



# Adoptionsgesuch

## einer-homosexuellen-Frau



Matthias Jaggi

## **EGMR-Entscheid zum Adoptionsgesuch einer homosexuellen Frau – Auswirkungen auf die Schweiz**

---

Mit Entscheid vom 22. Januar 2008 (Affaire E.B. c. France, No. 43546/02) befand die Grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die Rechtsprechung des obersten französischen Verwaltungsgerichts betreffend die Verweigerung eines Adoptionsgesuchs einer homosexuellen Frau durch die Behörden verletze Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Nachfolgend wird der Entscheid zusammengefasst und das für das Urteil massgebliche französische sowie das entsprechende schweizerische Recht kurz dargestellt. Zum Schluss folgen einige Anmerkungen, insbesondere über die Auswirkungen des Entscheides auf die Rechtslage in der Schweiz.

---

Rechtsgebiet(e): Gleichheit aller Menschen; Schutz des Privatlebens vor staatlichen

Zitiervorschlag: Matthias Jaggi, EGMR-Entscheid zum Adoptionsgesuch einer homosexuellen Frau – Auswirkungen auf die Schweiz, in: Jusletter 17. März 2008

## Inhaltsübersicht

- I. Zusammenfassung des Sachverhalts
- II. Das Urteil des EGMR
- III. Vergleich des französischen mit dem schweizerischen Recht
- IV. Anmerkungen und Auswirkungen des EGMR-Entscheids auf die Rechtslage in der Schweiz

## I. Zusammenfassung des Sachverhalts

[Rz 1] Im Jahre 1998 ersuchte die damals 37-jährige Beschwerdeführerin, von Beruf Kindergärtnerin, bei den Sozialbehörden ihres Wohnortes um eine Bewilligung für die Adoption eines Kindes, da sie sich für eine internationale Adoption interessierte. Bei dieser Gelegenheit informierte die Beschwerdeführerin die Behörden über ihre Homosexualität und ihre Beziehung zu R., mit der sie seit 1990 in einer stabilen Beziehung lebt.

[Rz 2] Mit Brief vom 26. November 1998 teilte der Präsident des Generalrates der Beschwerdeführerin die Verweigerung der ersuchten Bewilligung mit. Diesem Entscheid waren verschiedene Befragungen der Beschwerdeführerin durch mehrere Personen (insbesondere eines Psychologen der Sozialbehörden) vorausgegangen. Der negative Entscheid wurde unter anderem damit begründet, dass eine väterliche Bezugsperson fehle und überdies unklar sei, welchen Platz die Lebenspartnerin der Beschwerdeführerin, R., im Leben des adoptierten Kindes einnehmen würde. Diese Umstände könnten ein adoptiertes Kind negativ beeinflussen.

[Rz 3] Die Beschwerdeführerin versuchte vor den innerstaatlichen Instanzen vergeblich, eine Genehmigung ihres Adoptionsgesuchs zu erwirken. Letztinstanzlich legte sie beim obersten französischen Verwaltungsgericht Revision ein. Mit Entscheid vom 5. Juni 2002 lehnte dieses das Begehren jedoch ab. Das Gericht machte unter anderem geltend, es sei von den Vorinstanzen zulässig gewesen, bei der Prüfung, ob das Kindeswohl bei einer Adoption gewährleistet sei, zu berücksichtigen, ob eine väterliche Bezugsperson vorhanden sei. Ebenso habe der Rolle der Lebenspartnerin der Beschwerdeführerin bei der Prüfung des Gesuchs Beachtung geschenkt werden dürfen.

## II. Das Urteil des EGMR

[Rz 4] Nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges gelangte die Beschwerdeführerin mittels Individualbeschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Sie machte in ihrer Beschwerde unter anderem geltend, ihre Lebensbedingungen, d.h. in Wirklichkeit ihre Homosexualität, hätten dazu geführt, dass ihr Adoptionsgesuch abgewiesen worden sei. Dies sei diskriminierend und verletze das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK.

[Rz 5] Der EGMR hält fest, dass der vorliegende Fall eine Einzeladoption betreffe und nicht die Adoption eines Paares

oder eine Stiefkindadoption. Zudem ist der Gerichtshof der Meinung, obwohl die Konvention grundsätzlich kein Recht auf Adoption verleihe, falle die Angelegenheit in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK. Dies insbesondere deshalb, weil die französische Gesetzgebung Einzelpersonen ausdrücklich erlaube, ein Adoptionsgesuch zu stellen und dieses Begehren auch gerichtlich durchzusetzen. Da die Beschwerdeführerin in erster Linie eine Diskriminierung durch die interne Gesetzgebung auf Grund ihrer Homosexualität geltend macht, prüft der EGMR den in Frage stehenden Fall unter Art. 14 EMRK i.V.m. 8 EMRK.

