

Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?

Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz

Andrea Büchler, Prof. Dr., Ordentliche Professorin an der Universität Zürich

Nora Bertschi, MLaw LL.M., Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Stichwörter: Leihmutterschaft, IPRG, ordre public, Wunscheltern, Anerkennung, gespaltene Mutterschaft, Fortpflanzungsmedizin, Fortpflanzungstourismus, Kindesverhältnis, Adoption, Kindeswohl, Gesetzesumgehung.

Mots clefs : Maternité de substitution, LDIP, ordre public, parents d'intention, reconnaissance, maternité partagée, procréation médicalement assistée, tourisme de la fertilité, rapport de filiation, adoption, bien de l'enfant, fraude à la loi.

I. Ausgangslage

Dem schweizerischen Recht sind Leihmutterschaftsverhältnisse nicht bekannt. Ganz anders dagegen die Rechtslage in den USA, England, Israel oder Indien. In diesen Ländern werden Kinder ganz legal von einer «Leihmutter»¹ ausgetragen. Immer mehr Paare nutzen die liberale Haltung des Auslands und erfüllen sich in der Fremde den Wunsch vom eigenen Kind. Ausländische Vermittlungsagenturen helfen, die geeignete Leihmutter zu finden und die notwendigen rechtlichen Schritte einzuleiten.² Leihmutterschaftskliniken haben sich auf die erforderlichen fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen spezialisiert und bieten künstliche In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer an.³ Für diese medizinischen Behandlungen und recht-

lichen Beratungen müssen die «Wunscheltern»⁴ oft nur wenige Male ins Ausland reisen. In der Regel sind sie bei der Geburt des Kindes anwesend.

Sofern alles wie geplant verläuft, können die «Wunscheltern» nach der Geburt mit dem Kind in die Schweiz einreisen. Im Gepäck mit dabei haben sie die ausländische Geburtsurkunde, die sie als rechtliche Eltern ausweist. Um das Kind auch in das schweizerische Zivilstandsregister eintragen zu lassen, legen sie diese dem Zivilstandsamt vor. Die besondere Konstellation der «geteilten Elternschaft» ist aus dem Papier nicht ohne weiteres ersichtlich und bleibt in der Praxis wohl meistens im Dunkeln. Die Behörden tragen daher das Paar in der Regel als rechtliche Eltern in das schweizerische Zivilstandsregister ein. Es sind jedoch Situationen denkbar, die den Behörden Anlass geben, zu vermuten, das Kind sei durch eine Leihmutter im Ausland ausgetragen worden. So zum Beispiel, wenn das fortgeschrittene Alter der Frau ihre Schwangerschaft als

unwahrscheinlich erscheinen lässt oder wenn die Pässeinträge nahelegen, dass das Paar bei der Geburt des Kindes nicht im entsprechenden Land anwesend war. In diesen Fällen klären die Behörden den Sachverhalt näher ab und bei bestätigter Leihmutterschaft stellt sich ihnen die Frage, ob das Kindesverhältnis nach ausländischem Recht in der Schweiz anerkannt werden kann und muss.

Am Beispiel der USA soll im Folgenden dieser Frage nachgegangen werden. Nach einleitenden Erläuterungen zur Leihmutterschaft wird die Zulässigkeit der Leihmutterschaft nach amerikanischem und schweizerischem Recht diskutiert (II). In einem zweiten Schritt folgt sodann die Prüfung der Anerkennungsfähigkeit des Kindesverhältnisses nach amerikanischem Recht (III). Sollte dem Kindesverhältnis nach amerikanischem Recht in der Schweiz die Anerkennung verwehrt bleiben, werden schliesslich weitere Möglichkeiten der Begründung eines Kindesverhältnisses zu den «Wunscheltern» in der Schweiz – die Adoption (IV) und die Anerkennung der Vaterschaft mit anschliessender Stiefkindadoption (V) – diskutiert.

II. Leihmutterschaft

1. Allgemeines

Als Leihmutter wird eine Frau bezeichnet, die sich bereit erklärt, «durch ein Fortpflanzungsverfahren [*sic*] ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen».⁵ Weiter verpflichtet sich die Leihmutter in der Praxis häufig zu bestimmten Verhaltensweisen während der Schwangerschaft:

FamPra.ch–2013– 35

Nebenschichten wie ein Rauch-, Alkohol- und Drogenverbot, Verzicht auf Geschlechtsverkehr sowie die Vermeidung sonstiger Risiken für das Kind sind häufiger Bestandteil eines Leihmutterschaftsvertrages.⁶ Im Gegenzug erhält die Leihmutter in der Regel ein Entgelt. Wie ein Vergleich zwischen verschiedenen Leihmutterschaftsagenturen zeigt, werden in den USA einer Leihmutter durchschnittlich Beträge in der Höhe von rund 30 000 USD bezahlt.⁷

Leihmutterschaftsverhältnisse kommen in unterschiedlichsten Formen vor. Literatur und Rechtsprechung unterscheiden zwei Hauptvarianten.⁸ Im ersten Fall werden im Sinne der künstlichen Insemination Spermien in den Genitaltrakt der Leihmutter eingebracht. Kommt es zur Schwangerschaft und Geburt eines Kindes, ist die gebärende Frau zugleich genetische⁹ und biologische¹⁰ Mutter.¹¹ Im zweiten Fall werden Eizellen der Wunschmutter oder einer Drittperson in vitro befruchtet und anschliessend in die Gebärmutter der Leihmutter eingesetzt. Bei dieser Variante besteht zur Leihmutter keine genetische Beziehung.¹²

Erste Hinweise auf Leihmutterschaftsverhältnisse finden sich bereits im Alten Testament: Da Abraham und Sara kinderlos bleiben, wohnt Abraham auf Bitten seiner Frau der ägyptischen Sklavin Hagar bei. Nach der Geburt des so gezeugten Sohnes Ismael verstösst Sara ihre Dienerin

Hagar, die genetische Mutter des Kindes.¹³ Die weltlichen Rechtsordnungen standen derartigen Konstellationen lange Zeit kritisch gegenüber. Angesichts zunehmender Fertilitätsprobleme und der erheblichen wissenschaftlichen Fortschritte wurden und werden entsprechende fortpflanzungsmedizinische Verfahren in der Praxis jedoch immer häufiger in Anspruch genommen. In den USA etwa wird die Leihmutterschaft seit Beginn der 1980er Jahre praktiziert und im Leading Case *In re Baby M* erstmals für rechtlich zulässig befunden.¹⁴ Seitdem steigt die Zahl der Fälle vertraglich vereinbarter Schwangerschaft stetig an. Während in den USA im Jahr 2004 schätzungsweise rund 700 Kinder von einer Leih-

FamPra.ch–2013– 36

mutter ausgetragen wurden, waren es im Jahr 2008 bereits ungefähr 1400.¹⁵ In England wird von jährlich rund 40 Leihmutterschaftsgeburten ausgegangen.¹⁶ Auch in der Schweiz nehmen immer mehr Paare fortpflanzungsmedizinische Verfahren in Anspruch, um den Wunsch vom eigenen Kind zu verwirklichen. So wurden im Jahr 2009 rund 6300 Paare mit entsprechenden Methoden behandelt.¹⁷ Wie häufig dabei auch die Hilfe einer Leihmutter im Ausland in Anspruch genommen wird, kann nicht eruiert werden. Gemäss Angaben der Behörden und aus der Presse sind jedenfalls mehrere Fälle bekannt, weshalb von einer bestehenden Praxis ausgegangen werden kann.¹⁸ Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten sah sich immerhin veranlasst, Merkblätter für den Fall einer im Ausland in Anspruch genommenen Leihmutter zu verfassen.¹⁹

2. Leihmutterschaft nach amerikanischem Recht

a) Allgemeines

In den USA fällt die Regelung von Leihmutterschaftsverhältnissen in die Kompetenz der einzelnen Staaten. Auf Bundesebene besteht einzig ein leihmutterschaftsfreundlicher Regelungsvorschlag: Sämtliche Formen der Leihmutterschaft sind gemäss dem Uniform Parentage Act 2000 zulässig. Auch darf der Leihmutter für ihre Dienstleistung ein Entgelt bezahlt werden, solange dieses angemessen erscheint.²⁰ Leihmutterschaftsverträge bedürfen jedoch, um rechtliche Wirkung zu erzeugen, der gerichtlichen Genehmigung.²¹

FamPra.ch–2013– 37

Der Regelungsvorschlag auf Bundesebene ist jedoch für die einzelnen Staaten nicht verbindlich. Entsprechend unterschiedlich gestaltet sich die Gesetzeslage: Während etwa Arizona ein absolutes Verbot kennt, sind entsprechende Verträge in Nebraska lediglich nicht durchsetzbar. Wieder andere Staaten, so auch Washington, erlauben bestimmte Arten von Leihmutterschaftsverträgen oder setzen gewisse Anforderungen an ein rechtmässiges Verfahren. Dabei dient einigen dieser Staaten der Uniform Parentage Act 2000 als Vorbild. In Florida schliesslich sind derartige Verhältnisse uneingeschränkt rechtmässig.²² Im Folgenden sollen

existierende rechtliche Ausgestaltungen der Leihmutterschaft am Beispiel zweier Staaten näher erläutert werden.

b) Das Beispiel Kalifornien

Im Staat Kalifornien fehlt eine explizite gesetzliche Regelung von Leihmutterschaftsverhältnissen. Das kalifornische Recht kennt einzig allgemeine Vermutungen der Elternschaft. So gilt gemäss dem kalifornischen Familienrecht vermutungsweise die gebärende Frau als rechtliche Mutter.²³ Beim Mann dient unter anderem die Ehe zur Frau, die das Kind zur Welt bringt, als Grundlage für die Vaterschaftsvermutung.²⁴ Frauen wie Männer können aber ihre Elternrechte vor der Geburt des Kindes gerichtlich geltend machen und so die Mutter- und Vaterschaftsvermutungen umstossen.²⁵ Die darauf folgenden Gerichtsentscheide stellen das Kindesverhältnis verbindlich fest und bilden die Grundlage für den Eintrag der Eltern in die Geburtsurkunde des Kindes.

