

Document	SJZ 117/2021 S. 75
Auteur(s)	Sandra Hotz
Titre	«Ehe für alle» – Wie weiter? Teil II
Pages	75-84
Publication	Schweizerische Juristen-Zeitung
Editeur / Redaction	Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Beatrix Schibli (Red.), Meinrad Vetter (Red.)
ISSN	0036-7613
Maison d'édition	Schulthess Juristische Medien AG

SJZ 117/2021 S. 75

«Ehe für alle» – Wie weiter? Teil II

Stand und Kontext der Gesetzesrevision und Gedanken zu einer zeitgemässen Zuordnung von Elternschaft

PD Dr. iur. Sandra Hotz, Rechtsanwältin, Zürich*

Mit der Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Hinblick auf die «Ehe für alle» wird die Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Damit sollen auch die Regelungen zur gemeinsamen Elternschaft geklärt und der Zugang zur Samenspende für Frauenpaare erlaubt werden. – Es geht insbesondere um die Frage des «Wie weiter?» in Sachen Elternschaft mit Blick auf eine möglichst kohärente und tragfähige Gesetzeslösung für das Ehe- und Familienrecht im 21. Jahrhundert. Teil II dieses Beitrags beschäftigt sich im Schwerpunkt mit den Leitlinien für eine künftige rechtliche Zuordnung von Elternschaft und erläutert die notwendigen Schritte.

Avec la révision du Code civil suisse prévoyant le «mariage pour tous», le mariage civil sera ouvert aux couples de même sexe. Cela entraînera aussi une réglementation de la question de la coparentalité et permettra l'accès au don de sperme pour les couples de femmes. Cette contribution traite en particulier de la question de la suite à donner en matière de parentalité afin de forger une solution légale cohérente et durable pour le droit du mariage et de la famille au XXI^e siècle. Cette deuxième partie de la contribution traite spécifiquement des lignes directrices pour une structuration future de la parentalité et présente les étapes nécessaires à cette fin. (P.P.)

D. Originäre Anerkennung der Co-Mutterschaft ist dringend nötig

1. Mater-est-Regel neben der Pater-est-Regel aus Gleichbehandlungsgründen

Eine zusätzliche rechtliche Möglichkeit zur originären Vermutung der Elternschaft qua Status Ehe oder Anerkennung oder per Feststellung der Co-Mutterschaft unter künftig gleichgeschlechtlichen verheirateten Mütterpaaren *ist in erster Linie eine Frage der Gleichbehandlung*. Denn es gibt heute *keine sachlich zu rechtfertigenden Gründe*, zwischen der Zuordnung der rechtlichen Vaterrolle des Ehemannes qua Status der Ehe (sog. Pater-est-Regel [Art. 252 Abs. 2 ZGB](#), [255 ZGB](#)), der Anerkennung ([Art. 260–260c ZGB](#)) und der

* PD Dr. iur. Sandra Hotz arbeitet als selbständige Rechtsanwältin in Zürich. Zudem ist PD Dr. iur. Sandra Hotz Privatdozentin für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich und Lehrbeauftragte an der Universität Basel. Fabian Naumer und MLaw Tamara Stalder danke ich sehr herzlich für das Lektorat.

Feststellung ([Art. 261–263 ZGB](#)) und einer entsprechenden Regelung für die *de lege ferenda* verheiratete Ehefrau oder Partnerin der Geburtsmutter zu unterscheiden. *In beiden Familienkonstellationen kommen gleichermassen biologische (dritte) Väter vor*, deren Rechte und Pflichten *de lege lata* mittels sekundärer, d.h. mit ggf. korrigender Zuordnung von Elternschaft zu regeln wären: nämlich *de lege ferenda* einer Elternschaftsanfechtungsklage.

Sollte dagegen eingewendet werden, dass bei zwei Co-Müttern die biologische Vaterschaft, d.h. die dritte Elternschaft, faktisch immer gegeben sei, während es in der heterosexuellen Ehe weniger häufig zu einem sog. zweiten Vater, dem biologischen Vater, käme, muss entgegnet werden, dass schon immer in Kauf genommen wurde, dass eine dritte Person biologischer Vater sein kann.

Daraus folgt: Es braucht konsequenterweise eine *Mater-est-Regel* neben der *Pater-est-Regel*.⁵¹

SJZ 117/2021 S. 75, 76

2. Adoptionsweg führt nicht immer zum Ziel

In der Praxis zeigen sich zudem teils gravierende Probleme damit, dass gleichgeschlechtliche Paare *de lege lata* zur Begründung von rechtlicher Elternschaft auf den (Stiefkind-)Adoptionsweg verwiesen werden.

Die Stiefkindadoption ist nicht nur langwierig und steinig, sie kann oftmals nicht zur gewünschten Lösung führen, weil die *Voraussetzungen für die Stiefkindadoption nicht gegeben sind*. Besagt [Art. 264c Abs. 2 ZGB](#), dass ein künftig verheiratetes Paar respektive *de lege lata* ein in eingetragener Partnerschaft lebendes Paar «drei Jahre lang einen gemeinsamen Haushalt» führen muss, damit eine Stiefkindadoption möglich ist oder eine gemeinsame Adoption *de lege ferenda* möglich ist. Diese Voraussetzung fehlt, wenn ein gleichgeschlechtliches Elternpaar, das zwar in der Vergangenheit sehr wohl über drei Jahre lang im gemeinsamen Haushalt gelebt hat (noch vor der Gesetzesänderung des [ZGB](#) per 1. Januar 2018), dies aber zum Zeitpunkt des Einreichens des Adoptionsgesuchs nicht mehr tut, weil es sich *zwischenzeitlich als Paar getrennt hat*, wobei sich beide Elternteile des Kindes darüber einig sind, dass die Stiefkindadoption von der sozialen Co-Mutter unbedingt stattfinden soll und sie weiterhin gemeinsam als Eltern des Kindes Verantwortung tragen wollen.

Ebenso stossend ist es schliesslich, wenn ein mittlerweile «erwachsenes Kind» sich wünscht, dass es mit der Gesetzesänderung vom 1. Januar 2018 endlich auch vom sozialen Co-Elternteil adoptiert werden möge, beide Co-Mütter dies befürworten, aber eine Erwachsenenadoption *de lege lata* bei einer Stiefkindadoption nicht vorgesehen ist.⁵²

Höchst unbefriedigende Konstellationen kommen auch bei heterosexuellen verheirateten Paaren vor (welche in der Praxis die grosse Mehrheit ausmachen). Der Adoptionsweg hilft diesen und vor allem dem Kind nämlich dann nicht weiter, wenn sich das Paar während des langwierigen, steinigen Prozesses getrennt hat und die Voraussetzungen von [Art. 264c Abs. 2 ZGB](#) (drei Jahre Hausgemeinschaft) nicht (mehr) erfüllt sind oder auch die einjährige Pflegedauer (noch) nicht erfüllt ist.⁵³ Gerade *infolge verweigerter Anerkennung der Elternschaft, die im Ausland durch ein ausländisches Urteil (v.a. Leihmuttertschaft) begründet worden war, ergibt sich diese Fallkonstellation*: Nach der mittlerweile veralteten, praktisch von der ganzen zeitgenössischen Lehre kritisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁴ wird einzig der genetische Ehepartner anerkannt, während dem nichtgenetischen sozialen Elternteil, konkret der Ehefrau, nur die Stiefkindadoption offensteht, deren Voraussetzungen nach [Art. 264 Abs. 2 ZGB](#) bei einer Trennung nicht mehr erfüllt sind.