[Rz 6] Der Gerichtshof stellt fest, dass sich die französischen Behörden hauptsächlich auf zwei Begründungen stützten, mit denen sie das Adoptionsgesuch der Beschwerdeführerin abwiesen. Zum einen werde geltend gemacht, da die Beschwerdeführerin das adoptierte Kind alleine grossziehe, fehle diesem der väterliche Bezug. Der EGMR ist der Meinung, dass der ablehnende Entscheid im konkret in Frage stehenden Fall nicht mit diesem Argument begründet werden könne, da dies zur Folge hätte, dass das einer Einzelperson zustehende Recht, ein Adoptionsgesuch zu stellen, ausgehöhlt würde, wäre diese doch gezwungen, in ihrer nahen Umgebung eine Bezugsperson des anderen Geschlechts nachzuweisen.

[Rz 7] Zum anderen werde von den französischen Behörden der Umstand kritisiert, dass die bisherige Partnerin der Beschwerdeführerin, R., nicht bereit sei, sich in Bezug auf das von ihrer Lebensgefährtin zu adoptierende Kind zu engagieren. Daraus hätten die Behörden geschlossen, dass die Beschwerdeführerin die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfülle, um ein Kind in ihrem Haushalt aufzunehmen. Dazu hält der Gerichtshof fest, dass das Verhalten von R. für die Beurteilung des Begehrens der Beschwerdeführerin herangezogen werden könne, auch wenn Letztere das Gegenteil behaupte. Es sei angebracht, dass die Behörden alle Umstände prüfen, die für eine eventuelle Aufnahme eines Kindes in eine Familie relevant sind. Daraus folge, auch wenn der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin ledig sei, jedoch schon mit einer Partnerin oder einem Partner in einem Haushalt zusammenlebe, müssten Letztere sowie deren Platz im gemeinsamen Haushalt im überwiegenden Interesse des Kindes überprüft werden.

[Rz 8] Nach Meinung des EGMR stehen die soeben genannten zwei massgeblichen Begründungen im Rahmen einer globalen Beurteilung der Situation der Beschwerdeführerin miteinander in Verbindung. Aus diesem Grund seien sie nicht alternativ, sondern kumulativ zu beurteilen. Daher führe der widerrechtliche Charakter einer der Begründungen zur Unrechtmässigkeit der gesamten Entscheidung.

[Rz 9] Der Gerichtshof stellt fest, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwar darauf geachtet habe, so zu urteilen, dass die sexuelle Orientierung der Beschwerdeführerin nicht die Grundlage für das strittige Urteil bilde. Dennoch sei die

Tatsache der Homosexualität der Beschwerdeführerin in den Begründungen der französischen Behörden präsent und signifikant. Der EGMR ruft in Erinnerung, dass einige der von den Mitgliedern der Bewilligungskommission verfassten Berichte zum Begehren der Beschwerdeführerin, auf Grund derer der Präsident des Generalrates seine Entscheidung gefällt habe, in aufschlussreichen Worten verfasst worden seien, da die Homosexualität der Beschwerdeführerin darin in entscheidender Art und Weise Berücksichtigung gefunden habe. Als Beispiel wird der Bericht des Psychologen der Sozialbehörden genannt, der die ablehnende Haltung der Beschwerdeführerin gegenüber Männern als «besondere Einstellung» bezeichnete.

[Rz 10] Der Gerichtshof hält fest, dass die Bezugnahme auf die Homosexualität der Beschwerdeführerin wenn auch nicht ausdrücklich, so doch implizit erfolgt sei. Ihre bekannte Homosexualität habe erwiesenermassen einen entscheidenden Einfluss auf das Gesuch gehabt und zur Abweisung des Adoptionsbegehrens geführt. Die Beschwerdeführerin sei folglich unterschiedlich behandelt worden, was nur zulässig sei, falls eine Rechtfertigung für eine solche Differenzierung bestanden habe.