Die Regelung von Leihmutterschaftsverhältnissen wird damit der Rechtsprechung überlassen. Dabei zeigen sich die kalifornischen Gerichte offen gegenüber der Leihmutterschaft. Bestimmungen des kalifornischen Familienrechts werden grosszügig ausgelegt und der Uniform Parentage Act 2000 – gedacht als Harmonisierungsvorschlag – kommt hilfsweise zur Anwendung. Massgebend für die gerichtliche Beurteilung sind insbesondere die Intention der Parteien sowie die Beziehungen der Beteiligten zum Kind.²⁶ Im Leading Case *Johnson v. Calvert* hatte der kalifornische Supreme Court einen Fall zu beurteilen, in dem sowohl die genetisch mit dem Kind verwandte Wunschmutter als auch die gebärende Leihmutter ihre Elternrechte geltend machten. Der Supreme Court stellte in seiner Entscheidung hauptsächlich auf

FamPra.ch–2013– 38

die Intentionen der Parteien, wie sie im Leihmutterschaftsvertrag zum Ausdruck gebracht wurden, ab und bejahte ein Kindesverhältnis zur Wunschmutter.²⁷ Auch in Fällen, in denen das Kind mittels Eizellenspende gezeugt wird, anerkennen die kalifornischen Gerichte die Wunschmutter als rechtliche Mutter. Eine Bestimmung des kalifornischen Family Code, wonach bei einer künstlichen Befruchtung mittels Samenspende keine rechtliche Beziehung zwischen dem Kind und dem Spender entsteht und stattdessen der Wunschvater die rechtliche Elternposition einnimmt,²⁸ kommt bei der Eizellenspende analog zur Anwendung.²⁹ Damit ist nicht die Eizellenspenderin genetische Mutter, sondern die Wunschmutter die rechtliche Mutter.³⁰ Dieselben Grundsätze finden auch Anwendung, wenn die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare in Frage steht.³¹ Differenzierter ist die Rechtsprechung einzig in Fällen, in denen die Leihmutter genetisch mit dem Kind verwandt ist. In diesen Fällen wird mitunter die Leihmutter als rechtliche Mutter betrachtet.³² Verzichtet die genetisch mit dem Kind verwandte Leihmutter jedoch auf ihre Elternrechte, werden regelmässig die Wunscheltern als rechtliche Eltern eingetragen.³³ Zusammenfassend: Gemäss kalifornischer Rechtsprechung sind Leihmutterschaftsvereinbarungen zulässig. Die Gerichte anerkennen im Grundsatz ein Kindesverhältnis zu den Wunscheltern. Unbestritten ist dies jedenfalls dann, wenn die Leihmutter mit dem Kind genetisch nicht verwandt ist und sie auf ihre Elternrechte verzichtet.

c) Das Beispiel New Hampshire

Im Vergleich zu Kalifornien verfügt New Hampshire über eine sehr detaillierte gesetzliche Regelung der Leihmutterschaft. Die Regelung lehnt sich teilweise an den Uniform Parentage Act 2000 an. Grundsätzlich gilt wie im schweizerischen Recht die gebärende Frau als rechtliche Mutter. Das Kindesverhältnis zum Vater entsteht vermutungsweise aufgrund einer bestehenden Ehe zur gebärenden Frau oder durch Anerkennung.³⁴ Die Elternposition kann aber im Falle der Leihmutterschaft auf Dritte übertragen werden.

FamPra.ch–2013– 39

Die Zulässigkeit von Leihmutterschaftsverhältnissen wird in New Hampshire an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Einen Leihmutterschaftsvertrag darf nur eingehen, wer das 21. Altersjahr erreicht hat.³⁵ Zudem muss die Leihmutter bereits ein Kind ausgetragen haben. Ist sie verheiratet, so hat auch der Ehemann seine Zustimmung abzugeben.³⁶ Als Wunscheltern kommen nur verheiratete Paare in Frage.³⁷ Die Wunschmutter hat überdies nachzuweisen, dass sie aus medizinischen Gründen nicht in der Lage ist, ein Kind selbst auszutragen.³⁸ Die Wunscheltern müssen mindestens eine der verwendeten Keimzellen selber spenden, wobei die Eizelle nur von der Wunschmutter oder der Leihmutter stammen darf.³⁹ Eizellenspenden von Drittpersonen sind demnach nicht erlaubt. Zudem muss mindestens eine der beteiligten Parteien Wohnsitz im Staat New Hampshire haben.⁴⁰

Schliesslich versucht New Hampshire, die Kommerzialisierung von Leihmutterschaftsverhältnissen zu unterbinden. Die Bezahlung einer Entschädigung an die Leihmutter ist nur zur Kompensation von Arbeitsausfall sowie zur Deckung der anfallenden Kosten für medizinische Untersuchungen, anwaltliche Beratungen oder Versicherungsprämien zulässig. Die Vereinbarung darüber hinausgehender Beträge sowie von Vermittlungsgebühren für allfällige Leihmutterschaftsagenturen sind untersagt.⁴¹

Auch das Verfahren der Leihmutterschaft erfährt eine relativ detaillierte Regelung. Im Vorfeld einer Leihmutterschaft muss der Gesundheitszustand der Leihmutter sowie der Wunscheltern geprüft werden. Die medizinische Begutachtung der Leihmutter fällt besonders umfangreich aus, wenn sie das 35. Altersjahr bereits überschritten hat.⁴² Im Weiteren erfolgt ein psychologischer Test. Schliesslich überprüfen Fachpersonen das Umfeld und die Lebensbedingungen der Beteiligten.⁴³ Erst im Anschluss an das Begutachtungsverfahren kann dem Gericht die getroffene Leihmutterschaftsvereinbarung zur Genehmigung unterbreitet werden.⁴⁴

Die gesetzliche Regelung statuiert umfassende Rechte der Leihmutter während der Schwangerschaft und nach der Geburt. So darf die Leihmutter während der Schwangerschaft Entscheide im Zusammenhang mit ihrer eigenen und der Gesund-

FamPra.ch–2013– 40

heit des Fötus alleine treffen.⁴⁵ Nach der Geburt hat sie überdies während 72 Stunden das Recht, sich anders zu entscheiden und das Kind als eigenes zu behalten. Erst nach Ablauf der Bedenkzeit gehen die Elternrechte auf die Wunscheltern über.⁴⁶ Die Gesetzesumgehung oder der Vertragsbruch werden sanktioniert: So sind etwa Parteien, die gegen den Leihmutterschaftsvertrag verstossen, zu Kindesunterhalt verpflichtet⁴⁷ und unter Umständen auch strafrechtlich verantwortlich.⁴⁸

3. Leihmutterschaft nach Schweizer Recht und in Europa

Leihmutterschaft ist in der Schweiz bereits auf Verfassungsebene verboten⁴⁹ und auch das Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung untersagt solche Verfahren.⁵⁰ Begründet wird das Verbot mit den negativen Folgen einer Leihmutterschaft, wozu die Instrumentalisierung der Frau sowie die Gefährdung des Kindeswohls gezählt werden.⁵¹ Zudem soll «gespaltene Mutterschaft» verhindert werden – das heisst die Spaltung in genetische und biologische Mutterschaft. Gemäss ganz überwiegender Lehre sind Leihmutterschaftsverträge nichtig, weil sie den höchstpersönlichen Bereich tangieren und somit eine übermässige Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB bedeuten. Entsprechende vertragliche Forderungen können in der Schweiz nicht durchgesetzt werden.⁵²

Leihmutterschaftsverhältnisse stehen zudem im Widerspruch zu grundlegenden Bestimmungen des schweizerischen Familienrechts. Für ein während der Ehe geborenes Kind gilt der Ehemann als rechtlicher Vater.⁵³ Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht gemäss Art. 252 Abs. 1 ZGB durch Geburt. Dieses Prinzip der Eindeutigkeit der Mutterschaft kommt im römischen Rechtsgrundsatz «mater semper certa est» zum Ausdruck und gilt als unumstösslich.⁵⁴ Die Mutterschaft kann weder hergestellt noch angefochten, sondern lediglich festgestellt werden.

FamPra.ch–2013– 41

Schliesslich können Leihmutterschaftsverhältnisse in Konflikt mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung geraten. Dies ist dann der Fall, wenn das Kind keine Einsicht in die Daten der Leihmutter oder einer allfälligen Eizellenspenderin oder eines Samenspenders erhält. Das Recht jeder Person auf Zugang zu Daten über die eigene Abstammung ist verfassungsrechtlich verankert⁵⁵ und entspricht einem elementaren Bedürfnis kindlicher Persönlichkeitsentfaltung.⁵⁶ Für die in der Schweiz zulässige heterologe Samenspende enthält das Fortpflanzungsmedizinengesetz entsprechende Dokumentationspflichten.⁵⁷

Die Schweiz steht mit ihrem generellen Verbot der Leihmutterschaft im europäischen Vergleich nicht alleine da. Dennoch kann keineswegs von einem europäischen Konsens in dieser Frage gesprochen werden. Während Länder wie Frankreich⁵⁸ oder Deutschland⁵⁹ ein Verbot der Leihmutterschaft ähnlich demjenigen der Schweiz kennen, erlauben etwa Griechenland⁶⁰ oder die Ukraine⁶¹ die Leihmutterschaft. In den Niederlanden und in England sind lediglich

kommerzielle Leihmutterschaftsverhältnisse verboten. Damit sind Zahlungen, welche über eine Deckung der durch die Schwangerschaft verursachten Kosten hinausgehen, sowie Gebühren an Vermittlungspersonen und die öffentliche Werbung für Leihmutterschaft unzulässig.⁶² Nachdem die Leihmutter das Kind geboren hat, können verheiratete Wunscheltern gemäss englischem Recht gerichtlich um einen «parental order» ersuchen und sich damit als rechtliche Eltern eintragen lassen.⁶³ Der Leihmutter steht es jedoch frei, ihre Entscheidung zu überdenken und selbst die Elternrechte zu beantragen.⁶⁴ Auch jenseits der europäischen Grenzen sind Leihmutterschaftsverhältnisse in vielen Staaten erlaubt. So ist die Leihmutterschaft neben den USA etwa in Kanada, Israel oder China zulässig.⁶⁵

FamPra.ch–2013– 42

III. Die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz

1. Allgemeines

Für die Anerkennung eines Kindesverhältnisses nach amerikanischem Recht in der Schweiz sind keine Staatsverträge einschlägig. Es gelten die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht. Gemäss Art. 32 IPRG wird eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in das Zivilstandsregister eingetragen.

