizinische Abfälle, S. 21; Bericht Streiff-Feller, S. 19.

²⁵⁰ Art. 31c Abs. 1 USG; Bericht Streiff-Feller, S. 19.

Bestimmung der Art und des Ortes der Bestattung eingeräumt wird und das Fehl- oder Totgeborene angemessen transportiert wird. Wünschen die Eltern keine Bestattung, muss seitens der Behörden trotzdem sichergestellt werden, dass das Vorgehen so ausgestaltet und dokumentiert wird, dass eine Rückverfolgung über den Verbleib der Asche des Fehl- oder Totgeborenen jederzeit möglich ist²⁵¹.

Den einschlägigen zivilrechtlichen Vorgaben des Bundesrechts ist sodann grundsätzlich zu entnehmen, welche Formalitäten eingehalten und Dokumente beigebracht werden müssen, damit eine Bestattung durchgeführt werden kann. Demgemäß muss ein Todesfall mittels einer ärztlichen Bescheinigung dem Zivilstandesamt gemeldet werden²⁵² und eine Bestätigung der Anmeldung des Todesfalles seitens des Zivilstandesamtes vorliegen²⁵³, bevor eine Bestattung durchgeführt oder ein Leichenpass ausgestellt werden darf²⁵⁴. Im Falle einer Totgeburt wird jedoch kein Todesfall, sondern eine Geburt gemeldet und beurkundet²⁵⁵. Bei einer Fehlgeburt liegt weder ein Todesfall noch eine Geburt²⁵⁶ im Sinne der Zivilstandesverordnung vor²⁵⁷. Demzufolge kann vom Zivilstandesamt in beiden Fällen keine Bestätigung der Anmeldung eines Todesfalls ausgestellt werden²⁵⁸. Die für eine Bestattung und den Transport des Fehl- oder Totgeborenen notwendigen Formalitäten richten sich somit vollständig nach kantonalem oder kommunalem Recht²⁵⁹.

5.2.2 Kantonale Gesetzgebungen zur Bestattung von Fehl- und Totgeborenen

Für die Gesetzgebung im Bestattungswesen sind im Rahmen der dargestellten Vorgaben des Bundesrecht primär die Kantone zuständig. Dementsprechend gibt es teilweise, insbesondere hinsichtlich der normativen Dichte, grosse Unterschiede zwischen den Kantonen²⁶⁰: Während ein Teil der Kantone äusserst detaillierte Bestimmungen für die Gemeinden, die letztendlich für den Vollzug des Bestattungswesens zuständig sind, erlässt, delegiert ein anderer Teil der Kantone alles oder fast alles an die Gemeinden und gibt ihnen somit Handlungsspielraum für eigene Regelungen²⁶¹.

²⁵¹ Vgl. Kapitel 5.1.2; gl. M. TSCHUMY, Rz. 652.

²⁵² Art. 35 Abs. 1 und 5 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c und d ZStV.

²⁵³ Vgl. Art. 36 Abs. 2 ZStV.

²⁵⁴ Art. 36 Abs. 1 ZStV.

²⁵⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 Bst. c Ziff. 4 und Art. 35 Abs. 5 ZStV.

²⁵⁶ Abgesehen von einer Fehlgeburt im Sinne von Art. 9a Abs. 3 Satz 2 ZStV.

²⁵⁷ Vgl. Kapitel 4.2.

²⁵⁸ Bericht Streiff-Feller, S. 25.

²⁵⁹ Bericht Streiff-Feller, S. 25.

²⁶⁰ Vgl. SCHMITT, S. 5 ff.

²⁶¹ Vgl. SCHMITT, S. 5 ff.

Im Kanton Zürich haben Eltern völlig unabhängig vom Entwicklungsstadium ihres Tot- oder Fehlgeborenen seit dem Jahr 2015 Anspruch gegenüber der Gemeinde auf eine schickliche Bestattung ihres Kindes²⁶². Der Regierungsrat begründete diese Revision damit, dass «heute nicht mehr vertretbar [sei], Eltern die förmliche Bestattung mit dem Argument zu verweigern, es handle sich nicht um eine Totgeburt im Sinne der Zivilstandsverordnung»²⁶³. Mit dieser Bestimmung wurde die bisherige Praxis des Universitätsspitals Zürich rechtlich verankert²⁶⁴. Eine förmliche Bestattung von tot- und fehlgeborenen Kindern findet nur auf elterlichen Wunsch statt – eine Bestattungspflicht besteht im Kanton Zürich somit auch bei Totgeborenen nicht²⁶⁵. Wenn die Eltern es jedoch ablehnen, ihr Tot- oder Fehlgeborenes selbst zu bestatten, ist über es «auf andere schickliche Weise zu verfügen»²⁶⁶. Demzufolge ist es den medizinischen Einrichtungen und Geburtshäusern untersagt, tot- und fehlgeborene Kinder mit den organischen medizinischen Abfällen zu entsorgen²⁶⁷. Beispielsweise bestattet das Universitätsspital Zürich Tot- und Fehlgeborene, deren Eltern keine spezielle Bestattung wünschen, im sogenannten «Gemeinschaftsgrab für die ganz Kleinen»²⁶⁸.

Im Kanton Schaffhausen können Fehlgeborene seit dem 1. Juli 2024 nach denselben Regeln wie Totgeborene bestattet werden²⁶⁹. Der Regierungsrat begründet die Verordnungsänderung damit, dass «[d]ie Eltern bei Tot- wie auch Fehlgeborenen Trauerarbeit [leisten], was unabhängig von der Grösse, des Gewichts oder des Alters des verlorenen Kindes ist. Die Bestattung ist für viele Eltern ein wichtiger Teil der Trauerarbeit und kann den Trauerprozess erleichtern»²⁷⁰. Falls die Eltern auf eine förmliche Bestattung verzichten, ist über die fehl- und totgeborenen Kinder auf andere schickliche Weise zu verfügen²⁷¹. Mit dieser Verordnungsänderung wurde die bestehende Praxis im Kanton Schaffhausen rechtlich verankert, was insbesondere auch für Eltern fehlgeborener Kinder Rechtssicherheit schafft²⁷².

²⁶² § 16 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

²⁶³ Beschluss des Regierungsrates ZH, S. 27.

²⁶⁴ Bericht Streiff-Feller, S. 20.

²⁶⁵ Vgl. § 16 Abs. 1 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

²⁶⁶ § 16 Abs. 2 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

²⁶⁷ Beschluss des Regierungsrates ZH, S. 27.

²⁶⁸ Beschluss des Regierungsrates ZH, S. 27.

²⁶⁹ § 29 Abs. 1 der Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

²⁷⁰ Verhandlungen des Regierungsrates SH.

²⁷¹ § 29 Abs. 2 der Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

²⁷² Verhandlungen des Regierungsrates SH.

Im Kanton Nidwalden können Fehl- und Totgeborene ebenso auf Wunsch der Eltern bestattet werden²⁷³. Eine Bestattungspflicht besteht somit auch hier in beiden Fällen nicht.

Im Kanton Waadt ist die Bestattung für Totgeborene unter Berücksichtigung der allgemeinen Formalitäten obligatorisch²⁷⁴. Fehlgeborene können auf Wunsch der Eltern und ohne Einhaltung der allgemeinen Formalitäten bestattet werden²⁷⁵. Das Reglement des Kantons Waadt spricht jedoch von «cadavres de fœtus»²⁷⁶, ohne klarzustellen, ob der Begriff des Fötus dabei im untechnischen oder medizinischen Sinn zu verstehen ist²⁷⁷. Sollte der Begriff im medizinischen Sinne gemeint sein, bestünde kein Anspruch auf Bestattung von Fehlgeborenen mit einem Gestationsalter von weniger als acht vollendeten Wochen.

Ebenso wird in der Bestattungsverordnung des Kantons Jura der Begriff des Fötus verwendet. Demgemäß können Föten, die nicht als Totgeborene im Sinne von Art. 9 Abs. 2 ZStV gelten, auf Grundlage einer ärztlichen Todesbescheinigung bestattet werden, sofern dies die Eltern wünschen²⁷⁸. Totgeborene werden nach den allgemeinen Bestattungsregeln des Kantons bestattet²⁷⁹.

Im Kanton Genf wird auf Antrag eine Genehmigung zur Bestattung totgeborener Kinder ausgestellt²⁸⁰. Eine Bestattung von Fehlgeborenen wird nur ausnahmsweise, aus wichtigen Gründen und unter Berücksichtigung aller Umstände vom *Centre universitaire romande de médecine légale* genehmigt²⁸¹.

Im Kanton Aargau ist «die Bestattung von Totgeburten [...] zulässig»²⁸². Gemäss dem Regierungsrat sei diese Bestimmung jedoch rein deklaratorischer Natur und gewähre somit keinen rechtlichen Anspruch auf die Bestattung von Totgeborenen. Sie solle lediglich ein Hinweis für die Gemeinden darstellen, dass die Erstellung von Bestattungsorten für Totgeborene möglich sei. Ausserdem sei der Begriff der *Totgeburt* im Sinne der

²⁷³ § 9 der Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen vom 4. Dezember 2012 des Kantons Nidwalden (FBV; SR NW 715.2).

