

### 3. Kindesrecht – Droit de la filiation

#### 3.2 Abstammung – Filiation

---

Nr. 58<sup>\*</sup> Verwaltungsgericht Kanton St.Gallen, Entscheid vom 19. August 2014 i.S. Schweizerische Eidgenossenschaft v.d. BA für Justiz Bern gegen Amt für Bürgerrecht und Zivilstand, St.Gallen, A.Z., B. Z. – 19.8.2014

---

**Art. 25 ff. IPRG, Art. 119 Abs. 2 lit. d und g BV: Anerkennung eines im Ausland von einem gleichgeschlechtlichen Paar unter Beizug einer Leihmutter begründeten Kindsverhältnisses.** Trotz dem verfassungsrechtlichen Verbot der Leihmutterschaft in der Schweiz verstösst ein im Ausland mittels Leihmutterschaft begründetes Kindsverhältnis nicht grundsätzlich gegen den schweizerischen Ordre public. Im

Einzelfall kann die Anerkennung des Kindesverhältnisses und die Eintragung einer doppelten Vaterschaft im Personenstandsregister im Interesse des Kindes und im Interesse einer einheitlichen und klaren Rechtsanwendung geboten sein.

**Art. 25 ss LDIP, art. 119 al. 2 let. d et g Cst. : Reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger par un couple homosexuel ayant eu recours à une mère porteuse.** Malgré l'interdiction de la maternité de substitution ancrée dans la Constitution suisse, un lien de filiation relevant d'une maternité de substitution pratiquée à l'étranger n'est en principe pas contraire à l'ordre public suisse. Selon le cas d'espèce, la reconnaissance du lien de filiation et l'inscription d'une double paternité au registre de l'état civil peuvent être justifiées par l'intérêt de l'enfant et celui d'une application uniforme et claire du droit.

**Art. 25 segg. LDIP, Art. 119 cpv. 2 let. d e g Cost. fed.: Riconoscimento di un rapporto di filiazione instaurato all'estero da una copia dello stesso sesso con l'ausilio di una madre sostitutiva.** Nonostante il divieto costituzionale della maternità sostitutiva in Svizzera, l'istituzione all'estero di un rapporto di filiazione con l'ausilio di una madre surrogata non contravviene di principio all'Ordine public svizzero. In un singolo caso, il riconoscimento del rapporto di filiazione e l'iscrizione di una doppia paternità nel registro di stato civile può imporsi nell'interesse del figlio e dell'applicazione uniforme e chiara del diritto.

---

#### Sachverhalt:

C.Z. wurde im April 2011 in Q. CA (USA) geboren. Gemäss der zwei Tage später ausgestellten kalifornischen Geburtsurkunde sind A.Z. (geb. 1976) und B.U. (heute B.Z.) (geb. 1973) als Eltern eingetragen. A.Z. und B.Z. leben seit Februar 2011 in eingetragener Partnerschaft und sind in der Schweiz wohnhaft. C.Z. besitzt einen im April 2011 ausgestellten fünf Jahre gültigen amerikanischen Reisepass.

C.Z. wurde mithilfe einer Eizelle einer anonymen Spenderin und dem Sperma von A.Z. gezeugt und von der Leihmutter H.P., wohnhaft in Q. CA (USA), ausgetragen. Der Leihmutterschaftsvertrag wurde am 6. Juli 2010 von den Parteien A.Z./B.Z. und H.P./L.P. (Ehemann) abgeschlossen. Ende Juli 2010 erfolgte der Embryotransfer und anfangs August 2010 konnte die Schwangerschaft der Leihmutter bestätigt werden. Auf Grundlage der Erklärungen von A.Z. und B.Z. vom 5. Februar 2011, der Erklärungen von H.P. und L.P. vom 8. Februar 2011, der Vereinbarung zu einem gerichtlichen Urteil und dem Antrag sowie der diesbezüglichen Antwort auf Feststellung

der Vaterschaft stellte der Superior Court of the State of California for the County of X. (USA) im «Judgment (sic!) of Paternity» (Vaterschaftsurteil) vom 24. Februar 2011 im Wesentlichen folgendes fest: A.Z. sei der genetische und leibliche Vater und B.Z. der vermutete zweite leibliche Vater des noch ungeborenen Kindes; H.P. sei nicht die biologische Mutter und ihr Ehemann L.P. nicht der biologische oder anders gesetzlich anerkannte Vater des noch ungeborenen Kindes Z. und beide hätten auf alle elterlichen Rechte und Pflichten verzichtet; das volle und alleinige Sorgerecht sowie die finanzielle Verantwortung für das ungeborene Kind Z. werde nach der Entbindung A.Z. und B.Z. übertragen; in die Geburtsurkunde seien die gesetzlichen Namen und Informationen von A.Z. und B.Z. einzutragen.

-----  
FamPra.ch 2014 - S. 1056

Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand (abgekürzt AfBZ) wies am 21. März 2012 den Antrag von A.Z. und B.Z. um Anerkennung des ausländischen Gerichtsentscheids und Eintragung im Personenstandsregister sowie um Anerkennung der gestützt darauf ergangenen kalifornischen Geburtsurkunde ab. Zur Begründung führte das AfBZ hauptsächlich an, die Leihmutterchaft sei in der Schweiz auf Verfassungsebene verboten und widerspreche dem schweizerischen Ordre public. Das Vaterschaftsurteil vom 24. Februar 2011 verstosse somit in unverträglicher Weise gegen das schweizerische Rechtsempfinden und sei mit der schweizerischen Rechtsauffassung gänzlich unvereinbar. Das AfBZ anerkannte jedoch, dass sich das Kind weiterhin bei den Antragstellern aufhalten und deren Unterhalt und persönlicher Sorge überlassen werden könne. Gegen diesen Entscheid erhoben A.Z. und B.Z. am 10. April 2012 Rekurs beim Departement des Innern des Kantons St.Gallen.

Das Departement des Innern des Kantons St.Gallen hiess am 10. Juli 2013 den Rekurs mit Blick auf das Kindeswohl gut und wies das AfBZ an, A.Z. und B.Z. als Väter des Kindes C.Z. anzuerkennen und die Eintragung in das schweizerische Zivilstandsregister (Infostar) zu verfügen.

Mit Eingabe vom 23. Juli 2013 erhob die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Bundesamt für Justiz, (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen den Rekursentscheid des Departements des Innern des Kantons St.Gallen (nachfolgend Vorinstanz) vom 10. Juli 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Begehren:

1. Der Entscheid des Departementes des Innern vom 10. Juli 2013 sei aufzuheben.
2. Das Gesuch um Anerkennung der Geburtsurkunde vom April 2011 sei abzuweisen.
3. Es sei festzustellen,
  - a. dass C.Z. rechtlich ursprünglich von H.P. und L.P. abstammt;
  - b. dass die Eizelle, welche mit der Samenzelle von A.Z. befruchtet worden ist, von einer unbekanntem Spenderin stammt;
  - c. dass der Verzicht von H.P. und L.P. vom 8. Februar 2011 auf die Elternschaft zu C.Z. mit Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the

County of X. festgestellt und dass dieser Verzicht mit Erklärung von H.P. und L.P. zuhanden der schweizerischen Behörden vom 9. April 2012 bestätigt wurde;

d. dass A.Z. der genetische Vater des Kindes ist und dessen rechtliche Vaterschaft mit Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. festgestellt wurde und

e. dass B.Z. mit Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. zum zweiten rechtlichen Elternteil geworden ist.