⁵¹ Schröder (Fn. 23) 154 ff.; für die unverheiratete Lebenspartnerin müsse entsprechend die Anerkennung offenstehen.

⁵² Xenia Klaus, Wie viele Mütter hat Luca?, Tages-Anzeiger vom 11.12.2020.

⁵³ Das Problem stellt sich noch verschärfter, wenn die Elternschaft im Ausland «nur» durch eine Geburtsurkunde begründet wurde, obschon es je nach Land keine solchen Feststellungsurteile gibt; dabei sind beide intentionalen Eltern genetisch verwandt: VGer ZH [VB.2019.00829](#) vom 14.5.2020 E. 4.5.2 (der Entscheid ist aktuell vor dem Bundesgericht hängig); s. Sandra Hotz, Leihmuttertschaft, Kommentar von Sandra Hotz, Genderlaw Newsletter 3/2020, <http://www.genderlaw.ch/deutsch/gender-law-info/rechtssprechung/leihmuttertschaft.html?parent=12&subid=12> (zuletzt besucht am 28.12.2020); Leander D. Loacker, Kommentar zu Nr. 54 Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung Entscheid vom 14. Mai 2020 i.S. Bundesamt für Justiz gegen A, B, C, D, E - [VB.2019.00829](#), VB.2019.00833, [FamPra.ch 2020 992 ff.](#), 994 ff.

⁵⁴ Mit einer Ausnahme vielleicht: Sabrina Gauron-Carlin, La gestation pour autrui: état des loieux en Suisse, [SJZ 2019 75 ff.](#); s. zum Zeitfaktor Luca Montisano/Peter Uebersax, Die Leihmuttertschaft, im Migrationsrecht, [SJZ 2020 595 ff.](#), 597 ff.

Aus der Kindesperspektive betrachtet muss in all diesen Fällen die *Zuordnung der Elternschaft* in Übereinstimmung mit den übergeordneten verfassungs- und konventionsrechtlichen Kindesinteressen (Art. 3 UN-KRK; [Art. 11 BV](#)) erfolgen, denn auch der Begriff «drei Jahre gemeinsamer Haushalt» ist auslegungsbedürftig: *Erstens* definiert unsere Rechtsordnung nicht, was ein gemeinsamer Haushalt ist.⁵⁵ Namentlich steht nirgends explizit, ob dies nun bedeutet, dass Eltern «unter dem gleichen Dach» leben müssen. Ein Haushalt kann auch nur ökonomisch bestehen, also bspw. als eine «wirtschaftlichen Gemeinschaft» betrachtet werden. *Zweitens* ist das Wohl des Kindes das wichtigste Ziel und die Rechtfertigung jeder Adoption ([Art. 264 Abs. 2 ZGB](#)),⁵⁶ womit die Auslegung wie schon erwähnt im Sinne des Kindeswohls erfolgen muss. *Drittens* ist das Erfordernis des gemeinsamen Haushalts über eine gewisse Dauer bloss ein vom Gesetzgeber gewähltes vereinfachtes Stellvertretermerkmal für die Beziehungsstabilität eines Paares,⁵⁷ die etwa nach anderen Rechtsordnungen auch

SJZ 117/2021 S. 75, 77

bereits nach zwei Jahren erfüllt sein kann.⁵⁸ Ein Stellvertretermerkmal bedeutet nichts anderes, als dass der Beweis der Beziehungsstabilität im Einzelfall auch anders erbracht werden kann:⁵⁹ z.B. durch nachgewiesene regelmässig anhaltende Kontakte, gemeinsame Sorge und Verantwortungsübernahme oder auch gemeinsames Feiern von Geburtstagen des Kindes und von Weihnachten oder sogar das gemeinsame Verbringen von Ferien. Schliesslich entspricht es auch vermehrt den Lebensrealitäten von Familien im 21. Jahrhundert, dass Eltern berufsbedingt getrennt voneinander leben (müssen), deswegen aber weder ihre Beziehungsstabilität noch ihre Familiengemeinschaft infrage steht (mehrmals tägliche Nachrichten oder Skype-Kontakte zwischen Eltern sowie Elternteilen und Kind sind längst keine Seltenheit mehr).

E. Zeit für einen ersten Schritt

Es ist Zeit für einen ersten Schritt. Mit guten Gründen lässt sich heute für die Öffnung der Ehe auf einer konzeptionellen Ebene von Mutter-Mutter-Kind optieren, welche pragmatisch und relativ einfach sowohl im geltenden Abstammungsrecht wie auch in diesem Rahmen im Fortpflanzungsmedizinrecht umgesetzt werden kann. Das zeigen diese rechtsvergleichenden Beispiele. Die Frage ist aber, ob das ausreicht, um eine kohärente Gesetzeslösung für ein zeitgemässes Ehe- und Familienrecht zu finden.⁶⁰ Die Frage ist selbstverständlich rhetorischer Natur, da soeben aufgezeigt wurde, dass heute gewisse Sachverhalte rechtlich nicht erfasst werden.

V. Wie weiter?

A. Wer soll im 21. Jahrhundert rechtliche Eltern sein dürfen?

Ist die «Ehe für alle» erst einmal Realität, sollten wir uns in Ruhe überlegen, wie die Zuordnung von Elternschaft im 21. Jahrhundert jenseits von Zivilstand, Geschlecht, sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität aussehen kann und soll.

1. Grundsätzliche Fragen

1. Gibt es heute noch legitime Gründe für eine rechtliche Unterscheidung zwischen Mutter- und Vaterschaft, wenn ein erklärtes Leitziel aller bisherigen Revisionen im Ehe- und Familienrecht die Überwindung von bestehenden Ungleichbehandlungen, namentlich von Geschlechterungleichheiten ist?⁶¹

⁵⁵ Einzig [Art. 333 ZGB](#).

⁵⁶ Das Kindeswohl sollte mit der Einführung der Stiefkindadoptionsrevision per 1.1.2018 zusätzlich gestärkt werden: BBl 2015 877 ff., 911; AB 2016 111.

⁵⁷ BBl 2015 877 ff., 901 f.

⁵⁸ Nach [§ 1751 BGB](#) beträgt die Dauer bspw. nur 2 Jahre.

⁵⁹ BSK [ZGB II-Breitschmid, Art. 264 ZGB N 18 f.](#); s.a. [BGE 126 III 412 E. 2a](#), wo das Bundesgericht bei einer Adoption auf eine allzu formalistische Betrachtungsweise verzichtete, indem es von der damals noch geltenden Pflegedauer von 2 Jahren im konkreten Fall abgewichen ist, weil das Ehepaar sich vor deren Ablauf zwar getrennt hatte, aber weiterhin regelmässigen Kontakt pflegte und die Sorge und Verantwortung für das Kind gemeinsam trug.

⁶⁰ Vgl. Bericht des Bundesrates zur Modernisierung des Familienrechts 2015; s. *Doing Family*, Hintergrundbericht und Empfehlungen zur Verbesserung der Familienpolitik «heute und morgen», Zürich 2019.

⁶¹ *Harry Willekens/Kirsten Scheiwe*, Introduction, in: *Motherhood and the Law*, Göttingen 2019, 7 ff., 8 m.w.H.