²⁷⁴ Art. 10 Abs. 1 und 2 Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 du canton de Vaud (RDSPF; RS VD 818.41.1).

²⁷⁵ Art. 10 Abs. 3 Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 du canton de Vaud (RDSPF; RS VD 818.41.1).

²⁷⁶ Art. 10 Abs. 3 Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 du canton de Vaud (RDSPF; RS VD 818.41.1).

²⁷⁷ Ebenso GRÜNEWALD, S. 76.

²⁷⁸ Art. 11 Abs. 1bis Décret concernant les inhumations du 6 décembre 1978 du canton Jura (RS JU 556.1).

²⁷⁹ Art. 11 Abs. 1 Décret concernant les inhumations du 6 décembre 1978 du canton Jura (RS JU 556.1).

²⁸⁰ Art. 3c Abs. 1 Loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 du canton Genève (LCim; RS GE K 1 65).

²⁸¹ Art. 3c Abs. 2 Loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 du canton Genève (LCim; RS GE K 1 65).

²⁸² §3 Abs. 3 der Verordnung über das Bestattungswesen vom 11. November 2009 des Kantons Aargau (Bestattungsverordnung; SR AG 371.112).

Bestattungsverordnung weit auszulegen, weshalb auch eine kommunale Regelung bezüglich Fehlgeborener denkbar wäre²⁸³.

In den Kantonen Schwyz²⁸⁴ und St. Gallen²⁸⁵ können totgeborene Kinder auf Wunsch der Eltern bestattet werden. Die übrigen Kantone haben die Bestattung für fehl- oder totgeborene Kinder nicht geregelt²⁸⁶.

Im Kanton Bern soll jedoch zukünftig auch eine Bestimmung auf kantonaler Ebene eingeführt werden, die die Bestattung aller fehlgeborener Kinder auf Wunsch der Eltern erlaubt und deren Entsorgung als medizinischer Sonderabfall verbietet²⁸⁷. Dies ist zurückzuführen auf eine Motion, die am 14. März 2023 einstimmig vom Grossen Rat angenommen wurde²⁸⁸. Während derzeit in allen Gemeinden des Kantons Bern die Bestattung totgeborener Kinder vorgesehen ist, gibt es nicht in allen Gemeinden die Möglichkeit zur Bestattungen fehlgeborener Kinder²⁸⁹. Eltern von fehlgeborenen Kindern müssen somit Glück haben in einer Gemeinde zu leben, die die Bestattung ihres Kindes erlaubt²⁹⁰. Eine kantonsweite Lösung soll Rechtssicherheit für die betroffenen Eltern schaffen und deren gesellschaftliche Anerkennung als richtige Eltern begünstigen²⁹¹.

Im Kanton Solothurn stimmte der Kantonsrat am 27. März 2024 einem parlamentarischen Vorstoss, der eine Bestimmung auf kantonaler Ebene für die Bestattung fehl- und totgeborener Kinder auf Wunsch der Eltern fordert, einstimmig zu²⁹². Der Regierungsrat wurde demzufolge beauftragt eine rechtliche Grundlage im Sinne dieses Vorstosses zu schaffen. Damit soll zukünftig verhindert werden, dass Eltern von fehl- und totgeborenen Kindern während des Trauerprozesses aufgrund fehlender kommunaler Regelungen noch mit Abklärung beim zuständigen Bestattungsamt konfrontiert werden oder dass eine Bestattung in manchen Gemeinden verunmöglich wird²⁹³.

²⁸³ Stellungnahme Regierungsrat AG, Ziff. 2.

²⁸⁴ § 23 der Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofwesen vom 16. Januar 1990 des Kantons Schwyz (SR SZ 575.111).

²⁸⁵ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Art. 21 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen vom 3. Januar 1967 des Kantons St. Gallen (SR SG 458.11).

²⁸⁶ Siehe Übersicht über die kantonalen Regelungen in Anhang 2.

²⁸⁷ Motion Leuenberger.

²⁸⁸ Grosser Rat BE Beschluss.

²⁸⁹ Motion Leuenberger; Grosser Rat BE Protokoll, Wortmeldungen von Madeleine Amstutz und Michaela Elsaesser.

²⁹⁰ Motion Leuenberger.

²⁹¹ Motion Leuenberger.

²⁹² Abstimmungsprotokoll Auftrag Wyss.

²⁹³ Auftrag Wyss.

Im Kanton Luzern werden in den meisten Gemeinden derzeit auch nur Totgeborene bestattet, für Fehlgeborene gibt es lediglich in sieben Gemeinden die Möglichkeit einer Bestattung²⁹⁴. Mit dem Postulat von Laura Spring, welches am 18. Juni 2024 eröffnet wurde, soll erreicht werden, dass zukünftig auch Eltern von fehlgeborenen Kindern im gesamten Kanton Luzern Anspruch auf einen würdevollen Abschied durch eine Bestattung ihres Kindes haben und somit der Trauerprozess der Hinterbliebenen erleichtert werden kann²⁹⁵.

5.2.3 Grundrechtsverwirklichung auf kommunaler Ebene

Einer Umfrage zufolge, die im Rahmen des Berichts Streiff-Feller gemacht wurde, sind Bestattungen von Fehl- und Totgeborenen auch in einigen von den Regionen möglich, die keine entsprechenden Bestimmungen enthalten²⁹⁶. An Orten, wo die Bestattung von fehl- oder totgeborenen Kindern nicht durch kantonale oder kommunale Bestimmungen vorgesehen ist, können sich die Eltern teilweise auf eine etablierte Praxis der Vollzugsbehörden stützen. Medizinischen Einrichtungen, Krematorien und Friedhöfe haben mancherorts Bestattungsmöglichkeiten geschaffen, die die unterschiedlichen Bedürfnisse im Trauerprozess der hinterbliebenen Eltern respektieren²⁹⁷. So hat beispielsweise das Kantonsspital St. Gallen auf Initiative einer leitenden Hebamme und der Spitalseelsorge eine sogenannte Gedenkstätte für Sternenkinder errichtet²⁹⁸. Dort finden seit dem Jahr 2019 Gedenkfeiern mit Bestattungen für fehlgeborene Kinder statt²⁹⁹. Damit sollen insbesondere Eltern eine Anerkennung für ihr verstorbenes Kind erhalten³⁰⁰. Denn gemäss dem Spitalseelsorger Sepp Koller spielt es keine Rolle, ob das Kind vor oder nach der 22. Schwangerschaftswoche verstirbt – ein Kind zu verlieren sei in jedem Fall das Schlimmste, das es gibt³⁰¹. Aus diesem Grund haben auch einige Universitäts- und Kantonsspitäler Richtlinien für ihr Personal erlassen, welches die Eltern von

²⁹⁴ Postulat Spring.

²⁹⁵ Postulat Spring.

²⁹⁶ Bericht Streiff-Feller, S. 21. So beispielsweise im Kanton Aargau in den Gemeinden Aarau, Baden, Fricktal und Wettingen; im Kanton Bern in den Regionen Bern, Burgdorf, Biel und Langenthal; im Kanton Graubünden in der Gemeinde Chur; im Kanton Luzern in der Gemeinde Luzern; im Kanton St. Gallen in den Gemeinden Goldach, Rorschach und Steinach; im Kanton Solothurn in der Gemeinde Solothurn Stadt, Region Olten und Umgebung; im Kanton Schwyz in der Region Innerschwyz; im Kanton Wallis in der Region Oberwallis; im Kanton Zürich in der Gemeinde Zürich. (Bericht Streiff-Feller, S. 21, Fn. 91).

²⁹⁷ So beispielsweise das «Gemeinschaftsgrab für die ganz Kleinen» auf dem Friedhof Nordheim und Witikon in Zürich; das «Sternenkindergrab» auf dem Friedhof Anderallmend in Kriens, Luzern; das «Sternenkindergrab» auf dem Friedhof Grabs, St. Gallen; das «Gemeinschaftsgrab für früh verstorbene Kinder» auf dem Friedhof Friedental in Luzern (siehe näher dazu: Grünwald, S. 79 f.).

²⁹⁸ Tagblatt Interview Spitalseelsorger.

²⁹⁹ KSSG Sternenkinder.

³⁰⁰ Tagblatt Interview Spitalseelsorger.

³⁰¹ Tagblatt Interview Spitalseelsorger.

fehl- und totgeborenen Kindern in der Trauerbewältigung und insbesondere bei der Organisation der Bestattung unterstützen soll³⁰².