[Rz 11] Der EGMR ruft in Erinnerung, dass eine Unterscheidung dann im Sinne von Art. 14 EMRK diskriminierend sei, wenn sie nicht objektiv und vernünftig begründet werden könne, d.h. wenn sie nicht ein legitimes Ziel verfolge oder wenn die Verhältnismässigkeit zwischen dem angewendeten Mittel und dem anvisierten Zweck nicht gegeben sei. Wenn es um die sexuelle Orientierung gehe, brauche es besonders gewichtige und überzeugende Gründe, um eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der unter Art. 8 EMRK fallenden Rechte zu rechtfertigen. Nach Meinung des Gerichtshofes stellt die unterschiedliche Behandlung eine Diskriminierung im Sinne der Konvention dar, falls als massgebender Grund für eine solche Unterscheidung lediglich die sexuelle Orientierung angeführt wird.

[Rz 12] Der EGMR hält fest, dass im vorliegenden Fall das französische Recht die Adoption auch einer Einzelperson erlaube, weshalb eine homosexuelle alleinstehende Person ebenfalls ein Kind adoptieren könne. Aufgrund dieser gesetzlichen Tatsachen könnten die von der französischen Regierung vorgebrachten Gründe nicht als besonders gewichtig und überzeugend qualifiziert werden, was jedoch Voraussetzung wäre, um die Ablehnung des Adoptionsgesuches der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen. Der Gerichtshof betont, dass die massgeblichen französischen Bestimmungen sich nicht dazu äussern, ob für eine Einzeladoption eine Bezugsperson des anderen Geschlechts vorhanden ist. Diese Notwendigkeit hänge aber auf jeden Fall nicht von der sexuellen Orientierung des adoptierenden, alleinstehenden Elternteils ab.

[Rz 13] Der EGMR stellt fest, dass die Beschwerdeführerin über menschliche und erzieherische Qualitäten verfüge,

was sicherlich dem überwiegenden Kindesinteresse dienen würde. Es sei deshalb festzuhalten, dass die Behörden eine nach der Konvention unzulässige Unterscheidung getroffen haben, um das Adoptionsgesuch der Beschwerdeführerin abzuweisen, weshalb eine Verletzung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK vorliege.

### III. Vergleich des französischen mit dem schweizerischen Recht

[Rz 14] Sowohl nach französischem als auch nach schweizerischem Recht darf eine Einzelperson grundsätzlich allein ein Kind adoptieren.<sup>1</sup> Nach beiden Rechtsordnungen müssen für eine solche Adoption mehrere Voraussetzungen gegeben sein.<sup>2</sup> Unter anderem muss die adoptierende Person urteilsfähig sein und ein gewisses Mindestalter zurückgelegt haben, nach französischem Recht das 28., nach schweizerischem Recht das 35. Altersjahr. Weiter muss der Adoption ein Pflegeverhältnis vorangegangen sein, welches nach der französischen Rechtsordnung mindestens sechs Monate betragen muss, nach der schweizerischen mindestens ein Jahr. Überdies muss im Regelfall eine Zustimmung der leiblichen Eltern zur Adoption vorliegen und insbesondere das Kindeswohl gewahrt werden.

[Rz 15] Sowohl das französische wie auch das schweizerische Recht definieren nicht, was unter dem Kindeswohl zu verstehen ist. Beide Rechtsordnungen äussern sich insbesondere nicht darüber, ob bei einer Einzeladoption eine Bezugsperson des anderen Geschlechts vorhanden sein muss.

[Rz 16] Nach schweizerischem Verständnis setzt der vielschichtige Begriff des Kindeswohls eine für das adoptierende Kind in jeglicher Hinsicht förderliche Umgebung in allen Belangen voraus: Insbesondere ist eine gute körperliche und intellektuelle Entwicklung zu gewährleisten, eine genügende emotionale und gesundheitliche Sorge darzubringen und für stabile wirtschaftliche und sachliche Rahmenbedingungen wie Wohnumfeld etc. zu sorgen.<sup>3</sup> Die herrschende Lehre vertritt überdies die Meinung, der Tatsache, dass die Einzeladoption dem adoptierten Kind nur ein Elternteil verschaffe, komme für die Frage, ob die Adoption dem Wohl des Kindes

<sup>1</sup> Vgl. für das schweizerische Recht: Art. 264b Abs. 1 ZGB, für das französische Recht: Art. 343 Abs. 1 Code civil.

<sup>2</sup> Vgl. für die Voraussetzungen im schweizerischen Recht: Art. 264 ff. ZGB sowie HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (...), 3. Aufl., Bern 2007, Nr. 16.78 ff.; vgl. für das französische Recht: Art. 343 ff. Code civil sowie FERID MURAD/SONNENBERGER HANS JÜRGEN, Das französische Zivilrecht, Band 3: Familienrecht, Erbrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1987, Nr. 4 C 541 ff.