-----  
FamPra.ch 2014 - S. 1057

Eventualiter ad e: Dem Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. sei die Anerkennung insofern zu verweigern, als B.Z. als zweiter rechtlicher Elternteil von C.Z. eingesetzt wird.

4. Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand sei anzuweisen, die entsprechenden Eintragungen in das Personenstandsregister zu verfügen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

[...]

#### **Aus den Erwägungen:**

1.–2. [...]

3. Umstritten ist, ob das Recht von C.Z. auf Kenntnis der eigenen Abstammung mit der Eintragung der Vaterschaft von A.Z. und B.Z. in das schweizerische Personenstandsregister gewahrt ist und ob B.Z. als zweiter rechtlicher Elternteil anzuerkennen ist.

3.1. Alle Arten von Leihmutterschaft sowie die Embryonenspende sind in der Schweiz gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. d BV verboten. Dieses Verbot wird in Art. 4 des Fortpflanzungsmedizingesetzes (SR 810.11, abgekürzt FMedG) wiederholt und mit dem Verbot der Eizellenspende ergänzt. Art. 31 FMedG stellt zudem Personen unter Strafe, die ein Fortpflanzungsverfahren bei einer Leihmutter anwenden oder eine Leihmutterschaft vermitteln. Der Hintergrund der Verbote geht mit dem Grundsatz «mater semper certa est» einher: das Erfordernis der Eindeutigkeit der Mutterschaft bei der Geburt soll nicht preisgegeben werden, und somit darf medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht zu Familienverhältnissen führen, die vom natürlich Möglichen abweichen. Im Weiteren werden die Verbote mit der Gefährdung des Kindeswohls und der Instrumentalisierung der Frau begründet (BBl 1996 III, S. 254).

In einigen ausländischen Staaten herrscht hingegen eine liberalere Haltung in Bezug auf Leihmutterschaftsverhältnisse, und so reisen immer mehr Schweizer Paare ins Ausland, um sich den Wunsch nach dem eigenen Kind zu erfüllen (N. BERTSCHI, Leihmutterschaft, Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Bern 2014, S. 72). Es resultiert

die Frage, wie mit einem im Ausland mithilfe einer Leihmutterschaft begründeten Kindesverhältnis in der Schweiz umzugehen ist.

3.2. Ein im Ausland unter Bezug einer Leihmutter begründetes Kindesverhältnis kann in der Schweiz mittels Anerkennung der ausländischen Entscheidung, mittels Adoption des Kindes oder mittels Anerkennung der Vaterschaft und anschliessender Stiefkindadoption des zweiten Elternteils rechtliche Geltung erlangen.

Nach geltendem schweizerischem Recht sind Personen, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, nach Art. 28 des Partnerschaftsgesetzes (SR 211.231, abgekürzt PartG) sowohl von der gemeinschaftlichen Adoption als auch von der Stief-

---

FamPra.ch 2014 - S. 1058

kindadoption nach Art. 264a ZGB ausgeschlossen. Auch eine Einzeladoption nach Art. 264b ZGB ist nur bei Vorliegen besonderer Gründe möglich. So ergibt sich aus Art. 27 PartG die gesetzgeberische Wertung, dass die sozialpsychische Nähe zu einem Stiefelternteil innerhalb einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nach dem Wegfall der leiblichen Eltern (Tod, Unvermögen zur Ausübung der elterlichen Sorge) eine stiefadoptionsähnliche Einzeladoption rechtfertigen kann (P. BREITSCHMID, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 4. Auflage Basel 2013, N 3 zu Art. 264b ZGB).

[...]

Ein im Ausland von einem gleichgeschlechtlichen Paar unter Bezug einer Leihmutter begründetes Kindesverhältnis kann somit zum heutigen Zeitpunkt in der Schweiz nur mittels Anerkennung der ausländischen Entscheidung Gültigkeit erlangen. Dabei ist zu vermerken, dass ausländische Adoptionen durch eingetragene Partnerinnen oder Partner unter den Voraussetzungen von Art. 78 IPRG oder des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (Haager Adoptionsübereinkommen, SR 0.211.221.311) in der Schweiz anerkannt werden (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, in: BBI 2003, S. 1359).

Die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung richtet sich nach Art. 25 ff. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (SR 291, abgekürzt IPRG), vorbehältlich der für die Schweiz gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG verbindlichen Staatsverträge (DÄPPEN/MABILLARD, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Auflage Basel 2013, N 12a zu Art. 25 IPRG). Gemäss Art. 32 Abs. 1 IPRG wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in das Personenstandsregister eingetragen. Die Eintragung wird nach Art. 32 Abs. 2 IPRG bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Art. 25–27 IPRG erfüllt sind. Gemäss Art. 25 IPRG kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt werden, wenn die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts oder Behörde begründet war, kein ordentliches Rechtsmittel gegen die Entscheidung mehr besteht oder sie endgültig ist und wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt. Die Zuständigkeit der ausländischen Behörde ist nach Art. 26 lit. a IPRG begründet, wenn eine Bestimmung des IPRG sie vorsieht. In Bezug auf die Anerkennung

von Kindesverhältnissen kommt diesbezüglich Art. 70 IPRG zur Anwendung, der an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, an dessen Heimatstaat oder an den Wohnsitz- oder Heimatstaat der Mutter oder des Vaters anknüpft. Ein Verweigerungsgrund liegt gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG vor, wenn die Anerkennung des ausländischen Entscheids offensichtlich nicht mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar wäre. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung greift der materielle Ordre public nach Art. 27 Abs. 1 IPRG dann ein, wenn die Anwendung des fremden Rechts zu

---

FamPra.ch 2014 - S. 1059

einem Ergebnis führt, welches das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt und grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet (vgl. BGE 129 III 250 E. 3.4.2 mit Hinweisen auf weitere Rechtsprechung). Um eine Ordre public-Widrigkeit zu begründen, genügt es nicht, dass die im Ausland getroffene Lösung von der nach schweizerischem Recht vorgesehenen abweicht oder in der Schweiz unbekannt ist. Die Anerkennung des ausländischen Entscheids bildet die Regel (vgl. BGer 4A\_8/2008 vom 5. Juni 2008 E. 3.1). Dabei darf der Entscheid in der Sache selbst gemäss Art. 27 Abs. 3 IPRG nicht nachgeprüft werden.

