



Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis erstellt wird: Verfassungsmässigkeit und Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Fragen:

- 1) Lässt sich aus Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV die Verpflichtung ableiten, ausländische Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, nicht anzuerkennen?
- 2) Wäre eine Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Entscheids, durch den gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, mit den Artikeln 2, 3 Absatz 1 und 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vereinbar?
- 3) Würde die Anerkennung eines ausländischen Entscheids, durch den gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, einer Inländerdiskriminierung entsprechen?

Zusammenfassung:

1. Das Verbot der Leihmutterschaft in Artikel 119 Absatz 2 BV lässt sich nicht direkt auf die Anerkennung ausländischer Entscheide anwenden, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird. Es kann indessen indirekt über Artikel 7 BV gelten, wenn durch die Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf einen Leihmutterschaftsvertrag ein Kindesverhältnis festgestellt wird, die Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde, insbesondere der Würde des Kindes, beeinträchtigt wird.
2. Die Verweigerung der Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, kann mit den Artikeln 2, 3 und 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vereinbar sein. Es sind jedoch bestimmte Konstellationen denkbar, bei denen diese Bestimmungen durch eine solche Verweigerung verletzt würden.
3. Die Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, hat keine durch die Bundesverfassung untersagte Inländerdiskriminierung zur Folge.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Anwendbarkeit von Art. 119 BV auf die Anerkennung ausländischer Entscheide im Zusammenhang mit einem Kindesverhältnis	4
2.1	Historischer Abriss	4
2.2	Der Begriff Leihmutterschaft.....	5
2.3	Ziele des Verbots der Leihmutterschaft.....	6
2.4	Art. 119 Abs. 2 zweiter Satz BV als Rahmen für einen Gesetzgebungsauftrag	6
2.5	Direkte Anwendbarkeit von Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV?	7
2.6	Anwendbarkeit von Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV über den Bereich der Fortpflanzungsmedizin hinaus?	8
2.7	Leihmutterschaft als Beeinträchtigung der Menschenwürde?	10
2.8	Fazit	12
3	Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Entscheids, durch den gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird: Vereinbarkeit mit Art. 2, 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK)	12
3.1	Allgemeines.....	12
3.2	Art. 2 KRK: das Recht auf Nichtdiskriminierung	13
3.3	Art. 3 Abs. 1 KRK: das Wohl des Kindes	16
3.4	Art. 3 Abs. 2 KRK: Schutzpflicht des Staates	18
3.5	Art. 7 KRK: spezifische Rechte des Kindes.....	18
3.5.1	Recht auf Eintragung in ein Register und auf einen Namen	19
3.5.2	Recht auf den Erwerb einer Staatsangehörigkeit	19
3.5.3	Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden	21
4	Inländerdiskriminierung im Fall der Anerkennung des Kindesverhältnisses im Anschluss an eine Leihmutterschaft?.....	22

1 Einleitung

Die Anerkennung ausländischer Verwaltungs- oder Gerichtsentscheide im Zusammenhang mit einem Kindesverhältnis wird durch das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) geregelt. Dieses legt insbesondere in den Artikeln 25 ff. und in Artikel 70 die Bedingungen fest, unter denen ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses in der Schweiz anerkannt werden, vor allem die Bedingungen in Bezug auf die Zuständigkeit. In Artikel 27 Absatz 1 IPRG wird die Anerkennung einer im Ausland ergangenen Entscheidung ausgeschlossen, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist.

Bei der vorliegenden Prüfung gehen wir von der Annahme aus, dass ein ausländischer Entscheid, mit dem das Kindesverhältnis zwischen den Wunscheltern und einem im Rahmen einer Leihmutterschaft geborenen Kind festgestellt wurde, die formellen Bedingungen für eine Anerkennung erfüllt. Es steht uns nicht zu, uns abstrakt zur mit dem internationalen Privatrecht zusammenhängenden Frage zu äussern, ob das im schweizerischen Recht vorgesehene Verbot der Leihmutterschaft mit dem schweizerischen Ordre public im Sinn von Artikel 27 Absatz 1 IPRG gleichgesetzt werden kann. Ausgehend von den uns gestellten Fragen haben wir im Rahmen unserer Prüfung zum einen abzuklären, ob das schweizerische Verfassungsrecht dazu verpflichtet, die Leihmutterschaft zu verbieten, einschliesslich im Rahmen eines Verfahrens für die Anerkennung ausländischer Entscheide im Zusammenhang mit einem Kindesverhältnis. Zum anderen haben wir zu prüfen, ob das Übereinkommen über die Rechte des Kindes die Verweigerung der Anerkennung ausländischer Entscheide verbietet, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Problematik der Anerkennung eines ausländischen Entscheids, mit dem gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird, unter sehr unterschiedlichen Umständen stellen kann. Es kann sich um eine ausländische Entscheidung handeln, die in Bezug auf in der Schweiz wohnhafte Eltern getroffen wird, welche im Ausland eine Leihmutter in Anspruch genommen haben. Eine andere mögliche Ausgangslage ist ein ausländischer Entscheid bezüglich Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Wohnsitz zum massgebenden Zeitpunkt alle im Ausland hatten und die schweizerischer oder ausländischer Staatsangehörigkeit sein können. Die betreffende ausländische Entscheidung kann von der Behörde des Staates erlassen worden sein, in dem die Leihmutterschaft nach dem Recht dieses Staates abgewickelt wurde (beispielsweise in der Ukraine oder in gewissen Bundesstaaten der USA). Unter Umständen wurde der ausländische Entscheid aber auch von der Behörde eines Staates erlassen, in dessen Hoheitsgebiet die Praxis der Leihmutterschaft nicht zulässig ist, doch der ein Kindesverhältnis anerkennt, das durch eine Leihmutterschaft in einem Drittstaat begründet wurde.

2 Anwendbarkeit von Art. 119 BV auf die Anerkennung ausländischer Entscheide im Zusammenhang mit einem Kindesverhältnis

2.1 Historischer Abriss

Artikel 119 BV entstand aus Artikel 24^{novies} der Bundesverfassung von 1874. Dieser Artikel 24^{novies} aBV war ein Gegenentwurf zur eidgenössischen Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» des Beobachters. Während der Bundesrat als Gegenentwurf eine Bestimmung vorgeschlagen hatte, die sich im Wesentlichen darauf beschränkte, dem Bund Gesetzgebungskompetenzen einzuräumen, insbesondere im Bereich der Leihmutterschaft¹, entschieden sich die eidgenössischen Räte für eine Regelung, die dem Bundesgesetzgeber einen Auftrag erteilt und gleichzeitig klare und durchformulierte Grundsätze festlegt². In diesen Grundsätzen mussten die Punkte aufgeführt werden, die nach allgemeiner Überzeugung unzulässig sind³. Sie hatten auch die Funktion, eine gewisse Zahl von grundlegenden Werten zu gewährleisten⁴. Es bestand insbesondere Einigkeit darüber, dass jede Form von Leihmutterschaft verboten werden musste⁵. Artikel 24^{novies} aBV wurde am 17. Mai 1992 verabschiedet. Was die Leihmutterschaft anbelangt, hatte er den folgenden Wortlaut:

² Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und lässt sich insbesondere von den folgenden Grundsätzen leiten:

d. Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterschaften sind unzulässig.

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung wurden die Bestimmungen in Artikel 24^{novies} aBV zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich beinahe wörtlich für Artikel 119 BV übernommen. Die massgebenden Bestimmungen von Artikel 119 BV haben den folgenden Wortlaut:

Art. 119 Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich

¹ Der Mensch ist vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt.

² Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere folgende Grundsätze:

d. Die Embryonenspende und alle Arten von Leihmutterschaft sind unzulässig.

Diese Bestimmung wird durch das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (SR 810.11, FMedG) konkretisiert. In dessen Artikel 4 ist festgehalten, dass die Leihmutterschaft wie auch die Ei- und die Embryonenspende unzulässig sind. Gemäss Artikel 31 FMedG sind die Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens bei einer Leihmutter und die Vermittlung von Leihmutter-

¹ Botschaft vom 18. September 1989, BBl **1989** III 989, 1013.