<sup>3</sup> BREITSCHMID PETER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006, N 18 zu Art. 264; HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Nr. 26.04a ff.

förderlich sei, erhebliche Bedeutung zu.<sup>4</sup> Und dies nicht nur, weil die Existenz von zwei Elternteilen dem Kind in der Regel eine bessere Betreuung gewährleiste, sondern vielmehr, weil die sozialpsychische und rechtliche Verbindung mit der Mutter und ihrer Verwandtschaft und dem Vater und seiner Verwandtschaft für das Kind wesentliche Grundlage seiner Identitätsfindung und Sozialisation sei.<sup>5</sup> Die gemeinschaftliche Adoption diene deshalb dem Wohl des Kindes grundsätzlich besser als die Einzeladoption. Letztere solle deshalb nur in Frage kommen, wenn sie dem Kindeswohl besser diene, als wenn die Adoption überhaupt unterbleibe.<sup>6</sup> Als Beispiel für eine solche Ausnahmesituation wird der Fall eines elternlosen Kindes aufgeführt, das auf Grund seiner Behinderung kaum Aussicht auf Adoption durch ein Paar hat und nun Aufnahme bei einer Ärztin findet.<sup>7</sup> Nach Auffassung der herrschenden Lehre entspreche nur diese restriktive Auslegung dem Willen des Gesetzgebers.<sup>8</sup>

[Rz 17] In einem Urteil vom 8. März 1999<sup>9</sup> hält das Bundesgericht fest, dass die gemeinschaftliche Adoption die Regel und die Einzeladoption die Ausnahme darstelle. Es betont aber auch, dass das Gesetz die Adoption durch eine Einzelperson ausdrücklich vorsehe und sie keinen besonderen Voraussetzungen unterstelle. Die Adoption werde deshalb nach der Rechtsprechung ausgesprochen, wenn alle für das Kindeswohl notwendigen Bedingungen erfüllt seien und die Einzeladoption der vollen Entfaltung und der positiven Entwicklung des Kindes diene, sowohl in affektiver, intellektueller als auch in körperlicher Hinsicht. Seien diese Voraussetzungen gegeben, müsse die Aufnahmebewilligung für eine Adoption erteilt werden.<sup>10</sup> Nach Meinung des Bundesgerichts

sei der Umstand, dass die Einzeladoption dem Kind nur ein Elternteil verschaffe, für die Beurteilung des Kindeswohls nur insoweit von Bedeutung, als sich der Adoptierende allein um alle Bedürfnisse des Kindes kümmern und für dieses mehr verfügbar sein müsse, als jeder der beiden Adoptiveltern bei der Adoption durch ein Ehepaar.<sup>11</sup> Das Bundesgericht lehnt es daher im Entscheid ausdrücklich ab, die Einzeladoption nur bei besonderen Ausnahmesituationen zuzulassen, wie das von der herrschenden Lehre gefordert wird. Es sei vielmehr entscheidend, von Fall zu Fall zu prüfen, ob die für das Wohl des Kindes gemäss Gesetz verlangten Voraussetzungen erfüllt seien.<sup>12</sup>

[Rz 18] Dieser Entscheid des Bundesgerichts wurde von der Lehre zum Teil heftig kritisiert, insbesondere der Umstand, dass das Bundesgericht die Einzeladoption nicht nur für bestimmte Spezialfälle für zulässig erachtet, sondern immer dann, wenn die Einzeladoption das Kindeswohl gewährleistet.<sup>13</sup> Damit werde unter anderem der fundamentalen Bedeutung der rechtlichen und sozialpsychischen Beziehung des Kindes zu Vater und Mutter zu wenig Rechnung getragen.<sup>14</sup> Trotz dieser Kritik der Lehre und in Kenntnis derselben hat das Bundesgericht bis heute an seiner Rechtsprechung festgehalten.<sup>15</sup>

#### IV. Anmerkungen und Auswirkungen des EGMR-Entscheids auf die Rechtslage in der Schweiz

[Rz 19] Mit dem oben erläuterten Urteil betont der EGMR einmal mehr, dass es im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung besonders gewichtige und überzeugende Gründe braucht, um eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der unter Art. 8 EMRK fallenden Rechte zu rechtfertigen.<sup>16</sup> Solche Gründe liegen nach der nun geänderten Meinung des Gerichtshofes nicht mehr schon dann vor, wenn es sich um eine homosexuelle Person handelt, die als Einzelperson ein Kind adoptieren will. In einem vergleichbaren Urteil vom

<sup>4</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff.; HEGNAUER CYRIL, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 1. Teilband: Die Entstehung des Kindesverhältnisses Artikel 252 – 269c ZGB, 4. Aufl., Bern 1984, N 4 zu Art. 264b; MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, Droit civil suisse, Droit de la filiation, Band I: Etablissement de la filiation (art. 252 à 269c CC), 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2005, Nr. 263.

