Urteilskopf

148 III 384

46. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Bundesamt für Justiz BJ gegen A.A. und Mitb. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_32/2021 vom 1. Juli 2022

Regeste

Art. 32, 68, 70, 72, 73 IPRG; Art. 252 ZGB; Art. 8 EMRK; Eintragung einer georgischen Geburtsurkunde in das Personenstandsregister im Fall von Leihmutterschaft.
Eine georgische Geburtsurkunde stellt keine ausländische Entscheidung im Sinne von Art. 70 IPRG dar (E. 4). Führen die in der Schweiz domizilierten Wunscheltern in Georgien eine Leihmutterschaft durch und ist schweizerisches Abstammungsrecht anwendbar, so entsteht das Kindesverhältnis zur Leihmutter von Gesetzes wegen mit der Geburt des Kindes (E. 5). Der Wunschvater, der im konkreten Fall Samenspender ist, kann das Kindesverhältnis durch Anerkennung herstellen und die Wunschmutter hat die Möglichkeit der Stiefkindadoption. Vereinbarkeit mit der EMRK (E. 6-8).

Sachverhalt ab Seite 385

BGE 148 III 384 S. 385

A.

A.a B.A. (geb. v) ist Schweizer Bürgerin (von T./AG) und georgische Staatsangehörige. Ihr Ehemann A.F. (geb. y) ist Schweizer Bürger (von T./AG). Er trägt seit dem 7. Juli 2020 durch Namensänderung den Familiennamen der Ehefrau. Beide haben Wohnsitz in U./AG.

A.b Am 1. Oktober 2018 vereinbarte das Ehepaar mit einem Reproduktionszentrum in Tiflis/Georgien bestimmte medizinische Leistungen ("Agreement on Medical Services to Surrogacy and Egg donation"). Am 4. November 2018 schloss das Ehepaar in Georgien einen Leihmutterschaftsvertrag ("Vertrag über Eizellenspende und Leihmutterschaft") mit der nicht verheirateten D.D. als Leihmutter und mit E.E. als Eizellenspenderin. Am ww.ww.2019 gebar D.D. in Tiflis das Mädchen C. Genetischer Vater ist A.F. Das Amt für Zivile Registrierung, Tiflis, stellte am 19. Juli 2019 die Geburtsurkunde aus. Darin wird C. nebst Geburtsdatum und -ort (einzig) mit dem Familiennamen A., der Staatsangehörigkeit Georgien, A.F. als Vater und B.A. als Mutter aufgeführt.

A.c A.F. und B.A. meldeten die Geburt von C. dem Regionalen Zivilstandsamt T., welches das Begehren um Eintragung in das Personenstandsregister und Nachbeurkundung am 30. Juli 2019 an das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) des Kantons Aargau, Abteilung Register und Personenstand, weiterleitete. Mit Verfügung vom 9. April 2020 wies das DVI das Gesuch um Anerkennung und Eintragung des Kindesverhältnisses von A.F. und

BGE 148 III 384 S. 386

B.A. als Vater bzw. Mutter von C. ab. Das Zivilstandsamt wurde angewiesen, C. als leibliches Kind von D.D. mit dem Familiennamen D. sowie der Staatsangehörigkeit "ungeklärt" bzw. bei entsprechendem Nachweis mit der georgischen Staatsangehörigkeit sowie mit Zusatzangabe der Leihmutter einzutragen, was zur Eintragung wie folgt führt:

"Familienname:	D.
Vorname:	C.
Geburtsdatum:	ww.ww.2019
Geburtsort:	Tiflis (Georgien)
Staatsangehörigkeit:	ungeklärt/bei Nachweis: Georgien
Name Vater:	-/-
Name Mutter:	D.D.
	durch Geburt vom ww.ww.2019
Zusatzangaben:	Eizellenspenderin: E.E."

A.d Gegen die Eintragungsverfügung erhoben A.F., B.A., C. sowie D.D. am 13. Mai 2020 Beschwerde beim Obergericht des Kantons Aargau. Sie verlangten die vollumfängliche Anerkennung der georgischen Geburtsurkunde betreffend C. in Bezug auf die Vaterschaft von A.F., die Mutterschaft von B.A., die

Nichtelternschaft von D.D. und den Familiennamen A. Das Zivilstandsamt sei anzuweisen, C.A. mit den Eltern A.F. und B.A. in das Personenstandsregister einzutragen.