² Piller, Berichterstatter (AB **1990** S 478).

³ Bundesrat Koller (AB **1989** S 487).

⁴ Bundesrat Koller (AB **1991** N 598).

⁵ Bundesrat Koller (AB **1991** N 598).

schaften strafbar. Die Verwendung gespendeter Eizellen, die Entwicklung gespendeter Eizellen und gespendeter Samenzellen zu einem Embryo und die Übertragung eines gespendeten Embryos auf eine Frau entsprechen einer Übertretung (Art. 37 Bst. c FMedG).

2.2 Der Begriff Leihmutterschaft

Gemäss Artikel 2 Buchstabe k FMedG ist eine Leihmutter «eine Frau, die bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen».

In ihrem Bericht vom 19. August 1988 definierte die Expertenkommission Amstad, die sich mit Fragen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie im Humanbereich zu befassen hatte, den Begriff Leihmutterschaft wie folgt:

«Bei der Leihmutterschaft gibt ein Paar einer fremden Frau den Auftrag, ein Kind auszutragen, weil dies der Partnerin nicht möglich ist, zum Beispiel weil sie an einer Missbildung der Gebärmutter leidet mit entsprechend erhöhtem Abortrisiko. In der Regel wird die zugezogene Frau, die Leihmutter, mit dem Samen des späteren sozialen Vaters künstlich inseminiert. Möglich ist auch eine In-vitro-Fertilisation mit den Keimzellen der Auftraggeber und Übertragung des Embryos in eine Leihmutter. Die Leihmutter trägt das Kind aus und sollte es nach der Geburt an die Auftraggeber abgeben.»⁶

Die Leihmutterschaft im Sinn des FMedG umfasst zum einen die Inanspruchnahme eines Fortpflanzungsverfahrens – d. h. einer Methode zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr, insbesondere Insemination, In-vitro-Fertilisation mit Embryotransfer sowie Gametentransfer (Art. 2 Bst. a FMedG) – und zum anderen den Umstand, dass die Leihmutter das Kind nach der Geburt auf Dauer «Dritten» überlässt.

Abhängig vom angewandten Fortpflanzungsverfahren werden üblicherweise zwei Arten von Leihmutterschaft unterschieden. Bei der einen Form ist die Leihmutter auch die genetische Mutter, da eine ihrer Eizellen mit dem Samen eines Dritten künstlich befruchtet wird. Bei diesem Dritten handelt es sich normalerweise um den Vater, dem das Kind nach der Geburt überlassen wird (im Folgenden der Wunschvater). Bei der anderen Form unterscheidet sich die Leihmutter, die das Kind austrägt und zur Welt bringt, von der genetischen Mutter. In diesen Fällen wird eine Eizelle einer Dritten in vitro befruchtet und anschliessend in die Gebärmutter der Leihmutter eingesetzt. Bei dieser Art der Leihmutterschaft kann es sich bei der biologischen Mutter, von der die Eizelle stammt, um die Person, der das Kind nach der Geburt überlassen wird (im Folgenden die Wunschmutter), oder um eine Drittperson handeln. Die Wunscheltern können somit die genetischen Eltern sein (die auch als biologische Eltern bezeichnet werden) oder überhaupt keine genetische Verbindung mit dem Kind aufweisen. Hinzu kommen alle denkbaren Zwischenkombinationen.

⁶ BBl 1989 III 1002

2.3 Ziele des Verbots der Leihmutterschaft

Gemäss den Gesetzesmaterialien und der Lehre werden mit dem Verbot der Leihmutterschaft die folgenden Ziele verfolgt:

- Schutz der Würde der Leihmutter:
 - Die Leihmutterschaft würdigt die Leihmutter zu einem Objekt herab, indem die Frau instrumentalisiert und ihre Gebärfähigkeit finanziell genutzt wird⁷.
 - Die Leihmutterschaft setzt die Leihmutter einem Konflikt zwischen der psychischen Bindung an ihr Kind und der Verpflichtung aus, die sie gegenüber den sozialen Eltern eingegangen ist⁸.
 - Es ist unannehmbar, dass die Leihmutter während ihrer Schwangerschaft an Weisungen der Wunscheltern über ihre Lebensführung gebunden sein könnte⁹.
- Schutz der Würde des werdenden Kindes: Die Leihmutterschaft reduziert das Kind auf eine Ware, die bei Dritten bestellt werden kann¹⁰.
- Schutz des Wohls des Kindes:
 - Es muss verhindert werden, dass das Kind zum Gegenstand von Streitigkeiten zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern über die Beziehungen zwischen dem Kind und der Leihmutter nach der Geburt wird (Streitigkeiten über die Zuweisung des verwandtschaftlichen Verhältnisses, über die Erhaltung der emotionalen Bindung usw.), insbesondere im Zusammenhang mit der Hypothese, dass die Wunscheltern das Kind nach der Geburt nicht mehr aufnehmen wollen¹¹.
 - Zu vermeiden sind Probleme im Bereich der Bildung der Identität des Kindes im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen den biologischen Eltern und den rechtlichen oder sozialen Eltern¹².

2.4 Art. 119 Abs. 2 zweiter Satz BV als Rahmen für einen Gesetzgebungsauftrag

Der erste Satz von Artikel 119 Absatz 2 BV überträgt dem Bund die Zuständigkeit und den Auftrag, Vorschriften im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie zu erlassen. Der zweite Satz von Artikel 119 Absatz 2 BV regelt die Art

⁷ Botschaft zum FMedG, BBl **1996** III 279; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} Rz. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874.

⁸ Botschaft zum FMedG, BBl **1996** III 279; Bericht der Expertenkommission Amstad, BBl **1989** III 1116.

⁹ Bericht der Expertenkommission Amstad, BBl **1989** III 1116.

¹⁰ Botschaft zum FMedG, BBl **1996** III 279.

¹¹ B. Rütscbe, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, 2009, S. 526 f.; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} Rz. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29 Mai 1874.

¹² R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} Rz. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874; O. Peissard, La dignité humaine dans le droit suisse et international relatif au génie génétique: essai d'interprétation, Freiburg 2008, S. 125 (dieser Autor verknüpft den Schutz der Bildung der Identität des Kindes mit dessen Menschenwürde).

und Weise, wie der Bund diese Gesetzgebungskompetenz auszuüben hat (vgl. «dabei», «ce faisant», «in tale ambito»). Er legt somit materielle Richtlinien¹³ für die Gesetzgebung im Bereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie fest. Es sind zwei Arten dieser materiellen Richtlinien zu unterscheiden. Zum einen sind Schutzpflichten aufgeführt¹⁴: Der Bund hat dafür zu sorgen, dass der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie gewährleistet ist. Im Weiteren bestehen einige Grundsätze, die hauptsächlich die Form von Verboten, aber teilweise auch von positiven Vorschriften aufweisen. Diese materiellen Richtlinien wurden im Rahmen des FMedG umgesetzt.

Da Artikel 119 Absatz 2 BV nicht ausdrücklich auch auf die im Ausland durchgeführten Fortpflanzungsverfahren ausgerichtet ist, ist vom Grundsatz auszugehen, dass der in diesem Artikel enthaltene Gesetzgebungsauftrag in erster Linie die Regelung der Fortpflanzungsmedizin in der Schweiz zum Zweck hat. Die Gefahr, dass das Verbot von bestimmten Methoden der Fortpflanzungsmedizin durch eine Behandlung im Ausland umgangen werden könnte, wurde im Übrigen in der parlamentarischen Debatte zu Artikel 24^{novies} aBV erkannt¹⁵. Dies bedeutet nicht, dass der Bundesgesetzgeber für die Regelung der grenzüberschreitenden Auswirkungen der Fortpflanzungsmedizin nicht zuständig ist, doch Artikel 119 Absatz 2 BV verpflichtet ihn nicht, auch diese Frage zu regeln. Aus dem in Artikel 119 Absatz 2 BV enthaltenen Gesetzgebungsauftrag kann somit nicht der Schluss gezogen werden, dass der Bundesgesetzgeber verpflichtet ist, auch jede Form von Leihmutterschaft zu verbieten, die ausserhalb des schweizerischen Hoheitsgebiets im Zusammenhang mit Personen praktiziert wird, die eine Verbindung mit der Schweiz aufweisen.