<sup>5</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 240 f.

<sup>6</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 240 f.; GROSSEN JACQUES-MICHEL, A propos de l'adoption par une personne seule, in: ZVW 2001, S. 39 ff., S. 41.

<sup>7</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 242 f.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971, BBl 1971 II 1219 ff.

<sup>8</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 241, unter Bezugnahme auf die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12. Mai 1971, BBl 1971 II 1200 ff.; GROSSEN JACQUES-MICHEL, A propos de l'adoption par une personne seule, in: ZVW 2001, S. 39 ff., S. 41 ff.

<sup>9</sup> BGE 125 III 161 ff.

<sup>10</sup> BGE 125 III 161 ff. (164 f.), E. 4a/b.

<sup>11</sup> BGE 125 III 161 ff. (163.), E. 3b.

<sup>12</sup> BGE 125 III 161 ff. (164 f.), E. 4a/b; vgl. schon früher: Urteil des Bundesgerichts 5A.9/1997 vom 4. September 1997, in: ZVW 53/1998, S. 115 ff., E. 3b; BGE 111 II 233 ff. (235), E. 2cc.

<sup>13</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 240 ff.; GROSSEN JACQUES-MICHEL, A propos de l'adoption par une personne seule, in: ZVW 2001, S. 39 ff., S. 41.; vgl. auch SCHNYDER BERNHARD, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, in: ZBJV 136/2000, S. 405 ff.

<sup>14</sup> HEGNAUER CYRIL, Zum Ausnahmecharakter der Einzeladoption – Bemerkungen zu BGE 125 III 161, in: ZVW 1999, S. 239 ff., S. 243.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A.19/2006 vom 5. Dezember 2006, E. 2.2.; Urteil des Bundesgerichts 5A.11/2005 vom 3. August 2005, E. 2.2.; Urteil des Bundesgerichts 5A.6/2004 vom 7. Juni 2004, E. 2.2., mit Hinweisen auf die kritische Lehre.

<sup>16</sup> Vgl. z.B. mutatis mutandis Smith et Grady c. Royaume-Uni, Nos. 33985/96 et 33986/96, § 89; S.L. c. Autriche, No. 45330/99, § 37.

26. Februar 2002 (Fretté c. France<sup>17</sup>) hatte der EGMR einen französischen Entscheid noch gestützt, der einem Mann eine Einzeladoption auf Grund seiner Homosexualität verweigerte, obwohl dieser von den zuständigen Behörden grundsätzlich als geeigneter Adoptivvater beurteilt wurde. Der EGMR verneinte damals mit 4:3 Stimmen die Frage, ob eine homosexuelle Person unter Berufung auf Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK Kinder adoptieren dürfe, auch wenn alleinstehenden Heterosexuellen diese Möglichkeit nach der Rechtsordnung zukommt.

[Rz 20] Der Gerichtshof war im Urteil Fretté der Meinung, die Abweisung des Gesuches verfolge das Ziel, die Gesundheit und die Rechte der für eine Adoption in Frage kommenden Kinder zu schützen. Da damit schützenswerte Interessen verfolgt würden, lag nach Ansicht des EGMR keine Ungleichbehandlung vor. Die Verhältnismässigkeit sei durch die Abweisung des Gesuches nicht verletzt worden, da den zuständigen Behörden wegen eines fehlenden wissenschaftlichen und rechtlichen Konsenses der Vertragsstaaten ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibe. Die Behörden waren nach Ansicht des Gerichtshofes berechtigt, zu Gunsten des überwiegenden Kindeswohls zu entscheiden, da man sich über die psychischen Folgen für Kinder, die von Homosexuellen adoptiert werden, noch nicht schlüssig sei.