2. Sollen wir künftig am *Zwei-Eltern-Prinzip festhalten* oder dem heute (unbestreitbar) vorhandenen dritten (und evtl. auch vierten) biologischen bzw. genetischen oder sozialen Elternteil, der mit der Notwendigkeit einer Samenspende (oder einer vorgenommenen Eizellenspende und einem Leihmutterschaftsverhältnis im Ausland) zwangsläufig hinzutritt, auch eine rechtliche Elternstellung zuordnen? Möchten wir eine sog. *Mehrelternschaft*, i.S.v. mehr als zwei rechtlichen Elternteilen?⁶² Oder sollen einem «dritten» Elternteil, bspw. dem biologischen, nichtrechtlichen Vater oder der sozialen, nichtrechtlichen Mutter zwar keine rechtliche Elternstellung, aber doch *einzelne gesetzliche Rechte, wie ein Umgangsrecht, ein Auskunftsrecht und/oder Unterhaltspflichten explizit eingeräumt werden*?⁶³

Der *Vorschlag Schröder* (2015)⁶⁴ geht bspw. sehr konkret von der Notwendigkeit der Einführung einer *sekundären rechtlichen Vaterschaft des biologischen Vaters neben der (bisherigen) vollwertigen Vaterschaft aus* und möchte dabei an der geltenden primären und sekundären Zuordnung der vollwertigen Vaterschaft festhalten.

SJZ 117/2021 S. 75, 78

Der *Vorschlag Sanders* (2018) will die sog. «Mehrelternschaft» eher *konzeptionell* berücksichtigen, die als verschiedene Elternverbindungen (intentionale, gestationale, genetische und soziale Verbindungen) zum Kind bestehen: Je mehr dieser Verbindungen bestehen, umso eingeschränkter ist der Gesetzgeber in seiner Verfügungsmacht und umso grösser wird der Schutz der Eltern sein. *Anne Sanders* tritt zudem für eine Elternvereinbarung ein, die im Einverständnis der beteiligten Eltern eingeführt werden kann,⁶⁵ wobei die Autorin zwischen Elternvereinbarungen differenziert, die Rechte und Pflichten unter den zugeordneten Eltern regeln, und solchen, die eine privatautonome Begründung eines Elternstatus herbeiführen wollen; Letztere seien nicht möglich, sondern rechtswidrig, denn dafür sei die Adoption vorbehalten.

3. Damit in engem Zusammenhang steht also: Welches sind die *Abstammungsprinzipien*⁶⁶ und wie sollen sie heute gewichtet werden? Bleibt es dabei, dass wir Elternschaft *nach Status oder Biologie/Genetik oder Intention/Willenserklärungen* (bspw. *Anerkennung, Anfechtung, Feststellung/Adoption*) zuordnen? Interessant ist hierbei der Stellenwert des *Schutzes der sozialen Familie*, d.h. der Übernahme und dem Tragen tatsächlicher Elternverantwortung, denn dieses Prinzip hat es noch nicht überall klar und deutlich in den «Rang» eines Abstammungsprinzips geschafft.⁶⁷

Mit der Frage der *Hierarchie* zwischen den Abstammungsprinzipien geht diejenige zur Bedeutung der Intention/des Willens zur Elternschaft (speziell für die Adoption) und zum Schutz der sozialen Familie einher: *Warum sollen die an der Geburt eines Kindes beteiligten Eltern* (rechtlich, biologisch, sozial oder intentional) keine einvernehmliche Vereinbarung bezüglich der elterlichen Verantwortungsübernahme und der rechtlichen Elternschaft treffen dürfen, wenn sie danach von einer Behörde/einem Gericht genehmigt wird? Denn wer sonst als diejenigen Personen, die tatsächlich bereit sind, ein Kind voraussetzungslos anzunehmen, anzuerkennen und unbefristet die Elternverantwortung (Personen- und Vermögenssorge) zu übernehmen, ist geeignet, Entscheide von lebenslanger Tragweite zu treffen?

⁶² Weder die Terminologie noch die Bedeutung ist in dieser Hinsicht einheitlich: auch gespaltene oder multiple Elternschaft: vgl. zum ganzen Gutachten *Tobias Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft. Herausforderungen durch neue Familienformen. Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016, Gutachten F.: *Helms* unterscheidet etwa zwischen Mehrelternschaft *im engeren und weiteren Sinne*; s.a. *Anne Röthel*, Wie viele Eltern verträgt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: Katharina Hilbig-Lugani/Peter M. Huber (Hrsg.), *Moderne Familienformen*, Berlin 2018, 129 ff., 140; *Anatol Dutta*, Bunte neue Welt, Gespaltene Elternschaft als Herausforderung für das Kindschaftsrecht, JZ 2016 845 ff.

⁶³ Rechtliche Elternschaft ist zwar Voraussetzung für das elterliche Sorgerecht, kinderrechtliche Folgen treten aber nicht in jedem Fall automatisch ein (s. [Art. 298 ff. ZGB](#)). Es ist zudem geregelt, dass Samenspender *nicht* zu Sorge- und Umgangsrechten sowie allfälligen Unterhaltsleistungen verpflichtet werden können. Umgekehrt können besondere kinderbezogene Rechte und Pflichten auch per Gesetz begründet werden, wobei die Rechte und Pflichten dann nicht *inter omnes* wirken, sondern *inter partes*. Ein Umgangsrecht zwischen dem leiblichen Vater und dem Kind nicht zu prüfen, verstiesse gegen [Art. 8 EMRK](#): EGMR 20578/07 vom 21.12.2010, *Anayo v. Deutschland*; EGMR 17080/07 vom 15.9.2011, *Schneider v. Deutschland*.

⁶⁴ *Schröder* (Fn. 23) 249 ff.; so geht auch der *Vorschlag Ina Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, Tübingen 2016, 84 ff., von zwei Vätern, einer Mutter und einem Kind aus; vgl. zum Ganzen *Helms* (Fn. 62) Gutachten F.

⁶⁵ *Sanders* (Fn. 50) 380, 389 ff.

⁶⁶ *Ann-Cathrin Brock*, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, Frankfurt a. M. 2020, 24 ff.; *Schröder* (Fn. 23) 79 ff.

⁶⁷ Dabei regelt etwa [§ 1684a BGB](#) das Umgangsrecht des leiblichen, nichtrechtlichen Vaters explizit, und der Vaterschaftsanfechtungsklage stehen *die sozial-familiären Beziehungen entgegen*.

4. Schliesslich ist auch grundsätzlich zwischen *Zuordnung von Elternschaft und damit zusammenhängenden statusrechtlichen Klagerechten des Familienrechts und Persönlichkeitsrechten* zu differenzieren: Dem Kind steht aufgrund seiner Persönlichkeit ein unbestrittener Anspruch auf Kenntnis seiner Herkunft und genetischen Abstammung zu (nachfolgend unter Ziff. 3.a.). Parallel dazu *steht im Grundsatz gleichermassen de lege ferenda* auch das Persönlichkeitsrecht des mutmasslichen genetischen Vaters oder der mutmasslichen genetischen Mutter auf Kenntnis ihrer biologischen Nachkommenschaft als Teil der eigenen Identität ([Art. 28 ZGB](#)), was aber weder explizit geregelt ist, noch durch Rechtsprechung geklärt ist.⁶⁸ – Dass aber jedem Elternteil künftig – unabhängig von der rechtlichen Zuordnung von Elternschaft – auch ein Recht auf Kenntnis seiner Nachkommenschaft zugesprochen wird, erscheint sich zunehmend zu festigen.⁶⁹ Einzig im Fall des Samenspenders oder ggf. *de lege ferenda* der Eizellenspenderin, die bewusst und schriftlich auf ihre Kenntnis der genetischen Abstammung verzichtet haben, könnte dies nicht gelten. Was die Anfechtung der Elternschaft anbelangt, ist das Gesetz insoweit klar: Dem genetischen Vater steht kein Klagerecht zu; für die genetische Mutter bräuchte es *de lege ferenda* auch eine entsprechende Regelung.