B. Mit Entscheid vom 16. November 2020 hiess das Obergericht die Beschwerde teilweise gut. Es hiess das Gesuch um Anerkennung des Kindesverhältnisses von A.A. (vormals A.F.) zu C.A. und die entsprechende Eintragung als Vater im Personenstandsregister gut. Das Gesuch um Anerkennung und Eintragung des Kindesverhältnisses betreffend B.A. (als Mutter) wurde abgewiesen. Das Zivilstandsamt wurde angewiesen, C. mit dem Vater A.A. und dem Familiennamen A. sowie der schweizerischen Staatsangehörigkeit einzutragen. Unter den Zusatzangaben seien D.D. als Leihmutter und E.E. als Eizellenspenderin zu erwähnen.
Im Übrigen (d.h. mit Bezug auf die Anerkennung und Nachbeurkundung von B.A. als Mutter) wurde die Beschwerde abgewiesen. Insoweit ordnete das Obergericht folgende Eintragung an:

BGE 148 III 384 S. 387

"Familienname:	A.
Vorname:	C.
Geburtsdatum:	ww.ww.2019
Geburtsort:	Tiflis (Georgien)
Staatsangehörigkeit:	Schweiz (T./AG)
Name Vater:	A.A.
Name Mutter:	-/-
Zusatzangaben:	Leihmutter: D.D.; Eizellenspenderin: E.E."

C. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), handelnd durch das Bundesamt für Justiz (BJ), hat mit Eingabe vom 11. Januar 2021 Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Das BJ verlangt die Aufhebung des obergerichtlichen Entscheides und die Bestätigung der Verfügung des DVI vom 9. April 2020, d.h. die Abweisung des Gesuchs um Anerkennung des Kindesverhältnisses von A.A. und B.A. Die Verfügung des DVI sei mit der Angabe der Staatsangehörigkeit Georgien und den Zusatzangaben betreffend die Leihmutter und den Vater als Samenspender zu ergänzen:

"Familienname:	D.
Vorname:	C.
Geburtsdatum:	ww.ww.2019
Geburtsort:	Tiflis (Georgien)
Staatsangehörigkeit:	Georgien
Name Vater:	-/-
Name Mutter:	D.D.
Beziehungsart	durch Geburt vom ww.ww.2019
Zusatzangaben:	Leihmutterschaft. Leihmutter: D.D., geb. xx.xx. xxxx, in Tiflis (Georgien), Staatsangehörigkeit: Georgien, ledig, wohnhaft in Tiflis; Samenspender (DNA-Test): A.A., geb. yy.yy.yyyy (Wunschvater); Eizellenspenderin: E.E. (georg. Pers. Nr. zzz)"

(...)
Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.
(Auszug)

Erwägungen

BGE 148 III 384 S. 388

Aus den Erwägungen:

4. Umstritten sind zunächst die Regeln zur Eintragung der georgischen Geburtsurkunde im Zusammenhang mit der Abstammung und Leihmutterschaft.

4.1 Gemäss Art. 32 IPRG (SR 291) wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen (Abs. 1). Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Artikel 25-27 IPRG erfüllt sind (Abs. 2).

4.1.1 Geht es um die Aufnahme der Geburt im Ausland, so wird mit der Nachbeurkundung der Geburt die betroffene Person in das Personenstandsregister aufgenommen. Gleichzeitig werden mit der Nachbeurkundung auch die gemäss dem anwendbaren Recht bei der Geburt von Gesetzes wegen entstandenen oder durch Rechtsakt begründeten Kindesverhältnisse beurkundet (**BGE 148 III 245** E. 4.2).

4.1.2 Die Vorinstanz hat erwogen, dass im konkreten Fall keine "Entscheidung" betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses vorliege, sondern "lediglich eine Geburtsurkunde". Was die georgische Geburtsurkunde wiedergibt, hat das Obergericht ebenfalls in der Sache geprüft: Es ist zum Ergebnis

gelangt, dass nach georgischem Recht bei Leihmutterschaft das Kindesverhältnis der Wunscheltern zum Leihmutterschaftskind von Gesetzes wegen entsteht. Insoweit sind die Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Das Bundesgericht hat im erwähnten Urteil bestätigt, dass mit einer georgischen Geburtsurkunde im Falle der Leihmutterschaft das gemäss Art. 143 Abs. 2 des georgischen Gesetzes vom 10. Dezember 1997 über den Gesundheitsschutz (Law of Georgia on Health Care, www.matsne.gov.ge) *ex lege* entstandene Kindesverhältnis zu den Wunscheltern beurkundet wird (**BGE 148 III 245** E. 5).