[Rz 21] Im aktuellen Urteil weicht der EGMR nun – im Gegensatz zum Urteil Fretté – davon ab, den Vertragsstaaten bezüglich der Frage, ob sie Homosexuelle zur Einzeladoption zulassen wollen oder nicht, einen Ermessensspielraum zuzuerkennen. Vielmehr beurteilt er es nunmehr als konventionswidrig, nur gestützt auf die Homosexualität der adoptionswilligen Person die Bewilligung zu verweigern. Der Gerichtshof ist somit der Meinung, dass eine Ungleichbehandlung adoptionswilliger, homosexueller Einzelpersonen nicht nur mit einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls wegen der bestehenden Homosexualität gerechtfertigt werden kann. Auf Grund dieser geänderten Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der Begründung des Urteils Fretté (vgl. dazu oben) ist zu folgern, dass der EGMR im neuen Urteil implizit davon ausgeht, dass unter den Konventionsstaaten, die die Adoption einer Einzelperson zulassen, nun ein weitgehender Konsens darüber herrscht, dass bei ansonsten gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich auch Homosexuelle zur Einzeladoption zuzulassen sind.

[Rz 22] Die nun erfolgte Änderung der Rechtsprechung war jedoch in der Grossen Kammer nicht unumstritten. Der Gerichtshof sprach sich lediglich mit 10:7 Stimmen für eine Verletzung der Konvention aus. Verschiedene, der Mehrheit nicht zustimmende Richter waren der Meinung, dass die Beschwerdeführerin von den französischen Behörden wegen ihrer Homosexualität nicht diskriminiert worden sei, weshalb keine Konventionsverletzung vorliege.

[Rz 23] Auf Grund dieses Urteils ist jedenfalls davon auszugehen, dass es von nun an in den Konventionsstaaten nicht mehr zulässig ist, einer alleinstehenden Person, welche ein Kind adoptieren will, dies einzig mit der Begründung zu verweigern, sie sei homosexuell. Das gilt auf alle Fälle in denjenigen Staaten, wo die Einzeladoption grundsätzlich erlaubt ist.

[Rz 24] Was sind die Auswirkungen dieses Urteils auf die Schweiz? Wie oben unter Ziff. III. ausgeführt, ist die Einzeladoption nach französischem und schweizerischem Recht unter sehr ähnlichen Bedingungen zulässig. Beide Rechtsordnungen verlangen neben einem Mindestalter des Adoptierenden nur das Vorhandensein der allgemeinen Adoptionsvoraussetzungen, insbesondere, dass das Kindeswohl gewahrt ist. Weitere Anforderungen werden nicht gestellt. Insbesondere verlangen beide Gesetze nicht die Existenz einer Bezugsperson des anderen Geschlechts neben dem Adoptierenden. Der Gerichtshof hält im Urteil fest, dass eine solche Anforderung geeignet sei, das Recht der Einzelperson auszuhöhlen, eine Einzeladoption zu beantragen. Diese werde dadurch nämlich gezwungen nachzuweisen, dass in ihrem nahen Umfeld eine Bezugsperson des anderen Geschlechts vorhanden ist.<sup>18</sup>

[Rz 25] Der EGMR ist somit der Meinung, dass nach französischem Recht bei einer Einzeladoption nicht gefordert werden darf, dass eine Bezugsperson des anderen Geschlechts vorhanden ist, da nach französischer Rechtsordnung die Einzeladoption auch ohne Vorhandensein einer Bezugsperson des anderen Geschlechts zulässig ist. Für die Zulässigkeit einer Einzeladoption soll es nach Ansicht des Gerichtshofes nur darauf ankommen, ob die adoptionswillige Einzelperson fähig ist, alle für das Kindeswohl notwendigen Voraussetzungen zu erfüllen. Trifft dies zu, ist die Einzeladoption grundsätzlich zu bewilligen. Da die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Einzeladoption in Frankreich und der Schweiz sehr ähnlich sind, hat die soeben dargelegte Rechtsprechung des Gerichtshofes meiner Meinung nach auch für die Schweiz Geltung und stärkt deshalb die im Vergleich zur herrschenden Lehre weniger restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der Adoption durch eine Einzelperson.

[Rz 26] Wie bereits unter Ziff. III. ausgeführt, bewilligt das Bundesgericht die Einzeladoption im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wenn alle für das Kindeswohl notwendigen Bedingungen erfüllt sind und die Adoption die volle Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes gewährleistet. Das Bundesgericht lehnt es somit ab, die Einzeladoption nur für Ausnahmefälle zuzulassen, wie es die herrschende Lehre verlangt. Diese einschränkende Ansicht der Lehre wird durch das hier besprochene Urteil des Gerichtshofes jedoch nicht gestützt.