2. Voraussetzungen der Anerkennung

a) Allgemeine Voraussetzungen

Die kantonale Aufsichtsbehörde bewilligt die Eintragung ausländischer Entscheidungen und Urkunden unter den allgemeinen Anerkennungsbedingungen gemäss Art. 25 ff IPRG⁶⁶ sowie unter den spezifischen Voraussetzungen gemäss dem besonderen Teil des IPRG. Bei der Prüfung der Anerkennung gilt es zwischen einer allfälligen Gerichtsentscheidung, der das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern feststellt, und der Geburtsurkunde, welche die Wunscheltern als rechtliche Eltern aufführt, zu unterscheiden.

Eine ausländische Entscheidung wird in der Schweiz nur anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war (sogenannte indirekte Zuständigkeit).⁶⁷ Nach Art. 26 lit. a IPRG ist die Zuständigkeit einer ausländischen Behörde gegeben, wenn das Schweizer IPRG diese Zuständigkeit vorsieht. Ob die ausländische Gerichtsinstanz auch nach ihrem eigenen Recht zuständig war oder ob das anwendbare Recht korrekt bestimmt wurde, wird im schweizerischen Anerkennungsverfahren grundsätzlich nicht geprüft.⁶⁸ Vorliegend ist Art. 70 IPRG einschlägig, wonach ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses in der Schweiz unter anderem dann anerkannt werden, wenn sie am Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Eltern ergangen sind. Da im Falle der Leihmutterschaft die rechtliche Elternschaft strittig ist, bringt dieses

Anknüpfungsmerkmal keine Klärung. Gemäss Art. 70 IPRG zählt auch der Heimatstaat des Kindes zu den Anknüpfungsmerkmalen.⁶⁹ Der Zeitpunkt, in dem sich das Zuständigkeitskriterium erfüllt haben muss, ist gemäss herrschender Lehre derjenige der Klageanhängigmachung, spätestens aber derjenige des

FamPra.ch–2013– 43

Entscheides.⁷⁰ Gemäss US-amerikanischem Recht erhält eine Person mit der Geburt in den USA die amerikanische Staatsbürgerschaft.⁷¹ Weil Entscheide zur Feststellung des Kindesverhältnisses in der Regel vor der Geburt des Kindes ergehen, erwirbt das Kind die amerikanische Staatsbürgerschaft erst nach dem Gerichtsentscheid. Analog zur Auslegung von Art. 66 ff. IPRG müsste folglich für die Begründung der amerikanischen Zuständigkeit an die vorhersehbare künftige Staatsangehörigkeit angeknüpft werden.⁷² Die indirekte Zuständigkeit könnte dann im Sinne einer Heilung – die Zuständigkeitsvoraussetzungen haben sich erst im Nachhinein verwirklicht – bejaht werden.⁷³ Im Zusammenhang mit dem Namensrecht hat das Bundesgericht bereits die Zulässigkeit einer derart flexiblen Auslegung des Anknüpfungsmerkmals bestätigt.⁷⁴

Art. 70 IPRG nennt schliesslich den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes als weiteres Anknüpfungsmerkmal. In diesem Zusammenhang kann nicht ohne weiteres an den Wohnsitz der mutmasslichen Eltern angeknüpft werden. Der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Kindes wird vielmehr selbständig ermittelt. Fehlt es an einem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes, kann an seinen schlichten Aufenthaltsort angeknüpft werden.⁷⁵ Im Zeitpunkt des Gerichtsentscheides zur Feststellung des Kindesverhältnisses und damit vor der Geburt des Kindes kann wohl noch nicht von einem gewöhnlichen Aufenthalt gesprochen werden. Der schlichte Aufenthaltsort ungeborener Kinder entspricht am ehesten demjenigen der austragenden Frau – im vorliegenden Zusammenhang also dem Wohnort der Leihmutter in den USA. Zusammenfassend erscheint mangels Gerichtspraxis nicht eindeutig, ob in Bezug auf die Anerkennung vorgeburtlicher Gerichtsentscheide Art. 70 IPRG erfüllt ist. Die dargelegten Erwägungen sprechen jedoch für die Bejahung der indirekten Zuständigkeit.

Gemäss Art. 25 lit. b IPRG muss im Weiteren die ausländische Entscheidung endgültig sein, das heisst, es darf kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden können. Schliesslich darf weder der Inhalt des Entscheides noch das Verfahren, welches zu diesem geführt hat, gegen den schweizerischen ordre public im Sinne von Art. 27 IPRG verstossen.⁷⁶ Im ersten Fall spricht man vom materiellen, im zweiten vom formellen ordre public.⁷⁷ Das Verhältnis der Leihmutter zum materiellen ordre public wird kontrovers diskutiert.⁷⁸

FamPra.ch–2013– 44

In Bezug auf die Anerkennung einer ausländischen Geburtsurkunde kann auf die vorhergehenden Ausführungen verwiesen werden. Gemäss der Praxis der schweizerischen Zivilstandsämter werden Geburtsurkunden des Auslands anerkannt, sofern sie am Ort des Ereignisses, das heisst

der Geburt, ausgestellt wurden.⁷⁹ Allerdings muss auch in diesem Fall Art. 70 IPRG massgebend sein. Urkunden werden zwar in Art. 70 IPRG nicht explizit erwähnt, dies darf aber nicht als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers interpretiert werden. So ist die Anerkennung von Urkunden dem IPRG keineswegs fern.⁸⁰ Zudem wurde mit Art. 70 IPRG eine möglichst umfassende Begünstigung der Anerkennung beabsichtigt.⁸¹ Schliesslich erklärt Art. 32 IPRG im Zusammenhang mit der Anerkennung von Urkunden die allgemeinen Anerkennungsvoraussetzungen des IPRG (Art. 25 ff. IPRG) für anwendbar, welche wiederum auf den Besonderen Teil des IPRG und damit auch auf Art. 70 IPRG verweisen.

b) Der materielle Ordre-public-Vorbehalt im Besonderen

aa) Allgemeines

Mit Art. 27 Abs. 1 IPRG wurde auf eine inhaltliche Umschreibung des materiellen ordre public verzichtet. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt die Vorbehaltsklausel etwa dann zur Anwendung, wenn «den elementarsten Grundsätzen des schweizerischen Rechtsverständnisses in stossender Weise»⁸² widersprochen wird, wenn «der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Werteordnung (...) schlechthin unvereinbar»⁸³ erscheint oder wenn «grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet»⁸⁴ werden. Die anzuerkennende Entscheidung wird damit an den tragenden Prinzipien des geltenden Rechts gemessen. Dabei darf die Beurteilung nicht auf eine Nachprüfung in der Sache selbst hinauslaufen.⁸⁵ Die korrekte Sachverhaltsermittlung sowie Rechtsanwendung durch das ausländische Gericht werden nicht überprüft.⁸⁶

Die Vorbehaltsklausel des Art. 27 Abs. 1 IPRG ist von der Gesetzesumgehung abzugrenzen. Während sich der ordre public gegen die Entscheidung oder Rechts-

FamPra.ch–2013– 45

lage wendet, adressiert die Gesetzesumgehung nicht die im Ausland geschaffene Rechtslage als solche, sondern die Umgehungsabsichten der Parteien. Gesetzesumgehungen lassen sich über Art. 2 Abs. 2 ZGB berichtigen. Art. 2 Abs. 2 ZGB kann jedoch seinerseits Bestandteil des ordre public sein.⁸⁷

Massstab des ordre public bildet die einheimische Rechtsordnung unter Einbezug des internationalen Rechts.⁸⁸ Der ordre public umfasst die verfassungsmässigen Rechte sowie sonstige Grundwerte des schweizerischen Gesetzesrechts.⁸⁹ Die zwingenden Normen des schweizerischen Rechts gehören jedoch nicht ohne weiteres zum ordre public.⁹⁰ Vielmehr ist jeweils mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalls die Vereinbarkeit der Anerkennung des Entscheides mit der schweizerischen Werteordnung zu prüfen. Dabei wird nicht die ausländische Rechtslage an sich, die dem Entscheid zugrunde liegt, sondern lediglich das Ergebnis deren Anwendung im konkreten Einzelfall an den hiesigen Grundwerten gemessen.⁹¹ Der Korrekturbehelf des ordre public ist somit ergebnisbestimmt.⁹² Es ist durchaus denkbar, dass Rechtssätze einer ausländischen Rechtsordnung in der Schweiz zwar als stossend empfunden

werden, die Anerkennung einer Rechtslage, die in Anwendung dieses ausländischen Rechts geschaffen wurde, aber nicht offensichtlich gegen unsere Wertvorstellungen verstösst. So ist beispielsweise eine polygame Eheschliessung in der Schweiz nicht mit dem *ordre public* vereinbar. Ist aber eine solche Ehe bereits im Ausland rechtmässig eingegangen worden, verstösst es gemäss herrschender Lehre nicht gegen das schweizerische Rechtsempfinden, den Ehemann zu Unterhaltszahlungen an jede der Ehefrauen zu verpflichten.⁹³

Der Inhalt des *ordre public* ist keineswegs unveränderlich. Die Bestimmungen des schweizerischen Rechts befinden sich in permanentem Wandel. Ausschlaggebend ist jeweils das Rechtsverständnis im Zeitpunkt des Entscheides.⁹⁴ So erachtete das Bundesgericht Anfang der 1990er Jahre die im Ausland vollzogene Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern noch als *ordre-public-widrig*.⁹⁵ In der Zwischenzeit werden diese im Ausland geschlossenen Ehen anerkannt.⁹⁶ Neben der zeitlichen Relativierung kommt gemäss der herrschenden Lehre eine örtliche Relativierung hinzu. Unter dem Aspekt der sogenannten Binnenbeziehung darf der *ordre public* nur sehr