2.5 Direkte Anwendbarkeit von Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV?

Einige Autorinnen und Autoren vertreten die Auffassung, dass die in Artikel 119 Absatz 2 BV enthaltenen Grundsätze, wie beispielsweise das Verbot der Leihmutterschaft, teilweise direkt anwendbar sind¹⁶. Bevor das FMedG, das diese Grundsätze konkretisiert, am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist, bedeutete die direkte Anwendbarkeit, dass die Grundsätze ausreichend genau festgelegt waren, um von den Gerichten angewandt zu werden.

In Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV ist folgender Grundsatz festgelegt: «Jede Person hat Zugang zu den Daten über ihre Abstammung». Aus diesem Grundsatz hat das Bundesgericht 1999 – in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK), in dem «das Recht, seine Eltern zu kennen» festgehalten ist¹⁷ – abgeleitet, dass ein Kind, das aus einem Fortpflanzungsverfahren hervorgegangen ist, das Recht hat, seine Abstammung zu kennen. Dies umfasst auch das Recht, auf die betreffenden Daten zuzugreifen¹⁸. Das Bun-

¹³ J.-F. Aubert, Art. 119 Rz. 11, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse vom 18. April 1999, 2003.

¹⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, Art. 119 Rz. 41 ff. in: St. Galler BV-Kommentar.

¹⁵ AB 1991 N 605. Botschaft zum FMedG, BBl 1996 III 231.

¹⁶ R. Reusser/R.J. Schweizer, Art. 119, Rz. 18, in: St. Galler BV-Kommentar, 2. Aufl., 2008; R.J. Schweizer, Art. 24^{novies} Rz. 42 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874; G. Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 119 Rz. 10.

¹⁷ Vgl. zu diesem Thema Ziff. 3.5.3 unten.

¹⁸ BGE 125 I 257 E. 3.c.bb S. 262 vom 24. Juni 1999.

desgericht hat jedoch nicht festgelegt, ob sich dieses Recht aus Artikel 7 Absatz 1 KRK ableitet oder direkt auf Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV beruht¹⁹. Da die spätere Rechtsprechung das Recht auf Kenntnis seiner Abstammung auf Artikel 13 BV gestützt hat, bleibt die direkte Anwendbarkeit von Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV im Wesentlichen theoretisch.

Was das Verbot der Leihmutterschaft betrifft, hätte sich die Frage der direkten Anwendbarkeit vor dem Inkrafttreten des FMedG stellen können, da einige Kantone lediglich gewisse Anwendungsmodalitäten der Leihmutterschaft untersagten²⁰. Im Geltungsbereich des FMedG stellt sich die Frage der direkten Anwendbarkeit von Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV aufgrund des Verbots der Leihmutterschaft durch Artikel 4 FMedG nicht.

Der örtliche Geltungsbereich ist im FMedG nicht ausdrücklich geregelt. Gemäss dem Grundsatz, wonach das öffentliche Recht im Hoheitsgebiet des Staates gilt, von dem es erlassen wurde, wird die Nutzung der im Ausland praktizierten Fortpflanzungsmedizin vom FMedG nicht geregelt. Dies gilt auch für Personen, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben oder schweizerischer Nationalität sind. Aus den Gesetzesmaterialien zu Artikel 24^{novies} BV und zum FMedG geht hervor, dass sich die eidgenössischen Räte bewusst waren, dass die Einschränkungen bezüglich der Inanspruchnahme von Fortpflanzungsverfahren durch eine Behandlung im Ausland umgangen werden können²¹. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der Verfassungsgeber und der Gesetzgeber nicht davon ausgingen, dass die Verbote in Artikel 24^{novies} BV direkt auf Handlungen im Ausland angewandt werden können. Diese Überlegung gilt auch in Bezug auf Artikel 119 Absatz 2 BV.

2.6 Anwendbarkeit von Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV über den Bereich der Fortpflanzungsmedizin hinaus?

Die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 119 Absatz 2 BV über den Rechtsetzungsbereich der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie hinaus stellte sich hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Grundsatz des Zugangs zu den Abstammungsdaten. Gemäss der Botschaft vom 26. Juni 1996 zum FMedG geht aus der Verfassung hervor, dass das Adoptivkind einen unbedingten Anspruch auf Ausstellung eines Registerauszeuges bezüglich seiner biologischen Eltern hat (BBl 1996 III 271 f.). Die Botschaft bezog sich indessen hinsichtlich dieses Punkts nicht ausdrücklich auf Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV. Im Jahr 2002 hat das Bundesgericht bestätigt, dass das Adoptivkind ein verfassungsmässiges Recht hat, seine Eltern zu kennen. Doch es leitete dieses Recht nicht aus Artikel 119 Absatz 2 BV ab, sondern erachtete es als einen Aspekt des verfassungsmässigen Rechts auf den Schutz der Persön-

¹⁹ BGE **125** I 257 E. 3.c.bb S. 262. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in der Regeste dieses Urteils Artikel 119 Absatz 2 BV unter den massgebenden Rechtsgrundlagen nicht aufgeführt ist.

²⁰ BS: Verbot der Leihmutterschaft gegen eine Entschädigung; BL: Verbot der organisierten Leihmutterschaft. Zu diesem Thema: M. Ben-Am, *Gespaltene Mutterschaft*, 1998, Dissertation, S. 87 f.

²¹ AB **1991** N 605. Das Bestreben, Paare nicht zur Inanspruchnahme von Fortpflanzungsverfahren im Ausland zu zwingen, war eines der Argumente, die gegen eine Volksinitiative angeführt wurden, welche darauf abzielte, ein Verbot einiger bestimmter Formen der Fortpflanzungsmedizin zu Artikel 24^{novies} aBV hinzuzufügen (BBl **1996** III 231).

lichkeit bzw. der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV)²². Im Jahr 2008 hat das Bundesgericht das Recht jedes Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (einschliesslich der Kinder, die während der Ehe geboren wurden) mit dem Anspruch auf Achtung der Privatsphäre, d. h. mit Artikel 13 BV, in Zusammenhang gebracht²³. Ein Teil der Lehre geht weiterhin davon aus, dass Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV ein eigenständiges Grundrecht begründet²⁴. Ein anderer Teil der Lehre vertritt hingegen die Auffassung, dass die Grundlage des Rechts auf Kenntnis seiner Abstammung ausserhalb von Artikel 119 Absatz 2 BV liegt und dass die Funktion von Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe g BV daher darin besteht, eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem verfassungsmässigen Recht des Kindes auf Zugang zu den Daten seiner Abstammung und dem verfassungsmässigen Recht eines Dritten, welcher der biologische Vater des Kindes ist, auf Wahrung seiner Anonymität²⁵. Beide Rechte werden durch Artikel 13 BV gewährleistet.