In einem Kollisionsfall sind freilich die Grundrechte von Kind und Elternteil gegeneinander abzuwägen, wobei bspw. das Recht des Samenspenders auf Kenntnis seiner biologischen Nachkommenschaft etwa dem *Recht des Kindes, über die genetische Abstammung in Unkenntnis zu bleiben*, vorgehen kann.⁷⁰

2. Beispiele von faktischen Mehrelternschaften in der Praxis bei gleichgeschlechtlichen Elternpaaren

Von der Praxis her kommen in (künftigen) Ehen gleichgeschlechtlicher Paare etwa folgende faktischen Mehrelternschaften vor:

1. Die *Co-Mutterschaft mit einem offiziellen oder privaten Samenspender (Beispiel 1)*: *De lege lata* wird eine Co-

SJZ 117/2021 S. 75, 79

Mutter, selbst wenn sie die genetische sein sollte,⁷¹ bis zum erfolgreichen Abschluss des Stiefkindadoptionsverfahrens rechtlich nicht als Elternteil anerkannt. Hinzu kommt, dass sich auch Co-Mütter vor Abschluss des Adoptionsverfahrens trennen können, womit rechtlich unsichere Situationen entstünden. Wie bereits ausgeführt soll die nichtgebärende Co-Mutter aufgrund der künftigen Ehe vermutungsgemäss (wie der Ehemann *de lege lata*) gesetzlicher Elternteil sein ([Art. 252 E-ZGB](#)). Dennoch bleibt die Frage, wie mit dem biologischen Vater rechtlich umzugehen ist: Soll er die gesetzliche Möglichkeit haben, innert Frist diese Vermutung umzustossen? Und was soll gelten, wenn ein offizieller oder privater Samenspender vorab erklärt hat, auf die rechtliche Elternschaft zu verzichten? Welches übergeordnete private oder öffentliche Interesse spräche dagegen, wenn eine Elternschaft der Co-Mütter und des biologischen Vaters zu dritt gelebt und einvernehmlich verbindlich geregelt würde?

2. Es kommen heute in der Praxis aber auch vier *Elternpaare* vor, die gemeinsam ein Kind haben: zwei Frauen- und zwei Männerpaare, wobei die eine der beiden Frauen die Geburtsmutter und rechtliche Mutter ist und einer der beiden Männer der biologische Vater ist, der das Kind auch rechtlich anerkannt hat (Beispiel 2). *De lege lata* sind Co-Mutter und Co-Vater, auch wenn sie über Jahre hinweg Elternverantwortung für das gemeinsame Wunschkind übernommen haben, rechtlich nicht geschützt. Angenommen, diese beiden Paare sind künftig verheiratet und es gälte künftig die gleichberechtigte Vermutung in der Ehe, so wäre neben der Geburtsmutter die Co-Mutter der zweite rechtlich anerkannte Elternteil ([Art. 252 E-ZGB](#)). Dem biologischen Vater und seinem Partner müsste fairerweise allerdings die Möglichkeit eingeräumt werden, die Vermutung innert Frist umstossen zu können.

⁶⁸ Nach Bundesgericht könnte aber wohl zwischen Intensitäten des Rechts von Kind und Vater unterschieden werden; im Resultat wird der Gesetzgeber aufgefordert, tätig zu werden ([BGE 144 III 1 E. 4.4.4](#)).

⁶⁹ *Philipp Meier/Martin Stettler*, *Droit de la Filiation*, 6. A., Zürich 2019, N 486 ff., 488; *Michelle Cottier/Cécile Crevoisier*, in: Andrea Büchler/Bernhard Rütsche (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG)*. Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, Bern 2020, Art. 27 FMedG N 42 ff.; [BGE 144 III 1 E. 4.4.3](#).

⁷⁰ Hierzu gibt es noch keine Judikatur in der Schweiz; vgl. BGH XII ZR 144/06 vom 16.4.2008, in: *FamRZ* 2008 1424 ff., 1424 f.

⁷¹ Der Geburt/Schwangerschaft kommt gegenüber der genetischen Beziehung Vorrang zu: *Ingeborg Schwenger/Michelle Cottier*, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I*, [Art. 1–456 ZGB](#), 6. A., Basel 2018, [Art. 252 ZGB](#) N 9; *Olivier Guillod*, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (Hrsg.), *Commentaire romand, Code civil I*, Art. 1–359 CC, Basel 2010, Art. 252 CC N 6, N 10.

3. Einem *Kind mit Doppelvätern* kann manchmal ein ausländisches Leihmutterchaftsverhältnis zugrunde liegen, wobei klar festzuhalten ist, dass es sich bei den intentionalen Eltern in den allermeisten Fällen um heterosexuelle (Ehe-)Paare handelt, die ihren Kinderwunsch nicht auf anderem Wege erfüllen können⁷² (Beispiel 3). Theoretisch kann dieses Kind zwar sechs Elternteile haben, die einvernehmlich gehandelt haben: seine intentionalen sozialen Eltern, die gebärende Leihmutter mit Partner oder Partnerin, einen zusätzlichen Samenspender und eine Eizellenspenderin.⁷³ Die elterliche Verantwortung wird aber in den meisten Fällen vereinbarungsgemäss nur durch die beiden intentionalen Eltern wahrgenommen,⁷⁴ denn die Leihmutter und deren Partner_in sowie die Eizellenspenderin (sofern bekannt) wollen in der Regel keine Elternrollen übernehmen.

Aus ethischen und rechtlichen Gründen wäre es nach hier vertretener Meinung wünschenswert, wenn der Leihmutter als schwangerer und gebärender Frau stets die Option offenstünde, während einer gewissen Zeit nach der Geburt, *die rechtliche Mutterrolle zu übernehmen oder besondere Rechte zu haben* (Elternrechte, -pflichten oder andere wie die Aufnahme in die Krankenversicherung der intentionalen Eltern⁷⁵) – ein Risiko, das für alle intentionalen Elternpaare erhalten bliebe. Hinzu kommt, dass eine leibliche Mutter, die nicht rechtliche Mutter sein will, durchaus auch Teil der Familie sein möchte. Demnach ist ihr ein Umgangsrecht zu erteilen. Ausserdem wäre zu überlegen, wie gesetzlich abgesichert werden kann, dass das Kind immer die Möglichkeit hat, seine vollständige Herkunft nachzuvollziehen, etwa mithilfe von registrierten Daten der Eizellenspenderin, der Leihmutter und von deren Partner_in.

B. Leitziele für eine Reform der Zuordnung von rechtlicher Elternschaft

Rechtspolitisch lassen sich unterschiedliche zeitliche Reformschritte vertreten, wichtig erscheint aber, die Kohärenz der Wirkungen der «Ehe für alle» gesamthaft (über alle eventuellen politischen Etappen hinweg) zu bedenken.