Wenn die Eltern nicht zu einer Bestattung ihres totgeborenen Kindes verpflichtet sind³⁰³ und diese auch keinen bestimmten Bestattungswunsch äussern, obliegt es den medizinischen Einrichtungen, das weitere Vorgehen mit dem Leichnam des fehl- oder totgeborenen Kindes zu regeln und zu veranlassen³⁰⁴. In dieser Hinsicht lässt sich bislang keine einheitliche Praxis feststellen. In manchen Regionen werden Fehl- und Totgeborene entweder gesondert oder gemeinsam mit anderen Fehl- und Totgeborenen kremiert sowie teilweise auch mit anderen humanen medizinischen Sonderabfällen verbrannt³⁰⁵. Einige medizinische Einrichtungen veranlassen jedoch auch ohne Wunsch der Eltern eine Bestattung von fehl- und totgeborenen Kindern in Gemeinschaftsgräbern. So bestattet das Universitätsspital Zürich Tot- und Fehlgeborene unabhängig von deren Entwicklungsstadium und auch ohne Wunsch der Eltern im sogenannten «Gemeinschaftsgrab für die ganz Kleinen»³⁰⁶. Im Kanton Bern werden gemäss Aussage von drei Spitälern, einem Krematorium und der Fachstelle Kindsverlust «lediglich» Fehlgeborene mit einem Gestationsalter von weniger als 14 Wochen mit anderen humanen medizinischen Sonderabfällen entsorgt³⁰⁷. Die Motion Leuenberger, die bereits einstimmig vom Grossen Rat angenommen wurde, forderte jedoch, dass diese etablierte Praxis verboten wird, da sie aus ethischer Perspektive bedenklich erscheint³⁰⁸. Somit müssten zukünftig auch Fehlgeborene unter 14 Wochen schicklich bestattet werden.

Die vom Bundesrat getätigten Abklärungen im Rahmen des Bericht Streiff-Fellers ergaben, dass insbesondere in kleineren medizinischen Einrichtungen und Bestattungswesen die Rechte und Bedürfnisse der Eltern von tot- und fehlgeborenen Kindern noch nicht genügend berücksichtigt werden. Grössere Schwierigkeiten gab es vor allem im Umgang mit Fehlgeborenen, da diese nicht beurkundet werden. Ob mit der Einführung der Bestätigung einer Fehlgeburt diese Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt und somit dem zentralen Anliegen des Berichts Streiff-Feller sowie dem Reformziel der Zivilstandesverordnung genügend Rechnung getragen werden konnte, darf zum heutigen Zeitpunkt noch bezweifelt werden. Deren Ziel war

³⁰² Bericht Streiff-Feller, S. 21.

³⁰³ Im Kanton Jura und Waadt ist die Bestattung von Totgeborenen obligatorisch. Siehe dazu Kapitel 5.2.2 und Übersicht über die kantonalen Regelungen in Anhang 2.

³⁰⁴ Art. 31c Abs. 1 USG. Vgl. dazu Kapitel 5.2.1.

³⁰⁵ Bericht Streiff-Feller, S. 21. Siehe dazu auch Stellungnahme Regierungsrat BE.

³⁰⁶ Beschluss des Regierungsrates ZH, S. 27. Mittlerweile wurde die Praxis des Universitätsspitals auf kantonaler Ebene in § 16 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61) rechtlich verankert.

³⁰⁷ Stellungnahme Regierungsrat BE.

³⁰⁸ Grosser Rat BE Protokoll, Wortmeldung von Simone Leuenberger.

es nämlich, mit der Ausstellung einer Bestätigung die Formalitäten rund um die Bestattung eines Fehlgeborenen und demnach die Trauerarbeit der Eltern zu erleichtern³⁰⁹. So wird jedoch hauptsächlich durch die jüngsten parlamentarischen Vorstösse auf kantonaler Ebene³¹⁰ deutlich, dass auch heute die Möglichkeit zur Bestattung von fehlgeborenen Kindern und folglich eine Anerkennung der Trauerarbeit der hinterbliebenen Eltern noch nicht in allen Teilen der Schweiz angekommen ist. Andererseits lässt sich auch ein gesellschaftlicher sowie politischer Wandel hinsichtlich der Anerkennung der Bedürfnisse von hinterbliebenen Eltern erkennen.

³⁰⁹ Bericht Streiff-Feller, S. 2; Erläuterungen ZStV, S. 7.

³¹⁰ Siehe dazu Kapitel 5.2.2.

6 Sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche von Eltern fehl- und totgeborener Kinder

Eine Geburt löst in der Schweiz unterschiedliche sozial- und arbeitsrechtliche Ansprüche der Eltern aus. Inwiefern die einschlägigen Ansprüche auch für Eltern von fehl- und totgeborenen Kindern gelten und was sich diesbezüglich in Zukunft verändern könnte, soll nachfolgend untersucht werden.

6.1 Anspruch auf Mutterschaftentschädigung und Mutterschaftsurlaub

Der Bund ist gemäss Art. 116 Abs. 3 BV dazu verpflichtet, eine Mutterschaftsversicherung einzurichten. Diese wird durch die Erwerbsersatzleistungen, die während 14 Wochen nach der Niederkunft ausgerichtet werden³¹¹, gewährt³¹². Damit einher geht ein privatrechtlicher Mutterschutzurlaub für Arbeitnehmerinnen sowie gewisse weitere arbeitsrechtliche Ansprüche. Die für die biologische Mutter eines fehl- oder totgeborenen Kindes relevanten Ansprüche und Leistungen beginnen jeweils mit der sogenannten Niederkunft³¹³. Der Begriff der Niederkunft wird dabei im sozialversicherungsrechtlichen Sinne von Art. 23 EOV ausgelegt³¹⁴. Demgemäß entsteht dann ein Anspruch für die biologische Mutter, wenn das Kind lebensfähig geboren wird oder wenn die Schwangerschaft mindestens bis zur vollendeten 22. Schwangerschaftswoche angedauert hat³¹⁵. Nachfolgend muss somit einerseits zwischen den Ansprüchen infolge einer Totgeburt nach der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche und den Ansprüchen infolge einer Fehl- oder Totgeburt vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche unterschieden werden.

6.1.1 Ansprüche infolge einer Totgeburt nach der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche

Die biologische Mutter eines Totgeborenen, das ein Gestationsalter von mindestens 22 vollendeten Wochen aufweist³¹⁶, hat Anspruch auf eine Mutterschaftentschädigung während 14 Wochen nach der Niederkunft³¹⁷, wenn sie erstens unmittelbar vor der Niederkunft während der ganzen Dauer der Schwangerschaft, aber mindestens während sechs Monaten, obligatorisch im Sinne des AHVG versichert war³¹⁸; zweitens in dieser Zeit mindestens fünf Monate eine

³¹¹ Art. 16c Abs. 1 und 2 EOG.

³¹² BBI 2002 7522, S. 7557.

³¹³ Vgl. Art. 5 ATSG; Art. 64 Abs. 7 Bst. B KVG i.V.m. Art. 105 Abs. 2 KVV; Art. 16c Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 23 EOV.

³¹⁴ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 705, Rz. 5; PORTMANN / RUDOLPH (c), Rz. 7; HENSCH, Rz. 8; Stellungnahme Interpellation Reynard.

³¹⁵ Art. 23 EOV.

³¹⁶ Art. 23 Abs. 2 EOV.

³¹⁷ Art. 16c Abs. 2 EOG.

³¹⁸ Art. 16b Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 EOG i.V.m. Art. 26 f. EOV; BBI 2002 7522, S. 7543 ff. m.w.H.

selbständig oder unselbständig Erwerbstätigkeit ausgeübt hat³¹⁹ und drittens im Zeitpunkt der Niederkunft einer Erwerbstätigkeit nachgeht³²⁰. Sollte sie zum Zeitpunkt der Niederkunft arbeitslos³²¹ oder arbeitsunfähig sein beziehungsweise aufgrund Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit die Mindesterwerbsdauer von fünf Monaten nicht erreicht haben, hat sie unter den Voraussetzungen nach Art. 16b Abs. 3 EOG i.V.m. Art. 29 f. EOV³²² ausnahmsweise einen Leistungsanspruch. Die Mutterschaftentschädigung beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, welches unmittelbar vor der Niederkunft erzielt wurde³²³, höchstens jedoch 220 Franken pro Tag³²⁴. Der Anspruch auf Entschädigung entsteht am Tag der Niederkunft³²⁵ und endet nach 14 Wochen oder vorzeitig bei Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit, auch wenn diese nur teilzeitig ist³²⁶. Im Falle, dass die biologische Mutter unselbständig erwerbstätig ist, jedoch die Voraussetzungen für eine Mutterschaftentschädigung nicht erfüllt, besteht nach der Niederkunft, sofern eine Arbeitsverhinderung nachgewiesen ist, eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der arbeitgebenden Person gemäss Art. 324a Abs. 1 OR³²⁷.