3.3. Bei der Beurteilung, ob ein mittels Leihmutterschaft im Ausland begründetes Kindesverhältnis nach den Vorschriften des IPRG in der Schweiz anerkannt werden kann, steht im Vordergrund, dass die Leihmutterschaft in der Schweiz auf Verfassungsebene zum Schutz des Kindeswohls und der Würde des Kindes sowie der Leihmutter verboten ist. Deshalb kann im Einzelfall die Anerkennung solcher Kindesverhältnisse wegen Verletzung des schweizerischen Ordre public durch Behörden und Gerichte nach Art. 27 Abs. 1 IPRG verweigert werden.

Diesbezüglich anerkennt der Bundesrat allerdings, dass das Kindeswohl sowie das Bestreben, hinkende Rechtsverhältnisse in internationalen Verhältnissen zu vermeiden, eine differenzierte Betrachtungsweise im Einzelfall erforderlich machen (Antwort des Bundesrates vom 11. Mai 2011 auf die Anfrage Fehr «Leihmutterschaft. Wohl des Kindes» vom 14.03.2011 (11.1013), abrufbar unter [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20111013](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20111013)). In seinem Bericht zur Leihmutterschaft (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>) äussert sich der Bundesrat auch dahingehend, dass ihm bewusst sei, dass die aktuelle Praxis nicht in allen Teilen befriedigend sei: Bis die Regelung der Elternrechte korrekt abgeschlossen sei, könne geraume Zeit verstreichen, während welcher das Kind rechtlich nur einen oder gar keinen Elternteil habe und weder die Nationalität der Wunscheltern erwerbe noch in ein Register eingetragen werde. Unter Umständen könnten die Wunscheltern bis zur Klärung der Elternschaft mit dem Kind auch nicht in die Schweiz einreisen. Faktisch, so hält der Bundesrat fest, sei es wiederum kaum möglich, das Kind den Schweizer Wunscheltern wegzunehmen und es allenfalls der Leihmutter im Ausland zurückzugeben. Die Wegnahme wäre nur bei einer akuten und dauerhaften Gefährdung des Kindeswohls denkbar und müsste einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013, a.a.O., S. 28). Das dem Bericht beiliegende Gutachten stellt zudem fest, dass aus Art. 119 Abs. 2 lit. d BV nicht die Verpflichtung resultiere, ein im Ausland unter Beizug einer Leihmutter erstelltes Kindesverhältnis grundsätzlich nicht anzuerkennen. Eine

generelle Verweigerung der Anerkennung könne im Übrigen das Diskriminierungsverbot und das Kindeswohl im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention verletzen (Gutachten vom

---

FamPra.ch 2014 - S. 1060

15. Mai 2013 des Bundesamts für Justiz, S. 1, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>).

Somit folgert der Bundesrat, dass ein im Ausland mittels Leihmutterschaft begründetes Kindesverhältnis nicht grundsätzlich gegen den schweizerischen Ordre public verstosse. Erfordere es das Wohl des Kindes, müsse eine Anerkennung des Kindesverhältnisses möglich sein. Die Beurteilung des Kindeswohls sei im Einzelfall vorzunehmen und die Interessen individuell-konkret abzuwägen (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013, a.a.O., S. 31).

Auch in der Rechtsprechung unterer bzw. kantonaler Instanzen – namentlich in Bezug auf Adoptionen durch den gleichgeschlechtlichen Partner oder Adoption nach Leihmutterschaft durch eingetragene gleichgeschlechtliche Partner – besteht die Tendenz, im Ausland geschaffene Kindesverhältnisse aufgrund des Kindeswohls in der Schweiz auch dann anzuerkennen, wenn diese nach schweizerischem Recht nicht hätten hergestellt werden können oder dürfen. Dabei genügt es, wenn die im IPRG vorgesehenen Anknüpfungspunkte wie die Vornahme des Statusaktes im Ausland und Aufenthalt der betroffenen Person im Ausland etc. erfüllt sind. Die Anwendung des anerkenntnisrechtlichen Ordre public nach Art. 27 IPRG wird dagegen abgelehnt (I. Schwander, Gutachten zu Fragen des internationalen Privat- und des internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, 25. Oktober 2013, S. 25, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/dokumentation/familienrecht/gutachten-schwander-d.pdf>).

3.4. Eine Legaldefinition des Begriffs Kindeswohl existiert im schweizerischen Recht nicht (N. BERTSCHI, a.a.O., S. 44). Im Kontext der Leihmutterschaft sollten bei der Beurteilung des Kindeswohls Aspekte berücksichtigt werden wie die Kenntnis der eigenen Abstammung, die Eignung der Wunscheltern, die Gefahr, aufgrund der ungewöhnlichen Abstammung ausgegrenzt zu werden und das Alter der Wunscheltern. Zu berücksichtigen bleiben im Weiteren die Folgen einer Verweigerung der Anerkennung (N. BERTSCHI, a.a.O., S. 82–83; Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013, a.a.O., S. 24).

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist in Art. 119 Abs. 2 lit. g BV, Art. 27 FMedG, Art. 268c ZGB, Art. 7 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (SR 0.107, abgekürzt UNKRK) und Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) verankert und hat Grundrechtscharakter. Aus der Adoptionsforschung ist bekannt, dass die Kenntnis der eigenen Abstammung für ein Kind von grosser Bedeutung sein kann (BÜCHLER/RYSER, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, FamPra.ch 2009, S. 1, 5). Dieses Recht ist als elementares Bedürfnis der Persönlichkeitsentfaltung nach Art. 10 Abs. 2 BV und als Aspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV anzuerkennen (BÜCHLER/RYSER, a.a.O., S. 1, 11). In Anbetracht, dass aufgrund der modernen Fortpflanzungstechnik die genetische, biologische und soziale Elternschaft heutzutage nicht

mehr identisch sein müssen, gewinnt das Recht auch immer mehr an Bedeutung. Die Vertragsstaaten der UNKRK sind aufgrund des Art. 3 UNKRK (Berücksichtigung des Kindeswohls) und des Art. 7 Abs. 1 UNKRK (Recht des Kindes, soweit möglich seine Eltern zu kennen), gehalten, alle notwendigen Mittel zu ergreifen, um einem adoptierten Kind wie auch einem mittels Samen- oder Eizellenspende gezeugten Kind, soweit wie möglich, Zugriff zu Informationen über die Identität seiner biologischen Eltern zu ermöglichen (ST. SCHMAL, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 1. Auflage Baden-Baden 2013, N 9 zu Artikel 7 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Inwieweit die Staatsorgane jedoch eine Dokumentations- und Abklärungspflicht trifft, um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu wahren, ist nicht geklärt (S. BESSON, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZSR 124/2005, S. 61–62). Die Frage kann aber insofern offenbleiben, als dass die Behörden nur schon aufgrund von Art. 119 Abs. 2 lit. g BV die Pflicht trifft, einer Person den Zugang zu den Daten über ihre Abstammung zu gewährleisten. Somit besteht zumindest die Verpflichtung, vorhandene Daten über die Abstammung einer Person, das heisst, über die Identität der genetischen und biologischen Eltern, in einem systematisch geführten Register zu dokumentieren und zugänglich zu machen. Bei der Samenspende wird der Zugang zu den Informationen beispielsweise mittels Spenderdatenregister gewährleistet. Das FMedG schreibt nämlich vor, dass Samenspenden zu dokumentieren, die Daten an das Eidgenössische Amt für das Zivilstandswesen (abgekürzt EAZW) zu übermitteln und während 80 Jahren in einem Spenderdatenregister aufzubewahren sind. Dem Kind steht im Übrigen mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ein Auskunftsrecht über die äussere Erscheinung und die Personalien des Spenders zu (Art. 24 ff. FMedG).