Bereits vor dem Inkrafttreten von Artikel 24^{novies} aBV war die Lehre einstimmig der Auffassung, dass ein Vertrag, mit dem sich die Leihmutter gegenüber den am Vertrag beteiligten Eltern verpflichtet, ihnen das Kind nach der Geburt zu überlassen, im schweizerischen Recht nichtig ist²⁶. Dasselbe galt für Aufträge und Arztverträge im Zusammenhang mit der Umsetzung der Leihmutterschaft²⁷. Diese rechtlichen Auswirkungen ergeben sich somit nicht aus dem Verbot der Leihmutterschaft durch Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV; das verfassungsmässige Verbot würde dieses Ergebnis allenfalls bestätigen. Hinzu kommt, dass das verfassungsmässige Verbot zumindest nach Auffassung eines Teils der Lehre²⁸ nicht zur Folge hätte, dass die rechtliche Zulässigkeit der Realisierung des Zwecks der Leihmutterschaft ausgeschlossen wird, wenn diese über einen Vertrag über die Platzierung des Kindes bei den Wunscheltern als Pflegefamilie und über eine spätere Adoption des Kindes durch die Wunscheltern erfolgt. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass diese Massnahmen im Interesse des Kindes sind²⁹. Daraus folgt, dass das Verbot der Leihmutterschaft durch Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV keine Allgemeingültigkeit hat, die über den Bereich der Fortpflanzungsmedizin hinausgeht. Es gilt somit nicht direkt für die Anerkennung eines Entscheids, mit dem das Kindesverhältnis zwischen ei-

²² BGE **128** I 63, E. 5 S. 77. Gegenwärtig wird diese Frage in Art. 268c ZGB geregelt.

²³ BGE **134** III 241, E. 5.2.2 S. 244.

²⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, St. Galler BV-Kommentar zu Art. 119 Rz. 13 ff.

²⁵ G. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 119 Rz. 19; A. Ph. Leukart, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, AJP 2009 S. 584; vgl. auch J.-F. Aubert, Art. 119 Rz. 26, in Aubert/Mahon, op. cit., wobei dieser Autor daraus in einer Fussnote ableitet, dass dem Kind somit gemäss der Verfassung ein Grundrecht zusteht.

²⁶ Oben erwähnter Bericht der Expertenkommission Amstad (BBl **1989** III 1116); Th. Jäggi und P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, In: Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich, 1988, S. 61, 73 f. mit weiteren Verweisen.

²⁷ Th. Jäggi und P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, op. cit., S. 75

²⁸ Th. Jäggi und P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, op. cit., S. 76; M. Ben-Am, Gespaltene Mutterschaft, Basel, 1998, S. 177 f. Contra: S. Othenin-Girard, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Dissertation, 1999, Rz. 935, die dies aus dem Verbot der Leihmutterschaft durch das FMedG ableitet.

²⁹ Vgl. auch die schweizerische Praxis, erwähnt von A. Büchler und N. Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, in: FamPra.ch 2013 S. 33, 47.

nem Kind und seinen Wunscheltern festgestellt wird, da diese Fragen das Familienrecht betreffen.

2.7 Leihmutterschaft als Beeinträchtigung der Menschenwürde?

In einem Rechtsgutachten vom 17. November 1995 haben wir die Auffassung geäussert, dass die Bestimmungen in den Buchstaben a bis g von Artikel 24^{novies} Absatz 2 aBV als Konkretisierung des Grundsatzes der Menschenwürde zu verstehen sind³⁰. Denn in Artikel 24^{novies} Absatz 2 aBV und in Artikel 119 Absatz 2 BV ist als Grundsatz festgelegt, dass der Bundesgesetzgeber bei der Regelung des Umgangs mit menschlichem Keim- und Erbgut dafür sorgen muss, dass der Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie gewährleistet ist. Diese Korrelation zwischen den Verboten in Artikel 119 Absatz 2 BV und dem Schutz der Menschenwürde wurde indessen in einem Rechtsgutachten vom 22. Juni 2004 zum Handel mit Erzeugnissen aus Embryonen relativiert: Denn die Frage, ob das Verbot dieses Handels in Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe e auf den Schutz der Menschenwürde ausgerichtet ist, wurde offen gelassen³¹.

Im vorliegenden Fall wurde aufgezeigt, dass in den vorbereitenden Arbeiten und in der Lehre mit dem Verbot der Leihmutterschaft namentlich das Ziel verfolgt wird, die Menschenwürde der Leihmutter und des werdenden Kindes zu schützen³². Wird dem Verbot der Leihmutterschaft in Bezug auf die Gewährleistung der Menschenwürde eine solch grosse Bedeutung zuerkannt, ergibt sich aus Artikel 7 BV – gemäss dem die Würde des Menschen zu achten und zu schützen ist –, dass das Verbot der Leihmutterschaft in der ganzen Rechtsordnung verwirklicht werden muss³³. Der Zusammenhang zwischen dem Verbot der Leihmutterschaft und dem Schutz der Menschenwürde ist jedoch umstritten. Das Argument, das Ziel bestehe darin, die Frauen vor einer Instrumentalisierung ihres Körpers zu schützen, erachtet B. Rütse als paternalistisch. Zumindest in jenen Fällen, in denen sich eine Leihmutter nicht in erster Linie aus finanziellen Gründen für eine Leihmutterschaft entscheidet, kann nach Auffassung von B. Rütse nicht von einer Beeinträchtigung der Menschenwürde gesprochen werden, welche eine Einschränkung der Selbstständigkeit der betreffenden Frau rechtfertigen würde³⁴. A. Bächler und N. Bertschi verfolgen diesbezüglich einen etwas anderen Ansatz. Ihrer Auffassung nach wäre die Menschenwürde der Leihmutter beeinträchtigt, wenn sie den Wunscheltern das Kind überlassen müsste, obwohl sie sich nicht von ihm trennen will. Bei der Inanspruchnahme der Dienstleistungen einer Leihmutter, die sich in einer finanziellen Notlage befindet, bestehen Zweifel an der freien Wahl dieser Frau und an der Rechtmässigkeit des Verfahrens³⁵.

Der Verfassungsgeber war sich bewusst, dass mit den Verboten in Artikel 24^{novies} aBV und damit im heutigen Artikel 119 Absatz 2 BV eine Art «Tourismus» im Bereich

³⁰ VPB 60.67 Ziff. 3.a. Im gleichen Sinn: Schweizer, Art. 24^{novies} Rz. 44 f. in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

³¹ VPB 68.113 Ziff. 3.1.

³² Vgl. oben 2.3.

³³ Vgl. Art. 35 Abs. 1 BV. Zur Tragweite von Art. 7 BV vgl. insbesondere P. Mastronardi, Art. 7 Rz. 31 ff., in: St. Galler BV-Kommentar.

³⁴ B. Rütse, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität - Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, 2009, S. 527, Fussnote 151.

³⁵ A. Bächler und N. Bertschi, op. cit., S. 51 f.

der Fortpflanzungsmedizin nicht verhindert werden kann. Dieser besteht für in der Schweiz wohnhafte Personen darin, dass sie in der Schweiz verbotene Fortpflanzungsmethoden in Ländern in Anspruch nehmen, in denen sie zugelassen sind³⁶. Die betreffenden Verbote sind somit nicht dazu bestimmt, absolut zu gelten, unabhängig vom Gebiet, in dem die Handlung vorgenommen wird. Dies schliesst unserer Auffassung nach aus, dass die Verbote in Artikel 119 Absatz 2 BV automatisch als Ausdruck des Schutzes der Menschenwürde im Sinn von Artikel 7 BV betrachtet werden. Was die Leihmutterschaft anbelangt, wäre es heikel, aus Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV den Schluss zu ziehen, dass eine ausländische Regelung, welche die Leihmutterschaft zulässt, zwangsläufig die Menschenwürde der Leihmutter beeinträchtigt, insbesondere wenn diese Form der Fortpflanzungsmedizin im ausländischen Recht so geregelt ist, dass auch die Interessen der Leihmutter geschützt werden. Hinzu kommt, dass sich das Problem der Menschenwürde der Leihmutter im Wesentlichen bis zum Zeitpunkt stellt, in dem das Kind den Wunscheltern übergeben wird und ihnen vom Recht, das die Leihmutterschaft regelt, das Kindesverhältnis zugewiesen wird. Nach diesem entscheidenden Zeitpunkt hat die Leihmutter gegenüber dem Kind prinzipiell keine besondere rechtliche Stellung mehr, sodass der Schutz ihrer Menschenwürde ihr gegenüber keine Rechtswirkung entfaltet. Aus diesem Grund ist es zweifelhaft, ob die Menschenwürde der Leihmutter durch Artikel 7 BV geschützt wird, wenn nach einer Leihmutterschaft im Ausland die Frage zu beurteilen ist, ob ein Kindesverhältnis, das von einem ausländischen Recht zugunsten der Wunscheltern begründet wurde, in der Schweiz anerkannt werden soll. Selbstverständlich lässt sich nicht ausschliessen, dass die in Artikel 7 BV festgelegte Pflicht zum Schutz der Menschenwürde in bestimmten Fällen zur Folge hat, dass ein Kindesverhältnis mit den Wunscheltern nicht anerkannt werden kann, weil eine Beeinträchtigung der Menschenwürde der Leihmutter vorliegt. Dies könnte der Fall sein, wenn das Kindesverhältnis den Wunscheltern von den Behörden des Staates zugewiesen wurde, in dem die Leihmutterschaft abgewickelt wurde, während sich die Leihmutter geweigert hatte, das von ihr ausgetragene Kind den Wunscheltern zu überlassen, und das Kindesverhältnis für sich selbst beansprucht hatte. Doch aus Artikel 7 BV lässt sich nicht ableiten, dass der Schutz der Menschenwürde der Leihmutter in allen Fällen ausschliesst, dass ein Kindesverhältnis, das im Ausland gestützt auf eine Leihmutterschaft begründet wurde, in der Schweiz anerkannt wird.

