



lic. iur. HSG, Karin Hochl
Rechtsanwältin

Schaub Hochl Rechtsanwälte,
Theaterstrasse 29, 8400 Winterthur
Tel: 052 213 35 35
hochl@schaubhochl.ch
www.schaubhochl.ch

Mai 2022

Leihmutterschaft im Ausland

BGer 5A_545/2020

Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2022

Zusammenfassung: Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 7. Februar 2022 entschieden, dass ausländische Geburtsurkunden, die auf Leihmutterschaft basieren, in der Schweiz nicht anerkannt werden. Stattdessen beurteilt sich die Frage, wer die Eltern des Kindes sind nach schweizerischem Recht. Damit wird die gebärende Leihmutter in der Schweiz als rechtliche Mutter des Kindes betrachtet. Das Kindesverhältnis zum genetischen Wunschvater muss mittels Vaterschaftsanerkennung hergestellt werden, was voraussetzt, dass die Leihmutter nicht verheiratet ist. Die Wunschmutter, egal ob genetisch verwandt oder nicht, muss das Kind in der Schweiz adoptieren. Bis zur Stiefkindadoption durch die genetische Wunschmutter ist

die Leihmutter Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge und das Kind erhält bei der Eintragung ihren Namen (Art. 298a, 298b und 270a ZGB).

Die Beurteilung ist eine andere, falls die Wunscheltern nebst der Geburtsurkunde über ein Gerichtsurteil verfügen, wie dies zum Beispiel in den USA üblich ist. Gemäss eines Leitentscheids des Bundesgerichts aus dem Jahr 2015 werden Leihmutterschaftsurteile aus den Vereinigten Staaten in der Schweiz in Bezug auf die Nichtelternschaft der Leihmutter sowie in Bezug auf die Elternschaft der genetischen Wunscheltern (Wunschmutter und Wunschvater) direkt anerkannt (BGE 141 III 312, [Link](#)).

Es ist somit relevant, ob die Wunscheltern aus dem Geburtsstaat ein Gerichtsurteil oder nur eine Geburtsurkunde mitbringen. Der vorliegende neue Bundesgerichtsentscheid 5A_545/2020 betraf eine Leihmutterschaft in Georgien, wo es für die Wunscheltern nicht möglich ist, ein Gerichtsurteil zu erlangen.

Sachverhalt: A. und B. sind ein in der Schweiz wohnhaftes Ehepaar, das sich aus gesundheitlichen Gründen zu einer Leihmutterschaft im Ausland entschloss. Im Jahr 2019 wurden die Kinder C. und D. in Georgien von der Leihmutter E. zur Welt gebracht. Beide Ehegatten sind die genetischen Eltern: Die Zeugung der Kinder erfolgte mittels Samenspende des Ehemannes A. und Eizellenspende der Ehefrau B.

Für die Kinder C. und D. wurden georgische Geburtsurkunden ausgestellt. Der Erhalt eines Gerichtsurteils, welches die Elternschaft feststellt, ist in Georgien

nicht möglich, da die Wunscheltern *ex lege*, das heisst direkt gestützt auf die georgische Gesetzgebung, die rechtlichen Eltern sind und ein Kindesverhältnis zur Leihmutter *ex lege* ausgeschlossen ist (Art. 143 Law of Georgia on HealthCare). Für ein Gerichtsverfahren fehlt nach georgischer Anschauung das Rechtsschutzinteresse.

Das Gemeindeamt des Kantons Zürich verweigerte die Anerkennung der georgischen Geburtsurkunde, erblickte jedoch im georgischen Leihmutterchaftsvertrag eine Vaterschaftsanerkennung des genetischen Wunschvaters. Es ordnete daher die Beurkundung der Kinder im schweizerischen Personenstandsregister mit der Leihmutter als rechtliche Mutter und dem genetischen Wunschvater als rechtlicher Vater an. Überdies sollen die Kinder den Familiennamen der Leihmutter erhalten.

Gegen diese Verfügung rekurrten A., B., C., D. und E. (Wunscheltern, Kinder und Leihmutter) bei der Direktion der Justiz und des Innern Zürich, welche den Rekurs guthiess und die Eintragung der Kinder mit beiden genetischen Wunscheltern und deren Familiennamen anordnete.