Obwohl die für die Adoption geltenden Schutzbestimmungen, die unter anderem die massgebenden Verhältnisse und Eignung der Eltern bei einer Adoption vorschreiben, nicht ohne Weiteres auf Leihmutterschaftsfälle übertragbar sind, sollten die familiären und sozialen Verhältnisse der künftigen Eltern bei der ärztlichen Beratung vor der Behandlung doch in ähnlicher Weise abgeklärt werden (Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin [abgekürzt NEK], Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Stellungnahme Nr. 22/2013, Bern November 2013, S. 27). Denn das Kindeswohl als elementarer Bestandteil des schweizerischen Ordre public gebietet es, dass nur geeignete Personen rechtlich Eltern eines Kindes werden, das nicht (vollständig) von ihnen abstammt (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013, a.a.O., S. 24). Art. 5 Abs. 2 der Verordnung über die Adoption (SR 211.221.36, abgekürzt AdoV) hält einige Kriterien bezüglich der Adoptionseignung fest. Die Adoptiveltern müssen so beispielsweise nach Art. 5 Abs. 2 lit. d Ziff. 1 AdoV nach Persönlichkeit, Gesundheit, zeitlichen Ressourcen, wirtschaftlicher Lage und erzieherischer Eignung sowie nach den Wohnverhältnissen für gute Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes Gewähr bieten können.

4. Die Beschwerdebeteiligten haben das schweizerische Leihmutterschafts- und Eizellenspendeverbot umgangen, in dem sie in den USA mittels einer anonymen Eizellenspenderin und einer Leihmutter zu Eltern wurden. Im Folgenden muss das Kindeswohl von C.Z. untersucht werden, um beurteilen zu können, ob das Kindesverhältnis zu den

Beschwerdebeteiligten trotz des Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverbots anerkannt werden kann.

4.1. Bei der Beurteilung des Kindeswohls von C.Z. ist insbesondere, wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu berücksichtigen.

Die Beschwerdeführerin führt an, dass es nicht genüge, wenn die Herkunft aus Gerichtsakten und privaten Verträgen ersichtlich sei, da der langfristige Zugang zu den Daten nicht sichergestellt sei. Die Herkunft eines Kindes sei deshalb im Personenstandsregister zu führen, das die Daten zeitlich unbeschränkt sicherstelle. Ebenfalls gehöre es zur Aufzeichnungspflicht des Staates, dass die unbekannte Abstammung erfasst werde. Der Hinweis auf die anonyme Eizellenspende müsse somit aus dem Personenstandsregister hervorgehen.

Art. 39 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 7 und Art. 8 ZStV legen fest, welche Daten zum Personenstand im elektronischen Personenstandsregister zu erfassen sind. Die Vorinstanz macht geltend, dass die Eintragung der von der Beschwerdeführerin geforderten Herkunftsangaben von C.Z. problematisch sei, da der Eintrag solcher Angaben nicht vorgesehen und somit registerfremd sei. Bei ihren Ausführungen stützt sie sich unter anderem auf telefonische Auskünfte des EAZW vom 23. September 2013. Im Bericht über die Tätigkeiten des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen EAZW in den Jahren 2013 und 2014 (vom 24./25. April 2014, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/eazw/dokumentation/berichte/jb-eazw-2013-2014-d.pdf>) wird hingegen bemerkt, dass seiner Ansicht nach – und somit analog der Meinung der Beschwerdeführerin – sogar die Erfassung der Tatsache, dass die genetische oder biologische Abstammung mütterlicherseits unbekannt sei, auch zur Aufzeichnungspflicht des Staates gehöre. Um das Recht eines Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu wahren, müsse aus dem Register also der Hinweis auf die anonyme Eizellenspende oder Leihmutter hervorgehen (S. 10). Auch der Bundesrat äusserte sich in seinem Bericht zur Leihmutterchaft in diesem Sinne (Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013, a.a.O., S. 32).

Unter Berücksichtigung dieser Aussage ist davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin geforderten Eintragungen im Personenstandsregister technisch umsetzbar sind. Die Dokumentationspflicht solcher Angaben über die Abstammung ist im Weiteren zwar im Gesetz nicht wörtlich geregelt, denn Art. 8 lit. I und m ZStV schreiben nur Angaben zur Dokumentation der Eltern und Adoptiveltern vor. Die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen, die das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung enthalten, legt hingegen nahe, dass zumindest bekannte Daten in

---

FamPra.ch 2014 - S. 1063

Bezug auf die Identität der genetischen und biologischen Eltern in einem systematisch geführten Register zu dokumentieren sind (vgl. E. 2.4.). Da in Bezug auf die Eizellenspende, die in der Schweiz ja verboten ist, kein Spenderdatenregister analog zum Samenspenderdatenregister nach Art. 15 ff. der Fortpflanzungsmedizinverordnung (SR 810.112.2, abgekürzt FMedV) existiert, erscheint das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur gewährt, wenn die Daten im Personenstandsregister eingetragen werden.

Aus dem Dargelegten resultiert, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – wie die Beschwerdeführerin vorbringt und entgegen der Meinung der Beschwerdebeteiligten – nicht ausreichend gewahrt werden kann, wenn die erforderlichen Informationen nur aus Gerichtsakten oder privaten Verträgen gewonnen werden können. Basiert die Eintragung einer Person im Personenstandsregister auf einem Gerichtsurteil, wie es bei C.Z. der Fall wäre, so ist dieses Urteil als Beleg gemäss Art. 32 Abs. 1 ZStV während 50 Jahren aufzubewahren. C.Z. hätte demnach nur in dieser im Vergleich zur Aufbewahrungsfrist der Daten im Samenspenderdatenregister erheblich verkürzten Zeitspanne die Möglichkeit, durch Einsicht in das Gerichtsurteil gemäss Art. 33 ZStV über seine Abstammung Kenntnis zu erhalten. Dies reicht nicht, um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wahren zu können. Die Eintragung im Personenstandsregister hingegen gewährt ihm und seinen Nachfahren die Möglichkeit, zeitlich unbeschränkt über ihre Abstammung – soweit diese bekannt ist – Klarheit zu erlangen.

Gemäss den Ausführungen der Beschwerdebeteiligten ist das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Bundesstaat Kalifornien aufgrund der Registrierung des Herkunftsprozesses bereits gewahrt. Dies entbindet die schweizerischen Behörden jedoch nicht, ihrer Pflicht zur Dokumentation der Abstammung von C.Z. nachzukommen, zumal es aufgrund seines Wohnsitzes in der Schweiz sehr umständlich wäre, in die amerikanischen Akten Einsicht nehmen zu können.