Für die Beantwortung dieser weiterführenden Fragen mag es hilfreich sein, sich auf einer *Metaebene zunächst über die Leitziele der künftigen Revision* zu einigen. Unbestritten dürfte sein, dass die verbesserte rechtliche Gleichstellung von Paaren Motor der Revision war und ist (vgl. bereits unter III. A). Verknüpft damit ist das Be-

SJZ 117/2021 S. 75, 80

dürfnis nach Stärkung der individuellen Selbstbestimmung in der privaten pluraleren Lebensführung, wozu auch die Umsetzung des Kinderwunsches und einvernehmliche Lösungen zur Regelung der Zuordnung und Verantwortung von Elternschaft gezählt werden können. Ein allgemeiner Konsens besteht zudem darin, dass in jedem Fall *die Kinderrechte bzw. -interessen gewahrt* sein sollen, was am besten dadurch erreicht werden kann, dass möglichst *rechtssichere Zuordnungen der Elternschaft* geschaffen werden, was nicht gleichbedeutend sein muss mit möglichst einfachen und unbürokratischen Lösungen.

Denkbar wären etwa folgende vier Leitziele für ein zeitgemässes Ehe- und Familienrecht im 21. Jahrhundert:

1. Diskriminierungsfreiheit

Alle erwachsenen Paare unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung und ihrer Geschlechtsidentität sollen die Zivilehe eingehen können und diesen Status erwerben, sofern sie das wollen.⁷⁶

Gerade auch deshalb sollte in der laufenden Revision vermieden werden, eine neue Ungleichbehandlung zwischen verheirateten Paaren zu schaffen, die auf der sexuellen Orientierung beruht (etwa bzgl. der neuen Co-Mutterschaft mit der geltenden Vaterschaft, s. [Art. 252 ff. ZGB](#)). Mit anderen Worten sollten folgende Co-

⁷² Iten/Hochl (Fn. 23).

⁷³ Vgl. eine Übersicht aus dem Jahre 2016: <<https://docplayer.org/25637636-Wer-darf-eltern-sein-rechtslage-in-der-schweiz-und-im-angrenzenden-ausland.html>> (zuletzt besucht am 28.12.2020); dabei können intentionale und soziale Elternschaft noch einmal auseinanderfallen; Sanders (Fn. 50) 286 ff.

⁷⁴ Während gemeinhin davon ausgegangen wird, dass von den geschätzten 140 Kindern, die in der Schweiz aus ausländischen Leihmutterchaftsverhältnissen stammen *jährlich anerkannt werden*.

⁷⁵ Hotz (Fn. 38) 402, zur Sorgepflicht der intentionalen Eltern.

⁷⁶ Andrea Büchler/Antonella Schmucki, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, [FamPra.ch 2020 1 ff.](#), 6; vgl. zur Veranschaulichung der Problematik BGH XII ZB 459/16 vom 29.11.2017 EntGr. II.2.bb, in: NJW 2018 471; umgekehrt s. KG Berlin 1 W 432/18 vom 15.8.2019; Anton K. Schnyder/Gian Andri Capaul, Elternschaft von Transmenschen, in: Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans-Rainer Künzle (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, 201 ff., 207 ff., 216.

Mutterschaft und Vaterschaft hinsichtlich Vermutung, Anerkennung und Feststellung durch Urteil des Kind-Eltern-Verhältnisses gleichbehandelt werden. Daraus folgt, dass nur die Revisionsbestimmungen zur Öffnung der Ehe nach Variantenlösung entsprechend dem Gleichheitsgebot infrage kommen. Wird künftig also die verheiratete Co-Mutter nicht als Zweitmutter vermutet, so bräuchte es für diese Ungleichbehandlung eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse und die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

Dem möglichen Einwand, dass künftige Co-Väter damit punkto Vermutung, Anerkennung Feststellung der Elternschaft noch nicht gleichbehandelt werden, kann wie folgt begegnet werden:⁷⁷ Da die Leihmutterschaft für alle, sowohl für Frauen- als auch für Männerpaare, auf Verfassungs- und Bundesgesetzebene in der Schweiz verboten ist, besteht insoweit keine Ungleichbehandlung. Allerdings bleiben Männerpaare im Vergleich zu einem Frauenpaar so lange indirekt diskriminiert, bis es einen technischen Gebärmutterersatz gibt; doch dies erscheint sachlich gerechtfertigt, denn der Einbezug einer Drittperson, welche diese Dienstleistung erbringt, müsste erst sorgfältig geregelt werden. Zudem sind Männerpaare durch eine künftig zulässige gemeinsame Adoption sowie durch die Stiefkindadoption im Resultat nicht gänzlich von der gemeinsamen Elternschaft (Doppelvaterschaft) ausgeschlossen, womit die Ungleichbehandlung sachlich (noch) gerechtfertigt erscheinen mag. Es ist nach der hier vertretenen Ansicht indes klar, dass *zur künftigen Diskriminierungsfreiheit von Kindern, die mittels medizinisch unterstützten Fortpflanzungsverfahren geboren wurden, im Vergleich zu solchen, die koital gezeugt und geboren wurden, weitere rechtliche Schritte nötig sind.*

Ferner müssen grundsätzlich alle Eltern, jenseits von ihrer geschlechtlichen Identität, die bereit sind, Elternverantwortung zu übernehmen, auch *bezüglich ihrer Anfechtungs- und Anerkennungsrechte im gesetzlichen Rahmen gleichbehandelt werden.* Die rechtliche Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern ist etwa der historische Grund dafür, dass die biologische Verwandtschaft des ausserehelichen Vaters unerwünscht und vom Recht nicht anerkannt war. Damals wurde das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters zwar bereits diskutiert, aber nicht aufgenommen, da der Gesetzgeber davon ausging, dass er dem Kinde erheblich ferner stehe als etwa die Grosseltern und es an seinem Interesse, in die Verantwortung genommen zu werden, fehle.⁷⁸

2. Selbstbestimmung stärken

Überzeugend an diesem Leitziel ist insbesondere, dass das Selbstbestimmungsrecht allen zugutekommt. Es kommt ohne Vergleiche zwischen gleichgeschlechtlichen und ungleichgeschlechtlichen Paaren, Müttern und Vätern aus und steht damit ausser Verdacht, «binäre Normen» zu verfestigen oder «Angleichungen» an den Standard «Ehe» zu fördern. Zweitens folgt die Stärkung einer selbstbestimmten Lebensführung gemäss der ersten Leitlinie der bisherigen historischen

SJZ 117/2021 S. 75, 81

Entwicklung.⁷⁹ Das Selbstbestimmungsrecht über die Wahl und das Leben der eigenen Nahbeziehungen und die Reproduktion sind Teil der persönlichen Freiheit ([Art. 10 Abs. 2 BV](#), [Art. 27 f. ZGB](#)) und des Schutzes der Privatsphäre ([Art. 13 BV](#), [Art. 8 EMRK](#)). Damit geht einher, dass gleichgeschlechtliche Beziehungen heute offener gelebt werden können und sollen. Die erhöhte Lebenserwartung kombiniert mit neuen Techniken der medizinisch unterstützten Fortpflanzung und der zunehmenden Erwerbstätigkeit von Frauen hat zu einem neuen Selbstverständnis geführt, dass gleichgeschlechtliche Paare und Singles einen Kinderwunsch nicht nur haben, sondern auch leben dürfen sollen. Dieses individuelle Selbstbestimmungsrecht gilt es in einem künftigen Rechtsrahmen zu stärken.⁸⁰

Zur Förderung der Selbstbestimmung gehört nach der hier vertretenen Ansicht auch die Möglichkeit, in einem bestimmten gesetzlichen Rahmen, der das Kindesinteresse und die Rechtssicherheit wahrt, *einvernehmlich von einer gesetzlichen Ordnung im Abstammungsrecht abzuweichen*: bspw. durch ein einvernehmliches Abweichen von einer gesetzlichen Primärordnung wie der Geburtmutterregel. Bereits heute kann eine Geburtmutter (im Rahmen von Adoptionen) auf ihre Elternrechte verzichten. Warum dies nicht möglich sein soll, wenn eine *andere involvierte Person die Elternverantwortung übernehmen möchte*,

⁷⁷ Iten/Hochl (Fn. 23).