Das Bundesamt für Justiz erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, welches in teilweiser Gutheissung die Verfügung des Gemeindeamtes bestätigte.

Daraufhin gelangten A., B., C., D. und E. (Wunscheltern, Kinder und Leihmutter) mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragten, beide

Wunscheltern seien als rechtliche Eltern einzutragen und den Kindern sei ihr Familienname zu geben.

Erwägungen des Bundesgerichts:

Die Gesetzgebung in Ländern wie Georgien ermöglicht die Anerkennung und Eintragung der Wunscheltern als rechtliche Eltern direkt gestützt auf die Geburtsurkunde der Kinder. Ein Gerichtsverfahren zur Bestätigung der Wunscheltern als rechtliche Eltern ist weder vorgesehen noch möglich. Es stellte sich deshalb die Frage, ob ausländische Geburtsurkunden anerkennungsfähig sind und gestützt darauf ein Kindesverhältnis anerkannt wird (Art. 32 i.V.m. 25-27 i.V.m. 70 IPRG). Zu dieser Frage bestanden in der Schweiz bisher unterschiedliche kantonale Entscheidungen: Das Obergericht des Kantons Aargau erkannte in einem gleich gelagerten Verfahren eine georgische Geburtsurkunde als anerkennungsfähig (Urteil Obergericht des Kantons Aargau vom 16.11.2020, ZBE.2020.6/LK, [Link](#)), während das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich als Vorinstanz des vorliegenden Falles den georgischen Geburtsurkunden die Anerkennung verweigerte (Urteil Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 14.11.2020, VB.2019.00833, [Link](#)).

Das Bundesgericht verneinte die Anerkennung der georgischen Geburtsurkunden mit der Begründung, diese würden keine gerichtliche Entscheidung im Sinn von Art. 70 IPRG darstellen (E. 5). Dem Umstand, dass in Georgien ein Gerichtsverfahren weder vorgesehen noch möglich ist, mass es keine Bedeutung zu.

Ebenso wenig befasste es sich mit der abweichenden Beurteilung des Obergerichts des Kantons Aargau, welches eine georgische Geburtsurkunde als anerkennungsfähig qualifizierte.

Infolge Nichtanerkennung der georgischen Geburtsurkunde richtet sich die Frage der Entstehung des Kindsverhältnisses gemäss Bundesgericht nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (Art. 68 f. IPRG). Da der beabsichtigte Wohnsitz der Kinder in der Schweiz liegt, sei demnach schweizerisches Recht anzuwenden. Der im schweizerischen Recht anwendbare Grundsatz *mater semper certa est* führt dazu, dass die Leihmutter als rechtliche Mutter betrachtet wird (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Das heisst, die Leihmutter wird entgegen der Gesetzgebung ihres Wohn- und Heimatstaates und entgegen ihrer Absicht in der Schweiz als Mutter im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragen.

Ausserdem stützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Auffassung, wonach der Leihmutterchaftsvertrag als gültige Vaterschaftsanerkennung nach schweizerischem Recht (Art. 73 IPRG) betrachtet werden könne, was zur Anerkennung des genetischen Wunschvaters als rechtlichen Elternteil führt (E. 7.3). Gleichzeitig verneinte es jedoch die Anerkennung der Wunschmutter gestützt auf denselben Vertrag, da dies trotz genetischer Verbindung «eine dem schweizerischen Recht unbekanntes Kindesanerkennung» darstelle (E. 7.4.1).

Ergebnis: Insgesamt wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, so dass die

Kinder mit der Leihmutter als rechtliche Mutter und dem genetischen Wunschvater als rechtlicher Vater im Zivilstandsregister eingetragen werden. Ausserdem erhalten die Kinder gestützt auf Art. 270a ZGB den Namen der Leihmutter, welche die alleinige elterliche Sorge innehat (Art. 298a und 298b ZGB; E. 8.6).

Kommentar: Das Bundesgericht verschärft mit diesem Urteil seine bereits strenge Praxis, ungeachtet der negativen Konsequenzen, die eine solche Regelung für die schutzbedürftigen Beteiligten (Kind, Leihmutter und Wunscheltern) zur Folge hat.