4.1.3 Der Schluss der Vorinstanz, dass mit der Geburtsurkunde trotzdem eine Entscheidung im Sinne von Art. 70 IPRG vorliege, geht hingegen fehl. Das Bundesgericht hat im zitierten Urteil klargestellt, dass ohne relevante behördliche Mitwirkung eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung in Abstammungssachen nicht angenommen werden kann. Wird die fehlende Elternschaft der Leihmutter nicht durch Gerichts- oder Behördenentscheidung festgestellt, sondern - wie in Georgien - durch Gesetz angeordnet, so richtet sich die Abstammung des Kindes von der Leihmutter nicht nach

Art. 70 IPRG (**BGE 148 III 245** E. 5). Zutreffend ist zwar, wenn das Obergericht festgehalten hat, dass bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts die Eintragung gemäss einer ausländischen Geburtsurkunde von den schweizerischen Behörden als grundsätzlich richtig zu bewerten sei. Die Frage ist jedoch, ob hier georgisches Recht oder ein anderes Recht in der Sache anwendbar ist. Diese Prüfung erfolgt nach Art. 68 f. IPRG, womit das anwendbare Recht für durch Gesetz entstandene Kindesverhältnisse bezeichnet wird.

4.2 Nach dem Dargelegten ist die Kritik des BJ, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Entscheidung gemäss Art. 70 IPRG angenommen, begründet.

5. Das Obergericht hat nicht näher erörtert, welches das nach Art. 68 IPRG anwendbare Recht ist, welches für die Entstehung des Kindesverhältnisses durch Abstammung massgebend ist. Bleibt zu prüfen, ob die (vom BJ beantragte) weitere rechtliche Beurteilung aufgrund der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen möglich und richtig ist.

5.1 Gemäss Art. 68 Abs. 1 IPRG unterstehen die Entstehung des Kindesverhältnisses sowie dessen Feststellung oder Anfechtung dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist als gewöhnlicher Aufenthalt (Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG) im Rahmen von Art. 68 Abs. 1 IPRG - im Sinne des entsprechenden Anknüpfungsbegriffes gemäss Haager Konventionen - der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu verstehen. Meistens fällt der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes im massgeblichen Zeitpunkt mit dem Lebensmittelpunkt zumindest eines Elternteils zusammen. Bei Neugeborenen sind naturgemäss die familiären Bindungen zum betreuenden Elternteil als Indiz des gewöhnlichen Aufenthalts entscheidend; die Bindungen der Mutter an ein Land erfassen regelmässig auch das Kind (**BGE 129 III 288** E. 4.1). Für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist der Zeitpunkt der Geburt massgebend (Art. 69 Abs. 1 IPRG). Zweck der einzigen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist die Anknüpfung an jene Rechts- und Sozialsphäre, in der das Kind und die Eltern tatsächlich leben (Botschaft vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht [IPR-Gesetz], BBl 1983 I 367 Ziff. 242.2), was auch für das Leihmutterschaftskind und die betreuenden Wunscheltern gilt (**BGE 148 III 245** E. 6.1 und 6.3.1).

5.2 Nach den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz liegt der unstrittige Lebensmittelpunkt der Wunschmutter seit mehreren Jahren in der Schweiz und hatten die Wunscheltern weder vor, während oder nach der Schwangerschaft (d.h. nach der Geburt von C. am ww.ww.2019) der Leihmutter einen längeren Aufenthalt in Georgien; sie hatten dort weder ihren Lebensmittelpunkt gehabt noch geplant, dorthin zu ziehen. Zudem hatten die Wunscheltern offenbar nach ihrer Rückkehr in die Schweiz das Gesuch um Nachbeurkundung beim Zivilstandsamt in T. (also spätestens am 30. Juli oder Anfang August 2019) gestellt, wie sich aus dem Sachverhalt und aktenkundigen Schreiben mit den Behörden ergibt. Die gesamten Umstände lassen die Annahme zu, dass der Aufenthalt der Wunscheltern in Georgien einige Tage, höchstens ganz wenige Wochen dauerte. Ein derartiger Aufenthalt in Georgien kann lediglich als vorübergehender Natur (schlichter Aufenthalt) bezeichnet werden und ist nicht ausschlaggebend, zumal erst ein mehrmonatiger, nach einer Faustregel eher sechsmonatiger Aufenthalt, dessen gewöhnliche Natur annehmen lässt (Urteil 5A_889/2011 vom 23. April 2012 E. 4.1.2). Sorgen die Wunscheltern - wie hier - praktisch ab Geburt für das Kind und haben sie geplant, in nächster Zeit in den Staat ihres eigenen Lebensmittelpunkts zurückzukehren, liegt dort der gewöhnliche Aufenthalt des neugeborenen Leihmutterschaftskindes (vgl. **BGE 148 III 245** E. 6.2). Somit kann nicht ersatzweise (infolge Fehlens eines gewöhnlichen Aufenthaltes) auf einen schlichten Aufenthalt abgestellt werden. Die konkreten Umstände lassen - wie das BJ zutreffend festhält - ohne Weiteres den Schluss zu, dass der gewöhnliche Aufenthalt von C. im Zeitpunkt der Geburt in der Schweiz liegt und daher das schweizerische Abstammungsrecht massgebend ist.