Dasselbe gilt für die Würde des Kindes. Wenn ein Kind wie eine Ware behandelt wird, wird ihm die Rechtsstellung als Person abgesprochen³⁷, wodurch seine durch Artikel 7 BV geschützte Würde beeinträchtigt wird. Die Zuweisung des Kindesverhältnisses auf der Grundlage eines Leihmutterschaftsvertrages ist somit problematisch. Die Achtung der Würde des Kindes setzt jedoch auch voraus, dass das Wohl des Kindes ein wichtiger Faktor bei Entscheiden ist, von denen es persönlich betroffen ist³⁸. Das Interesse des Kindes an der Anerkennung eines Kindesverhältnisses, das durch einen Entscheid den Wunscheltern zugewiesen wurde, kann aber je nach den massgebenden Umständen Vorrang haben vor seiner Würde und dem Anspruch, nicht als Ware behandelt zu werden. Die Beeinträchtigung der Würde des Kindes, die ein Leihmutterschaftsvertrag unter Umständen zur Folge hat, verliert mit der Zeit an Bedeutung gegenüber der Beziehung zu den Inhabern der elterlichen

³⁶ AB 1991 N 605; BBl 1996 III 231.

³⁷ B. Christensen, Schwangerschaft als Dienstleistung - Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterschaft, Hill 2013 Rz. 86, Rz. 58.

³⁸ B. Christensen, op. cit., Rz. 60.

Sorge. Aus diesem Grund wäre es fragwürdig, aus Artikel 7 BV abzuleiten, dass ein Kindesverhältnis, welches gemäss einem ausländischen Recht begründet wurde und seit einer gewissen Zeit im Rahmen eines richtigen Familienlebens besteht, mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist und nicht anerkannt werden kann, weil die Würde des betreffenden Kindes durch den Leihmutterschaftsvertrag beeinträchtigt wurde. Im Übrigen lässt sich aus dem Schutz der Würde eines Kindes, das im Rahmen einer Leihmutterschaft geboren wurde, nicht ableiten, dass das Kindesverhältnis in Anwendung des in Artikel 252 ZGB festgelegten Grundsatzes, wonach das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt entsteht, zwangsläufig der Leihmutter zugewiesen werden sollte. Denn das Interesse des Kindes, dass man ihm nicht in seinem Aufenthaltsstaat ein Kindesverhältnis mit seiner Leihmutter zuweist, ist nicht unerheblich, wenn die Leihmutter gemäss dem Recht ihres Wohnsitzstaates kein verwandtschaftliches Verhältnis mit dem Kind aufweist und auch kein solches Verhältnis beansprucht.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen lässt sich nicht ausschliessen, dass in bestimmten Fällen der Schutz der Würde der Leihmutter und des von ihr geborenen Kindes gemäss Artikel 7 BV unter Umständen der Anerkennung eines ausländischen Entscheids entgegensteht, mit dem auf der Grundlage eines Leihmutterschaftsvertrages ein Kindesverhältnis mit den Wunscheltern begründet wurde. Wenn hingegen das Interesse des Kindes an der Anerkennung des Kindesverhältnisses mit seinen Wunscheltern überwiegt, verlangt es der Schutz der Menschenwürde nicht, dass der Leihmutterschaft jegliche Rechtswirkung abgesprochen wird. A priori sollte Artikel 27 Absatz 1 IPRG ausreichen, um in den einzelnen Fällen eine solche Abwägung zwischen den Interessen vorzunehmen.

2.8 Fazit

Das Verbot der Leihmutterschaft in Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV gilt nicht direkt für die Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird. Es kann indessen indirekt über Artikel 7 BV gelten, wenn durch die Anerkennung ausländischer Entscheide, durch die gestützt auf einen Leihmutterschaftsvertrag ein Kindesverhältnis festgestellt wird, die Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde, insbesondere der Würde des Kindes, beeinträchtigt wird.

3 Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Entscheids, durch den gestützt auf eine Leihmutterschaft ein Kindesverhältnis festgestellt wird: Vereinbarkeit mit Art. 2, 3 Abs. 1 und 2 sowie Art. 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK)

3.1 Allgemeines

Die KRK legt einen Mindeststandard fest, unter den die Vertragsstaaten nicht gehen dürfen; sie können indessen über diesen Mindeststandard hinausgehen. Der Vorbehalt des günstigeren Rechts (vgl. Art. 41 KRK) bedeutet auch, dass die Staaten nicht auf der Grundlage des tieferen Standards im Übereinkommen über die Rechte des

Kindes Rechte einschränken oder verweigern können, die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehen sind³⁹.

Gemäss der monistischen Rechtsauffassung, von der in der Schweiz ausgegangen wird, bilden die internationale Rechtsordnung und die innerstaatliche Rechtsordnung ein einheitliches kohärentes System. Die völkerrechtliche Bestimmung wird im Anschluss an die parlamentarische Verabschiedung in die innerstaatliche Rechtsordnung übernommen, ohne dass eine Transformation erfolgen muss⁴⁰. Wenn die Bedingungen der direkten Anwendbarkeit erfüllt sind, können sich auch Privatpersonen vor den Rechtspflegeorganen des jeweiligen Gerichtsstands auf die betreffende Bestimmung berufen. Gemäss der monistischen Rechtsauffassung, die sich also auf die Frage der unmittelbaren Gültigkeit eines völkerrechtlichen Vertrages bezieht, sind Privatpersonen folglich berechtigt, sich vor Gericht auf völkerrechtliche Bestimmungen zu berufen, sofern diese direkt anwendbar sind («self executing»). Die Frage, ob eine völkerrechtliche Bestimmung als direkt anwendbar beurteilt werden kann, ist eine Frage der Auslegung. Eine Norm ist direkt anwendbar, wenn sie aufgrund ihres Inhalts ausreichend bestimmt und klar ist, um als Grundlage für einen Entscheid zu dienen⁴¹. Mit anderen Worten muss sie genügend konkret und genau sein, damit natürliche oder juristische Personen daraus direkt Rechte und Pflichten ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen oder einklagen können⁴². Nicht direkt anwendbar sind völkerrechtliche Bestimmungen, die sich darauf beschränken, eine Frage in den Grundzügen zu regeln, die dem Vertragsstaat einen grossen Spielraum bei der Auslegung und Anwendung einräumen oder die sich darauf beschränken, nicht justiziable Richtlinien zu formulieren. Dabei handelt es sich insbesondere um sogenannte programmatische Bestimmungen, denen es an Genauigkeit mangelt. Diese Bestimmungen richten sich in erster Linie an den Gesetzgeber und müssen von diesem intern konkretisiert werden, um Rechte und Pflichten für Privatpersonen zu schaffen⁴³.