Mit der Einführung der sozialversicherungsrechtlichen Mutterschaftentschädigung, welche die Inanspruchnahme eines 14-wöchigen Urlaubs voraussetzt³²⁸, wurde gleichzeitig ein privatrechtlicher Anspruch auf Mutterschaftsurlaub geschaffen³²⁹. Anders als die sozialversicherungsrechtliche Mutterschaftentschädigung wird der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub jedoch einzig davon abhängig gemacht, ob die biologische Mutter zum Zeitpunkt der Niederkunft einem Arbeitsvertrag nach schweizerischem Recht untersteht³³⁰. Folglich entsteht für die arbeitnehmende biologische Mutter nach der Niederkunft ihres totgeborenen Kindes, das ein Gestationsalter von mindestens 22 vollendeten Wochen

³¹⁹ Art. 16b Abs. 1 Bst. b EOG i.V.m. Art. 28 f. EOV; BBI 2002 7522, S. 7543 ff. m.w.H.

³²⁰ Art. 16b Abs. 1 Bst. c EOG; BBI 2002 7522, S. 7543 ff. m.w.H.

³²¹ Der Begriff «arbeitslos» ist dabei nicht im Sinne von Art. 10 Abs. 3 AVIG zu verstehen, da zum Zeitpunkt der Niederkunft kein Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt sein muss. Siehe näher dazu BBI 2003 1112, S. 1121 f.; BGE 136 V 239 E. 2.1 S. 241 f.

³²² BGE 133 V 73 m.w.H.

³²³ Art. 16e Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 EOG; Art. 5 ff. und 31 ff. EOV.

³²⁴ Art. 16f EOG.

³²⁵ Art. 16c Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 23 Abs. 2 EOV.

³²⁶ Art. 16d Abs. 1 und 3 EOG i.V.m. Art. 25 EOV.

³²⁷ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 441, Rz. 16; PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 38; vgl. auch BSV, Mutterschaftentschädigung. Zu den Voraussetzungen von Art. 324a OR gleich in Kapitel 6.1.2.

³²⁸ Vgl. Art. 16d Abs. 1 und 3 EOG.

³²⁹ Art. 329f OR; BBI 2002 7522, S. 7550; BBI 2003 1112, S. 1113 f.

³³⁰ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 704, Rz. 3.

aufweist³³¹, ein Anspruch auf Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen³³². Dies bedeutet, dass sie für diese Zeit von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung entbunden ist und somit von der Arbeit fernbleiben kann, ohne damit gegen den Arbeitsvertrag zu verstossen³³³. Der Mutterschaftsurlaub dient unter anderem der Erholung der biologischen Mutter von der Schwangerschaft und Niederkunft³³⁴.

Zudem gilt während einer Zeit von 16 Wochen nach der Niederkunft ein Kündigungsschutz, das heisst, dass eine Kündigung, die während dieser Zeit durch die arbeitgebende Person ausgesprochen wird, nichtig ist³³⁵. Wurde die Kündigung bereits vor der Schwangerschaft ausgesprochen, ist die Kündigungsfrist jedoch bei Eintritt der Schwangerschaft noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst 16 Wochen nach der Niederkunft fortgesetzt³³⁶.

Für die arbeitnehmende biologische Mütter, die dem ArG unterstehen³³⁷, gilt sodann ein Beschäftigungsverbot während der ersten acht Wochen nach der Niederkunft³³⁸. Ab der 9. bis zum Ende der 16. Woche nach der Niederkunft darf sie auf eigenen Wunsch und ohne ärztliches Attest von der Arbeit fernbleiben³³⁹. Für eine freiwillige Abwesenheit in der 15. und 16. Woche besteht grundsätzlich kein Lohnanspruch gemäss ArG³⁴⁰. Vorbehalten bleiben Lohnfortzahlungsansprüche aufgrund einer Arbeitsverhinderung nach Art. 324a Abs. 1 OR und aufgrund unfreiwilliger Abwesenheit wegen fehlender Ersatzarbeit nach Art. 35b ArG³⁴¹.

6.1.2 Ansprüche infolge einer Fehl- oder Totgeburt vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche

Handelt es sich um ein fehlgeborenes Kind oder ein Totgeborenes, das nur den Schwellenwert von mindestens 500 Gramm Geburtsgewicht³⁴², jedoch nicht den der 23.

³³¹ Der Begriff der Niederkunft gemäss Art. 329f Abs. 1 OR wird auch im Sinne von Art. 23 EOV ausgelegt. Siehe dazu STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 705, Rz. 5; PORTMANN / RUDOLPH (c), Rz. 7; Stellungnahme Interpellation Reynard.

³³² Art. 329f Abs. 1 OR. Für Arbeitnehmerinnen, die dem Anwendungsbereich von Art. 1 ff. ArG unterliegen, besteht sogar ein Anspruch auf einen 16-wöchigen Mutterschaftsurlaub (Art. 35a Abs. 3 ArG).

³³³ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 706, Rz. 6.

³³⁴ BBI 2002 7522, S. 7545; BGE 142 II 425 E. 5.1 S. 429.

³³⁵ Art. 336c Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 OR.

³³⁶ Art. 336c Abs. 2 und 3 OR.

³³⁷ Art. 1 ff. ArG.

³³⁸ Art. 35a Abs. 3 ArG.

³³⁹ Art. 35a Abs. 3 ArG. Siehe näher dazu HENSCH, Rz. 13; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 445, Rz. 16 unter Berufung auf BGer 4C.271/2000 vom 15.2.2001 und BGer 4C.57/2007 vom 15.5.2007.

³⁴⁰ Vgl. Art. 35b Abs. 2. Ebenso HENSCH, Rz. 16 f.; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 445 f., Rz. 16; PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 41.

³⁴¹ HENSCH, Rz. 16 f.; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 445 f., Rz. 16; PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 41

³⁴² Vgl. Art. 9 Abs. 2 ZStV und Kapitel 2.1.

Schwangerschaftswoche erreicht, gilt die Geburt aus rechtlicher Sicht nicht als Niederkunft im Sinne von Art. 23 EOV³⁴³. In diesem Szenario hat die biologische Mutter folglich weder Anspruch auf Ausrichtung einer 14-wöchigen Mutterschaftsentschädigung gemäss Art. 16b ff. EOG noch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen nach Art. 329f Abs. 1 OR beziehungsweise 16 Wochen nach Art. 35a Abs. 3 ArG noch auf das Beschäftigungsverbot während acht Wochen nach der Niederkunft gemäss Art. 35a Abs. 3 ArG noch auf den 16-wöchigen Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 Bst. c OR³⁴⁴.

Eine Abwesenheit von der Arbeit wäre für die arbeitnehmende biologische Mutter rechtlich trotzdem möglich und gerechtfertigt, wenn eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR vorliegt – das heisst, ohne Verschulden, aus Gründen, die in der Person der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers liegen und dass die Arbeitsleistung nicht zumutbar ist³⁴⁵. Anspruch auf Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber besteht einerseits erst, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder auf mehr als drei Monate und ohne vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten abgeschlossen wurde³⁴⁶ und andererseits, wenn die Arbeitsverhinderung beispielsweise mittels eines ärztlichen Attests bewiesen wurde³⁴⁷. Die Lohnfortzahlungspflicht der arbeitgebenden Person gilt lediglich für eine beschränkte Zeit³⁴⁸, die vom entsprechenden Dienstjahr der arbeitnehmenden Person abhängig ist³⁴⁹. Demnach fällt der Anspruch weg, wenn die Dauer der Lohnfortzahlung bereits im entsprechenden Jahr für andere Arbeitsverhinderung genutzt wurde³⁵⁰. Vorbehalten bleiben weitere Deckungen auf Grundlage einer bestehenden Krankentaggeldversicherung³⁵¹.

Des Weiteren ist die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber zwingend³⁵² dazu verpflichtet, der arbeitnehmenden Person innerhalb der Arbeitszeit kurzfristige Befreiungen für besondere Anlässe zu gewährleisten³⁵³. Rechtlich stellt die Geburt des eigenen Kindes oder der Tod eines

³⁴³ Art. 23 EOV e contrario.

³⁴⁴ All diese Ansprüche werden von der Niederkunft im Sinne von Art. 23 EOV abhängig gemacht. Siehe dazu STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 705, Rz. 5; PORTMANN / RUDOLPH (c), Rz. 7; HENSCH, Rz. 8; Stellungnahme Interpellation Reynard; Vgl. BBI 2002 7522, S. 7550; BBI 2003 1112, S. 1113 f.

³⁴⁵ PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 1 ff.; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 407 ff., Rz. 6.

³⁴⁶ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 403 ff., Rz. 2 ff.; BGE 131 III 623 E. 2.4 S. 629 ff. m.w.H.

³⁴⁷ PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 24; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 419 ff., Rz. 12.

³⁴⁸ Art. 324a Abs. 1 OR.

³⁴⁹ Art. 324a Abs. 2 OR. Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht unterscheidet sich jedoch auch kantonal anhand von Skalen, die von den Gerichten entwickelt wurden. Siehe dazu PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 13 und 20.

³⁵⁰ PORTMANN / RUDOLPH (a), Rz. 17.