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von C.Z. kann dementsprechend gewahrt werden, wenn aus dem Personenstandsregister die Identität seiner genetischen und biologischen Eltern so weit als möglich hervorgeht. Dies würde in Bezug auf die biologische Mutter bedingen, dass ihr Geburtsdatum (...1969), ihr Geburtsort (Y., California) wie auch ihr offizieller Wohnsitz gemäss Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. (in Q., California) eingetragen wird. In Bezug auf die genetische Abstammung mütterlicherseits wäre die anonyme Eizellenspende einzutragen. Diesbezüglich bleibt anzumerken, dass die Beschwerdebeteiligten aufgrund des Verwendens einer anonymen Eizellenspende das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von C.Z. verletzt haben. Diese Rechtsverletzung ist jedoch bei der Zeugung erfolgt und kann nicht mehr rückgängig gemacht oder korrigiert werden (N. BERTSCHI, a.a.O., S. 83). Eine weitere detailliertere Dokumentation der Abstammung von C.Z. im Sinn einer gerichtlichen Feststellung, wie sie von der Beschwerdeführerin in ihren

---

FamPra.ch 2014 - S. 1064

Rechtsbegehren gefordert wird, würde die Dokumentationspflicht des Staates sprengen und ist nicht notwendig.

4.2. In die Beurteilung des Kindeswohls von C.Z. mit einzubeziehen ist die Frage, ob dieses mittels einer Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den beiden Beschwerdebeteiligten kompromittiert würde.

4.2.1. Das Kindesverhältnis zu den Beschwerdebeteiligten kann nur anerkannt werden, wenn es dem Kindeswohl dient.

Gemäss den Akten haben sich die Beschwerdebeteiligten fünf Jahre mit dem Kinderwunsch auseinandergesetzt und sich somit intensiv mit dem Thema befasst. B.Z. hat seine berufliche

Karriere aufgegeben, um sich um C.Z. zu kümmern. A.Z. scheint beruflich gut integriert zu sein und seiner Familie einen sicheren finanziellen Rahmen bieten zu können. Der vorgelegte Bericht der Kinderkrippe attestiert C.Z. einen dem Alter entsprechenden Entwicklungsstand und beschreibt ihn als fröhlichen, aufgestellten Jungen, der mit seiner Art bei den anderen Kindern sehr beliebt ist. Die vier vorgelegten Referenzschreiben von Freunden und Familie beschreiben die Beschwerdebeteiligten als fürsorgliche und verantwortungsvolle Eltern, die ein liebevolles Umfeld schaffen, in dem C.Z. sich bestens entwickeln kann.

Auf Grundlage der bekannten Tatsachen ist davon auszugehen, dass die Persönlichkeit der Beschwerdebeteiligten, ihre zeitlichen Ressourcen, ihre wirtschaftliche Lage, ihre erzieherische Eignung und ihr Alter für eine gute Pflege, Erziehung und Ausbildung von C.Z. Gewähr bieten (vgl. E. 2.4.). Die Eignung der Beschwerdebeteiligten wurde bei der Erstellung des Kindesverhältnisses in den USA, soweit aus dem Gerichtsurteil des Superior Court of the State of California for the County of X. vom 24. Februar 2011 ersichtlich, jedoch nicht überprüft. Dennoch kann aus dem Umstand, dass die Beschwerdebeteiligten kurz nach der Geburt von C.Z. mit den schweizerischen Zivilstandsbehörden in Kontakt waren und es nie zur Diskussion stand, das Kind den Wunscheltern wegzunehmen, geschlossen werden, dass keine Bedenken bezüglich der Eignung bestehen. Dem entspricht, dass bisher von keinem Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen wurde, dass C.Z. bei den Beschwerdebeteiligten gut aufgehoben ist und diese Beziehung dem Kindeswohl dient. Der Beschwerdegegner stellte zum Beispiel fest, dass die Verweigerung der Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz nicht bedeute, dass sich das Kind nicht weiterhin bei den Beschwerdebeteiligten aufhalten und deren Unterhalt und persönlicher Sorge überlassen werden könnten. Auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sah sich nicht veranlasst, trotz der ungeklärten rechtlichen Elternschaft eine Beistandschaft für C.Z. zu errichten. Die mutmasslich fehlende Eignungsüberprüfung der Beschwerdebeteiligten bei Erstellung des Kindesverhältnisses in den USA fand demgemäss nicht zu Lasten des Kindeswohls statt.

Insgesamt würde somit eine Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten im Interesse des Kindeswohls stehen. Daran ändert auch die

---

FamPra.ch 2014 - S. 1065

Gefahr der Ausgrenzung aufgrund der besonderen familiären Situation mit der doppelten Vaterschaft nichts, insbesondere da vorliegend unbestritten ist, dass C.Z. ungeachtet des Verfahrensausgangs in der Obhut der Beschwerdebeteiligten verbleiben soll. Im Übrigen werden die Lebens- und Familienverhältnisse immer vielfältiger und die diesbezügliche Akzeptanz der Gesellschaft immer grösser (vgl. E. 4.).

4.2.2. In der Schweiz entsteht das Kindesverhältnis gemäss Art. 252 Abs. 1 ZGB zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt. Demnach wäre H.P. als Leihmutter nach schweizerischem Recht – vorerst ohne Rücksicht auf das Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. – die Mutter von C.Z.. Eine Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten hätte zur Folge, dass die rechtliche Beziehung zu H.P. aufgelöst würde. Es stellt sich demnach die Frage, ob es dem Kindeswohl widersprechen würde, wenn das Kind keine rechtliche Beziehung zu der biologischen Mutter hat.

H.P. erklärte am 8. Februar 2011, weder als Mutter des Kindes auftreten noch irgendwelche gesetzliche, finanzielle, sorgerechtliche oder soziale Verantwortung bezüglich des Kindes, das sie für die Beschwerdebeteiligten gebären werde, übernehmen zu wollen. Diesen Verzicht wiederholte sie nach der Geburt von C.Z. in ihrer Erklärung vom 9. April 2012 mit den deutlichen Worten, dass sie kein Kind/Eltern-Verhältnis möchte und weder jetzt noch zu irgendeinem Zeitpunkt in der Zukunft bereit sei, rechtliche sowie finanzielle Verantwortung und elterliche Rechte für das Kind zu übernehmen.

In den USA wurden H.P. mit Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. jegliche Rechte wie auch Pflichten bezüglich dem von ihr zu gebärenden Kind rechtswirksam abgesprochen. Aus dem Gesagten resultiert, dass eine Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten mit der Folge, dass das Kind keine rechtliche Beziehung zu seiner biologischen Mutter hat, nicht dem Kindeswohl widerspricht, da bereits in den USA keine rechtliche Beziehung zur biologischen Mutter existiert und diese von ihr auch ausdrücklich nicht gewünscht bzw. verweigert wird.