FamPra.ch–2013– 46

zurückhaltend angewandt werden, wenn weder der Sachverhalt noch die Parteien eine enge Beziehung zur Schweiz aufweisen.⁹⁷

Im Bereich der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheide ist der *Ordre-public-Vorbehalt* besonders zurückhaltend anzuwenden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes («offensichtlich unvereinbar») ist er hier restriktiver zu verstehen als im Zusammenhang mit der Anwendung ausländischen Rechts gemäss Art. 17 IPRG.⁹⁸ Immerhin hat bereits ein ausländisches Gericht in der Sache entschieden beziehungsweise die Rechtslage besteht bereits. Zudem muss es darum gehen, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden.⁹⁹ Es genügt deshalb nicht, dass der ausländische Entscheid von einem Entscheid, wie er in Anwendung schweizerischen Rechts ergehen würde, abweicht. Eine Anerkennung muss vielmehr geradezu in unerträglicher Weise gegen die grundlegende Rechtsauffassung der Schweiz verstossen. Die Anerkennung des ausländischen Entscheides bildet daher die Regel.¹⁰⁰ Wo genau jeweils die Grenze zwischen offensichtlicher Verletzung schweizerischer Grundauffassungen und anerkennungsrechtlich irrelevanten Rechtsabweichungen zu ziehen ist, ist allerdings angesichts der vielfältigen Lebenssachverhalte und der Judikatur im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen.¹⁰¹

bb) Konkretisierung im Kindesrecht

Im Familienrecht werden insbesondere Entscheide als *ordre-public-widrig* beurteilt, die keine Rücksicht auf das Kindeswohl nehmen.¹⁰² Gemäss Bundesgericht verstösst etwa eine A-priori-Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater nach iranischem Recht gegen den *ordre public*, «sofern nicht auch eine umfassende Beurteilung auf Grund des Kindeswohls die Übertragung nahe legt».¹⁰³ Allerdings müssen in derartigen Konstellationen jeweils konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Kindesinteressen vorliegen. Es reicht nicht aus, dass lediglich die allgemeinen Umstände zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen könnten.¹⁰⁴

Im Bereich des Adoptionsrechts werden zum Beispiel Adoptionen, bei denen nicht das Kindeswohl, sondern adoptionsfremde Motive – etwa sozialrechtliche oder aufenthaltsrechtliche Vorteile – im Vordergrund standen, wegen Ordre-public-Wid-

FamPra.ch–2013– 47

rigkeit nicht anerkannt.¹⁰⁵ Mit dem Kindeswohl kaum vereinbar erweist sich die Anerkennung der Adoption auch dann, wenn die Adoptiveltern mit dem Kind weder vor noch nach der Adoption in einer familiären Gemeinschaft gelebt haben oder leben.¹⁰⁶ Gegen grundlegende schweizerische Wertvorstellungen verstösst schliesslich eine Adoption, die ohne Zustimmung der leiblichen Eltern vollzogen wurde.¹⁰⁷ Vom Zustimmungserfordernis kann einzig abgesehen werden, wenn sich der betreffende Elternteil während längerer Zeit nicht um das Kind gekümmert hat.¹⁰⁸ Fehlen im ausländischen Adoptionsrecht hingegen Pflegefristen, so steht dies der Anerkennung der Adoption in der Schweiz nicht entgegen.¹⁰⁹ Auch soll gemäss Lehre und behördlicher Praxis die Anerkennung von Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare im Ausland keinen Verstoss gegen den schweizerischen ordre public darstellen.¹¹⁰ Dies obwohl eine solche Adoption nach schweizerischem Recht nicht möglich und explizit untersagt ist.¹¹¹

cc) Leihmutterschaft und die Anerkennung des Kindesverhältnisses

Wie erwähnt, ist die Leihmutterschaft im Schweizer Recht bereits auf Verfassungsstufe verboten und entsprechende vertragliche Vereinbarungen sind nichtig. Von der Frage nach der Zulässigkeit von Leihmutterschaftsverträgen und deren Durchsetzbarkeit in der Schweiz ist die Frage zu unterscheiden, ob und wann ein im Ausland begründetes Kindesverhältnis, das auf einer vertraglichen Vereinbarung mit einer Leihmutter beziehungsweise auf einem entsprechenden Gerichtsentscheid beruht, in der Schweiz anzuerkennen ist. An einer veröffentlichten Rechtsprechung fehlt es bislang. Es sind einzig Fälle bekannt, in denen in der Schweiz das Kindesverhältnis zur Wunschmutter mittels Adoption beziehungsweise zum Wunschvater mittels Vaterschaftsanerkennung begründet wurde.¹¹² Der Anerkennung eines im Ausland begründeten Kindesverhältnisses auf der Grundlage eines Leihmutterschaftsvertrages stehen die schweizerischen Bundesbehörden kritisch gegenüber. Das

FamPra.ch–2013– 48

Verhalten von Paaren, welche ins Ausland reisen, um sich den Wunsch vom eigenen Kind zu erfüllen, wird als ordre-public-widrige Gesetzesumgehung gewertet. Gemäss GRAF-GAISER, Eidgenössisches Amt für Zivilstandswesen (EAZW), soll deshalb ein Kindesverhältnis zu den Wunscheltern in der Schweiz nur anerkannt werden, wenn die Rechte sowohl der Leihmutter als auch des Kindes möglichst umfassend gewahrt werden. Dabei wird nicht nur die Zustimmung der gebärenden Frau nach der Geburt, sondern auch die Sicherung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung sowie in gewissen Konstellationen eine im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohls fundierte Abklärung der Eignung der Wunscheltern gefordert. Damit plädiert GRAF-GAISER für einen Prüfungsmassstab, der den Voraussetzungen für die Anerkennung einer ausländischen Adoption ähnlich ist, und will so dem Verbot der Leihmutterschaft in der Schweiz

Rechnung tragen.¹¹³ In anderen Staaten, die ein Verbot der Leihmutterschaft kennen, ist die internationalprivatrechtliche Anerkennungspraxis unterschiedlich. Während in Deutschland Fälle bekannt sind, in welchen ein auf einem Leihmutterschaftsvertrag beruhendes Kindesverhältnis anerkannt wurde,¹¹⁴ versagt Frankreich dem im Ausland begründeten Kindesverhältnis konsequent die Anerkennung.¹¹⁵

Die ganz überwiegende Lehre in der Schweiz steht heute der Anerkennung von Kindesverhältnissen zu den Wunscheltern unter Verweis auf das Kindeswohl sowie die Bestandeskraft des einmal begründeten Kindesverhältnisses positiv gegenüber.¹¹⁶ GUILLOD/HELLE weisen in diesem Zusammenhang zwar auf das eindeutige Verbot in der Verfassung hin und sehen die Gefahr eines gewissen Fortpflanzungstourismus. Ihrer Ansicht nach soll aber das Kind nicht für die Vorgehensweise seiner Wunscheltern bestraft werden.¹¹⁷ Es gibt allerdings auch etwas zurückhaltendere Stimmen,

FamPra.ch–2013– 49

die eine Beurteilung im Einzelfall befürworten. Gemäss OTHENIN-GIRARD sind etwa der Zeitablauf seit Inkrafttreten des ausländischen Entscheides sowie der Bezug des Sachverhaltes zur Schweiz zu berücksichtigen. Handelt es sich um ausländische Staatsangehörige, die erst lange Zeit nach der Geburt und der Begründung rechtlicher Elternschaft in die Schweiz einreisen, sei das Kindesverhältnis eher anzuerkennen als in Fällen, in denen Wunscheltern aus der Schweiz einzig zur Umgehung des Verbotes ins liberale Ausland gereist sind.¹¹⁸ Für HENRICH hingegen kommt der Bereitschaft der Leihmutter, das Kind abzugeben, die entscheidende Bedeutung zu.¹¹⁹

Wie erwähnt, ist im internationalen Privatrecht von der grundsätzlichen Anerkennung eines ausländischen Entscheides auszugehen, es sei denn, dies würde im konkreten Fall zu einem Ergebnis führen, das in fundamentaler Weise gegen unsere Rechts- und Werteordnung verstösst. Es ist folglich zu prüfen, ob die Anerkennung des Kindesverhältnisses das Kindeswohl – als Element des *ordre public* – kompromittieren würde. Dabei stellt sich zunächst die Frage, von welchem Prüfungsmassstab auszugehen ist. Unbestrittenermassen kennt das Adoptionsrecht wichtige Voraussetzungen und Verfahrenselemente, die der Klärung der Eignung der Eltern¹²⁰ und somit der Sicherung des Kindeswohls dienen. Eine Adoption kommt nur dann in Frage, wenn sie sich positiv auf das Kindeswohl auswirkt. Dass sie das Kindeswohl nicht gefährdet, reicht nicht aus. Anders als im Falle einer erst bevorstehenden Adoption eines Kindes, das zwar rechtliche Eltern hat, die aber aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage sind, ihre Aufgabe wahrzunehmen, wird im Zusammenhang mit Leihmutterschaftsverträgen das Kindesverhältnis originär und im Zeitpunkt der Geburt zu den Wunscheltern begründet – dies aufgrund eines Entscheides einer ausländischen Behörde. Die schweizerischen Behörden dürfen diesen ausländischen Entscheid nicht nochmals in der Sache selbst überprüfen. Wie das Beispiel New Hampshire zeigt, ist das Kindeswohl in vielen Fällen bereits Gegenstand der behördlichen Untersuchung, die zur Feststellung des Kindesverhältnisses führt. Anders als im Adoptionszusammenhang muss deshalb für die Verweigerung der Anerkennung wegen *Ordre-public-Widrigkeit* eines bereits bestehenden Kindesverhältnisses eine konkrete

Kindeswohlgefährdung vorliegen. Die Tatsache der Leihmutterschaft für sich allein begründet freilich keinen Verdacht auf eine solche Gefährdung.

