SCHAUB | HOCHL
RECHTSANWÄLTE AG

lic. iur. HSG, Karin Hochl
Rechtsanwältin

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

August 2022

Leihmutterschaft im Überblick

Begriff

Die Leihmutterschaft zeichnet sich dadurch aus, dass eine als Leihmutter fungierende Frau ein Kind für die Wunscheltern austrägt. Meist ist sie dabei nicht genetisch mit dem Kind verwandt.

Je nachdem, ob die Samen- und Eizellen von den Wunscheltern oder von Spendern stammen, sind beide Wunscheltern, einer oder kein Wunschelternteil genetisch mit dem Kind verwandt.

Verbot der Leihmutterschaft in der Schweiz

Die Leihmutterschaft ist in der Schweiz verboten (Art. 119 Abs. 2 BV, Art. 4 und 31 FMedG). Der Bundesrat begründete das Verbot in seiner damaligen Botschaft mit dem Kindeswohl und dem Schutz der Frau (Leihmutter) vor einer Instrumentalisierung. Einhergehend mit der seither stattgefundenen Globalisierung, dem technischen Fortschritt und der Pluralisierung der Gesellschaft entschliessen sich jedoch immer mehr ungewollt kinderlose Paare aus der Schweiz dazu, ihren Kinderwunsch im Ausland mittels einer Leihmutterschaft zu erfüllen.

Grundsätzlich gilt: Wunscheltern mit Wohnsitz in der Schweiz, welche im Ausland eine Leihmutterschaft durchführen, machen sich nicht strafbar.

In zivilrechtlicher Hinsicht stellt sich jedoch die Frage: Anerkennt die Schweiz das im Ausland durch Leihmutterschaft zu den Wunscheltern entstandene Kindesverhältnis? Sind die Wunscheltern in der Schweiz die rechtlichen Eltern?

Leihmutterschaft im Ausland

Im Gegensatz zur Schweiz ist die Leihmutterschaft in zahlreichen ausländischen Staaten erlaubt, zum Beispiel in verschiedenen Bundesstaaten der USA, Georgien und Ukraine. Die Wahl des Staates, in welchem die Leihmutterschaft durchgeführt werden soll, ist abhängig von den finanziellen Verhältnissen der Wunscheltern, der Situation im Ausland sowie den Erwartungen an die Vertragspartner. Die Wahl des Staates hat Einfluss auf das Anerkennungsverfahren in der Schweiz, da die ausländischen Staaten unterschiedliche Verfahren vorsehen.

In den betreffenden Staaten haben sich Leihmutterschafts-Agenturen und spezialisierte Kliniken etabliert. Diese begleiten die Wunscheltern im Verfahren, vermitteln ihnen die Leihmutter, organi-

sieren die medizinischen Abklärungen und Behandlungen und helfen bei der administrativen Abwicklung im Geburtsstaat. Da diese Agenturen aber nur wenig mit der schweizerischen Gesetzgebung und Praxis vertraut sind, ist im Hinblick auf die Anerkennung der Wunscheltern als rechtliche Eltern in der Schweiz eine frühzeitige Beratung zu empfehlen.

Anerkennung in der Schweiz – Praxis und rechtliche Grundlagen

Im Vergleich zu anderen Staaten pflegt die Schweiz eine strenge Anerkennungspraxis, die unter anderem davon abhängt, ob die Wunscheltern aus dem Geburtsland ein Gerichtsurteil oder nur eine Geburtsurkunde mitbringen und ob sie mit dem Kind genetisch verwandt sind oder nicht.

Gemäss Art. 70 IPRG (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht) wird eine ausländische Entscheidung betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses anerkannt, wenn diese im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, in dessen Heimatstaat oder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Mutter oder des Vaters ergangen ist. Die Anerkennung wird jedoch verweigert, wenn die Entscheidung mit schweizerischem *Ordre public* offensichtlich unvereinbar wäre (Art. 27 Abs. 1 IPRG). Mit dieser Ausnahmebestimmung soll vermieden werden, dass durch eine Verweisung auf ausländisches Recht in der Schweiz Ergebnisse erzielt werden, die mit den schweizerischen Rechtsanschauungen offensichtlich nicht übereinstimmen.

Anerkennung bei Vorliegen eines Gerichtsurteils aus den USA

Das Bundesgericht befasste sich erstmals im Jahr 2015 mit der Leihmutterschaft.