Die gleichen Überlegungen gelten bezüglich des Ehemanns von H.P., L.P., der nach Art. 255 Abs. 1 ZGB als Vater des Kindes gilt, weil das Kind während der Ehe geboren wurde. Auch ihm wurden jegliche Rechte und Pflichten bezüglich des Kindes vom Superior Court of the State of California for the County of X. mit Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 abgesprochen. L.P. hat auch in den Erklärungen vom 8. Februar 2011 und 9. April 2012 auf jegliche Rechte und Pflichten bezüglich C.Z. verzichtet. Im Übrigen besteht keine biologische oder anderweitige Beziehung zwischen L.P. und C.Z., weshalb das Kindeswohl bei einer Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten diesbezüglich auf keine Weise beeinträchtigt würde.

---

FamPra.ch 2014 - S. 1066

4.3. Schliesslich sind bei der Beurteilung des Kindeswohls die Folgen einer Anerkennungsverweigerung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten zu berücksichtigen.

4.3.1. Im Fall einer vollständigen Anerkennungsverweigerung wäre nach schweizerischem Familienrecht die Geburtsmutter H.P. und gestützt auf Art. 255 Abs. 1 ZGB ihr Ehemann als rechtliche Eltern von C.Z. zu betrachten. Dieses Ergebnis wäre in verschiedener Hinsicht stossend, insbesondere da C.Z. in der Schweiz rechtliche Eltern hätte, die keinen Kontakt und Bezug zu ihm haben und denen gegen ihren Willen und trotz dem in den USA rechtsgültig festgestellten Verzicht auf jegliche Rechte und Pflichten ein Kindesverhältnis aufgezwungen würde. Eine vollständige Anerkennungsverweigerung hätte also einerseits zur Folge, dass die rechtliche und soziale Elternschaft von C.Z. in der Schweiz aufgespalten wäre und er in den USA und in der Schweiz nicht die gleichen rechtlichen Eltern hätte. Im Hinblick auf das Gebot, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, wäre ein solches Resultat deshalb nicht zu begrüssen. Andererseits würde die Eintragung der Eheleute P. im Personenstandsregister zu einer Unsicherheit hinsichtlich des Aufenthaltsrechts von C.Z. in der Schweiz führen, zumal das Migrationsamt W. aufgrund des Entscheids des Beschwerdegegners vom 21. März 2012 C.Z. am 23. April 2012 eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs verweigert

hatte. Eine vollständige Anerkennungsverweigerung und eine Eintragung der Eheleute P. im Personenstandsregister würde somit im Ergebnis mit Sicherheit das Kindeswohl verletzen.

4.3.2. Da A.Z. erwiesenermassen der genetische Vater von C.Z. ist, steht einer Anerkennung des Gerichtsurteils vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. zumindest in Bezug auf seine Vaterschaft nichts entgegen und würde dem Kindeswohl entsprechen. Eine solche Teilanerkennung hätte hingegen zur Folge, dass C.Z. in der Schweiz mit A.Z. nur einen rechtlichen Elternteil hätte. Zu B.Z., der ihn fast vollzeitlich betreut und somit seine engste Bezugsperson ist, könnte gar keine Rechtsbeziehung begründet werden, zumal die Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren (noch) nicht zulässig ist (vgl. E. 2.2.). Somit würden zwischen C.Z. und B.Z. keine umfassenden Rechtsansprüche bezüglich Unterhalt und Erbrecht entstehen und es bestünden keine Verpflichtungen aus elterlicher Sorge. Nur im Rahmen von Art. 27 PartG hätte B.Z. das Recht bzw. die Pflicht, seinem Partner in der Erfüllung der Unterhaltspflicht und in der Ausübung der elterlichen Sorge in angemessener Weise beizustehen und ihn zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern. Elternrechte hätte er aber nicht. Eine rechtliche Beziehung zwischen B.Z. und C.Z. könnte allenfalls nur im Fall des Dahinscheidens des leiblichen Vaters mittels Einzeladoption gemäss Art. 264b ZGB begründet werden. Aus diesen Überlegungen folgt, dass es dem Kindeswohl von C.Z. fundamental widersprechen würde, wenn ihm der Anspruch auf zwei Elternteile verwehrt würde – mit anderen Worten, wenn die Begründung einer rechtlichen Beziehung zu B.Z. verweigert würde.

---

FamPra.ch 2014 - S. 1067

5. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Ordre public-Vorbehalt aufgrund des schweizerischen Leihmutterchafts- und Eizellenspendeverbots einer Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Beschwerdebeteiligten und der entsprechenden Eintragung im Personenstandsregister entgegensteht.

5.1. Das Leihmutterchaftsverbot ist in der Schweiz in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV verfassungsrechtlich, das Verbot der Eizellenspende in Art. 4 FMedG verankert. Im Ausland bestehen jedoch in Bezug auf die Leihmutterchaft zum Teil liberalere Regeln, womit sich die Möglichkeit der Umgehung der schweizerischen Verbote eröffnet. Dies wurde bereits in der parlamentarischen Debatte zu Art. 24<sup>novies</sup> aBV (heute Art. 119 BV) erkannt und in der Botschaft zum FMedG erneut diskutiert (BBI 1996 III, S. 231). Art. 119 Abs. 2 BV verpflichtet den Gesetzgeber nicht, jeder Form von Leihmutterchaft, die von Personen mit Verbindung zur Schweiz im Ausland in Anspruch genommen wird, die Anerkennung zu verbieten (Gutachten vom 15. Mai 2013 des Bundesamts für Justiz, a.a.O., S. 7). Deshalb schliesst es die schweizerische Rechtsordnung nicht aus, insbesondere zum Schutz des Kindes ein im Ausland von einer Leihmutter zur Welt gebrachtes Kind in der Schweiz – unbesehen des hier geltenden Leihmutterchaftsverbots – als Kind der betroffenen Schweizer Eltern und/oder als Schweizer Bürgerin oder Bürger anzuerkennen (vgl. S. HOTZ, Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin?, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2014, S. 27, S. 31).

5.2. Auch dem in Art. 11 BV geschützten Kindeswohl kommt Verfassungsrang zu. Die Beleuchtung des Kindeswohls von C.Z. hat ergeben, dass die beiden Beschwerdebeteiligten aufgrund ihrer

konkreten Lebensumstände und menschlichen Qualitäten in der Lage sind, ihm die notwendige Pflege und Erziehung zu bieten. Ebenfalls hat sich gezeigt, dass eine Anerkennung der Leihmutter als rechtliche Mutter dem Kindeswohl nicht entsprechen würde. Vielmehr erfordert es das Kindeswohl, dass das Kindesverhältnis zu den Beschwerdebeteiligten und insbesondere auch zum nicht-genetischen Vater erstellt wird, damit die rechtlichen und finanziellen Interessen von C.Z. gewahrt sind und nicht nur ein gelebtes Familienzugehörigkeitsgefühl besteht, sondern ein solches auch rechtlich einheitlich und widerspruchsfrei geregelt ist. Es hat sich ebenfalls gezeigt, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gewahrt werden kann, wenn im Personenstandsregister nebst der Eintragung der rechtlichen Elternschaft der Beschwerdebeteiligten vermerkt wird, dass der genetische Vater A.Z., die genetische Mutter eine anonyme Eizellenspenderin und die Geburtsmutter H.P. ist.