Unter dem Aspekt des Kindeswohls sind mitunter die Gefahr, dass das Kind aufgrund seiner ungewöhnlichen Herkunft ausgegrenzt werden könnte sowie ein allenfalls fortgeschrittenes Alter der Wunscheltern in die Betrachtung mit einzubeziehen. Das Durchschnittsalter werdender Mütter steigt schweizweit stetig an. Während Schweizerinnen Anfang der 1970er Jahre mit 27,8 Jahren ein Kind zur Welt brach-

FamPra.ch–2013– 50

ten, lag das Durchschnittsalter im Jahr 2010 bereits bei 31,8 Jahren.¹²¹ Dabei war die Frau bei 6000 der 74 500 Geburten über 40 Jahre alt.¹²² Es ist zudem fraglich, ob die Inanspruchnahme einer Leihmutter und die damit verbundene «gespaltene Mutterschaft» in der heutigen Zeit als derart aussergewöhnlich bezeichnet werden muss, dass davon auszugehen ist, mit der Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern würde eine Kindeswohlgefährdung einhergehen. Wie bereits erwähnt, greifen auch in der Schweiz Paare immer häufiger zur Erfüllung des Kinderwunsches auf fortpflanzungsmedizinische Verfahren zurück. Dabei nimmt die Anzahl der Fälle, in denen im Ausland eine Leihmutter in Anspruch genommen wird, zu.

Das Kindeswohl beinhaltet im Weiteren das bereits diskutierte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. In den meisten Staaten der USA ist die Zeugung mittels Keimzellen anonymer Spender und Spenderinnen zulässig.¹²³ In diesen Fällen bleibt es den Kindern verwehrt, Einsicht in Daten ihrer genetischen Eltern zu erhalten. Die damit einhergehende Verletzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung erfolgt aber bereits bei der Zeugung. Sie kann durch die Verweigerung der Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern nicht rückgängig gemacht oder korrigiert werden.¹²⁴

Unter dem Aspekt des Kindeswohls gilt es insbesondere auch die Folgen einer Anerkennungsverweigerung zu berücksichtigen: Verneint man in der Schweiz ein Kindesverhältnis zu den Wunscheltern, hat das Kind in den USA und in der Schweiz verschiedene rechtliche Eltern. Damit einher geht die Gefahr, dass das Kind niemanden hat, der die elterliche Verantwortung übernehmen kann. Die Leihmutter und deren allfälliger Ehemann, so ist zu vermuten, möchten das Kind wohl nicht bei sich aufnehmen. Gemäss US-amerikanischem Recht sind sie auch nicht die Eltern des Kindes. Andererseits stehen die Wunscheltern gemäss schweizerischem Recht in keiner rechtlichen Beziehung zum Kind. Solche hinkenden Rechtsverhältnisse gilt es im Interesse des Kindes zu vermeiden. Zudem ist eine bereits gelebte Beziehung zwischen dem Kind und den Wunscheltern zu berücksichtigen. Dass eine solche

FamPra.ch–2013– 51

zwischen der Wunschmutter und dem Kind faktisch möglich ist, bestätigt ein Entscheid des Bundesgerichts, in dem die Beziehung zwischen der Leihmutter, der Wunschmutter und dem Kind als eine «besonders intensive familiäre Bindung» bezeichnet wurde.¹²⁵

Ein Vergleich zum Adoptionsrecht führt zu demselben Ergebnis: Die Regelung, wonach eine Adoption nur mit Zustimmung der biologischen Eltern möglich ist, gehört zum schweizerischen *ordre public*.¹²⁶ Liegt eine solche Zustimmung jedoch vor, betont die Lehre im Zusammenhang mit einer im Ausland ausgesprochenen Adoption die Bedeutung der Bestandeskraft einer einmal begründeten Elternschaft für das Kindeswohl. Sie will die Adoption daher auch dann anerkennen, wenn ihr ein Leihmutterschaftsverhältnis zugrunde liegt.¹²⁷

Neben dem Kindeswohl gilt es auch die Würde der Leihmutter zu berücksichtigen, die zum Beispiel durch abruptes Beenden einer körperlichen und psycho-sozialen Beziehung zum Kind gefährdet sein kann. Das wäre wohl dann der Fall, wenn die Leihmutter sich weigert, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen.¹²⁸ Übergibt die Leihmutter aber das Kind den Wunscheltern, so gibt sie zu erkennen, dass sie eben gerade keine solche Beziehung wünscht. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Leihmutterschaftsvertrag in den USA zustande kam. Wird hingegen in einem Entwicklungsland wie Indien eine Leihmutter in Anspruch genommen, muss aufgrund der finanziellen Notlage der betroffenen Frauen die Möglichkeit eines freien Entscheides zur Leihmutterschaft sowie die Rechtmässigkeit des Verfahrens zumindest näher überprüft werden.

Im Anerkennungsverfahren ist schliesslich neben dem Kindeswohl und der Würde der Frau die grundsätzlich ablehnende Haltung der Schweiz gegenüber Leihmutterschaftsverhältnissen zu beachten. Eine Umgehung des Verbotes der Leihmutterschaft gilt es aus schweizerischer Sicht zu verhindern. Es erscheint jedoch fraglich, ob dies durch die Verweigerung der Anerkennung des Kindesverhältnisses im Einzelfall geschehen darf. Kantonale Behörden und gerichtliche Instanzen haben nur sehr bedingt rechtspolitische Funktion und sind daher nicht berufen, präventive Wirkung zu erzeugen. Sie haben lediglich den Einzelfall zu beurteilen und dabei insbesondere die Interessen des Kindes zu berücksichtigen. Angesichts der grenzüberschreitenden Dimensionen von Leihmutterschaftsverhältnissen muss dem Problem auf internationaler Ebene begegnet werden. Am 7. April 2011 hat denn auch die Haager Konferenz entschieden, die Thematik der Leihmutterschaft im internationalen

FamPra.ch–2013– 52

Verhältnis in das Arbeitsprogramm des Ständigen Büros aufzunehmen. Das Ständige Büro wurde insbesondere beauftragt, die Möglichkeit eines Konsenses im Bereich internationaler Fälle von Leihmutterschaft zu eruieren.¹²⁹

dd) Ergebnis

Zusammenfassend gilt es noch einmal festzuhalten, dass das Schweizer Recht die Leihmutterschaft verbietet. Ein nach amerikanischem Recht entstandenes Kindesverhältnis, welchem ein Leihmutterschaftsvertrag zugrunde liegt, widerspricht diesem Verbot. Im Rahmen der Prüfung der Anerkennungsfähigkeit des Kindesverhältnisses in der Schweiz muss aber insbesondere das Kindeswohl berücksichtigt werden. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die ablehnende Haltung der schweizerischen Bundesbehörden in Bezug auf die Anerkennung von Leihmutterschaftsverhältnissen¹³⁰ kritisch.¹³¹ Das Kindeswohl legt in der Regel die Anerkennung des Kindesverhältnisses nahe: Die Anerkennung des Kindesverhältnisses – und nicht der

Leihmutterschaft an sich – ist nicht ordre-public-widrig, es sei denn, im konkreten Fall läge eine offensichtliche Gefährdung des Kindeswohls vor.¹³²

Sollte einem amerikanischen Gerichtsentscheid sowie der entsprechenden Geburtsurkunden jedoch die Anerkennung verwehrt bleiben, entfalten diese in der Schweiz keinerlei Wirkung. Die schweizerischen Behörden können bei Verweigerung der Anerkennung auch nicht ersatzweise eine neue Entscheidung treffen.¹³³ Damit hätte das betroffene Kind wohl aus schweizerischer Sicht keine Eltern – mit allen Folgen auch in Bezug auf seine Staatsangehörigkeit und seinen Aufenthaltsstatus in der Schweiz.

FamPra.ch–2013– 53

IV. Begründung des Kindesverhältnisses durch Adoption

1. Anwendbares Recht und Zuständigkeit

Wird die Anerkennung des Kindesverhältnisses verweigert, werden Wunscheltern zur Begründung des Kindesverhältnisses die Möglichkeit der Adoption in der Schweiz in Betracht ziehen. Das Haager Adoptionsübereinkommen findet unter anderem in Fällen Anwendung, in denen ein Kind im Hinblick auf eine Adoption von einem Vertragsstaat (Heimatstaat) in einen anderen Vertragsstaat (Aufnahmestaat) gebracht worden ist.¹³⁴ Sowohl die USA wie auch die Schweiz sind als Vertragsstaaten an dieses Übereinkommen gebunden. Weist das Haager Adoptionsübereinkommen Lücken auf, ist auf das nationale Recht zurückzugreifen.

Gemäss dem Haager Adoptionsübereinkommen haben sich Personen, die ein Kind eines anderen Vertragsstaates adoptieren möchten, an die zentrale Behörde im Staat ihres Aufenthaltes zu wenden.¹³⁵

2. Voraussetzungen der internationalen Adoption

Im Falle einer internationalen Adoption haben sowohl die Behörden des Heimatstaates als auch die Behörden des Aufnahmestaates die Adoption zu bewilligen. Die USA müssen als Heimatstaat sicherstellen, dass die Personen, Institutionen und Behörden, deren Zustimmung zur Adoption notwendig ist, beraten und gebührend über die Wirkungen ihrer Zustimmung unterrichtet worden sind.¹³⁶ Bei ihrer Entscheidung haben die USA zudem das Kindeswohl zu berücksichtigen. Dabei gilt das Subsidiaritätsprinzip, wonach eine internationale Adoption nur bewilligt wird, wenn im Heimatstaat für das Kind keine geeignete Betreuungsstruktur gefunden werden kann.¹³⁷ Im Falle einer rechtmässigen Leihmutterschaft erscheint jedoch fraglich, ob sich die USA überhaupt auf ein derartiges Adoptionsverfahren einlassen könnten. Gemäss dem Recht einzelner Staaten sind die Leihmutter und ihr allfälliger Ehemann nicht die rechtlichen Eltern und können das Kind entsprechend auch nicht zur Adoption freigeben.