Folgende Punkte des Entscheids sind hervorzuheben:

- Das Bundesgericht befasst sich nicht mit der Rechtsstellung der georgischen Leihmutter, obwohl diese sich als Beschwerdeführerin am Verfahren beteiligte und dem Gericht die Anerkennung ihrer Nichtelternschaft beantragte. Damit wird der Leihmutter gegen ihren Willen und im Widerspruch zur Gesetzgebung ihres Wohnsitz- und Heimatstaates und des Geburtsstaates der Kinder eine rechtliche Elternschaft aufgezwungen, inklusive alleiniger elterlicher Sorge und Namensführung. Damit wird das schweizerische Verbot der Leihmutterchaft von Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, welches dem Schutz der Frau dient, ins Gegenteil verkehrt. Eine Zwangselternschaft der Leihmutter stellt einen unzulässigen Eingriff in ihre Grundrechte nach Art. 8 EMRK dar.

- Zu präzisieren ist, dass seitens des genetischen Wunschvaters *keine* Vaterschaftsanerkennung gemäss Art. 260 ZGB stattgefunden hat. Für die vom Bundesgericht vorgenommene Ungleichbehandlung der genetischen Wunscheltern fehlt deshalb eine rechtliche Grundlage. Das Bundesgericht schützt jedoch die von der Vorinstanz im Leihmutterchaftsvertrag erblickte gültige Kindeserkennung des genetischen Wunschvaters. Eine Qualifikation desselben Vertrages als gültige Kindeserkennung der genetischen Wunschmutter und Kindesaberkennung der Leihmutter lehnt es hingegen ab (E. 7.3 f.). Ein Leihmutterchaftsvertrag ist ein nach schweizerischem Recht sittenwidriger und nichtiger Vertrag und daher *per se* untauglich, um eine Ungleichbehandlung der genetischen Wunscheltern zu rechtfertigen. Die Anerkennung des Leihmutterchaftsvertrages nur als Kindeserkennung des genetischen Wunschvaters nach Art. 73 IPRG nicht jedoch als Kindesaberkennung der genetischen Wunschmutter und Kindesaberkennung der Leihmutter verletzt das Diskriminierungsverbot zwischen Mann und Frau (Art. 8 i.V.m. 14 EMRK).
- Das Bundesgericht verwehrt den Kindern das Kindesverhältnis zu ihrer genetischen Mutter, indem es die Eintragung der den Kindern völlig fremden und abwesenden Leihmutter als rechtliche Mutter angeordnet hat, die auch die alleinige elterliche Sorge innehat. Den Kindern wird

damit ein Kindesverhältnis zu ihrer genetischen Mutter, von der sie seit dem ersten Tag ihres Lebens betreut werden, verweigert, was nicht nur das Kindeswohl verletzt, sondern auch zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt.

Das Bundesgerichtsurteil hat zur Folge, dass bei Fällen, in denen die Wunscheltern nur über eine Geburtsurkunde verfügen, die Leihmutter als rechtliche Mutter eingetragen wird und das Kindesverhältnis zur Wunschmutter mittels Stiefkindadoption hergestellt werden muss. Der Adoptionsweg ist mit Zeitaufwand, Kosten und Risiken verbunden. So etwa besteht im Trennungs- oder Todesfall eines Wunschelternteils die Gefahr, dass die Adoption verunmöglicht und die Elternschaft der Leihmutter perpetuiert wird. Unklar ist auch, wie vorzugehen ist, wenn der Kontakt zur Leihmutter abgebrochen ist und ihre Zustimmung zur Adoption nicht mehr eingeholt werden kann. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich auch bei verheirateten Leihmüttern, da diesfalls deren Ehemann als rechtlicher Vater des Kindes gilt und keine Vaterschaftsanerkennung durch den genetischen Wunschvater möglich ist. All dies wurde vom Bundesgericht nicht bedacht.

Empfehlung: Aufgrund der geschilderten Rechtslage in der Schweiz ist es für Paare wichtig, sich frühzeitig zu informieren und rechtlich beraten zu lassen, wenn sie eine Leihmutterchaft im Ausland in Erwägung ziehen. Gerne beraten und begleiten wir Sie während des gesamten Prozesses.