5.3 Anhaltspunkte, welche zur Anknüpfung an das georgische Heimatrecht führen könnten, bestehen nicht. Zwar ist die subsidiäre Anknüpfung gemäss Art. 68 Abs. 2 IPRG (unter bestimmten Aufenthaltsumständen) an das gemeinsame Heimatrecht der Eltern und des Kindes möglich. Allerdings fehlt es hier bereits an der georgischen Staatsangehörigkeit des (Wunsch-)Vaters, d.h. am gemeinsamen Heimatrecht, um die Bestimmung zur Anwendung zu bringen. Eine Anwendung von Art. 69 Abs. 2 IPRG fällt ausser Betracht, da

bereits im Zeitpunkt der Geburt des Kindes schweizerisches Aufenthaltsrecht massgebend ist und sich mit Blick auf den in Abs. 2 ("gerichtliche Feststellung oder Anfechtung") genannten

Zeitpunkt kein anderes Aufenthaltsrecht ableiten lässt. Nach den Sachverhaltsfeststellungen bestehen ausser der Staatsangehörigkeit und dem Geburtsort des Kindes keine weiteren wesentlichen Berührungspunkte zu Georgien. Offensichtliche Umstände, dass der gesamte konkrete Sachverhalt mit dem schweizerischen Aufenthaltsrecht nur schwach verbunden sei und mit einem anderen (georgischen) Recht in viel engerem Zusammenhang stehe (vgl. Art. 15 IPRG), liegen nicht vor.

5.4 Ist wie vorliegend gestützt auf Art. 68 Abs. 1 IPRG das schweizerische Recht anwendbar, gilt der Grundsatz *mater semper certa est* und in Anwendung von Art. 252 Abs. 1 ZGB die gebärende Frau (Leihmutter) als rechtliche Mutter (**BGE 148 III 245** E. 6.4), wie das BJ mit Recht festgehalten hat. Auf die Vereinbarkeit der Elternschaft der Wunscheltern mit dem schweizerischen Ordre public kommt es bei dieser Fallgestaltung nicht an, denn es ist schweizerisches Recht massgebend, währenddem Art. 17 IPRG die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts voraussetzt. Eine Berufung auf den schweizerischen Ordre public findet nicht statt. Entgegen dem Ergebnis der Vorinstanz ist zutreffend, wenn das DVI als Erstinstanz in Anwendung des schweizerischen Rechts von Gesetzes wegen die Aufnahme der gebärenden (Leih-)Mutter als rechtliche Mutter von C. in das Personenstandsregister angeordnet hat. Ebenso hat das DVI zutreffend angenommen, dass von Gesetzes wegen kein Kindesverhältnis zum Vater entsteht, zumal die Leihmutter als rechtliche Mutter nicht verheiratet ist.

6. Das Obergericht hat im Weiteren die Anwendbarkeit von Art. 73 IPRG betreffend die Anerkennung einer ausländischen Kindesanerkennung nicht näher erörtert. Das BJ bekräftigt die Auffassung des DVI (als Erstinstanz), welche das Vorliegen einer im Ausland erfolgten anerkennbaren Kindesanerkennung verneint hat (währenddem die Beschwerdegegner 1-4 vor der Vorinstanz noch das Gegenteil vorbrachten). Der Hinweis auf Art. 73 IPRG vermag am dargelegten Ergebnis nichts zu ändern. Die Vorinstanz brauchte keine entsprechenden Ausführungen zu machen, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

6.1 Gemäss Art. 73 Abs. 1 IPRG wird die im Ausland erfolgte Anerkennung eines Kindes in der Schweiz anerkannt, wenn sie nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, nach dessen Heimatrecht, nach dem Recht am Wohnsitz oder nach dem

Heimatrecht der Mutter oder des Vaters gültig ist. Art. 73 IPRG regelt die Anerkennung einer im Ausland erfolgten Anerkennung eines Kindes und bezeichnet die in Art. 72 Abs. 1 IPRG genannten Rechtsordnungen, nach welcher die Anerkennung gültig sein muss. Die Behörde in der Schweiz überprüft, ob die Kindesanerkennung nach dem in Frage stehenden Recht eines Staates einschliesslich seines IPR gültig war, d.h. den materiellen und formellen Anforderungen entspricht, und ihr daher in der Schweiz Wirkung verliehen werden kann (Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 7.1, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**).