Die Schweiz hat sich ihrerseits als Aufnahmestaat davon zu überzeugen, dass die künftigen Adoptiveltern angemessen beraten worden sind.¹³⁸ Zudem müssen die schweizerischen Behörden über die rechtmässige Einreise und den Aufenthalt des

FamPra.ch–2013– 54

Kindes in der Schweiz entscheiden.¹³⁹ Schliesslich gilt es, die Eignung der zukünftigen Adoptiveltern zu prüfen.¹⁴⁰

Nach schweizerischem Recht müssen zudem für eine Adoption folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Zunächst gilt es sicherzustellen, dass die Adoption im Kindeswohl liegt, das heisst, dass sie für die Entwicklung des Kindes günstig ist.¹⁴¹ Urteilsunfähige Kinder sind vor einer Adoption anzuhören, bei Urteilsfähigkeit ist ihre Zustimmung notwendig.¹⁴² Im Weiteren bedarf es der Zustimmung sowohl der Mutter als auch des Vaters der Kinder.¹⁴³ Die künftigen Adoptiveltern müssen aufgrund ihrer persönlichen, gesundheitlichen, familiären, sozialen, erzieherischen und materiellen Situation für eine Adoption geeignet sein¹⁴⁴ und während mindestens einem Jahr für Erziehung und Pflege des Kindes im gemeinsamen Haushalt gesorgt haben.¹⁴⁵ Ehegatten müssen mindestens fünf Jahre verheiratet oder älter als 35 Jahre sein.¹⁴⁶ Zwischen den Adoptiveltern und den Kindern muss ein Altersunterschied von mindestens 16 Jahren bestehen.¹⁴⁷ Der maximale Altersunterschied darf höchstens 45 Jahre betragen.¹⁴⁸ Nur ausnahmsweise, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht, kann eine Eignung der Adoptiveltern auch bei einem grösseren Altersunterschied bejaht werden.¹⁴⁹

V. Anerkennung der Vaterschaft mit anschliessender Stiefkindadoption

Gemäss Art. 71 Abs. 1 IPRG sind für die Entgegennahme der Anerkennung unter anderem die schweizerischen Behörden am Wohnsitz oder am Heimatort der Eltern zuständig. In der Schweiz wird die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung von den Zivilstandsämtern entgegengenommen.¹⁵⁰ Die Vaterschaftsanerkennung kann in der Schweiz unter anderem nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt

FamPra.ch–2013– 55

des Kindes erfolgen.¹⁵¹ Sofern die in der Schweiz wohnhaften Wunscheltern also nach der Geburt in die Schweiz zurückreisen, ist schweizerisches Recht anwendbar.

Gemäss schweizerischem Recht können Kinder durch ihren Vater anerkannt werden, sofern ein Kindesverhältnis zur Mutter besteht.¹⁵² Werden ausländische Gerichtsurteile zur Feststellung des Kindesverhältnisses bzw. ausländische Geburtsurkunden nicht anerkannt, fehlt allerdings die rechtliche Mutter. Denn wie bereits erwähnt, können die schweizerischen Behörden bei

Verweigerung der Anerkennung des ausländischen Entscheides nicht ersatzweise Schweizer Recht anwenden und auf dessen Grundlage eine neue Entscheidung treffen.¹⁵³ Damit ist es dem Wunschvater in der Schweiz grundsätzlich nicht möglich, das Kind anzuerkennen. Dies steht auch einer allfälligen Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes der Leihmutter entgegen, die der Anerkennung vorausgehen müsste, zumal eine solche Vaterschaft nach dem ausländischen Recht gar nicht besteht.

Ist die Anerkennung des Kindes durch den Wunschvater nicht möglich, kommt freilich auch keine Stiefkindadoption durch die Wunschmutter in Frage.

VI. Fazit

Leihmutterschaftsvereinbarungen sind in Teilen der USA grundsätzlich gültig. Auch in anderen Staaten, darunter England, Indien oder Australien, kann zwischen dem von einer Leihmutter ausgetragenen Kind und seinen Wunscheltern ein Kindesverhältnis rechtmässig zustande kommen. In der Schweiz wohnhafte Personen scheinen diese liberale Gesetzgebung des Auslands vermehrt in Anspruch zu nehmen, um sich so den Wunsch vom eigenen Kind zu erfüllen. Inwiefern das im Ausland begründete Kindesverhältnis in der Schweiz Anerkennung finden kann und muss, ist insbesondere unter dem Aspekt des *ordre public* zu beurteilen. Dabei ist das Ergebnis der Anerkennung des Kindesverhältnisses, und nicht das angewandte Recht, das mitunter die Leihmutterschaft erlaubt, an den Grundwerten unserer Rechtsordnung zu messen.

Zwar ist die Leihmutterschaft in der Schweiz verboten, und das Verhalten von Schweizer Wunscheltern kommt mitunter einer Umgehung dieses Verbots gleich. Das Bedürfnis, dieses Verhalten zu sanktionieren, oder allgemeine rechtspolitische oder generalpräventive Erwägungen sind allerdings für die Prüfung, ob im konkreten Fall die Anerkennung des Kindesverhältnisses dem *ordre public* widerspricht, nicht relevant. Für die Beurteilung der Anerkennungsfähigkeit muss dem Kindeswohl das grösste Gewicht zukommen. Die Interessen des Kindes sprechen in der

FamPra.ch–2013– 56

Regel für die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu seinen Wunscheltern. Kommt die Adoption nicht in Frage, wird die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern verweigert und möchte die Leihmutter das Kind nicht behalten, muss nämlich das betroffene Kind als elternlos bezeichnet werden – ein in Anbetracht der Tatsache, dass mitunter bis zu sechs Personen an der Entstehung des Kindes beteiligt waren und dass es Personen gibt, die sich nichts sehnlicher wünschen, als dem Kind eine Familie zu bieten, eher trauriges Ergebnis, das es zu verhindern gilt.

Zusammenfassung: *In einigen Staaten der USA ist der Leihmutterschaftsvertrag rechtsgültig und dessen gerichtliche Genehmigung begründet ein Kindesverhältnis zu den Wunscheltern. Immer mehr Schweizer Paare profitieren von der liberalen Haltung des Auslands und nehmen dort entsprechende Verfahren in Anspruch. Zurück in der Schweiz stellt sich dann die Frage, inwiefern das im Ausland begründete Kindesverhältnis zu den Wunscheltern in der Schweiz anerkannt werden kann und muss. Diese Frage ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* zu beurteilen. Zwar ist Leihmutterschaft in der Schweiz bereits auf Verfassungsebene verboten und die Umgehung dieses Verbotes gilt es zu verhindern. Solche*

rechtspolitischen und generalpräventiven Erwägungen dürfen jedoch im konkreten Einzelfall nicht ausschlaggebend sein. Dem Kindeswohl ist das grösste Gewicht beizumessen. Die Interessen des Kindes sprechen in der Regel für die Anerkennung des Kindesverhältnisses zu seinen Wunscheltern.

Résumé : *Dans certains Etats des USA, le contrat de mère porteuse est juridiquement valable et sa ratification par le juge fonde un rapport de filiation avec les parents d'intention. De plus en plus de couples suisses profitent de l'attitude libérale régnant à l'étranger et ont recours à de telles procédures. De retour en Suisse, la question se pose alors de savoir dans quelle mesure le rapport de filiation fondé à l'étranger avec les parents d'intention peut et doit être reconnu en Suisse. Cette question doit notamment être examinée sous l'angle de l'ordre public. Certes, la maternité de substitution est déjà interdite en Suisse au niveau constitutionnel et il convient d'éviter que cette interdiction ne soit contournée. Ces considérations de politique juridique et de prévention collective ne doivent toutefois pas être décisives dans le cas concert. Il faut accorder la plus grande importance au bien de l'enfant. Les intérêts de l'enfant plaident en règle générale en faveur d'une reconnaissance du rapport de filiation avec ses parents d'intention.*

- 1 Dies ist die herkömmliche Begrifflichkeit. Sie geht davon aus, dass Mutterschaft eine Frage der Biologie ist: Mutter ist die Frau, welche das Kind austrägt. Gerade dies stellt die «Leihmutterschaft» allerdings in Frage. Zudem «leiht» die Beauftragte nicht ihre Mutterschaft. Angemessener erscheinen die Begriffe «*contractual pregnancy*» und «*surrogate pregnancy*», die im angloamerikanischen Schrifttum anzutreffen sind. Trotz dieser Bedenken werden im Folgenden zwecks Verständlichkeit die Begriffe der Leihmutterschaft und der Leihmutter verwendet.
- 2 Vgl. etwa «The Surrogacy SOURCE», http://www.thesurrogacysource.com/ip_about.htm, (5.10.2012).
- 3 Vgl. etwa «The Fertility Institute», eines der grössten Kliniken für Fortpflanzungsmedizin in den USA mit Sitz in Los Angeles, New York sowie Mexico, <http://www.fertility-docs.com/>, (5.10.2012).
- 4 Auch der in der Literatur verwendete Begriff der «Wunscheltern» ist in vielerlei Hinsicht problematisch. In den Ländern, in denen Leihmutterschaft zulässig ist, sind es ganz einfach Eltern; gebräuchlich ist dafür der Begriff «*intended parents*».
- 5 Vgl. die entsprechende Definition im schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetz (Art. 2 lit. k FMedG).
- 6 Vgl. dazu LEE, Unterhaltsverpflichtungen bei Leihmutterschaft, Baden-Baden 1996, 28 f.
- 7 Vgl. etwa die entsprechenden Angaben der Leihmutterschaftsagentur Circle Surrogacy, <http://www.circlesurrogacy.com/costs> (5.10.2012) sowie die persönliche Auskunft von VICTORIA FERRARA von der Leihmutterschaftsagentur Worldwide Surrogacy (12.4.2012).
- 8 Vgl. etwa BEN-AM, Gespaltene Mutterschaft, Basel 1998, 14 f.
- 9 Als genetische Mutter gilt diejenige Frau, deren Keimzellen zur Zeugung des Kindes verwendet wurden, vgl. RUSCH, Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz, Diss. Bern 2008, 33.
- 10 Die biologische Mutter ist die Frau, welche das Kind gebiert, vgl. RUSCH (Fn. 9), 33.
- 11 In der englischsprachigen Terminologie wird hierfür der Begriff der «*traditional surrogacy*» verwendet, vgl. MERINO, Adoption and Surrogate Pregnancy, New York 2010, 19.
- 12 Diese Variante wird im Englischen als «*gestational surrogacy*» bezeichnet, vgl. MERINO (Fn. 11), 18.
- 13 Vgl. GOELDEL, Leihmutterschaft – eine rechtsvergleichende Studie, Frankfurt am Main 1994, 27.