³⁵¹ Art. 324b OR i.V.m. Art. 67 ff. KVG; vgl. auch Stellungnahme Interpellation Reynard.

³⁵² Art. 362 OR.

³⁵³ Art. 329 Abs. 3 OR; PORTMANN / RUDOLPH (b), Rz. 14 m.w.H.

Angehörigen einen solchen *besonderen Anlass* dar³⁵⁴. Somit steht der biologischen Mutter eines fehl- oder totgeborenen Kindes, das ein Gestationsalter von weniger als 22 vollendeten Wochen aufweist, Urlaub von ein bis drei Tagen zu, wobei die Dauer auch auf die spezifischen Umstände des Einzelfalls angepasst werden kann³⁵⁵. Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht indes nur, wenn dies vertraglich vereinbart wurde oder üblich ist³⁵⁶. Letzteres ist bei Ausrichtung eines Monats- oder Wochenlohnes zu bejahen³⁵⁷.

Die derzeitige Gesetzeslage führt schlussendlich dazu, dass die biologische Mutter, die eine Fehl- oder Totgeburt vor der 23. Schwangerschaftswoche erlitten hat, zwar den Urlaubsanspruch von ein bis drei Tagen gemäss Art. 329 Abs. 3 OR einfordern kann. Hat sie sich jedoch nach ein bis drei Tagen noch nicht von der Geburt erholt, ist sie erstens auf ein ärztliches Ermessen angewiesen und zweitens ist ihr Lohnfortzahlungsanspruch von den strengen Voraussetzungen und Beschränkungen gemäss Art. 324a Abs. 1 OR abhängig. Da der Mutterschaftsurlaub und die damit zusammenhängende Mutterschaftentschädigung der Erholung der biologischen Mutter von der Schwangerschaft und Niederkunft dient³⁵⁸, ist nicht ersichtlich, weshalb dies Müttern von fehlgeborenen und insbesondere von totgeborenen Kindern, die den Schwellenwert von 23 Wochen nicht erreicht haben, nicht zusteht. So mag es für die biologische Mutter und deren Bedürfnis nach Erholung keinen oder zumindest kaum einen Unterschied machen, ob sie das Kind bis kurz vor oder kurz nach der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche ausgetragen hat. Die heutige Konzeption führt jedoch dazu, dass dieser lediglich auf Wahrscheinlichkeit beruhende Schwellenwert³⁵⁹ über den Anspruch auf Urlaub und Entschädigung und folglich über einen Anspruch auf Erholung von einem solch traumatischen Erlebnis entscheidet³⁶⁰. Diese Ungleichbehandlung gibt seit geraumer Zeit auf politischer Ebene Anlass für Diskussionen³⁶¹. So erkannte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Interpellation Reynard, «dass eine Fehlgeburt oder eine Totgeburt vor der 23. Schwangerschaftswoche besonders erschütternde Ereignisse darstellen, die im geltenden Recht nicht ausreichend berücksichtigt werden»³⁶². Daraufhin hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständерates den Bundesrat mit einem Postulat vom 27. Juni 2023

³⁵⁴ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 634, Rz. 6; SECO, Freizeit und Feiertage; Stellungnahme Interpellation Reynard.

³⁵⁵ Stellungnahme Interpellation Reynard.

³⁵⁶ Vgl. Art. 322 Abs. 1 OR.

³⁵⁷ SECO, Freizeit und Feiertage; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH, S. 634, Rz. 6.

³⁵⁸ BBI 2002 7522, S. 7545; BGE 142 II 425 E. 5.1 S. 429.

³⁵⁹ Siehe dazu Kapitel 2.1. Siehe auch BBI 2002 7522, S. 7546.

³⁶⁰ Ebenso Interpellation Reynard; Amtl. Bulletin NR 2024 1359, S. 1826 f.

³⁶¹ Standesinitiative Tessin; Postulat SGK-SR; Petition Müller-Heiniger; Interpellation Reynard.

³⁶² Stellungnahme Interpellation Reynard.

beauftragt, «die Einführung eines bezahlten Urlaubs im Fall einer Fehl- oder Totgeburt vor der 23. Schwangerschaftswoche zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten»³⁶³. Der Bundesrat sowie der Ständerat waren der Ansicht, dass eine eingehende Prüfung im Sinne einer detaillierten Studie angebracht sei³⁶⁴. Der Ständerat nahm das Postulat am 26. September 2023 an³⁶⁵. Es bleibt also abzuwarten, ob sich die Rechtslage für biologische Mütter von fehl- und totgeborenen Kindern, die vor der 23. Schwangerschaftswoche geboren wurden, verbessern wird. Eine mögliche Lösung zur Beseitigung der Ungleichbehandlung könnte ein gestaffelter Mutterschutz sein³⁶⁶.

6.2 Anspruch auf Entschädigung und Urlaub des anderen Elternteils

Der andere Elternteil hat nach der Geburt des Kindes unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf einen Urlaub und eine Erwerbsersatzentschädigung von zwei Wochen³⁶⁷. Im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub und -entschädigung besteht der Anspruch jedoch nur, wenn das Kind lebend geboren wird³⁶⁸. Folglich hat der andere Elternteil eines fehl- oder totgeborenen Kindes weder Anspruch auf einen Urlaub nach Art. 329g OR noch auf eine Entschädigung gemäss Art. 16i ff. EOG.

Der andere Elternteil des fehl- oder totgeborenen Kindes kann indes die Ansprüche nach Art. 324a Abs. 1 und Art. 329 Abs. 3 OR wie die biologische Mutter eines fehl- oder totgeborenen Kindes, das vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche geboren wurde, geltend machen³⁶⁹. Dieser Ungleichbehandlung zwischen der biologischen Mutter und dem anderen Elternteil, die gemeinsam eine Totgeburt nach der 23. Schwangerschaftswoche erleiden, bilden seit einiger Zeit Gegenstand politischer Debatten³⁷⁰. So forderte die Motion von Greta Gysin, dass – analog zum Mutterschaftsurlaub – die Gesetzgebung zum «Vaterschaftsurlaub»³⁷¹ so geändert werden soll, dass unter anderem auch ein Anspruch im Falle einer Totgeburt nach der 23. Schwangerschaftswoche besteht³⁷². Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion, da eine derartige Gesetzesänderung dem Sinn und Zweck des Vaterschaftsurlaubes

³⁶³ Postulat SGK-SR.

³⁶⁴ Stellungnahme Postulat SGK-SR; Amtl. Bulletin SR 2023 689, S. 933.

³⁶⁵ Amtl. Bulletin SR 2023 689, S. 933.

³⁶⁶ Petition Müller-Heiniger.

³⁶⁷ Art. 329g OR; Art. 16i ff. EOG.

³⁶⁸ Art. 329g OR und Art. 16j Abs. 2 OR i.V.m. Art. 23 Abs. 1 EOV; vgl. Art. 23 Abs. 2 EOV; Motion Gysin; Stellungnahme Motion Gysin.

³⁶⁹ Vgl. Kapitel 6.1.2.

³⁷⁰ Motion Gysin; Motion Prezioso Batou.

³⁷¹ Die Motion wurde vor Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe eingereicht. Somit hiess Art. 329g OR (Fassung vom 1. Mai 2021) noch «Vaterschaftsurlaub» und Art. 16i ff. EOG (Fassung vom 1. Januar 2021) wurde unter dem Titel «Vaterschaftsentschädigung» geführt.

³⁷² Motion Gysin.

widersprechen würde, der primär darin läge, sich in die veränderte Familiensituation mit dem Neugeborenen einzubringen³⁷³. Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat haben die Motion jedoch im Frühjahr und Sommer 2024 angenommen³⁷⁴. Folglich dürfte der Anspruch auf Urlaub und Entschädigung des anderen Elternteils zukünftig auch bei einer Totgeburt nach der 23. Schwangerschaftswoche bestehen.

6.3 Anspruch auf Kostenübernahme der obligatorischen Krankenversicherung

Die obligatorische Krankenversicherung übernimmt Kosten für Leistungen infolge Krankheit und Mutterschaft³⁷⁵. Ab der 13. Schwangerschaftswoche, während der Niederkunft und bis acht Wochen nach der Niederkunft sind Frauen von jeglicher Kostenbeteiligung für Leistungen infolge Mutterschaft und Krankheit befreit³⁷⁶. Als Niederkunft gilt – in Anlehnung an die Grenze gemäss Art. 23 EOV³⁷⁷ – auch eine Totgeburt ab der 23. Schwangerschaftswoche³⁷⁸.

Die biologische Mutter eines totgeborenen Kindes, welches ein Gestationsalter von mindestens 22 vollendeten Wochen aufweist³⁷⁹, hat unter anderem Anspruch auf eine Kostenübernahme der Entbindung³⁸⁰, der Kontrolluntersuchungen nach der Schwangerschaft sowie der Betreuung durch Hebammen³⁸¹. Die obligatorische Krankenversicherung darf auf Leistungen, die ab der 13. Schwangerschaftswoche, während und bis acht Wochen nach der Niederkunft erbracht werden, keine Kostenbeteiligung erheben³⁸².