3.2 Art. 2 KRK: das Recht auf Nichtdiskriminierung

In Artikel 2 KRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, die in der KRK festgelegten Rechte zu achten und sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds zu gewährleisten. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um sicherzustellen, dass das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäusserungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird.

³⁹ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, S. 713.

⁴⁰ BBI 2010 2285

⁴¹ BGE 126 I 240 E. 2b; 125 III 277 E. 2d/aa S. 281; 121 V 246 E. 2b S. 249; 120 Ia 1 E. 5b.

⁴² BBI 2010 2286

⁴³ BGE 120 Ia 1 E. 5b S. 11; BBI 2010 2285.

Nach herrschender Lehre ist diese Bestimmung direkt anwendbar⁴⁴. Doch in der Praxis überschneidet sich diese Bestimmung in der Schweiz mit der Gewährleistung in Artikel 8 Absatz 2 BV, gemäss dem niemand diskriminiert werden darf, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Die Aufzählung der Kriterien stimmt zwar nicht mit jener in Artikel 2 KRK überein, doch a priori besteht kein entscheidender Unterschied, zumal die beiden Aufzählungen nur Beispielcharakter haben. Es kann somit festgehalten werden, dass Artikel 2 KRK mit Ausnahme seines eingeschränkteren persönlichen Geltungsbereichs, da er auf Kinder beschränkt ist, in der Schweiz in Bezug auf Artikel 8 Absatz 2 BV keine eigene Geltung hat. Dies scheint durch die Tatsache bestätigt zu werden, dass sich die Rechtsprechung nicht spezifisch mit dem Geltungsbereich von Artikel 2 KRK zu befassen hatte.

Gemäss der Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung nach Artikel 8 Absatz 2 BV vor, wenn eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe anders behandelt wird, die in der Vergangenheit oder in der heutigen gesellschaftlichen Realität ausgegrenzt oder herabgewürdigt wurde bzw. wird. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung untersagt hingegen nicht jegliche Unterscheidung auf der Grundlage der Kriterien, die in Artikel 8 Absatz 2 BV oder in Artikel 2 KRK aufgeführt sind, sondern begründet eher den Verdacht, dass eine Differenzierung unzulässig ist. Ungleichheiten, die sich aus einer solchen Unterscheidung ergeben, müssen speziell gerechtfertigt werden⁴⁵.

Im vorliegenden Fall bilden Kinder, die im Rahmen einer Leihmutterschaft geboren wurden, eine gesellschaftliche Gruppierung, für welche die Gefahr von Ausgrenzung und Herabwürdigung besteht. Diese Gefahr resultiert unserer Auffassung nach nicht in erster Linie aus dem rechtlichen Verbot der Leihmutterschaft in der Schweiz, sondern hauptsächlich aus der Tatsache, dass diese Form der Fortpflanzungsmedizin von der Gesellschaft als Beeinträchtigung der Würde der Leihmutter und des Kindes beurteilt wird. Wenn die Anerkennung eines ausländischen Entscheids, mit dem das Kindesverhältnis eines Kindes mit seinen Wunscheltern bestätigt wird, auf der Grundlage eines Ordre-public-Vorbehalts verweigert wird, bedarf dies einer speziellen Rechtfertigung.

Das Bestreben, das Kind vor einer Kommerzialisierung seiner Geburt zu schützen, ist ein löbliches Motiv. Immerhin untersagt Artikel 4 FMedG auch die Ei- und die Embryonenspende, also die Vermarktung von Eizellen und Embryonen. Es erscheint indessen unwahrscheinlich, dass das Kindesverhältnis eines in der Schweiz oder im Ausland geborenen Kindes mit der Begründung bestritten werden kann, man habe im Ausland auf eine Ei- oder Embryonenspende zurückgegriffen, oder genauer ausgedrückt, es sei eine Eizelle oder ein Embryo gekauft worden. Selbst wenn die Behörde von diesem Ursprung des Kindes Kenntnis hat, ist zumindest zweifelhaft, dass sie rechtsgültig einen Ordre-public-Vorbehalt geltend machen kann, um die Anerkennung dieses Kindesverhältnisses zu verweigern. Denn in einem solchen Fall hätte das Kind überhaupt keine Mutter bzw. überhaupt keine Eltern. Während die Wirkungen eines Leihmutterschaftsvertrages im Wesentlichen nach der Geburt des Kindes

⁴⁴ B. Adamson, Article 2 — The Right of Non-Discrimination, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, Rz. 91.

⁴⁵ BGE 137 V 334 E. 6.2.1 S. 348; 135 I 49 E. 4.1 S. 53.

zum Tragen kommen, entfaltet ein Vertrag über den Kauf von Eizellen oder Embryonen nach der Implantation der Eizelle oder des Embryos in den Körper der künftigen Mutter keine Wirkungen mehr. Jedenfalls ist die Unterscheidung zwischen der Kommerzialisierung vor und nach der Geburt keine ausreichende Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung, wenn – wie es dem üblichen Fall entspricht – der Leihmutter-schaftsvertrag wie auch der Vertrag über den Kauf der Eizelle oder des Embryos seine Wirkungen zu entfalten begonnen hat, als die Frau, die das Kind zur Welt bringt, das entsprechende Fortpflanzungsverfahren in Anspruch genommen hat. Wenn die Verweigerung der Anerkennung der Urkunde über das Kindesverhältnis zur Folge hat, dass das Kind keine Eltern hat, die für es sorgen – weil die Leihmutter gemäss dem Recht ihres Heimatstaates kein Kindesverhältnis mit dem Kind hat und kein solches Verhältnis beansprucht oder dieses entsprechend dem Vertrag, den sie mit den Wunscheltern unterzeichnet hat, sogar ablehnt –, stellt sich überdies die Frage, ob das Ziel, das Kind vor einer Kommerzialisierung zu schützen, nicht mit dem obersten Ziel der KRK, d. h. mit dem Schutz des Kindeswohls, kollidiert⁴⁶. Wenn es das Wohl des Kindes erfordert, dass die Beziehung mit den Wunscheltern beibehalten wird, ist das Ziel, das Kind vor einer Kommerzialisierung zu schützen, keine angemessene Rechtfertigung, um die Anerkennung des Kindesverhältnisses mit den Wunscheltern zu verweigern.

Das Ziel, die Würde der Mutter zu schützen, ist nach der Geburt keine ausreichende Rechtfertigung mehr, um dem von einer Leihmutter geborenen Kind de facto seine Eltern vorzuenthalten. Eine andere Ausgangslage liegt vor, wenn die Leihmutter das Kindesverhältnis beansprucht, obwohl gemäss dem Recht ihres Heimatstaates kein Kindesverhältnis mit dem von ihr geborenen Kind besteht. Denn in einem solchen Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Leihmutter die Anerkennung ihres Kindesverhältnisses in ihrem Heimatstaat erwirken kann, wenn die Anerkennung des Kindesverhältnisses mit den Wunscheltern in der Schweiz verweigert wird.

Es bleibt noch die Rechtfertigung mit dem Willen des Verfassungsgebers und des Gesetzgebers, die Leihmutterschaft zu verbieten. Dieser Rechtfertigung steht indes- sen ebenfalls das Problem einer Ungleichbehandlung in Bezug auf den Handel mit Eizellen und Embryonen entgegen, da dieser Handel in der Schweiz verboten ist. Aus dem Recht geht nicht hervor, dass das Verbot der Leihmutterschaft dem Verbot von Eizellen- und Embryonenspenden und des Handels mit diesen vorgeht. Das Verbot der Leihmutterschaft ist daher keine angemessene Rechtfertigung, um das Anbringen des Ordre-public-Vorbehalts auf die Fälle zu beschränken, bei denen es um die Anerkennung eines Kindesverhältnisses geht, das aus einer Leihmutterschaft entstanden ist.