- 14 Vgl. In re Baby M N. J. Super. (1987).
- 15 Eine systematische Erhebung von Leihmutterschaftsverhältnissen fehlt bislang, die Zahlen beruhen auf Schätzungen von Fachpersonen, vgl. Council for Responsible Genetics, Surrogacy in America, 2010, 8 ff., <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf> (5.10.2012).
- 16 Vgl. MERINO (Fn. 11), 72.
- 17 Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 22.2.2011, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/22/press.html?pressID=7069> (5.10.2012).
- 18 So die persönliche Auskunft von lic. iur. CORA GRAF-GAISER, Stv. Leiterin des Eidgenössisches Amtes für Zivilstandswesen (EAZW) (2.7.2012). Vgl. zudem etwa «Behörden nehmen Schweizerin (52) Leihmutter-Baby weg», Aargauer Zeitung, 9. März 2011, abrufbar unter <http://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/behoerden-nehmen-schweizerin-52-leihmutter-baby-weg-105648769> (5.10.2012).
- 19 Vgl. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Merkblatt Leihmutterschaft für den schweizerischen Rechtsbereich, Juli 2011, <http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/rep/eur/vesp/embmad/law/lmutts.html> (5.10.2012) sowie Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Merkblatt Leihmutterschaft in der Ukraine, Juli 2011, http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/rep/eur/vukr/ref_livfor/livukr/adokie.html (5.10.2012).
- 20 Vgl. section 801 (e) sowie section 803 (b) (5) Uniform Parentage Act (2000).
- 21 Vgl. section 802 ff. Uniform Parentage Act (2000).
- 22 Vgl. die Übersicht des Center for American Progress, <http://www.americanprogress.org/issues/women/news/2007/12/17/3758/guide-to-state-surrogacy-laws/> (5.10.2012).
- 23 Vgl. section 7610 a California Family Code.
- 24 Vgl. section 7611 a California Family Code.
- 25 Vgl. section 7630, 7633 und 7650 California Family Code.
- 26 Vgl. etwa ARONS, Future Choices, Assisted Reproductive Technologies and the Law, Center for American Progress 2007, 27 ff., http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf (5.10.2012) sowie TROWSE, Is it harder to relinquish genes? Journal of Law and Medicine 2011, 614, 619 ff.
- 27 Vgl. Johnson v. Calvert Cal (1993).
- 28 Dasselbe gilt auch in der Schweiz, vgl. Art. 256 Abs. 3 ZGB.
- 29 Vgl. section 713 California Family Code.
- 30 Vgl. Re Marriage of Buzzanca Cal App. (1998).
- 31 So sprach der kalifornische Supreme Court im Jahr 2005 in drei Fällen dem gleichgeschlechtlichen Wunscheltermpaar die Elternrechte zu, vgl. Elisa B. v. Superior Court Cal (2005), Kristine H. v. Lisa R. Cal (2005) und K.M. v. E.G. Cal (2005).
- 32 Vgl. etwa Re Marriage of Moschetta Cal App (1994). Die Rechtsprechung erscheint hier jedoch nicht einheitlich. So sprach das Gericht in einem Fall, in dem die mit dem Kind genetisch verwandte Leihmutter dieses behalten wollte, da sich die Paarbeziehung zwischen den Wunscheltern verschlechterte, dennoch den Wunscheltern die Elternrechte zu, vgl. Adoption of Mathew B. Cal App (1991).
- 33 Vgl. Adoption of Ian O, a Minor Cal App (2004).

- 34 Vgl. § 168-B: 2 f. N.H Rev. Stat. Ann.
- 35 Vgl. § 168-B: 17 I. N.H Rev. Stat. Ann.
- 36 Vgl. § 168-B: 17 V. sowie §168-B: 25 II. N.H Rev. Stat. Ann.
- 37 Vgl. § 168-B: 21 II. b) N.H Rev. Stat. Ann.
- 38 Vgl. § 168-B: 17 II. N.H Rev. Stat. Ann.
- 39 Vgl. § 168-B: 17 III. und IV. N.H Rev. Stat. Ann.
- 40 Die Leihmutter oder die Wunscheltern müssen seit mindestens sechs Monaten im Staat New Hampshire wohnhaft sein, vgl. § 168-B: 20 Rev. Stat. Ann.
- 41 Vgl. §168-B: 19 Rev. Stat. Ann.
- 42 Vgl. §168-B: 19 N.H Rev. Stat. Ann.
- 43 Vgl. §168-B: 18 N.H Rev. Stat. Ann.
- 44 Neben den Vertragsparteien können vor Gericht auch die begutachtenden Fachpersonen Stellung nehmen, vgl. §168-B: 21 ff. N.H Rev. Stat. Ann.
- 45 Vgl. §168-B: 6 I. N.H Rev. Stat. Ann.
- 46 Vgl. §168-B: 25 IV. b) N.H Rev. Stat. Ann.
- 47 Vgl. §168-B: 29 II. c) N.H Rev. Stat. Ann.
- 48 Vgl. §168-B: 30 II. N.H Rev. Stat. Ann.
- 49 Vgl. Art. 119 Abs. 2 lit. d BV.
- 50 Vgl. das allgemeine Verbot des Art. 4 FMedG sowie die Strafbestimmungen Art. 31 und Art. 37 lit. c FMedG.
- 51 Vgl. Botschaft FMedG, BBI 1996 III 254 sowie REUSSER/SCHWEIZER, Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 119 BV, Rz. 36.
- 52 Vgl. etwa BEN-AM (Fn. 8), 89; FRANK, Die künstliche Fortpflanzung beim Menschen im geltenden und im künftigen Recht. Ein Beitrag zur Gesetzgebungsproblematik, Zürich 1989, 45; BaslerKomm/HUGUENIN, Art. 19/20 OR, Rz. 44; BaslerKomm/HUGUENIN, Art. 27 ZGB, Rz. 12; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 252 ZGB, Rz. 10 f.
- 53 Vgl. Art. 255 ZGB.
- 54 Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 252 ZGB, Rz. 9.
- 55 Vgl. Art. 119 Abs. 2 lit. g BV.
- 56 Vgl. LEUKART, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, AJP 2009, 584, 592.
- 57 Vgl. Art. 24 sowie Art. 27 FMedG.
- 58 Vgl. Art. 16-7 Code Civil Frankreich sowie die entsprechende Strafbestimmung in Art. 227-12 Code pénal Frankreich.
- 59 Vgl. § 1(1) Ziff. 7 Embryonenschutzgesetz Deutschland.

- 60 Vgl. HENRICH, Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht, in: HOFER/KLIPPEL/WALTER (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, FS Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005, 1141, 1144.
- 61 Vgl. Art. 123-2 und Art. 123-3 Familiengesetzbuch Ukraine.
- 62 Vgl. Art. 151b Dutch Criminal Code sowie section 2 f. Surrogacy Arrangements Act 1985 England; vgl. auch VONK, Maternity for Another: A Double Dutch Approach, Electronic Journal of Comparative Law 2010, <http://www.ejcl.org/143/art143-22.pdf> (5.10.2012).
- 63 Vgl. section 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, England.
- 64 Vgl. section 33 Human Fertilisation and Embryology Act 2008, England.
- 65 Vgl. die Übersicht bei MARKENS, Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction, Berkeley/Los Angeles/London 2007, 24 f.
- 66 Vgl. Art. 32 Abs. 2 IPRG.
- 67 Vgl. Art. 25 lit. a IPRG.
- 68 Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Zürich 2011, Rz. 373.
- 69 Vgl. auch BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 70 IPRG, Rz. 3.
- 70 Vgl. auch BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 70 IPRG, Rz. 16.
- 71 Vgl. 8 U.S.C. § 1401.
- 72 Vgl. auch BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 68 IPRG, Rz. 12.
- 73 Vgl. auch BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 66 IPRG, Rz. 21.
- 74 Vgl. BGE 116 II 202, 206 f.
- 75 Vgl. BaslerKomm/SCHWANDER, Art. 68 IPRG, Rz. 9 und 12.
- 76 Vgl. Art. 25 lit. c IPRG.
- 77 Vgl. etwa SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 68), Rz. 383 ff.
- 78 Vgl. Art. 27 Abs. 1 IPRG.
- 79 So die persönliche Auskunft von lic. iur. CORA GRAF-GAISER, Stv. Leiterin des Eidgenössisches Amtes für Zivilstandswesen (EAZW) (2.7.2012).
- 80 Im Zusammenhang mit dem Erbrecht (Art. 96 Abs. 1 IPRG) sind beispielsweise Urkunden als Gegenstand der Anerkennung explizit aufgeführt.
- 81 Vgl. Botschaft IPRG, BBl 1983 I 370.
- 82 Vgl. BGer 15.6.2004, 4P.12/2004, E. 2.1. Gemäss BGer, 23.3.2007, 5P.435/2006, E. 6.3.2 muss eine «violazione manifesta» vorliegen.
- 83 Vgl. BGE 119 II 264, 266.
- 84 Vgl. BGE 129 III 250, 255 f.
- 85 Vgl. Art. 27 Abs. 3 IPRG.