[Rz 27] Nach der Veröffentlichung des hier besprochenen

<sup>17</sup> Fretté c. France, No. 36515/97.

<sup>18</sup> Fretté c. France, No. 36515/97, § 73.

Urteils war verschiedentlich zu lesen, dass dieses Gerichtsurteil auch Auswirkungen auf die Adoptionsmöglichkeit von homosexuellen Paaren in eingetragener Partnerschaft haben könnte.<sup>19</sup> Der Gerichtshof hat im Urteil jedoch deutlich festgehalten, dass im vorliegenden Fall lediglich die Frage zu beurteilen war, ob eine homosexuelle Person zur Einzeladoption berechtigt sei oder nicht. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin in einer langjährigen, stabilen Partnerschaft lebt, ändert nichts daran, dass es sich nur um eine Einzeladoption handelt und nicht um eine gemeinsame Adoption eines homosexuellen Paares. Der EGMR hat somit nicht darüber befunden, ob ein homosexuelles Paar, in eingetragener Partnerschaft lebend oder nicht, zur gemeinschaftlichen Adoption berechtigt ist. Er hat einzig klargestellt, dass nur gestützt auf die sexuelle Orientierung einer adoptionswilligen Person das Gesuch um Bewilligung einer Einzeladoption nicht verweigert werden darf.

[Rz 28] Aus dieser neusten Rechtsprechung kann daher nicht abgeleitet werden, dass nach Meinung des Gerichtshofes homosexuellen Paaren, eingetragen oder nicht, bei Vorliegen der allgemeinen Adoptionsvoraussetzungen – insbesondere dem Kindeswohl – die gemeinschaftliche Adoption bewilligt werden muss. Der EGMR hat verschiedentlich klargestellt, dass den Vertragsstaaten in Fragen, bei denen unter denen Konventionsstaaten kein Konsens auszumachen sei, ein beträchtlicher Ermessensspielraum zukomme.<sup>20</sup> Gemäss seiner Rechtsprechung könne es nicht die Aufgabe des Gerichtshofes sein, anstelle der nationalen Autoritäten über heikle Fragen zu entscheiden und diesen eine einheitliche Lösung aufzudrängen.<sup>21</sup>

[Rz 29] Nach Art. 28 des seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehenden Partnerschaftsgesetzes<sup>22</sup> sind eingetragene Partner/innen von der Möglichkeit der Adoption ausgeschlossen, und zwar von der gemeinsamen wie auch von der Einzeladoption. Es ist davon auszugehen, dass das PartG vom Volk an der Referendumsabstimmung vom 5. Juni 2005 nur deshalb angenommen wurde, weil das Gesetz die Adoptionsmöglichkeit für Homosexuelle in eingetragener Partnerschaft explizit ausschliesst.<sup>23</sup> Es ist daher auch heute noch äusserst fraglich, ob eine Mehrheit der Stimmbürger/innen die Adoption durch Homosexuelle in eingetragener Partnerschaft unterstützen würde.

[Rz 30] Auch für die überwiegende Mehrheit der

homosexuellen Paare, die nicht in eingetragener Partnerschaft leben, besteht in der Schweiz keine Möglichkeit, gemeinsam ein Kind zu adoptieren.<sup>24</sup> Gemäss Art. 264a Abs. 1 ZGB steht die gemeinschaftliche Adoption nur Ehegatten offen, andere Personen werden von dieser Möglichkeit explizit ausgeschlossen.

[Rz 31] Wie in der Schweiz, so ist auch in den meisten anderen Konventionsstaaten die gemeinsame Adoption durch homosexuelle Paare, eingetragen oder nicht, verboten. Nur wenige Vertragsstaaten, darunter die Niederlande, Dänemark und Deutschland, erlauben gegenwärtig die gemeinsame Adoption durch Homosexuelle bzw. die Stiefkindadoption in einer eingetragenen, gleichgeschlechtlichen Partnerschaft.<sup>25</sup> Somit besteht zwischen den Vertragsstaaten zurzeit in keiner Weise ein Konsens darüber, ob homosexuelle Paare gemeinsam ein Kind adoptieren dürfen. Gestützt auf die oben erwähnte Rechtsprechung des EGMR kann deshalb gefolgert werden, dass den Konventionsstaaten in dieser Frage ein erheblicher Entscheidungsspielraum zukommt, weshalb sie in dieser Angelegenheit selbständig entscheiden können. Es ist daher davon auszugehen, dass das in der Schweiz geltende absolute Adoptionsverbot für homosexuelle Paare gegenwärtig nicht gegen die EMRK verstösst.