⁷⁸ Für die deutsche Entwicklung: Schröder (Fn. 23) 94 ff.

⁷⁹ 1874 trat das Recht auf freie Eheschliessung in Kraft; seit 1942 ist die Strafbarkeit von homosexuellen Handlungen unter Erwachsenen aufgehoben. Rechtssubjekte können über immer mehr private Bereiche ihres Lebens entscheiden: vgl. Hotz (Fn. 38) 79 ff.

⁸⁰ Im Gegensatz zum Recht auf Leben können die Rechte auf persönliche Freiheit und Privatsphäre eingeschränkt werden, wenn gewichtige öffentliche Interessen vorliegen.

ist rechtlich nicht schlüssig. Das Festhalten an der Mater-semper-certa-est-Regel dürfte hintergründig auch religiös motiviert sein.

3. Kindesinteressen sichern

a) Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung

Die rechtliche Zuordnung von Elternschaft muss indes auch garantieren, dass die Kinderinteressen gewahrt sind, wobei gleich einschränkend einzuwenden ist, dass die Berücksichtigung der Kinderinteressen *vor der Geburt* nach unserem Personenrecht keineswegs selbstverständlich ist ([Art. 31 ZGB](#)), sondern nach einem vorgeburtlichen Menschenwürdekonzept verlangt und im Kontext der Reproduktionsmedizin durchaus vertieft zu diskutieren ist.⁸¹

Nach der Geburt des Kindes gehört das Recht auf Kenntnis der eigenen biologischen bzw. genetischen Herkunft hingegen (unbestritten) zu seinen Grund- und Menschenrechten, welches bereits zu einem Grundprinzip des geltenden Abstammungsrechts avanciert ist: Ein Kind hat das verfassungs- und konventionsrechtlich geschützte Recht auf Kenntnis seiner Herkunft und damit auch auf Kenntnis seiner biologischen und genetischen Abstammung ([Art. 7 UN-KRK](#); [Art. 8 EMRK](#); [Art. 119 Abs. 2 lit. g BV](#)), und zwar auch gegenüber einem Samenspender nach [Art. 27 FMedG](#).⁸² Diese Kenntnis ist unbestrittenermassen von grosser Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes, womit die Interessen des Kindes in diesem Punkt regelmässig gegenüber jenen der Eltern überwiegen (bspw. dem einer Geheimhaltung des biologischen Vaters).⁸³ Dass die Umsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Herkunft von zentraler Bedeutung ist, hat etwa eine Studie mit Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern aus den Niederlanden gezeigt, wo die rechtliche Gleichstellung sehr umfassend geregelt ist. Der offene Umgang mit dem Familienhintergrund hat zu einer Reduktion der (gesamtgemeinschaftlichen) Homophobie und von emotionalen sowie verhaltensbezogenen Problemen geführt.⁸⁴

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung gilt auch gegenüber einem Samenspender, der anonym bleiben will ([Art. 27 FMedG](#)).⁸⁵ Gerade in abstammungsrechtlichen Belangen wäre es deshalb besonders wichtig, explizit festzulegen, wie die Partizipation des Kindes gesichert werden kann. Sobald Kinder urteilsfähig sind, entscheiden sie selbst ([Art. 19c ZGB](#)), ob sie erfahren wollen, wer ihre leiblichen Eltern, namentlich auch ihr Samenspender (oder die Eizellspen-

SJZ 117/2021 S. 75, 82

derin,) sind. Anders gewendet ist nicht einzusehen, warum bis zum 18. Lebensjahr zuzuwarten ist.⁸⁶

b) Elternschaft verpflichtet jenseits von Zivilstand, Geschlecht oder sexueller Orientierung

Für ein Kontakt- und Besuchsrecht (oder Unterhaltsrecht) des Kindes zu den sozialen oder biologischen Eltern fehlt im materiellen Kindesrecht aktuell eine explizite Rechtsgrundlage.⁸⁷

Allerdings sieht [Art. 274a ZGB](#) das Besuchsrecht von Drittpersonen ohne rechtliches Kindsverhältnis vor, unter Voraussetzung des Kindesinteresses und «affektiver Verbundenheit». Darunter können auch soziale oder biologische nichtrechtliche Eltern fallen, wenn es auch ursprünglich oftmals um Besuchsrechte von

⁸¹ Gutachten *Kurt Seelmann*, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin für alle?, im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit. April 2018; allg. *Andrea Büchler*, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung, Basel 2017, 27 ff.

⁸² [BGE 134 III 241 E. 5.2 ff.](#); EGMR 33783/09 vom 25.9.2012, *Godelli v. Italien*, Rz. 52 f.; EGMR 58757/00 vom 13.6.2006, *Jäggi v. Schweiz*, Rz. 39 ff.; mit Blick auf das Recht auf Identität gemäss [Art. 8 KRK](#) kann dies sowohl die biologische als auch die genetische Abstammung erfassen.

⁸³ [BGE 142 III 145 E. 3.2](#); [134 III 241 E. 5.2 ff.](#)

⁸⁴ *Henny Bos/Nanette Gartrell/Frank van Balen/Heidi Peyser/Theo G.M. Sandfort*, Children in Planned Lesbian Families: A Cross-Cultural Comparison Between the United States and the Netherlands, *American Journal of Orthopsychiatry* 2008 211 ff.; entsprechende Hinweise aus Spanien bei *Caprez/Recher* (Fn. 26) 226.

⁸⁵ *Cottier/Crevoisier* (Fn. 69) [Art. 27 FMedG](#) N 42 ff. m.w.H.

⁸⁶ NEK/CNE, Samenspender, Stellungnahme Nr. 32/2019 vom 12.12.2019, 17, 22, 29; das deutsche Recht sieht nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017 (BGBl. 2017 I, 2513 ff.), das am 1.7.2018 in Kraft getreten ist, erstens eine Spenderdatei (§ 1 Abs. 1) vor und zweitens, dass ein Kind ab dem 16. Lebensjahr Auskunft über seinen Samenspender erhält (§ 10 Abs. 1). Vgl. auch *Sanders* (Fn. 50) 219.

⁸⁷ Das deutsche Recht kennt bspw. seit dem Jahre 2013 das Umgangs- und Auskunftsrecht des nichtrechtlichen, leiblichen Vaters ([§ 1684 BGB](#)).

Grosseltern ging.⁸⁸ Ausserdem (oder «Des Weiteren») besteht bspw. ein erstes zweitinstanzliches Urteil zu einer Unterhaltspflicht der Co-Mutter eines getrennt lebenden lesbischen Paares nach der Trennung für ihre nicht biologischen und nichtrechtlichen Kinder;⁸⁹ begründet wird die Unterhaltspflicht der Co-Mutter mit der Beistandspflicht nach [Art. 13 und Art. 27 Abs. 1 PartG](#). Das Frauenpaar hatte aufgrund eines gemeinsamen Kinderwunsches und Entscheides für Kinder die beiden Kinder über 12 Jahre lang gemeinsam aufgezogen. Der Co-Mutter kam dabei die hauptsächliche Ernährerinnenrolle zu (100%- Arbeitspensum), während die leibliche Mutter ihre Berufsarbeit zugunsten der Familie auf 50 Stellenprozente reduzierte. Zu einer Adoption war es nicht gekommen, weil sich das Paar vor dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts (1. Januar 2018) getrennt hatte.