6.2 C. ist georgische Staatsangehörige, wie dies von Georgien bestimmt wird (vgl. Art. 22 IPRG) und aus den Sachverhaltsfeststellungen und der georgischen Geburtsurkunde (sowie der aktenkundigen georgischen Identitätskarte) hervorgeht. Nach georgischem Recht werden die Wunscheltern (wie dargelegt) von Gesetzes wegen zu rechtlichen Eltern erklärt und deswegen als solche vom dortigen Zivilstandsamt registriert, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (E. 4.1.2). Das georgische Recht (Art. 143 des Gesetzes über den Gesundheitsschutz) ordnet bei Leihmutterschaft automatisch die kindesrechtlichen Verhältnisse zwischen den Wunscheltern, der Leihmutter und dem Leihmutterschaftskind. Es liegt nicht eine blosse "Kombination" von zwei Anerkennungen eines Kindes seitens einer Frau bzw. eines Mannes und einer Nicht-Anerkennung des Kindes seitens der gebärenden Frau vor. Die statusrechtliche Zuordnung des Kindes gründet auf einer spezifisch auf die Leihmutterschaft zugeschnittenen Bestimmung, wonach Wunscheltern mit der Geburt des durch diese Verfahrensweise hervorzubringenden Kindes als rechtliche Eltern gelten. Zutreffend hält das BJ fest, dass nach georgischem Recht gar keine Möglichkeit der eigentlichen Kindesanerkennung besteht, weil für den Vorgang der Leihmutterschaft eine besondere Regelung besteht und die Statusverhältnisse bereits *ex lege* entstehen. In Georgien nach georgischem Recht erfolgte Kindesanerkennungen liegen nicht vor.

6.3 Bleibt zu erörtern, ob im Ausland erfolgte Kindesanerkennungen vorliegen, die nach dem Recht der Schweiz - dem Staat, in welchem C. ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat - als gültig erachtet werden können.

6.3.1 Eine in Georgien erfolgte, nach schweizerischem Recht gültige Anerkennung des Kindes durch die Wunschmutter fällt ausser

Betracht. In Anwendung des nach Art. 68 Abs. 1 IPRG massgebenden schweizerischen Rechts besteht hier bereits ein rechtliches Kindesverhältnis zur Leihmutter nach dem Grundsatz *mater semper certa est*. Die Auffassung, dass das (nach schweizerischem Recht) bestehende Kindesverhältnis durch eine dem schweizerischen Recht unbekannte Kindesanerkennung der Wunschmutter übergangen werden soll, findet selbst bei genetischer Verbindung *de lege lata* keine hinreichende Grundlage (zit. Urteil 5A_545/2020 E. 7.4.1, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**; vgl. GAURON-CARLIN, La gestation pour autrui [...], SJ 2019 S. 91 Rz. 94; a.M. MEIER/STETTLER, Droit de filiation, 6. Aufl. 2019, Rz. 284; vgl. SCHWENZER/COTTIER, in:

Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 9, 11 zu Art. 252 ZGB). Dass es bei (wie hier) fehlender genetischer Verwandtschaft der Wunschmutter anders sei, ist nicht ersichtlich.

6.3.2 Ob eine in Georgien erfolgte, nach schweizerischem Recht gültige Anerkennung des Kindes durch den Wunschvater vorliege, welche dem Leihmutterschaftsvertrag zu entnehmen sei, blieb im zit. Urteil 5A_545/2020 (E. 7.3, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**) offen. Die Frage ist hier zu verneinen. Nach den Regeln des ZGB ist die Anerkennung (Art. 260 ZGB) höchstpersönlich bzw. vertretungsfeindlich; sie kann jederzeit zu Lebzeiten des Kindes erfolgen, aber auch vor der Geburt, jedoch nicht vor der Zeugung (SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., N. 1, 4 f. zu Art. 260 ZGB). Verträge über die Reproduktion (mit einem Reproduktionsinstitut) und Leihmutterschaft (mit der Leihmutter und Eizellenspenderin) regeln allgemein das Zusammenwirken (Rechte und Pflichten) aller Beteiligten in Hinsicht auf die - erst vorzunehmende - Fertilisation und Hervorbringung des Kindes. Der im Urteil erwähnte und zudem aktenkundige Vertrag mit dem Reproduktionszentrum (vom 1. Oktober 2018) und der ohnehin durch eine Vertreterin unterzeichnete Leihmutterschaftsvertrag (vom 4. November 2018) kann daher von vornherein keine gültige Kindesanerkennung darstellen. Insoweit gibt es keine Anhaltspunkte, dass in Georgien eine nach schweizerischem Recht gültige Vaterschaftsanerkennung abgegeben worden wäre. Ob eine derartige im Ausland vorgenommene rechtsgeschäftliche Erklärung des Wunschvaters in einem Reproduktions- und Leihmutterschaftsvertrag, welcher einzig zur Umgehung des hiesigen Leihmutterschaftsverbotes abgeschlossen wird, überhaupt als Vaterschaftsanerkennung gewertet werden kann, die mit dem Ordre public vereinbar wäre, muss nicht erörtert werden.