Eine Fehl- oder Totgeburt vor der vollendeten 22. Schwangerschaftswoche gilt auch im Sinne der obligatorischen Krankenversicherung nicht als Niederkunft³⁸³. Nichtsdestotrotz löst die Schwangerschaft, die mindestens bis zur 13. Woche angedauert hat³⁸⁴, Ansprüche auf Kostenübernahme von besonderen, nachgeburtlichen Mutterschaftsleistungen aus. So werden die Kontrolluntersuchung und die Betreuung durch Hebammen nach der Schwangerschaft von

³⁷³ Stellungnahme Motion Gysin; vgl. auch BBI 2019 3405, S. 3414.

³⁷⁴ Amtl. Bulletin SR 2024 1, S. 122; Amtl. Bulletin NR 2024 789, S. 1221.

³⁷⁵ Art. 29 KVG.

³⁷⁶ Art. 64 Abs. 7 KVG i.V.m. Art. 105 KVV. Die Befreiung der Kostenbeteiligung umfasst die Franchise und den Selbstbehalt (Art. 64 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 103 Abs. 1 und 2 KVV) sowie den Beitrag an die Kosten eines Spitalaufenthalts (Art. 64 Abs. 5 KVG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 Bst. c KVV).

³⁷⁷ Bericht Streiff-Feller, S. 18.

³⁷⁸ Art. 105 Abs. 2 KVV.

³⁷⁹ Art. 105 Abs. 2 KVV.

³⁸⁰ Unter den Begriff der Entbindung ist auch die Totgeburt nach der 23. Schwangerschaftswoche zu verstehen. Siehe dazu EUGSTER (b), Rz. 6 und HOFER Rz. 15 unter Berufung auf Art. 105 Abs. 2 KVV.

³⁸¹ Art. 29 Abs. 2 Bst. a und b KVG i.V.m. Art. 13 Bst. e und Art. 16 Abs. 1 Bst. b und c sowie Abs. 2 KLV. Siehe näher dazu EUGSTER (a), Rz. 2 ff.

³⁸² Art. 64 Abs. 7 KVG i.V.m. Art. 105 KVV.

³⁸³ Art. 105 Abs. 2 KVV e contrario.

³⁸⁴ Vgl. Art. 13 Bst. f und Art. 16 Abs. 1 Bst. abis KLV.

der obligatorischen Krankenversicherung übernommen³⁸⁵. Die obligatorische Krankenversicherung darf auf sämtliche Leistungen, die ab der 13. Schwangerschaftswoche erbracht werden, keine Kostenbeteiligung erheben³⁸⁶. Da im Falle einer Fehlgeburt keine Niederkunft im Sinne von Art. 64 Abs. 7 Bst. b KVG i.V.m. Art. 105 Abs. 2 und 3 KVV gegeben ist, endet der Anspruch auf Befreiung der Kostenbeteiligung von Leistungen infolge Krankheit nach Art. 25 und 25a KVG mit dem Eintritt der Fehlgeburt³⁸⁷. Somit ist die Befreiung der Kostenbeteiligung für die Erholungszeit von acht Wochen nach der Niederkunft gemäss Art. 105 Abs. 3 vorliegend nicht anwendbar.

Eine Fehlgeburt, die vor der 13. Schwangerschaftswoche eintritt, ist explizit nicht mehr von den abschliessend geregelten³⁸⁸ besonderen Mutterschaftsleistungen nach Art. 29 Abs. 2 KVG umfasst³⁸⁹ und stellt demzufolge vollumfänglich eine Krankheit im Sinne von Art. 1a Abs. 2 lit. a KVG i. V.m. Art. 3 ATSG dar³⁹⁰. Somit bleibt die Kostenbeteiligung für biologische Mütter von fehlgeborenen Kindern, die vor der 13. Schwangerschaftswoche auf die Welt kommen, bestehen³⁹¹. Diese Grenzziehung wurde mit der Präzisierung von Art. 64 Abs. 7 KVG eingeführt, die insbesondere eine Gleichbehandlung für die Kostenbeteiligung bei normal verlaufenden Schwangerschaften und Schwangerschaften mit Komplikationen schaffen sollte³⁹². Da Leistungen infolge von Schwangerschaftskomplikationen als Krankheitskosten zu qualifizieren sind, waren diese gemäss Rechtsprechung grundsätzlich nicht von der Kostenbeteiligung befreit³⁹³. Bei der gesetzlichen Einführung der Kostenbefreiung auch für Krankheitskosten wurde für deren Beginn die 13. Schwangerschaftswoche gewählt, weil erstens gemäss Art. 29 Abs. 2 Bst. a KVG i.V.m. Art. 13 Bst. b KLV die erste Ultraschalluntersuchung zwischen der 12. und 14. Schwangerschaftswoche vorgesehen ist; zweitens die Schwangerschaft in drei Trimester eingeteilt wird, wobei das zweite Trimester mit der 13. Schwangerschaftswoche beginnt sowie drittens die meisten Schwangerschaften erst nach einigen Wochen festgestellt werden und es deshalb mit einem «unverhältnismässigen Verwaltungsaufwand» verbunden wäre, wenn bereits erhobene Kostenbeteiligungen rückwirkend auf den mutmasslichen Beginn der Schwangerschaft zurückerstattet werden

³⁸⁵ Art. 29 Abs. 2 Bst. a KVG i.V.m. Art. 13 Bst. f und Art. 16 Abs. 1 Bst. abis KLV.

³⁸⁶ Art. 64 Abs. 7 KVG i.V.m. Art. 105 Abs. 1 KVV..

³⁸⁷ Bericht Streiff-Feller, S. 18; vgl. Schmid, Rz. 43.

³⁸⁸ Schmid, Rz. 39; Hofer, Rz. 8.

³⁸⁹ Vgl. Art. 13 Bst. f und Art. 16 Abs. 1 Bst. abis KLV.

³⁹⁰ Vgl. BGE 127 V 268 E. 3b S. 271 ff.; BGE 144 V 184 E. 3.3 f. S. 188; BBI 2013 2459, S. 2462. Dazu näher SCHMID, Rz. 42; GAUTSCHI, Rz. 8; EUGSTER (a), Rz. 4 ff.

³⁹¹ Vgl. Art. 64 Abs. 7 KVG.

³⁹² BBI 2013 2459, S. 2461 f. m.w.H.

³⁹³ Vgl. BGE 127 V 268 E. 3b S. 271 ff.; BGE 112 V 303 E. 1b S. 304 f.; BGE 107 V 99 E. 1c S. 101 f.; BGE 97 V 193.

müssten³⁹⁴. Folglich wurde mit der Einführung der Befreiung von Kostenbeteiligungen ab der 13. Schwangerschaftswoche die Ungleichbehandlung nur reduziert, da Mütter, die in den ersten zwölf Schwangerschaftswochen Komplikationen wie beispielsweise eine Fehlgeburt erleiden, weiterhin benachteiligt werden. Ob sich diese Ungleichbehandlung mit dem «unverhältnismässigen Verwaltungsaufwand», der mit einer Kostenbefreiung ab Beginn der Schwangerschaft entstehen würde, rechtfertigen lässt, darf bezweifelt werden. Denn Krankversicherungen müssen regelmässig die eingezogenen Kostenbeteiligungen auch dann erstatten, wenn Rechnungen der leistungserbringenden Parteien – aus anderen Gründen – storniert oder berichtigt werden³⁹⁵.

³⁹⁴ BBI 2013 2459, S. 2462.

³⁹⁵ SCHMID, Rz. 42.

7 Fazit und Ausblick

Die Rechtsstellung von fehl- und totgeborenen Kindern in der Schweiz ist von komplexen Herausforderungen geprägt, die sich aus dem Zusammentreffen juristischer, ethischer und gesellschaftlicher Diskurse ergeben. Dies spiegelt sich in der gegenwärtigen Diskrepanz zwischen derer tatsächlichen Existenz und rechtlichen Anerkennung wider. Denn obwohl Fehl- und Totgeborene keine Rechtsfähigkeit erlangen, stellt die schweizerische Gesetzgebung und – insbesondere die internationale – Rechtsprechung sicher, dass sie in bestimmten Bereichen rechtlich anerkannt werden und ihre Angehörigen rechtliche Ansprüche geltend machen können. Dies zeigt sich insbesondere in der Beurkundung von Totgeborenen im Personenstandsregister, der Möglichkeit zur Ausstellung einer Bestätigung bei Fehlgeburten sowie den grundrechtlichen Bestattungsansprüchen, die den hinterbliebenen Eltern eine würdige Abschiednahme von ihrem Kind ermöglichen.