4. Rechtssicherheit

Eng verknüpft mit allen drei bereits erwähnten Leitlinien ist das vierte Leitziel, die *Rechtssicherheit*: Alle haben das Recht auf rechtliche Absicherung ihrer Beziehungs- und Familienformen (Stichwort: «Familie für alle») und das Wissen um die eigene Abstammung: In einem liberalen Rechtsstaat soll niemand geheim halten müssen, wer mit wem welche Nahbeziehungen lebt und Kinder bekommt. Insbesondere sollte kein Kind im Unklaren gelassen werden, wer seine biologischen/genetischen Eltern sind. Das Abstammungsrecht, das ursprünglich einmal als sog. Abstammungswahrheit verstanden wurde, bezweckt diese rechtliche Sicherheit, indem Verwandtschaft rechtlich zugeordnet wird. Ein Statussystem mit seiner erhöhten inter-omnes-Wirkung entsprach diesem Zweck. Heute ist aber dank DNA-Tests gerade die biologische Verwandtschaft sehr einfach nachweisbar, was aktuell dazu verleiten mag, die biologische/genetische Abstammung zu betonen. Die Anknüpfung der Verwandtschaft an die Genetik drängt aber nur vordergründig das Statussystem in den Hintergrund, wenn etwa an die gebärende Co-Mutter gedacht wird, die nicht die genetische Mutter ist, aber in jedem Fall nach [Art. 252 ZGB](#) rechtlich wird.

Dennoch ist der abstammungsrechtliche Status zunehmend von den elterlichen Rechten und Pflichten abgelöst worden, sodass das Statussystem nach der hier vertretenen Ansicht auch mit gutem Grund hinterfragt werden kann.⁹⁰

Die rechtliche Mutter- oder Vaterschaft ist zwar Voraussetzung für die elterliche Sorge, kinderrechtliche Folgen treten aber nicht telquel ein, sondern nur, wenn die rechtlichen Eltern auch dazu bereit sind, die gemeinsame elterliche Sorge zu übernehmen: Eine entsprechende Erklärung ist insbesondere bei unverheirateten Paaren nötig, während bei verheirateten Paaren gegenteilig ein Begehren auf alleinige Zuteilung der elterlichen Sorge möglich ist.

C. Zuordnung von rechtlicher Elternschaft: nach den Leitlinien, gesetzlich und einvernehmlich

1. Fester gesetzlicher Regelungsrahmen

Wird versucht, den vier Leitlinien zu folgen, und wird der gesetzliche Regelungsrahmen skizziert, so stünde die Diskriminierungsfreiheit des Abstammungsrechts an erster Stelle und würde heissen, dass *alle Kinder* und auch *alle beteiligten Elternteile* möglichst die gleichen Folgerechte und -pflichten sowie Optionen haben. Die Leitlinie der Selbstbestimmung bedeutete, dass die Beteiligten sich unter Umständen auch über ihre Eltern-

SJZ 117/2021 S. 75, 83

verantwortung gemeinsam einigen können. Die Rechtssicherheit verlangt ferner nach einer verbindlichen Zuordnung der Verwandtschaft, und die Kindesinteressen nach einer, die möglichst sicherstellt, dass das Kind so lange als möglich umsorgt, gepflegt, erzogen, ausgebildet sowie finanziell unterhalten wird.

Die resultierende gesetzliche Zuordnung der Verwandtschaft sollte sich dabei transparent danach richten, ob die gesetzliche Abstammung an die *Biologie oder Genetik* oder an den *Zivilstatus* anknüpft und wann ggf. *der Wille zur Verantwortung* (bspw. Anerkennung, Elternschaftsanechtung oder -feststellung oder Adoption) massgeblich sein soll oder wann auf die *tatsächlich gelebte soziale Elternschaft* abzustellen ist (vgl. Regelungen zum Pflegejahr im Adoptionsrecht, zur Befristung der Anfechtungsklagen) sowie Elternschaft kraft Urteil gewichtiger und/oder praxisrelevanter sein soll als die sog. Abstammungswahrheit (also bspw. Geburtsmutterregel und DNA-Tests) oder der Ehestatus.

⁸⁸ BGer [5A 355/2009](#) vom 3.7.2009 E. 2.1; *Gisela Kilde*, Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte. Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze, Zürich 2015, 227.

⁸⁹ OGer BE [ZK 19 477](#) vom 26.2.2020.

⁹⁰ So auch: *Schröder* (Fn. 23) 86.

Die *Anerkennung* i.S.v. [Art. 260 ZGB](#) stellt dabei das Instrument der Willenserklärung der anerkennenden Person dar, die die Herstellung einer Eltern-Kind-Beziehung mit dem betroffenen Kind im rechtlichen Sinne bezweckt, das bis anhin nur über ein Verwandtschaftsverhältnis mit der Geburtsmutter verfügt. Sie kann auf dem Zivilstandsamt und sogar noch durch letztwillige Verfügung erklärt werden. Letzteres bedeutet im Klartext, dass in diesem Kontext eine Willenserklärung zur Begründung der rechtlichen Verwandtschaft ausreicht (freilich in qualifizierter Form und im Streitfall nur unter Erbringung eines DNA-Tests).

Anfechtungsrechte im Abstammungsrecht dienen dazu, das Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Vaterschaft aufzuheben ([Art. 256 ff. ZGB](#)). Nach dem Grundsatz von [Art. 252 ZGB](#) entsteht das Kindsverhältnis zwischen Mutter und Kind mit der Geburt, was *de lege lata* nicht angefochten werden kann. Eine Geburtsmutter kann aber bereits heute auf ihre Elternschaft verzichten und ein Kind zur Adoption freigeben. Damit aber eine andere Frau eine Mutterschaftswirkung erzielen kann, wäre ein Stiefadoptionsverfahren erforderlich.⁹¹

Aus *Gleichbehandlungsgründen* sind nach hier vertretener Meinung auch Anfechtungsrechte gegen die (biologische?) Mutterschaft notwendig. Diese gesetzlichen Schranken für eine Anfechtung könnten zeitlich erweitert und von der Zustimmung des Kindes abhängig gemacht werden. Wenn schon ein Schutz des Familienlebens bezweckt wird, so muss dieser in erster Linie der Wahrung der Kinderrechte und des Kindeswohls dienen.

Damit die Kinderrechte genügend gewahrt und insoweit eine Rechtssicherheit hergestellt werden kann, sollten in Zukunft Samen- sowie Eizellenspendenregister eingeführt und derartige Spenden auch entsprechend kontrolliert in der Schweiz zugelassen werden. Dabei sollte es möglich sein – bei Vorweisen einer Bestätigung der Mutter und gegen Vorweisen eines DNA-Tests –, auch eine private Samenspende eintragen zu lassen.