6.4 Für die Entgegennahme der Kindesanerkennung in der Schweiz sind die schweizerischen Behörden u.a. am Wohnsitz des (hier: in der Schweiz domizilierten) Vaters zuständig (Art. 71 Abs. 1 IPRG). Die Kindesanerkennung in der Schweiz (Art. 260 Abs. 3 ZGB) kann u.a. ebenfalls nach dem Recht am Wohnsitz des Vaters (hier: nach schweizerischem Recht) erfolgen (Art. 72 Abs. 1 IPRG). Die Form untersteht schweizerischem Recht (Art. 72 Abs. 2 IPRG; Art. 11 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [ZStV; SR 211.112.2]), d.h. die Erklärung erfolgt grundsätzlich persönlich vor dem schweizerischen Zivilstandsbeamten (Art. 11 Abs. 5 ZStV). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass der Wunschvater das Kind in der Schweiz nach Art. 260 Abs. 3 ZGB anerkannt hat; nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils bestand dazu weder Anlass noch Notwendigkeit.

6.5 Somit ist festzuhalten, dass - wie das BJ ausgeführt hat - die Vorinstanz richtigerweise die Eintragung des Kindesverhältnisses zur Leihmutter durch Geburt hätte anordnen müssen, und dass zum Wunschvater - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - noch kein Kindesverhältnis hergestellt worden ist, das einzutragen wäre.

7. Schliesslich wendet sich das BJ gegen die Auffassung des Obergerichts, wonach es unter Art. 8 EMRK unzulässig sei, die Anerkennung und Eintragung eines Kindesverhältnisses mit genetischem Bezug zwischen Leihmutterschaftskind und Elternteil (hier: Wunschvater) zu verweigern. Nur bei nicht genetischem Bezug (hier: zur Wunschmutter) - so die Vorinstanz - genüge der Weg der Adoption zur Herstellung des Kindesverhältnisses.

7.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat festgehalten (vgl. Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.1, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**), dass das Recht auf Achtung des Privatlebens des Kindes (Art. 8 EMRK) bedinge, dass die Wunschmutter eine Möglichkeit habe, die rechtliche Elternschaft zu erlangen, sofern das Kind mit dem Sperma des Wunschvaters und mit Eizellen einer Spenderin gezeugt und von einer Leihmutter ausgetragen worden sei. Nicht erforderlich sei indessen, dass die Wunschmutter *ab initio* auch als rechtliche Mutter angesehen werde; es genüge, wenn sie wie der genetisch verwandte Wunschvater diese Stellung nachträglich durch andere Mittel, wie die Adoption des Kindes, erlangen könne, sofern das Kindeswohl gewahrt und das Verfahren effektiv und zügig ("effectivité et célérité") sei

(EGMR-Avis consultatif vom 10. April 2019, Nr. P16-2018-001, § 35 ff., 47 ff., 52, 55; bestätigt in den Urteilen des EGMR *D. gegen Frankreich* vom 16. Juli 2020, Nr. 11288/18, § 50 f., 58 f., 64, sowie *C. und E. gegen Frankreich* vom 19. November 2019, Nr. 1462/18 und 17348/18, § 37 ff.). Nicht anders sei zu entscheiden, was die Anerkennung des Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Kind und seiner Wunschmutter als genetischer Mutter angeht (Urteil *D.*, § 59; kritisch u.a. BÜCHLER/SCHMUCKI, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2020 S. 20, 23; BOILLET, in: Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, N. 53 zu Art. 119 BV).

7.2 Soweit das Obergericht seine Auffassung, dass ein Kindesverhältnis mit genetischem Bezug zwischen Leihmutterschaftskind und Elternteil (hier: Wunschvater) in allgemeiner Form aus der Praxis des Bundesgerichts (**BGE 141 III 312**, 328) abgeleitet hat, geht es fehl. Die zitierten Urteile haben die Anerkennung ausländischer Urteile zum Gegenstand, welche vorfrageweise im Falle der Nachbeurkundung der Geburtsurkunde zu prüfen waren (vgl. Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.2, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**). Nach der Rechtsprechung wurde im Rahmen kalifornischer Leihmutterschaftsurteile im Falle genetischer Verbindung zwischen einem Elternteil (Wunschvater) und dem Leihmutterschaftskind mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR der Einsatz des schweizerischen Ordre public zur

Anerkennungsverweigerung (Art. 27 Abs. 1 IPRG) begrenzt: Das ausländische Urteil wurde insoweit mit den hiesigen Wertvorstellungen nicht als schlechthin unvereinbar erachtet; die im Ausland durch Gerichtsurteil geschaffene Rechtslage wurde trotz Rechtsumgehung als *fait accompli* hingenommen. Im Unterschied dazu wird hier - wie dargelegt - eine Geburtsurkunde vorgelegt und sind die massgebenden Fragen nach anwendbarem schweizerischem Recht zu beurteilen, wie das BJ zutreffend festhält.