Dennoch kommt man zum Ergebnis, dass der Sinn und Zweck der rechtlichen Anerkennung von fehl- und totgeborenen, der darin liegt, die Trauerarbeit der Eltern zu erleichtern³⁹⁶, noch keine vollständige Berücksichtigung in der Gesetzgebung und Praxis gefunden hat. So sind überwiegend die Eltern von fehlgeborenen Kindern von gesetzlichen Unklarheiten hinsichtlich der Bestattung sowie von Ungleichbehandlungen in Bezug auf die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche betroffen. Dies ist auf die abstrakte, rechtliche Grenzziehung zwischen Fehl- und Totgeburten zurückzuführen, die darüber entscheidet, welche Rechtsstellung das fehl- oder totgeborene Kind und deren Eltern zukommt. Für die hinterbliebenen Eltern dürfte diese Ungleichbehandlung nur schwer nachzuvollziehen sein. Denn das grundrechtlich geschützte Bindungsgefühl der Eltern zum fehl- oder totgeborenen Kind ist nicht anhand abstrakter Kriterien zu determinieren, sondern beruht auf höchst subjektiven Empfindungen³⁹⁷. Kritik an der geltenden Rechtslage wird jedoch auch seitens der Politik ausgeübt, die insbesondere eine Gleichstellung von fehl- und totgeborenen Kindern und damit auch Rechtssicherheit für die betroffenen Angehörigen fordert. Zahlreiche parlamentarische Vorstöße konnten schon eine rechtliche Anerkennung bewirken. Einige Gesetzgebungen, die die Bedürfnisse und den Trauerprozess der hinterbliebenen Eltern noch tiefgehender würdigen, befinden sich bereits in den Startlöchern. Es bleibt also abzuwarten, ob zukünftig auch die stillsten Mitglieder unserer Gesellschaft eine angemessene Berücksichtigung erfahren werden.

³⁹⁶ Bericht Streiff-Feller, S.

³⁹⁷ Ebenso TSCHUMY, Rz. 659; GRÜNEWALD, S. 70.

Anhang 1: E-Mail des Bundesamtes für Justiz

Meine 1. Frage zur Bestätigung einer Fehlgeburt:

Gemäss Art. 9a Abs. 2 ZStV ist die Person berechtigt einen Antrag auf Bestätigung der Fehlgeburt zu stellen, die die Fehlgeburt erlitten hat oder schriftlich erklärt, Erzeuger zu sein (vgl. auch Formular zur Beantragung einer Bestätigung, auf dem steht: "Angaben zum Mann, welcher bestätigt der Erzeuger des Fehlgeborenen zu sein"). Bei Fehlgeburten wird zwar kein Kindesverhältnis beurkundet, ich habe mich jedoch gefragt, ob die Bestimmungen nach Art. 252 ff. ZGB sinngemäss für die Bestätigung gelten. Dies heisst im Detail: Wenn "der Erzeuger" und der rechtliche Vater / die rechtliche Mutter (analog Art. 255 und 255a ZGB) auseinanderfallen, wie es bspw. im Rahmen einer Samenspende nach dem FMedG wäre, kann dann auch der Ehemann / die Ehefrau (die nicht Erzeuger sind) in der Bestätigung aufgeführt werden? Falls ja, könnte allenfalls auch die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner (die nicht Erzeuger sind), aufgeführt werden?

Antwort des Bundesamtes für Justiz auf meine 1. Frage:

Da kein rechtliches Kindesverhältnis zum Fehlgeborenen entsteht, wurde vereinbart, anstelle der Begriffe Mutter und Vater den Ausdruck « Person, die die Fehlgeburt erlitten hat oder schriftlich erklärt, Erzeuger zu sein zu verwenden » (Erläuterungen vom 31.10.2018, Révision ZStV und ZStGV, ad Art. 9a).

Um zu bestimmen, wer berechtigt ist, eine Bestätigung der Geburt eines Fehlgeborenen zu verlangen, hält man sich grundsätzlich an die Bestimmungen zur Entstehung von Kindesverhältnissen. Die Bestätigung kann daher von Personen verlangt werden, die durch gesetzliche Vermutung oder Erklärung rechtlicher Elternteil des Kindes geworden wären. Es geht darum, gegenüber lebend geborenen Kindern keinen Präzedenzfall zu schaffen. Die Bezeichnung «Erzeuger» ist somit nach heutiger Rechtslage weit zu verstehen. Das bedeutet, dass der Ehemann (Art. 255 ZGB) oder die Ehefrau (sofern Samenspende nach FMedG, Art. 255a ZGB) der Person, die eine Fehlgeburt erlitten hat, eine Bestätigung verlangen können, auch wenn sie nicht die genetischen Erzeuger des Kindes sind. Hingegen hat sich die Entstehung des Kindesverhältnisses durch Erklärung seit dem Inkrafttreten der revidierten ZStV am 1. Januar 2019 nicht geändert: Sie ist ausschliesslich für einen Mann möglich, der davon ausgeht, Vater eines Kindes zu sein (Art. 260 ZGB). Folglich gilt: Ein Lebenspartner, der das Kind anerkennen könnte, würde auf schriftliche Erklärung in der Bestätigung aufgeführt, eine Lebenspartnerin hingegen nicht.

Meine 2. Frage zur Beurkundung einer Totgeburt:

Wird bei der Beurkundung der Abstammungsverhältnisse der zweite Elternteil bzw. der Ehemann oder die Ehefrau automatisch (aufgrund der analogen Anwendung von Art. 255 und 255a ZGB) und zwingend im Personenstandsregister eingetragen oder nur, wenn dies vom zweiten Elternteil ausdrücklich gewollt ist? In Ihrem Kreisschreiben Nr.20.08.12.01 vom 01.12.2008 zu den "Angaben über Abstammung, Namen und Bürgerrecht des totgeborenen oder vor der Anerkennung verstorbenen Kindes" schreiben Sie auf Seite 5, dass bei verheirateten, verschiedengeschlechtlichen Eltern eines totgeborenen Kindes zwingend die Angaben der väterlichen Abstammung beurkundet werden müssen. Der Bundesrat reagiert darauf in seinem Bericht zum Postulat Streiff-Feller (14.4183) "Verbesserung der zivilstandesamtlichen Behandlung Fehlgeborener" vom 03.03.2017 und sagt, dass diese Vorgehensweise zu "schematisch" ist. Wie ist nun die aktuelle Rechtslage diesbezüglich?

Antwort des Bundesamtes für Justiz auf meine 2. Frage:

Der Ehemann der Geburtsmutter wird grundsätzlich eingetragen. Die Eintragung der Abstammung der Ehefrau der Mutter erfolgt gemäss Art. 255a ZGB und Art. 35 Abs. 6 ZStV (ab dem 11.11.2024 Art. 35 Abs. 6bis ZStV). «Ist die Mutter im Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet und wurde das Kind nach den Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizin-gesetzes vom 18. Dezember 1998 (FMedG) durch eine Samenspende gezeugt, so ist dies gegenüber dem Zivilstandamt mit einer schriftlichen Bestätigung der behandelnden Ärztin oder des behandelnden Arztes zu belegen, die oder der nach Artikel 25 FMedG zur Meldung der Geburt verpflichtet ist. Der Beleg kann gemeinsam mit der Meldung der Geburt oder nachträglich beim Zivilstandamt, bei welchem die Geburt beurkundet worden ist, eingereicht werden (Art. 35 Abs. 6bis ZStV)». Wenn die Mutter oder die Ehefrau keine Bestätigung der behandelnden Ärztin oder des behandelnden Arztes vorlegt, wird die Ehefrau der Mutter nicht in das Personenstandsregister eingetragen.

Anhang 2: Übersicht über kantonale Bestattungsregelungen

Kanton	Regelung über Bestattung von Totgeborenen	Regelung über Bestattung von Fehlgeborenen	Zusätzliche Regelung
Aargau	Bestattung ist zulässig ³⁹⁸ , aus der kantonalen Vorschrift ergibt sich jedoch kein rechtlicher Anspruch ³⁹⁹	Bestattung ist zulässig, da der Begriff der Totgeburt weit auszulegen ist (kein rechtlicher Anspruch) ⁴⁰⁰	-
Appenzell Innerrhoden	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰¹	<i>Keine Regelung</i>	
Appenzell Ausserrhoden	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰²	<i>Keine Regelung</i>	-
Basel-Land	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰³	<i>Keine Regelung</i>	-
Basel-Stadt	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰⁴	<i>Keine Regelung</i>	-
Bern	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰⁵	<i>Keine Regelung</i>	-
Freiburg	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰⁶	<i>Keine Regelung</i>	-
Genf	Auf Wunsch der Eltern wird eine Genehmigung zur Bestattung ausgestellt ⁴⁰⁷	Ausnahmsweise, aus wichtigem Grund und unter Berücksichtigung aller Umstände ⁴⁰⁸	-

³⁹⁸ § 3 Abs. 3 und § 7 Abs. 2 der Verordnung über das Bestattungswesen vom 11. November 2009 des Kantons Aargau (Bestattungsverordnung; SR AG 371.112).