Aus den obigen Ausführungen lässt sich der folgende Schluss ziehen: Wenn systematisch der Ordre-public-Vorbehalt angebracht wird, um die Anerkennung des Kindesverhältnisses von Kindern, die von einer Leihmutter geboren wurden, mit den Wunscheltern zu verweigern, könnte dies einer Diskriminierung dieser Kategorie von Kindern entsprechen, womit gegen Artikel 2 KRK verstossen würde.

⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 KRK und unten 3.3.

3.3 Art. 3 Abs. 1 KRK: das Wohl des Kindes

Im Zentrum der KRK steht das Wohl des Kindes. In Artikel 3 Absatz 1 ist dies wie folgt festgehalten:

«Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.»

Das Übereinkommen lässt allerdings offen, wie das «Wohl» des Kindes – die englischen und französischen Originaltexte sprechen von «best interests» bzw. von «intérêts supérieurs» – konkret zu verstehen ist. Eine Auslegung dieser Generalklausel, die den staatlichen Behörden jede Freiheit in der Einschränkung der Rechte des Kindes und der Position der Eltern einräumen würde, wenn sie nur dem staatlich definierten Wohl des Kindes dient, entspräche Sinn und Zweck des Übereinkommens mit Sicherheit nicht⁴⁷. Artikel 3 Absatz 1 KRK gibt lediglich die Möglichkeit, das Wohl des Kindes als vorrangiges Kriterium zu berücksichtigen. Das Wohl des Kindes ist jedoch nicht der einzige Gesichtspunkt, der zu berücksichtigen ist, und es ist kein entscheidender Aspekt⁴⁸. Es hat nicht absolute Priorität⁴⁹. Artikel 3 Absatz 1 KRK gibt auch die Möglichkeit, andere Interessen des Inhabers der elterlichen Sorge oder des Staates zu berücksichtigen⁵⁰.

Gemäss der Rechtsprechung handelt es sich bei Artikel 3 Absatz 1 KRK um eine programmatische Bestimmung, eine Leitidee und eine Auslegungsmaxime, die beim Erlass und bei der Auslegung der Gesetzgebung berücksichtigt werden muss.⁵¹ Diesem Artikel wird von der Rechtsprechung Rechnung getragen, doch er verleiht kein Recht auf eine Leistung des Staates⁵².

Da Artikel 3 Absatz 1 KRK nicht von vornherein dem Wohl des Kindes Priorität einräumt, kann der Staat eine abstrakte Gewichtung vornehmen und objektiven Faktoren gegenüber dem individuellen Wohl des Kindes den Vorrang geben, um die Anerkennung eines Kindesverhältnisses, das auf einer Leihmutterschaft beruht, zu verweigern. So hat im französischen Recht das Kassationsgericht entschieden, dass der Grundsatz der Nichtverfügbarkeit des Personenstandes die Rechtswirksamkeit – in Bezug auf das Kindesverhältnis – einer Vereinbarung über die Geschäftsführung für Dritte ausschliesst, die nach dem französischen Recht aufgrund eines Verstosses gegen den Ordre public nichtig ist⁵³. Ebenso haben sich deutsche Gerichte auf den Standpunkt gestellt, dass der Rechtsgrundsatz «mater semper certa est» (§ 1591 BGB) absolut ist und keine Ausnahme für die Leihmutterschaft zulässt. Dies schliesst

⁴⁷ Botschaft, BBl 1994 V 15.

⁴⁸ Zum Ursprung des Begriffs «Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist» vgl. Nigel Cantwell, La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant, in: Schweizer Bulletin der Kinderrechte, Bd. 18 Rz. 3, September 2012.

⁴⁹ M. Freeman, Article 3 - The Best Interests of the Child, in A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, S. 61.

⁵⁰ BGE 136 I 297 E. 8.2 S. 308; Stefan Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 119.

⁵¹ BGE 136 I 297 E. 8.2; BBl 1994 V 1, 25; Stephan Wolf, op.cit., S. 113, 118.

⁵² BGE 136 I 297 E. 8.2 S. 308; 135 I 153 E. 2.2.2 S. 157; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.05.2012, C-1394/2009, E. 10.4.

⁵³ Urteil Nr. 369 vom 6. April 2011 in der Rechtssache 09-66.486.

die Anerkennung eines ausländischen Entscheids aus, mit dem das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern festgelegt wird⁵⁴. In diesen Fällen haben die Gerichte auf ein anderes Verfahren verwiesen, um dem Wohl des Kindes Rechnung zu tragen, nämlich auf das Adoptionsverfahren.

Es kann jedoch bezweifelt werden, dass es mit Artikel 3 Absatz 1 KRK noch vereinbar ist, solchen Rechtsgrundsätzen Vorrang zu geben, wenn es sich bei der Urkunde, die Gegenstand des Anerkennungsverfahrens ist, um einen Anerkennungsentscheid oder um einen auf eine Adoption bezogenen Entscheid eines Drittstaates handelt: Wenn das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern im Heimatstaat oder im Wohnsitzstaat der Wunscheltern festgestellt wurde, obwohl die Leihmutterschaft im betreffenden Staat verboten ist⁵⁵, würde mit einer nachträglichen Infragestellung dieses Kindesverhältnisses durch einen anderen Staat aufgrund der ursprünglichen Umstände der Feststellung des Kindesverhältnisses dem Wohl des Kindes kaum Rechnung getragen.

Wenn es sich bei der Wunschmutter auch um die genetische Mutter des Kindes handelt, steht es nach Auffassung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs eindeutig dem Wohl des Kindes entgegen, wenn der Leihmutter die Rolle der Mutter «aufgezwungen» wird, obwohl sie weder vom «biologischen» Standpunkt her noch aus rechtlicher Sicht in Bezug auf die Rechtsstellung des Kindes die Mutter ist, die Mutterrolle nicht beansprucht und keine Familiengemeinschaft mit dem Kind gebildet hat. Damit würde dem Kind das Recht vorenthalten, dass die Eltern die elterliche Sorge ausüben, für es sorgen und für es aufkommen⁵⁶. Unserer Auffassung nach gilt diese Analyse auch für die Umsetzung von Artikel 3 Absatz 1 KRK.

Wenn die Wunscheltern und das Kind bereits seit einiger Zeit ein tatsächliches Familienleben führen, geht das Interesse des Kindes an der Fortsetzung dieses Familienlebens und damit an der Anerkennung seines Kindesverhältnisses in der Regel ebenso objektiven Überlegungen im Zusammenhang mit dem Fortpflanzungsverfahren vor, aus dem das Kind entstanden ist.

Daraus ergibt sich folgende Schlussfolgerung: Artikel 3 Absatz 1 KRK schliesst nicht aus, dass ein allfälliges Interesse des Kindes an der Anerkennung eines Kindesverhältnisses mit den Wunscheltern unter bestimmten Umständen hinter andere staatliche Interessen zurücktreten muss. Hingegen wäre es nicht vereinbar mit Artikel 3 Absatz 1 KRK, wenn systematisch der Ordre-public-Vorbehalt angebracht würde, um die Anerkennung des Kindesverhältnisses eines von einer Leihmutter geborenen Kindes mit seinen Wunscheltern zu verweigern, ohne der relativen Bedeutung des Interesses des Kindes an dieser Anerkennung Rechnung zu tragen.

⁵⁴ Beispielsweise Oberlandesgericht Stuttgart, Urteil vom 7. Februar 2012 (8 W 46/12). Eine Beschwerde beim deutschen Bundesverfassungsgericht gegen dieses Urteil wurde für unzulässig erklärt.

⁵⁵ Dies ist beispielsweise in Österreich (vgl. Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 14. Dezember 2011 in der Rechtssache B13/11) und in Spanien der Fall (Boletín Oficial del Estado, 7. Oktober 2010 Abschnitt I S. 84803).

⁵⁶ Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 14. Dezember 2011 in der Rechtssache B13/11, Ziff. 4.2.

3.4 Art. 3 Abs. 2 KRK: Schutzpflicht des Staates

Artikel 3 Absatz 2 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen.