7.3 Weiter geht das Obergericht fehl, wenn es festgehalten hat, dass es den Schweizer Behörden mit Blick auf die EMRK verwehrt sei, die Leihmutter ohne weiteres als rechtliche Mutter zu betrachten. Es verkennt, dass vorliegend das anwendbare materielle Recht bzw. die im ZGB vorgesehene Regel *mater semper certa est* unmittelbar zur Herstellung des Kindesverhältnisses zur Leihmutter führt. Dass der Grundsatz *mater semper certa est* als solcher nicht EMRK-widrig ist, steht fest (Urteile des EGMR *Fjölnisdóttir und andere gegen Island*

vom 18. Mai 2021 Nr. 71552/17, § 64/65 mit Hinweisen). Schliesslich liegt keine Diskriminierung vor, wenn das Bundesrecht nur eine Kindesanerkennung durch den Vater kennt und das rechtliche Kindesverhältnis *ex lege* der gebärenden Mutter zuordnet (Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 7.4, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**).

7.4 Nach zutreffender Auffassung des Obergerichts ist eine Herstellung des Kindesverhältnisses zur Wunschmutter nach schweizerischem Recht mit der EMRK vereinbar (Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.5, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**). Das gilt - wie das BJ vorbringt - auch dann, wenn das Kindesverhältnis nicht nur zur Wunschmutter, sondern auch (wie hier) zum Wunschvater herzustellen ist.

7.4.1 Im konkreten Fall kann mit Bezug auf den Wunschvater die Kindesanerkennung - wie dargelegt (E. 6.4) - vor den schweizerischen Behörden erklärt werden, was effektiv und unverzüglich ein Kindesverhältnis bewirkt oder längst hätte bewirken können. Aktenkundig ist übrigens, dass das DVI den Wunschvater bereits am 16. Januar 2020 und am 27. März 2020 (im Verlauf des Eintragungsverfahrens) auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

7.4.2 Mit Bezug auf die Wunschmutter ist eine Stiefkindadoption möglich. Das Obergericht hat nicht übersehen, dass die (seit 2011 verheirateten) Wunscheltern zwar seit mehr als drei Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen (Art. 264c Abs. 2 ZGB), eine nachgeburtliche Zustimmung der Leihmutter vorliegt (vgl. Art. 265a ZGB), jedoch zur (Stiefkind-)Adoption mindestens ein Jahr der Pflege und Erziehung verlangt wird (Art. 264 Abs. 1 ZGB); diese Voraussetzungen seien grundsätzlich erfüllt. Die EGMR-Rechtsprechung setzt keine Mindestdauer fest, weil in erster Linie den einzelstaatlichen Behörden zusteht, in Würdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, "ob und wann sich ein Kindesverhältnis konkretisiert hat" (EGMR-Avis consultatif, a.a.O., § 52). Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen (Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.5, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**), dass die Adoptionsbehörde zur Priorisierung und raschen Entscheidung verpflichtet ist, mithin eine grosszügige und pragmatische Auslegung der adoptionsrechtlichen Voraussetzungen angezeigt ist, um der Vorgabe des EGMR gerecht zu werden (vgl. a.M. BUCHER, La résidence habituelle [...], in: La procédure en droit de la famille, Fountoulakis/

Jungo [Hrsg.], 2020, S. 89 Rz. 116, S. 90 Rz. 119, EMRK-Konformität verneint). Die Dauer eines Adoptionsverfahrens ist stark vom Einzelfall abhängig. Anhaltspunkte, dass im konkreten Fall die Stiefkindadoption nicht bereits hätte durchgeführt werden können, oder dass sie nicht durchführbar wäre, sind nicht ersichtlich.

7.4.3 Das Obergericht hat weiter festgehalten (E. 6.2), dass C. die georgische Staatsangehörigkeit hat. Für den Erwerb der schweizerischen Staatsangehörigkeit genügt bereits, dass der Wunschvater die Kindesanerkennung vornimmt (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2014 über das Schweizer Bürgerrecht [Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0]). Sodann steht fest, dass das Kindnicht ohne Registrierung ist, weil es bereits im georgischen Geburtsregister eingetragen worden ist. Gemäss der Verfügung des DVI kann die Geburt von C. zudem im schweizerischen Personenstandsregister eingetragen werden, bevor die Kindesverhältnisse zu den Wunscheltern (als Schweizer Bürger, mit Domizil in der Schweiz) hergestellt sind. Die bloss ausländische Staatsangehörigkeit des Leihmutterschaftskindes und seine Geburt im Ausland schliessen den genügenden Bezug zum schweizerischen Register nicht aus, wie das DVI zu Recht erkannt hat (unter Hinweis auf Art. 15a Abs. 2 ZStV, Aufnahme "spätestens" beim bzw. im Hinblick auf das Zivilstandsereignis). Die vorsorgliche Aufnahme einer im Ausland geborenen Person mit ausländischer Staatsangehörigkeit ist bereits bei Begründung des Wohnsitzes in der Schweiz registerrechtlich zulässig (SIEGENTHALER, Das Personenstandsregister, 2013, Rz. 86, 89). Das Vorgehen ist im Hinblick auf die Herstellung der Kindesverhältnisse zu den Wunscheltern zweckmässig und geboten, wie dies vom BJ mit Hinweis auf die Zusatzangaben (wie Eizellenspenderin) zu Recht beantragt wird. Allfällige Zweifel des BJ zum Eintragungszeitpunkt sind unbegründet.