Mit Leitentscheid BGE 141 III 312 entschied es im Fall zu den USA, dass bei Vorliegen eines amerikanischen Gerichtsurteils, welches die Elternschaft der Wunscheltern und die Nichtelternschaft der Leihmutter feststellt, die Wunscheltern als rechtliche Eltern anerkannt werden müssen, sofern sie mit dem Kind genetisch verwandt sind. Das höchste Gericht kam zum Schluss, dass bei Vorliegen eines Gerichtsentscheids dem genetisch verwandten Elternteil die Anerkennung nicht aus *Ordre public*-Gründen verweigert werden darf. Hingegen verweigerte es dem nicht genetisch verwandten Wunschelternteil die Anerkennung und verwies diesen auf den Adoptionsweg. Die Nicht-Elternschaft der Leihmutter wurde gestützt auf das US-Gerichtsurteil indes anerkannt, diese wurde somit nicht als Mutter in das schweizerische Zivilstandsregister eingetragen (BGE 141 III 312 E. 6.2).

Diese Praxis ist bis heute gültig, jedoch fordern die schweizerischen Behörden für die Eintragung des Kindes umfangreiche Dokumente, weshalb das Verfahren einer guten Vorbereitung bedarf.

Anerkennung bei Fehlen eines Gerichtsurteils (Georgien, Ukraine)

Anders beurteilt das Bundesgericht Fälle, in denen im Geburtsland des Kindes kein Gerichtsverfahren vorgesehen ist und die Wunscheltern nur über eine

ausländische Geburtsurkunde und über keinen Gerichtsentscheid verfügen (z.B. Ukraine, Georgien).

In einem weiteren wegweisenden Urteil vom 7. Februar 2022 (BGer 5A_545/2020) entschied das Bundesgericht in einem Fall zu Georgien, dass ausländische Geburtsurkunden, die auf Leihmutterschaft basieren, in der Schweiz nicht anerkannt werden, weil sie keine gerichtliche Entscheidung im Sinne von Art. 70 IPRG darstellen. 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). Haben die Wunscheltern Wohnsitz in der Schweiz, ist demnach gemäss Bundesgericht 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 in der Schweiz als Mutter im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragen (Kommentar zu BGer 5A_545/2020).

Das Bundesgerichtsurteil 5A_545/2020 hat zur Folge, dass in Fällen, in denen die Wunscheltern nur über eine ausländische Geburtsurkunde verfügen, die Leihmutter als rechtliche Mutter eingetragen wird, das Kindesverhältnis zum genetischen Vater über eine Vaterschaftsanerkennung hergestellt werden muss und jenes zur Wunschmutter, egal ob sie genetisch verwandt ist oder nicht, mittels Stiefkindadoption erstellt werden muss.

Herstellung des Kindesverhältnisses durch Adoption

Wunscheltern, denen die direkte Anerkennung als rechtliche Mutter oder rechtlicher Vater verweigert wird, müssen das Kindesverhältnis in der Schweiz auf dem Weg der Adoption bzw. Stiefkindadoption begründen.

Voraussetzungen für die Adoption bzw. Stiefkindadoption sind gemäss Art. 264 ff. ZGB, dass die Wunscheltern in faktischer Lebensgemeinschaft leben und seit mindestens drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen. Das Adoptionsgesuch kann gestellt werden, wenn der adoptierende Elternteil dem Kind während mindestens eines Jahres für dessen Pflege und Erziehung gesorgt hat, d.h. bei Geburt durch Leihmutterschaft *de facto* ab dem ersten Geburtstag des Kindes. Bezüglich der im Gesetz verankerten Alterslimite von 45 Jahren werden grosszügige Ausnahmen gemacht (Adoption in der Schweiz).

Zusammenfassung

Die Durchführung einer Leihmutterschaft im Ausland ist längst kein seltenes Phänomen mehr. Immer mehr hetero- und homosexuelle Paare erfüllen sich mit Hilfe einer Leihmutterschaft im Ausland ihren lang gehegten Kinderwunsch. Nicht zuletzt wegen der strengen Praxis der Schweiz, ist die Leihmutterschaft jedoch ein anspruchsvolles Unterfangen. Personen, die eine Leihmutterschaft im Ausland in Betracht ziehen, empfehlen wir eine frühzeitige Beratung

und den Beizug eines Rechtsbeistands. Insbesondere ist darauf zu achten, dass aus dem Geburtsland alle notwendigen Dokumente mitgebracht werden, andernfalls sich die Eintragung des Kindes um geraume Zeit verzögern kann.

Wir unterstützen Sie gerne auf diesem Weg und stehen Ihnen für eine kompetente Beratung und Begleitung zur Verfügung. Zögern Sie nicht uns zu kontaktieren.