Erst die künftige Öffnung der Samenspende in der Schweiz kann also für Frauenpaare zur gewünschten Rechtssicherheit führen, denn gegen eine anonyme Samenspende aus dem Ausland lässt sich später auch in der Schweiz nicht mehr viel (zugunsten des Kindes) ausrichten. Diese rechtlichen Optionen sollten künftig ausgeweitet werden, weil heute mehrfache Mutter- und Vaterschaften bestehen und es eine höchstpersönliche Entscheidung ist, wer die Elternverantwortung *de facto und de iure* übernimmt. Durch eine solche Flexibilisierung lassen sich möglicherweise auch zeit- und kostenintensive Anfechtungsverfahren vermeiden. Wenn die «Ehe für alle» also der Auftakt dazu ist, sich endgültig von der Heteronormativität der Mutter- und Vaterschaft zu verabschieden, ist auch nach der künftigen Zuordnung unseres Abstammungsrechts zu fragen, da es auf der Ein-Personen-Mutterschaft und Ein-Personen-Vaterschaft sowie einem Statussystem mit inter-omnes-Wirkung beruht ([Art. 252 ff. ZGB](#)). In der Realität handelt es sich aber um Doppelmutter- und -vaterschaften, die in der Schweiz bereits heute schon *de iure* zugelassen sind, sodass Einwände dagegen wenig überzeugend wären, und wenn, dann allenfalls bzgl. der Frage nach der gesetzlichen Primärzuordnung der Verwandtschaft.

2. Einvernehmliche dispositive Vereinbarungen zwischen Eltern in einem festen Regelungsrahmen

Neben einer gesetzlichen Zuordnung der Elternschaft, dem Abstammungsrecht, ist im Sinne des Leitziels, die Selbstbestimmung zu stärken, auch die vorgeburtliche einvernehmliche privatautonome Gestaltung der persönlichen und ökonomischen Lebensverhältnisse (Personen- und Vermögenssorge) und familiären Beziehung innerhalb eines bestimmten Rahmens zuzulassen: Die

SJZ 117/2021 S. 75, 84

intentionalen/willensbasierten Kind-Eltern-Verbindungen, die freilich *de lege ferenda* gerichtlich zu genehmigen wären. Diese Vereinbarung kann aber keine Bluts- oder Statusverwandtschaft herstellen.

In der Konstellation von zwei Müttern und einem biologischen Vater könnte eine verbindliche Vereinbarung getroffen werden. Gemäss Beispiel 1 (Ziff. IV. A. 1) könnten etwa die beiden Mütter mit dem biologischen Vater eine verbindliche Vereinbarung zum Umgangsrecht nach [Art. 276a ZGB](#)⁹² und zur Vereinbarung von Unterhaltspflichten⁹³ oder umgekehrt zum Erlass einer solchen treffen.

⁹¹ D.h. auch in der Schweiz kann ein Verzicht auf Elternschaft i.S.v. [Art. 265a Abs. 3 ZGB](#) rechtsgültig sein, sofern die betroffene Person urteilsfähig ist; vgl. VGer SO [VWBES.2019.213](#) vom 18.12.2019 E. 5.5.

⁹² Diesbezüglich unzuständig erklärt sich leider die zweite Instanz: OGer BE [ZK 19 477](#) vom 26.2.2020 E. III.19 f.; anders noch die Vorinstanz.

⁹³ OGer BE [ZK 19 477](#) vom 26.2.2020 E. IV.21 ff.

Weitere Beispiele, die in diese Richtung zielen, beinhalten die *Zustimmung des Partners zur heterologen Samenspende, aus der die Verpflichtung zur Übernahme der Vaterrolle und der Unterhaltspflicht abgeleitet wird*.⁹⁴

Auch ein Leihmutterschaftsvertrag (Beispiel 3 in Ziff. IV. A. 2), den ein intentionales Elternpaar im Ausland *gültig abgeschlossen hat* und welcher dem Zivilstandsamt eingereicht worden ist, könnte allenfalls als eine solche Vereinbarung ausgelegt werden.⁹⁵ Nach einer jüngeren Entscheidung des Zürcher Verwaltungsgerichts, der allerdings momentan beim Bundesgericht angefochten wird, kann er als sog. «*pränatale Anerkennung nach Art. 260 Abs. 3 ZGB*» des Kindes seitens des genetischen Vaters angesehen werden; allerdings verweigert das Verwaltungsgericht diese Wirkung des Leihmutterschaftsvertrags der Mutterschaft.⁹⁶

Eine Bedingung oder Befristung des Vertrages müsste unzulässig sein ([Art. 27 ZGB](#)). Zudem bedürfte ein entsprechender *Elternverantwortungsübernahmevertrag einer Genehmigung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie des Eintrags im Personenstandsregister*.⁹⁷

D. Spektren der Mehrelternschaft

Es muss sich von selbst verstehen, dass die hier skizzierten Wege zum weiteren Vorgehen – erstens den Blick zu öffnen und Grundsätzliches zu fragen und dann v.a. Leitlinien zu bestimmen sowie zweitens den Fokus auf eine dispositive und gesetzliche Ordnung der Abstammung zu legen – noch keine abschliessenden Vorschläge darstellen. Es sind im Resultat aber grundsätzlich verschiedene *Spektren der Mehrelternschaft* denkbar und zu diskutieren: von einem blossen gegenseitigen Anerkennen einer sozialen Elternstellung über das gesetzliche Zusprechen von einzelnen Elternrechten bis zur vollwertigen rechtlichen mehrfachen Elternposition. Entsprechend gibt es denn auch immer mehr Meinungen in der europäischen Familienrechtswissenschaft, welche in Zusammenhang mit der gleichgeschlechtlichen Elternschaft verschiedene Formen von Mehrelternschaft diskutieren, und es gibt Rechtsordnungen, die dies auch tun: Etwa in *Belgien* oder in den *Niederlanden* wurden Mehrelternschaften diskutiert. Dass gleichgeschlechtliche Ehen und Elternschaften per Adoption möglich sind, kennen die Niederlande seit 16 Jahren. In *Schweden* kann der nichtsoziale, biologische Vater und Single-Mann als rechtlicher Vater (parentage) mit elterlichem Sorgerecht anerkannt werden.

Schliesslich gibt es in diesem Zusammenhang weitere dringende Reformschritte, die zu bedenken sind:

1. Schon seit Langem wird vertreten, dass keine rechtlich genügenden Gründe für die Ungleichbehandlung zwischen Eizellen- und Samenspende bestehen.⁹⁸
2. Es sind über fünf Jahre vergangen seit den beiden Leitentscheiden zur Anerkennung von Kindern aus ausländischen Leihmutterschaftsverhältnissen und die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass diese Fälle in der Schweiz laufend zunehmen. Dementsprechend wäre eine kindergerechte Regelung begrüssenswert.
3. Generell sagt sich viel zu einfach, dass Personen mit Kinderwunsch sich gescheitert und besser auf den Weg der Adoption begeben, denn dieser ist (auch) sehr steinig und *oft zum Scheitern verurteilt*. Das liegt einerseits daran, dass es nicht genügend Kinder für Adoptionen gibt und andererseits die Hürden in der Schweiz dafür heute sehr hoch sind.

⁹⁴ BGH XII ZR 99/14 vom 23.9.2015 EntGr. I; vgl. dazu schon anderenorts *Hotz* (Fn. 38) 71, 480.

⁹⁵ Obschon der Leihmutterschaftsvertrag *de lege lata* rechtswidrig und ungültig ist: *Hotz* (Fn. 38) 336 f.

⁹⁶ Vgl. VGer ZH [VB.2019.00829](#) vom 14.5.2020 E. 4.5.2 (der Entscheid ist aktuell noch vor Bundesgericht hängig).

⁹⁷ Vgl. zum «Adoptionsvertrag» nach [§ 1741 BGB](#) a.F. 1900, *Sanders* (Fn. 50) 57.

⁹⁸ Gutachten *Büchler* (Fn. 81) zur Eizellenspende 2013.