[Rz 32] Der Gerichtshof hat aber verschiedentlich festgehalten, dass es sich bei der Konvention um ein lebendiges Instrument handle, das im Licht der aktuellen Bedingungen zu interpretieren sei.<sup>26</sup> Der EGMR hat in der Vergangenheit deshalb mittels einer dynamischen Rechtsprechung den Schutz der Menschenrechte Schritt für Schritt erweitert, vertieft und modernisiert.<sup>27</sup> Diese Entwicklung wird sicherlich auch in Zukunft weitergehen. Es ist deshalb gut möglich, dass in einigen Jahren, falls zu diesem Zeitpunkt eine Mehrheit von Vertragsstaaten eingetragenen homosexuellen Paaren die gemeinschaftliche Adoption erlaubt, der Gerichtshof auf Grund seiner dynamischen Rechtsprechung zum Schluss kommt, die Nichtgewährung dieses Rechts durch einen Konventionsstaat verletze nun auf Grund der sich geänderten Anschauung bezüglich der Adoption von Homosexuellen die EMRK. Dies insbesondere deshalb, weil homosexuelle Paare in eingetragenen Partnerschaften grundsätzlich einem Kind die gleiche Stabilität bieten können wie Ehepaare.

[Rz 33] Die in der jüngeren Vergangenheit stetig zunehmende

<sup>19</sup> Vgl. z.B. den Beitrag «Adoption durch Schwule und Lesben wird wieder zum politischen Thema», in: NZZ am Sonntag vom 27. Januar 2008.

<sup>20</sup> Fretté c. France, No. 36515/97, § 41; vgl. mutatis mutandis, Manoussakis et autres c. Grèce, Recueil 1996-IV, § 44, et Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, No. 27417/95, § 84.

<sup>21</sup> Fretté c. France, No. 36515/97, § 36.

<sup>22</sup> Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG, vom 18. Juni 2004, SR 211.231.

<sup>23</sup> Das Gesetz wurde von den Stimmberechtigten mit einer Mehrheit von 58% angenommen, BBl 2005, S. 5183 f.

<sup>24</sup> BREITSCHMID PETER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 3. Aufl., Basel 2006, N 2 zu Art. 264a; BGE 129 III 656 ff. (661), E. 4.4.

<sup>25</sup> COPUR EYLEM, Die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare, in: Ziegler Andreas R. et. al. (Hrsg.), Rechte der Lesben und Schwulen in der Schweiz, Eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft, Rechtsfragen zur Homosexualität, Bern 2007, S. 297 ff., 315 ff.

<sup>26</sup> Affaire E.B. c. France, No. 43546/02, § 92; Affaire Johnston et autres c. Irlande, No. 9697/82, § 53.

<sup>27</sup> THÜRER DANIEL, EMRK – Zu ihren Entwicklungen und zu ihren Umrissen, in: Thürer Daniel (Hrsg.), EMRK: Neuere Entwicklungen, Zürich/Basel/Genève 2005, S. 1 ff., 12.

Akzeptanz der homosexuellen Partnerschaften in den Vertragsstaaten lässt darauf schliessen, dass in Zukunft immer mehr Konventionsstaaten die gemeinschaftliche Adoption auch für eingetragene homosexuelle Paare öffnen werden, so wie das die Niederlande schon getan hat. Dies, weil in Europa immer mehr Menschen die Überzeugung gewinnen, dass keine wirklich stichhaltigen Gründe vorhanden sind, diese Paare vom Recht auf eine gemeinsame Adoption auszuschliessen.

[Rz 34] Es ist aber gut möglich, dass die Schweiz nicht erst durch ein allenfalls in Zukunft ergehendes Urteil des EGMR dazu gebracht wird, die gemeinschaftliche Adoption für eingetragene homosexuelle Paare zu öffnen, sondern von sich aus den Homosexuellen dieses Recht einräumt. Nach der Publikation des hier besprochenen Urteils wurde von verschiedener Seite angekündigt, politisch darauf hinwirken zu wollen.<sup>28</sup> Es bleibt abzuwarten, was daraus wird.

---

Lic. iur. Matthias Jaggi, Rechtsanwalt, ist Assistent von Prof. R. Aebi-Müller an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

---

\* \* \*

---

<sup>28</sup> Vgl. z.B. den Beitrag «Adoption durch Schwule und Lesben wird wieder zum politischen Thema», in: NZZ am Sonntag vom 27. Januar 2008.