- 86 Vgl. BUCHER, Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Commentaire romand, Basel 2011, Art. 27 LDIP, Rz. 10.
- 87 Vgl. BaslerKomm/MÄCHLER/WOLF-METTIER, Art. 17 IPRG, Rz. 8.
- 88 Vgl. BaslerKomm/MÄCHLER/WOLF-METTIER, Art. 17 IPRG, Rz. 12.
- 89 Vgl. FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM, Internationales Privatrecht I, Zürich/Basel/Genf 2012, 133.
- 90 Vgl. BGer, 15.6.2004, 4P.12/2004, E.2.1.
- 91 Vgl. FURRER/GIRSBERGER/SCHRAMM (Fn. 89), 133 f.
- 92 Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 68), Rz. 264.
- 93 Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012, Rz. 919.
- 94 Vgl. BaslerKomm/MÄCHLER/WOLF-METTIER, Art. 17 IPRG, Rz. 6 f.
- 95 Vgl. BGE 119 II 264, 266.
- 96 Vgl. Art. 45 Abs. 3 IPRG.
- 97 Gemäss Rechtsprechung und Lehre genügen der schweizerische Wohnsitz beziehungsweise Aufenthalt oder die schweizerische Staatsangehörigkeit für die Bejahung der Binnenbeziehung. Einzig SCHNYDER/LIATOWITSCH wollen entgegen der herrschenden Lehre das Erfordernis der Binnenbeziehung fallen lassen, vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 68), Rz. 927 ff.
- 98 Zuletzt bestätigt in BGE 131 III 182, 185.
- 99 Vgl. BUCHER, Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Commentaire romand, Basel 2011, Art. 27 LDIP, Rz. 3 ff.
- 100 Vgl. BaslerKomm/BERTI/DÄPPEN, Art. 27 IPRG, Rz. 5.
- 101 Vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH (Fn. 68), Rz. 386.
- 102 Vgl. KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 93), Rz. 906.
- 103 Vgl. BGE 129 III 250, 255 f.
- 104 Vgl. BGer, 19.12.2002, 5C.158/2002, E. 5.
- 105 Vgl. BGer, 21.12.2005, 5A.20/2005, E. 3.3.
- 106 Vgl. BGer, 9.11.2009, 5A.604/2009, E. 4.2.2.3.
- 107 Vgl. BGE 120 II 87, E. 3 a).
- 108 Vorliegend liess sich die leibliche Mutter nach der Geburt scheiden und kümmerte sich fortan nicht mehr um ihren Sohn, vgl. BGer, 11.04.2005, 2A.655/2004, E. 3.
- 109 Vgl. BGE 120 II 87, 88 f.
- 110 Vgl. etwa BaslerKomm/URWYLER/HAUSER, Art. 78 IPRG, Rz. 17; OTHENIN-GIRARD, La réserve de l'ordre public en droit international privée suisse. Personnes-Famille-Successions, Diss. Neuchâtel 1999, 576 f., Schreiben des Bundesamtes für Justiz BJ, Gleichgeschlechtliche Paare; Anerkennung von ausländischen Adoptionen, 20. Dezember 2006, www.ejpd.admin.ch/c.ontent/dam/data/gesellschaft/.../06-12-20-d.pdf (5.10.2012) sowie Entscheid des Departements des Inneren St. Gallen, 5. Oktober 2009, E. 4.

- 111 Vgl. dazu das Adoptionsverbot für Paare in eingetragener Partnerschaft in Art. 28 PartG.
- 112 So die persönliche Auskunft von lic. iur. CORA GRAF-GAISER, Stv. Leiterin des Eidgenössisches Amtes für Zivilstandswesen (EAZW) (02.07.2012).
- 113 So die persönliche Auskunft von lic. iur. CORA GRAF-GAISER, Stv. Leiterin des Eidgenössisches Amtes für Zivilstandswesen (EAZW) (2.7.2012).
- 114 Das Auswärtige Amt weist zwar auf seiner Website ausdrücklich darauf hin, dass Leihmutterverträge in Deutschland sittenwidrig und damit nichtig sind: <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/GeburtAusland/06-Leihmuttervertraege.html?nn=383016> (5.10.2012). Es sind jedoch Fälle bekannt, in denen das Kindesverhältnis zu den Wunscheltern nach ausländischem Recht anerkannt wurde, vgl. «Eine andere Frau trägt unser Kind aus», Florian Hanig, GEO, 12. Dezember 2011, 138, 162.
- 115 Vgl. GUILLOD/HELLE, Les voyages forment la jeunesse ou Tourisme et procréation médicalement assistée, in: BOHNET/WESSNER (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, Basel/Genf/München 2005, 431, 438 ff. sowie «Gestation pour autrui: «Nos filles resteront toujours des fantômes au regard du droit français»», Emmanuelle Chevallereau, Le Monde, 6. April 2011, http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/04/06/gestation-pour-autrui-nos-filles-resteront-toujours-des-fantomes-au-regard-du-droit-francais_1503967_3224.html (5.10.2012).
- 116 Vgl. etwa DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Basel/Genf/München 2005, Art. 78 LDIP, Rz. 3; VISCHER, Status und Wirkung aus Sicht des schweizerischen IPR, in: DIECKMANN/FRANK/HANISCH/SIMITIS (Hrsg.), FS Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 661, 678 sowie ZürcherKomm/SIEHR, Art.78 IPRG, Rz. 12.
- 117 Vgl. GUILLOD/HELLE, Mélanges Knoepfler, 431, 445.
- 118 Vgl. OTHENIN-GIRARD (Fn. 110), 582.
- 119 Vgl. HENRICH, FS Schwab, 1141, 1151.
- 120 Vgl. Art. 5 lit. a) HAÜ.
- 121 Vgl. dazu die Zahlen des Bundesamtes für Statistik, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/06/blank/key/02/06.html> (5.10.2012).
- 122 So die Zahlen aus dem Jahr 2007, vgl. SPIRA, Über 35 Jahre und Kinderwunsch. Problematik und Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft, Gynäkologie 2008, 14.
- 123 So ist etwa im Uniform Parentage Act 2000 lediglich geregelt, dass Keimzellenspender keine Elternrechte beanspruchen können, vgl. sec. 702 Uniform Parentage Act (2000). Dokumentationspflichten entsprechend dem schweizerischen Fortpflanzungsmedizingesetz sind keine vorgesehen. Auch das Gesetz von New Hampshire lässt die Frage der Anonymität von Keimzellenspender offen, vgl. 168-B: 10 f. und 168-B: 14 N.H Rev. Stat. Ann.
- 124 In Fällen bereits durchgeführter Leihmutterverträge scheint es vielmehr angebracht, die Daten der bei der Zeugung involvierten Personen zu hinterlegen, so dass die Kinder mit Erreichen der Volljährigkeit zumindest teilweise ihr Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wahrnehmen können.
- 125 Vgl. BGE 135 I 143, 148 ff.
- 126 Vgl. BGE 120 II 87, 88 f.
- 127 Vgl. BUCHER, Loi sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Commentaire romand, Basel 2011, Art. 68 LDIP, Rz. 25; GUILLOD/HELLE, Mélanges Knoepfler, 431, 445 ff.; OTHENIN-GIRARD (Fn. 110), 582 sowie ZürcherKomm/SIEHR, Art. 78 IPRG, Rz. 12.
- 128 Vgl. HENRICH, FS Schwab, 1141, 1149.

- 129 Vgl. die entsprechende Medienmitteilung: http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=surrogacy (5.10.2012).
- 130 Vgl. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Merkblatt Leihmuttertschaft für den schweizerischen Rechtsbereich, Juli 2011, <http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/rep/eur/vesp/embmad/law/lmutts.html> (5.10.2012) sowie Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, Merkblatt Leihmuttertschaft in der Ukraine, Juli 2011, http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/rep/eur/vukr/ref_livfor/livukr/adokie.html (5.10.2012).
- 131 Sollten kantonale Behörden das Kindesverhältnis dennoch anerkennen, kann die Bundesbehörde das entsprechende Urteil bis an das Bundesgericht weiterziehen, vgl. dazu das entsprechende Beschwerderecht des Bundesamtes für Justiz in Art. 90 Abs. 4 ZStV.
- 132 Anerkennt man grundsätzlich das Kindesverhältnis, müssen im späteren Verlauf die regulären Voraussetzungen erfüllt sein, um kindesschutzrechtliche Massnahmen in Erwägung ziehen zu können (Kindeswohlgefährdung, Subsidiarität, Komplementarität sowie Verhältnismässigkeit), vgl. BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2011, 252. Zudem gilt es die Stufenfolge der gesetzlich vorgesehenen Kindesschutzmassnahmen zu beachten, vgl. Art. 307 ff. ZGB.
- 133 Vgl. BaslerKomm/BERTI/DÄPPEN, Art. 27 IPRG, Rz. 28.
- 134 Vgl. Art. 2 HAÜ.
- 135 Vgl. Art 6 sowie Art. 14 HAÜ sowie die Adressliste der Zentralen Behörden der Kantone, http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/adoption/kant_zentralbehoerden.pdf (5.10.2012).
- 136 Vgl. Art. 4 lit c. HAÜ.
- 137 Vgl. Art. 4 lit. b und d HAÜ.
- 138 Vgl. Art. 5 lit. b HAÜ.
- 139 Vgl. Art. 5 lit. c HAÜ.
- 140 Vgl. Art. 5 lit. a HAÜ.
- 141 Vgl. Art. 264 Abs. 2. Teilsatz ZGB sowie Art. 3 AdoV.
- 142 Vgl. Art. 265 ZGB.
- 143 Vgl. Art. 265a ZGB. Diese Zustimmung darf nicht vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes erteilt werden und kann binnen sechs Wochen seit ihrer Entgegennahme widerrufen werden (Art. 265b ZGB). Von der Zustimmung kann abgesehen werden, wenn sich ein Elternteil nicht ernstlich um das Kind kümmert (Art. 265c Ziff. 2 ZGB).
- 144 Vgl. Art. 5 f. AdoV.
- 145 Vgl. Art. 264 1. Teilsatz ZGB.
- 146 Vgl. Art. 264a Abs. 2 ZGB.
- 147 Vgl. Art. 265 ZGB.
- 148 Vgl. Art. 5 Abs. 4 AdoV.
- 149 Vgl. Art. 5 Abs. 4 AdoV.
- 150 Vgl. Art. 11 Abs. 5 ZStV.

151 Vgl. Art. 72 Abs. 1 IPRG.

152 Vgl. Art. 260 Abs. 1 ZGB.

153 Vgl. BaslerKomm/BERTI/DÄPPEN, Art. 27 IPRG, Rz. 28.