³⁹⁹ Ziff. 2 der Stellungnahme des Regierungsrates vom 5. Juli 2023 zur Motion der EVP-Fraktion (23.134), „Bestattung von Sternenkindern“ vom 23. April 2023.

⁴⁰⁰ Ziff. 2 der Stellungnahme des Regierungsrates vom 5. Juli 2023 zur Motion der EVP-Fraktion (23.134), „Bestattung von Sternenkindern“ vom 23. April 2023; § 3 Abs. 3 und § 7 Abs. 2 der Verordnung über das Bestattungswesen vom 11. November 2009 des Kantons Aargau (Bestattungsverordnung; SR AG 371.112).

⁴⁰¹ Vgl. Verordnung über das Bestattungswesen vom 24. November 2003 des Kantons Appenzell Innerrhoden (SR AI 818.410).

⁴⁰² Vgl. Verordnung über das Bestattungswesen vom 19.06.1995 des Kantons Appenzell Ausserrhoden (SR AR 816.31).

⁴⁰³ Vgl. Gesetz über das Begräbniswesen vom 19. Oktober 1931 des Kantons Basel-Land (SR BL 904).

⁴⁰⁴ Vgl. Bestattungsgesetz vom 11. März 2020 des Kantons Basel-Stadt (BestG; SR BS 390.100); Bestattungsverordnung vom 2. März 2021 des Kantons Basel-Stadt (BestV; SR BS 390.110).

⁴⁰⁵ Vgl. Verordnung über das Bestattungswesen vom 27. Oktober 2010 des Kantons Bern (BestV; SR BE 811.811).

⁴⁰⁶ Vgl. Arrêté sur les sépultures du 5 décembre 2000 du canton de Fribourg (RS FR 8215.11).

⁴⁰⁷ Art. 3c Abs. 1 Loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 du canton Genève (LCim; RS GE K 1 65).

⁴⁰⁸ Art. 3c Abs. 2 Loi sur les cimetières du 20 septembre 1876 du canton Genève (LCim; RS GE K 1 65).

Glarus	<i>Keine Regelung</i> ⁴⁰⁹	<i>Keine Regelung</i>	-
Graubünden	<i>Keine Regelung</i> ⁴¹⁰	<i>Keine Regelung</i>	-
Jura	Obligatorisch ⁴¹¹	Föten auf Wunsch der Eltern ⁴¹²	-
Luzern	<i>Keine Regelung</i> ⁴¹³	<i>Keine Regelung</i>	
Neuenburg	<i>Keine Regelung</i> ⁴¹⁴	<i>Keine Regelung</i>	-
Nidwalden	Auf Wunsch der Eltern ⁴¹⁵	Auf Wunsch der Eltern ⁴¹⁶	-
Obwalden	<i>Keine Regelung</i> ⁴¹⁷	<i>Keine Regelung</i>	-
Schaffhausen	Auf Wunsch der Eltern ⁴¹⁸	Auf Wunsch der Eltern ⁴¹⁹	Wenn kein Wunsch der Eltern, dann ist „auf andere schickliche Weise zu verfügen“ ⁴²⁰
Schwyz	Auf Wunsch der Eltern ⁴²¹	<i>Keine Regelung</i>	-
Solothurn	<i>Keine Regelung</i> ⁴²²	<i>Keine Regelung</i>	-

⁴⁰⁹ Vgl. Gesetz über das Gesundheitswesen vom 6. Mai 2007 des Kantons Glarus (GesG; SR GL VIII A/1/1).

⁴¹⁰ Vgl. Art. 55 f. Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden vom 2. September 2016 des Kantons Graubünden (Gesundheitsgesetz; SR GR 500.00).

⁴¹¹ Art. 11 Abs. 1 Décret concernant les inhumations du 6 décembre 1978 du canton Jura (RS JU 556.1).

⁴¹² Art. 11 Abs. 1bis Décret concernant les inhumations du 6 décembre 1978 du canton Jura (RS JU 556.1).

⁴¹³ Vgl. Verordnung über das Bestattungswesen vom 9. Dezember 2008 des Kantons Luzern (SR LU 840).

⁴¹⁴ Vgl. Loi sur les sépultures du 10 juillet 1894 du canton Neuchâtel (RS NE 565.1); Arrêté concernant l'application du dernier alinéa de l'article 11 de la loi sur les sépultures du 12 avril 1995 du canton Neuchâtel (RS NE 565.12).

⁴¹⁵ § 9 der Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen vom 4. Dezember 2012 des Kantons Nidwalden (FBV; SR NW 715.2).

⁴¹⁶ § 9 der Vollzugsverordnung über die Friedhöfe und Bestattungen vom 4. Dezember 2012 des Kantons Nidwalden (FBV; SR NW 715.2).

⁴¹⁷ Vgl. Verordnung über Friedhöfe und Bestattungen vom 24.10.1991 des Kantons Obwalden (SR OW 817.11).

⁴¹⁸ § 29 Abs. 1 der Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

⁴¹⁹ § 29 Abs. 1 der Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

⁴²⁰ § 29 Abs. 2 der Verordnung über die Leichenschau und Bestattung vom 31. Oktober 1972 des Kantons Schaffhausen (SR SH 818.601).

⁴²¹ § 23 der Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofwesen vom 16. Januar 1990 des Kantons Schwyz (SR SZ 575.111).

⁴²² Vgl. § 145 f. des Sozialgesetzes vom 31. Januar 2007 des Kantons Solothurn (SG; SR SO 831.1).

St. Gallen	Auf Wunsch der Eltern ⁴²³	<i>Keine Regelung</i>	-
Tessin	<i>Keine Regelung</i> ⁴²⁴	<i>Keine Regelung</i>	-
Thurgau	<i>Keine Regelung</i> ⁴²⁵	<i>Keine Regelung</i>	-
Uri	- ⁴²⁶	-	-
Waadt	Obligatorisch ⁴²⁷	<u>Föten</u> auf Wunsch der Eltern (ohne allg. Formalitäten) ⁴²⁸	-
Wallis	<i>Keine Regelung</i> ⁴²⁹	<i>Keine Regelung</i>	-
Zug	<i>Keine Regelung</i> ⁴³⁰	<i>Keine Regelung</i>	-
Zürich	Auf Wunsch der Eltern ⁴³¹	Auf Wunsch der Eltern ⁴³²	Wenn kein Wunsch der Eltern, dann ist „auf andere schickliche Weise zu verfügen“ ⁴³³

⁴²³ Vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 und Art. 21 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Friedhöfe und die Bestattungen vom 3. Januar 1967 des Kantons St. Gallen (SR SG 458.11).

⁴²⁴ Vgl. Art. 40 f. Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del 18 aprile 1989 del canton Ticino (LSan; SR TI 801.100) Regolamento sulle pompe funebri, l'esumazione e il trasporto delle salme del 1 aprile 2015 del canton Ticino (SR TI 823.150).

⁴²⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 1 Ziff. 6 und Art. 45 ff. des Gesundheitsgesetzes vom 3. Dezember 2014 des Kantons Thurgau (GG; SR TG 810.1).

⁴²⁶ Das Friedhof- und Bestattungswesen ist vollständig auf kommunaler Ebene geregelt. Vgl. Justizdirektion des Kantons Uri, Bemerkungen zur geltenden Rechtslage im Friedhof- und Bestattungswesen vom 18. April 2016.

⁴²⁷ Art. 10 Abs. 1 und 2 Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 du canton de Vaud (RDSPF; RS VD 818.41.1).

⁴²⁸ Art. 10 Abs. 3 Règlement sur les décès, les sépultures et les pompes funèbres du 12 septembre 2012 du canton de Vaud (RDSPF; RS VD 818.41.1).

⁴²⁹ Vgl. Ordonnance sur la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains du 27. Août 2014 du canton Valais (RS VS 818.400).

⁴³⁰ Vgl. § 61 des Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 30. Oktober 2008 des Kantons Zug (GesG; SR ZG 821.1).

⁴³¹ § 16 Abs. 1 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

⁴³² § 16 Abs. 1 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

⁴³³ § 16 Abs. 2 der Bestattungsverordnung vom 20. Mai 2015 des Kantons Zürich (BesV; SR ZH 818.61).

Eigenständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird,⁴³⁴
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St.Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St. Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.»

«Mit Hochladen der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.»

St. Gallen, 18. November 2024



Eva Real

Anzahl Zeichen (inkl. Leerzeichen und Fussnoten): 111'939

⁴³⁴ Wie der Referentin Prof. Dr. Julia Franziska Hänni bereits mitgeteilt wurde (E-Mail: Anfrage zur Betreuung der Masterarbeit), habe ich mich, im Rahmen einer anderen Veranstaltung, mit diesem Thema in einer kurzen Arbeit oberflächlich auseinandergesetzt. Für diese Masterarbeit wurden jedoch keine Teile wörtlich übernommen.

Hilfsmittelverzeichnis

Zur Übersetzung einiger Abschnitte der französischen Literatur wurde auf den Übersetzungsdiest *DeepL* zurückgegriffen.