In Bezug auf die Frage, ob B.Z. als zweiter Vater in das Personenstandsregister eingetragen werden kann, ist zu vermerken, dass die Anerkennung von zwei Vätern kein Novum ist, da ausländische Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz anerkannt werden (BBI 2003, S. 1359). Zudem wird geschätzt, dass in der Schweiz zwischen 6000 und 20000 Kinder in der Obhut gleichgeschlechtlicher

---

FamPra.ch 2014 - S. 1068

Paare aufwachsen (Conseil national, motion CAJ-CE « Droit de l'adoption. Même chances pour toutes les familles », treizième séance du 13 décembre 2012, intervention du conseiller Carlo Sommaruga, BOCN 2012 p. 2217). Im Jahr 2012 wurden beispielsweise 44 Kinder von Müttern geboren, die in eingetragener Partnerschaft leben (Bundesamt für Statistik, Lebendgeburten nach Zivilstand der Mutter, Tabelle su-d-1.2.2.2.4.13, abrufbar unter <http://www.statistik.admin.ch>). Auch der vom Bundesrat am 29. November 2013 in die Vernehmlassung geschickte Vorschlag, die Stiefkindadoption für Paare in eingetragener Partnerschaft und eventuell sogar für Paare in verschieden- und gleichgeschlechtlichen faktischen Lebensgemeinschaften zuzulassen, ist eine Reaktion auf die Entwicklung der öffentlichen Haltung gegenüber gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in der Schweiz (vgl. E. 2.2.). Diverse kantonale Regierungen haben in ihrer Stellungnahme den Vorschlag begrüsst (so die Regierungen der Kantone Aargau, Appenzell Innerrhoden, Bern, Basel Stadt, Luzern, Obwalden, Solothurn, Thurgau [unter Bedingungen], Uri, Zug, Zürich), negative Stellungnahmen sind keine bekannt (Google-Suche, Stand 31. Juli 2014). Viele rechtstatsächliche und psychologische Studien dokumentieren im Weiteren, dass sich Kinder, die in Regenbogenfamilien aufwachsen, in nichts von Kindern aus auf heterosexuellen Gemeinschaften basierenden Familien unterscheiden (I. Schwenzer, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», August 2013, N 121, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/dokumentation/familienrecht/gutachten-schwenzer-d.pdf>).

5.3. Die Beschwerdebeteiligten haben die schweizerischen Behörden mit der Einreise von C.Z. vor vollendete Tatsachen gestellt, was nicht gutzuheissen ist, zumal die geschaffene Situation zu einer Rechtsumgehung geführt hat und auch die Interessen der Leihmutter nicht mehr gewahrt werden können. Das Kind soll jedoch nicht die Konsequenzen aus dem Handeln seiner Wunscheltern tragen müssen. Vielmehr drängen sich die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den beiden

Beschwerdebeteiligten und damit die entsprechende Eintragung der doppelten Vaterschaft im Personenstandsregister im Interesse des Kindes und im Interesse einer einheitlichen und klaren Rechtslage auf.

Insgesamt ist somit der Schluss zu ziehen, dass der Ordre public-Vorbehalt aufgrund des Leihmutterverbots in diesem konkreten Einzelfall nicht verletzt ist, auch wenn das Hinwegsetzen der Beschwerdebeteiligten über die Wertvorstellungen des schweizerischen Verfassungs- und Gesetzgebers eigentlich zu missbilligen ist. Das Gerichtsurteil vom 24. Februar 2011 des Superior Court of the State of California for the County of X. sowie die kalifornische Geburtsurkunde sind demnach anzuerkennen und das Kindesverhältnis zu den beiden Beschwerdebeteiligten im Personenstandsregister einzutragen.

6.–7. [...]

---

FamPra.ch 2014 - S. 1069

Bemerkungen:

Das Urteil stellt im Umgang mit Fällen von Leihmutterchaft im internationalen Kontext einen Meilenstein dar.

Die Leihmutterchaft ist bekanntlich in der Schweiz verboten. Ganz anders dagegen die Rechtslage in einigen Staaten der USA, in England, Israel oder Indien. In diesen Ländern ist es möglich, eine Leihmutter damit zu beauftragen, den Embryo für die Wunscheltern auszutragen. Immer mehr Paare nutzen die liberale Haltung des Auslands und erfüllen sich in der Fremde den Wunsch vom eigenen Kind. Ausländische Vermittlungsagenturen helfen, die geeignete Leihmutter zu finden und die notwendigen rechtlichen Schritte einzuleiten.

Sofern alles wie geplant verläuft, können die Wunscheltern nach der Geburt mit dem Kind in die Schweiz einreisen, ausgestattet mit einer Geburtsurkunde, die sie als rechtliche Eltern ausweist. Um das Kind auch in das schweizerische Zivilstandsregister eintragen zu lassen, legen sie diese dem Zivilstandsamt vor. Die Tatsache, dass eine Leihmutter das Kind ausgetragen und geboren hat, ist für die Behörden nicht ohne weiteres erkennbar. Dies ist freilich anders, wenn die Wunscheltern das gleiche Geschlecht haben oder das fortgeschrittene Alter der Frau eine eigene Schwangerschaft und Geburt als unwahrscheinlich erscheinen lässt.

In den USA fällt die Regelung von Leihmutterchaftsverhältnissen in die Kompetenz der einzelnen Staaten. Während einige Staaten ein absolutes Verbot kennen, sind in anderen Staaten lediglich die Verträge nicht durchsetzbar. In wieder anderen Staaten sind bestimmte Arten von Leihmutterchaftsverträgen erlaubt oder es bestehen gewisse Anforderungen an ein rechtmässiges Verfahren. Schliesslich gibt es auch Staaten, in welchen Leihmutterchaftsverhältnisse uneingeschränkt zulässig sind. Kalifornien ist ein beliebter Staat für Wunscheltern. Dort fehlt es zwar an einer ausdrücklichen gesetzlichen

Regelung der Leihmutterschaft, die Gerichte anerkennen aber im Grundsatz eine Leihmutterschaftsvereinbarung und das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern, und schaffen so die Grundlage für eine entsprechende Geburtsurkunde. So auch im vorliegenden Fall: Das Gericht hielt fest, dass der eine Wunschvater der genetische Vater sei und für den anderen die Vermutung der Vaterschaft (des zweiten Elternteils) zum Tragen komme.