7.4.4 Gestützt auf eine Kindesanerkennung kann der (Wunsch-) Vater die elterliche Sorge ausüben, wobei ihm die Wunschmutter (Ehefrau) beistehen und ihn vertreten kann (Art. 278, 299 ZGB; kritisch BOILLET/DE LUZE, Les effets de la gestation pour autrui [...], in: La gestation pour autrui, Boillet/Roca i Escoda/de Luze [Hrsg.], 2018, S. 165 Rz. 48). Für die Regelung der elterlichen Sorge nach der Vaterschaftsanerkennung

besteht eine Zuständigkeit der schweizerischen Behörden (Art. 85 IPRG; Art. 298a ff. ZGB); solange keine rechtliche Mutterschaft zur Wunschmutter hergestellt worden

ist, hat der Vater das alleinige Sorgerecht, auch wenn hierfür gegebenenfalls die Kindesschutzbehörde anzurufen ist (Art. 298b ZGB). Selbst vor oder bei unterbleibender Vaterschaftsanerkennung kann die zuständige Behörde Anordnungen über die elterliche Sorge treffen, wenn die rechtlichen Eltern dazu ausserstande sind (wie im Falle der Leihmutter als rechtliche Mutter), worauf das BJ zutreffend hinweist (vgl. Art. 310 ZGB). Dass C. vorerst mit dem Namen ihrer rechtlichen Mutter (D.) einzutragen ist, ergibt sich sodann aus dem Recht ihres Aufenthaltsstaates (Art. 37 IPRG; Art. 270a Abs. 1 und 3 ZGB). Auch vor abschliessender Regelung der statusrechtlichen Verhältnisse wäre die Entfernung des Kindes aus seinem faktischen familiären Umfeld nur im Falle einer Gefährdung gerechtfertigt (vgl. **BGE 141 III 312** E. 6.4.1; ferner Urteil des EGMR *Paradiso und Campanelli gegen Italien* vom 24. Januar 2017, Nr. 25358/12, § 215). Der Verbleib des Kindes in der Schweiz steht nicht in Zweifel (vgl. **BGE 141 III 328** E. 7.6). Der rechtliche Status von C. gewährleistet demnach das Kindeswohl (Art. 11 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [nachfolgend: UN-KRK]) sowie die Rechte nach Art. 7 UN-KRK (Name, Staatsangehörigkeit, Registrierung) in hinreichender Weise. Mit Blick auf Georgien als Heimatstaat entsteht zwar (für eine gewisse Zeit) ein hinkendes Rechtsverhältnis, was eine Rechtsunsicherheit darstellen kann (**BGE 141 III 312** E. 6.4.3). Im konkreten Fall sind die aus Art. 8 Abs. 1 EMRK fliessenden Rechte indes nicht übermässig beeinträchtigt.

7.5 Auf die weiteren Ausführungen des BJ zum Leihmutterschaftsverbot bzw. -tourismus ist nicht einzugehen. Das Bundesgericht hat die Kompetenz und Aufgabe des Parlaments zur Neugestaltung im Bereich des Abstammungsrechts (vgl. **BGE 144 III 1** E. 4.4.1, 4.4.3; Urteil 5A_545/2020 vom 7. Februar 2022 E. 8.7, nicht publ. in: **BGE 148 III 245**) und die Bedeutung der entsprechenden Arbeiten im Rahmen der Haager Konferenz für internationales Privatrecht bereits unterstrichen (vgl. **BGE 141 III 312** E. 4.5).

8. Nach dem Dargelegten stellt es eine Rechtsverletzung dar, wenn das Obergericht angeordnet hat, das Kindesverhältnis von C. zum Wunschvater einzutragen und das Kindesverhältnis zur Leihmutter nicht einzutragen. Die Beschwerde des BJ ist entsprechend gutzuheissen. In der Sache ist (wie vom BJ beantragt) die Eintragungsverfügung des DVI vom 9. April 2020 zu bestätigen und die

Eintragung einschliesslich der ergänzenden Zusatzangaben betreffend die an der Durchführung der Leihmutterschaft beteiligten Personen vorzunehmen, soweit diese nicht bereits vom Obergericht angeordnet wurde.