Die Beurteilung, ob die Entscheidung des kalifornischen Gerichts in der Schweiz anerkannt werden kann, richtet sich nach dem Internationalen Privatrecht. Im Anerkennungskontext ist vom Grundsatz auszugehen, dass alle Rechtsordnungen gleichwertig sind, mithin setzt die Verweigerung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zwingende Gründe voraus. Sie ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Anerkennung offensichtlich gegen den ordre public verstossen, das heisst damit elementaren Grundsätzen des schweizerischen Rechtsverständnisses widersprochen würde. Der ordre public umfasst die verfassungsmässigen Rechte sowie sonstige Grundwerte des schweizerischen Gesetzesrechts. Die zwingenden Normen des schweizerischen Rechts gehören jedoch nicht ohne weiteres zum ordre public. Vielmehr ist jeweils mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls die Vereinbarkeit der Anerkennung des Entscheids mit

---

FamPra.ch 2014 - S. 1070

der schweizerischen Wertordnung zu prüfen. Dabei ist nicht die ausländische Rechtslage an sich, die dem ausländischen Entscheid zugrunde liegt, sondern lediglich das Ergebnis deren Anwendung im konkreten Einzelfall an den hiesigen Grundwerten zu messen. Der Korrekturbefehl des ordre public ist mithin ergebnisbestimmt. Jedenfalls ist der ordre public-Vorbehalt sehr restriktiv anzuwenden. Immerhin hat bereits ein ausländisches Gericht in der Sache entschieden beziehungsweise die Rechtslage ist bereits geschaffen worden. Zudem sind hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden.

Das Verbot der Leihmutterschaft und der Schutz der Würde von Frau und Kind gehören zwar zum schweizerischen ordre public. Der Entscheid des St.Galler Verwaltungsgerichts stellt aber insbesondere klar, dass das Kindeswohl ebenfalls zum ordre public gehört und dieses im Einzelfall zur Anerkennung eines im Ausland begründeten Kindesverhältnisses auf der Grundlage eines Leihmutterschaftsvertrages führen muss. Auch der Sicherung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung wurde die nötige Aufmerksamkeit geschenkt.\*\*

Offen bleibt allerdings, von welchem Prüfungsmassstab auszugehen ist: Ist die Geeignetheit der Eltern ähnlich wie in einem Adoptionsverfahren abzuklären oder soll die Anerkennung nur dann unterbleiben, wenn das Kindeswohl gefährdet ist? Das St.Galler Verwaltungsgericht hält richtigerweise fest, dass die für die Adoption geltenden Schutzbestimmungen nicht ohne weiteres auf Leihmutterschaftsfälle übertragbar seien. Dennoch hat es detailliert die wirtschaftlichen und zeitlichen Ressourcen des Paares

geprüft und einen Bericht über die Entwicklung des Kindes der Kinderkrippe gewürdigt. Unbestrittenermassen kennt das Adoptionsrecht wichtige Voraussetzungen und Verfahrenselemente, die der Klärung der Eignung der Eltern und somit der Sicherung des Kindeswohls dienen. Eine Adoption kommt nur dann in Frage, wenn sie sich positiv auf das Kindeswohl auswirkt. Dass sie das Kindeswohl nicht gefährdet, reicht nicht aus. Anders als im Falle einer erst bevorstehenden Adoption eines Kindes, das zwar rechtliche Eltern hat, die aber aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage sind, ihre Aufgabe wahrzunehmen, wird im Zusammenhang mit Leihmutterchaftsverträgen das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern originär und im Zeitpunkt der Geburt begründet – dies aufgrund eines Entscheids einer ausländischen Behörde. Die schweizerischen Behörden dürfen diesen ausländischen Entscheid nicht nochmals in der Sache selbst überprüfen. Anders als im Adoptionszusammenhang muss deshalb meines Erachtens für die Verweigerung der Anerkennung wegen ordre public-Widrigkeit eines bereits bestehenden Kindesverhältnisses eine konkrete Kindeswohlgefährdung vorliegen. Die Tatsache alleine, dass das Paar die Leihmutterchaft in Erwägung gezogen hat, begründet freilich keinen Verdacht auf eine solche Gefährdung. Ein Gespräch mit den Eltern könnte hingegen Aufschluss darüber geben, ob Anzeichen für eine solche Gefährdung

---

FamPra.ch 2014 - S. 1071

vorliegen, die der näheren Untersuchung bedürfte. Im Übrigen nehmen nur Personen, die sich ein Kind sehnlichst wünschen, ein Leihmutterchaftsverfahren mit all den damit verbundenen persönlichen, psychischen und finanziellen Hürden auf sich.

Zusammenfassend macht der Entscheid des St.Galler Verwaltungsgerichts klar, dass das Bedürfnis, das Verhalten von Wunscheltern zu sanktionieren, oder allgemeine rechtspolitische oder generalpräventive Erwägungen, im Kontext der Anerkennungsentscheidung keine Rolle spielen dürfen. Für die Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit muss dem Kindeswohl das grösste Gewicht zukommen, und dieses spricht häufig für die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu seinen Wunscheltern. Darüber hinaus sind Bestrebungen, auf dem internationalen Parkett das Gespräch zu suchen und für Fälle internationaler Leihmutterchaft und anderer fortpflanzungsmedizinischer Verfahren Lösungen auszuhandeln, zu begrüssen.

#### Nachtrag

Das Bundesamt für Justiz hat das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen an das Bundesgericht weitergezogen. Es beantragt in seiner Beschwerde, die kalifornische Geburtsurkunde, welche die beiden Männer als Väter ausweist, sei nicht zu anerkennen. Im Zivilstandsregister sei nur jener der beiden in eingetragener Partnerschaft lebenden Männer einzutragen, welcher der Samenspender und damit der biologische Vater des Kindes ist. Um das in der Bundesverfassung verankerte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfassend zu garantieren, seien zudem die Leihmutter und deren Ehemann, der zum Zeitpunkt der Geburt der rechtliche Vater des Kindes war, sowie der

Hinweis auf die anonyme Eizellenspende einzutragen (Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 26.9.2014).

Auf das Urteil des Bundesgerichts darf man gespannt sein. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht das St.Galler Urteil, das sich klar zum Wohl des Kindes als oberstes Gebot bekennt, schützt. Hinweise auf die Identität der Leihmutter, wie sie das Bundesamt für Justiz fordert, können allerdings sinnvoll sein, zumal das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht nur die genetische, sondern auch die biologische Mutterschaft umfassen muss. Weshalb hingegen die Identität des Ehemannes der Leihmutter festgehalten werden sollte, ist nicht erkennbar. Die schweizerischen Behörden können bei Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Entscheides ohnehin nicht ersatzweise Schweizer Recht anwenden und auf dessen Grundlagen eine neue Entscheidung treffen. Deshalb wäre es selbst dem Samenspender in der Schweiz grundsätzlich nicht möglich, das Kind anzuerkennen, weil die Anerkennung der Vaterschaft eine rechtliche Mutter voraussetzt, die dann eben gerade nicht besteht. All dies macht deutlich, dass die Anerkennung der ausländischen Entscheidung (was nicht mit der Anerkennung der Leihmutterschaft an sich zu verwechseln ist) die dogmatisch einzig richtige Lösung darstellt, es sei denn, die Verweigerung der Anerkennung sei aus Kindeswohlerwägungen zwingend.

*(Prof. Dr. Andrea Büchler, Universität Zürich)*

---

\* <http://www.gerichte.sg.ch>

\*\* Vgl. ausführlich Büchler/Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern? Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra.ch 2013, 33 ff.