Absatz 2 ist wie eine Verpflichtung für die Vertragsstaaten formuliert. Er hat eine subsidiäre Funktion, da er darauf ausgerichtet ist, allfällige Lücken in der KRK zu schliessen: Er verpflichtet die Vertragsstaaten, «geeignete Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen» für den Schutz und die Fürsorge des Kindes in allen Fällen zu treffen, in denen die KRK nicht spezifisch eine Handlung oder eine Unterlassung vorschreibt, die für das Wohl des Kindes notwendig ist⁵⁷. Sein Geltungsbereich ist somit nicht auf die Bereiche beschränkt, auf welche die KRK ausdrücklich ausgerichtet ist. Er ist hingegen nicht direkt anwendbar.

Unserer Auffassung nach hat Artikel 3 Absatz 2 KRK grundsätzlich keine spezifische Geltung für die Anerkennung ausländischer Entscheide im Zusammenhang mit einem Kindesverhältnis. Denn die Staaten können frei über die Wahl der Mittel entscheiden, mit denen für das Kind der Schutz und die Fürsorge gewährleistet werden, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind. Wenn sich ein von einer Leihmutter geborenes Kind in der Schweiz aufhält, ist die Schweiz gemäss Artikel 3 Absatz 2 KRK verpflichtet, geeignete Massnahmen für den Schutz und die Fürsorge dieses Kindes zu treffen⁵⁸. Dies gilt auch, wenn sich die Schweiz geweigert hat, das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern anzuerkennen. Wenn sich hingegen ein von einer Leihmutter geborenes Kind noch im Geburtsland aufhält und nicht die Staatsangehörigkeit dieses Landes hat, weil der betreffende Staat das Kindesverhältnis den Wunscheltern zuweist, darf die Schweiz beim Entscheid über die Anerkennung dieses Kindesverhältnisses die Folgen ihres Entscheids auf das Wohlergehen des Kindes nicht ausser Acht lassen⁵⁹.

3.5 Art. 7 KRK: spezifische Rechte des Kindes

Nach Artikel 7 Absatz 1 KRK ist das Kind unmittelbar nach seiner Geburt in ein Register einzutragen und hat das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden. Nach Absatz 2 dieses Artikels stellen die Vertragsstaaten die Verwirklichung dieser Rechte im Einklang mit ihrem innerstaatlichen Recht und mit ihren Verpflichtungen aufgrund der einschlägigen internationalen Übereinkünfte in diesem Bereich sicher, insbesondere für den Fall, dass das Kind sonst staatenlos wäre.

⁵⁷ S. Detrick, op. cit., S. 94; M. Freeman, op. cit. S. 66.

⁵⁸ Vgl. Art. 307 ff. ZGB.

⁵⁹ Der Staat kann indessen Art. 3 Abs. 2 KRK auch Rechnung tragen, indem er dem Kind gestattet, im Hinblick auf eine Adoption in sein Hoheitsgebiet einzureisen. Diese Lösung wurde schliesslich in Deutschland für Zwillinge realisiert, die in Indien von einer verheirateten indischen Leihmutter geboren worden waren. Diese Kinder waren aus Sperma des deutschen Wunschvaters und einer Eizelle einer indischen Spenderin entstanden (http://www.t-online.de/eltern/schwangerschaft/id_41794012/indische-leihmutter-zwillinge-duerfen-nach-deutschland-.html).

Artikel 7 Absatz 1 verleiht ausdrücklich Rechte und begründet nicht nur Verpflichtungen gegenüber den Vertragsstaaten. Die direkte Anwendbarkeit dieser Rechte wird jedoch durch die Tatsache begrenzt, dass die meisten stark vom gesetzlichen Rahmen abhängen: Das Recht auf einen Namen hängt stark davon ab, wie die Modalitäten für den Erwerb des Namens geregelt sind; das Recht auf die Staatsangehörigkeit hängt davon ab, welche Bedingungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit gelten usw. Der gesetzliche Rahmen stellt also keine Einschränkung in Bezug auf ein direkt anwendbares Recht dar, sondern legt die grundlegende Tragweite des Rechts fest, das durch Artikel 7 Absatz 1 KRK gewährleistet wird. In Bezug auf die Frage, ob die Verweigerung der Anerkennung des Kindesverhältnisses bei einer Leihmutterschaft mit Artikel 7 Absatz 1 KRK vereinbar ist, dienen im vorliegenden Fall die Rechte, die durch diese Bestimmung gewährleistet werden, hauptsächlich als Auslegungsregel: Die Berufung auf das Institut des Ordre-public-Vorbehalts darf nicht dazu führen, dass dem Kind Rechte vorenthalten werden, die ihm nach Artikel 7 Absatz 1 KRK zustehen.

3.5.1 Recht auf Eintragung in ein Register und auf einen Namen

Sofern der Staat, in dem die Leihmutterschaft abgewickelt wurde, die Geburt selbst eingetragen hat und dem Kind aufgrund des Kindesverhältnisses mit den Wunscheltern einen Namen gegeben hat, ist das Recht des Kindes auf Eintragung in ein Register und auf einen Namen gewahrt. Das Problem der Wahrung des Rechts auf den Namen könnte sich jedoch stellen, wenn die Schweiz die Anerkennung dieses Kindesverhältnisses bei einem von einer Leihmutter geborenen und in die Schweiz gebrachten Kind verweigern und sich auf den Standpunkt stellen würde, die Zuweisung des Namens der Wunscheltern durch das Recht des Staates, in dem das Kind geboren wurde, verstosse gegen den schweizerischen Ordre public⁶⁰. Da der Name ein wichtiges Persönlichkeitsmerkmal darstellt, setzt das Recht auf den Namen auch das Recht auf die Einzigartigkeit des Namens voraus⁶¹. Insbesondere sollte verhindert werden, dass das Kind in der Schweiz einen anderen Namen tragen muss als jenen, der in seinen Ausweispapieren aufgeführt ist⁶². Artikel 7 Absatz 1 KRK kann somit der Verweigerung der Anerkennung des Namens des Kindes in der Form entgegenstehen, wie er vom Staat festgelegt wurde, in dem das Kind von einer Leihmutter geboren wurde.

3.5.2 Recht auf den Erwerb einer Staatsangehörigkeit

Wenn das Kind eine Staatsangehörigkeit aufgrund seines Geburtsorts erworben hat, sind die Anforderungen von Artikel 7 Absatz 1 KRK erfüllt, selbst wenn sich der Heimatstaat der Eltern weigert, das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern und somit den Erwerb ihrer Staatsangehörigkeit durch Abstammung anzuerkennen. Eine

⁶⁰ Art. 27 Abs. 1 und 37 IPRG.

⁶¹ I. Ziemele, Art. 7 - The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and Be Cared for by Parents, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, Rz. 21 (die jedoch den Staaten bei der Transkription des Namens in eine andere Sprache einen Ermessensspielraum einräumt).

⁶² Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn ein von einer Leihmutter geborenes Kind bei seiner Geburt aufgrund des Geburtsortsprinzips die Staatsangehörigkeit des Landes (z. B. der USA) erworben hätte und den Familiennamen der Wunscheltern tragen würde.

andere Situation liegt hingegen vor, wenn sich der Staat, in dem die Leihmutterschaft abgewickelt wurde, auf den Standpunkt stellt, das Kind verfüge aufgrund seines Kindesverhältnisses mit den ausländischen Wunscheltern nicht über seine Staatsangehörigkeit. Weigert sich der Heimatstaat der Wunscheltern seinerseits, das Kindesverhältnis mit diesen anzuerkennen, und verweigert er dem Kind somit den Erwerb seiner Staatsangehörigkeit, ist dieses staatenlos. In diesem Fall verpflichtet Artikel 7 Absatz 1 KRK sowohl den Heimatstaat der Wunscheltern als auch den Staat, in dem die Leihmutterschaft abgewickelt wurde – falls beide Vertragsstaaten der KRK sind –, diesen negativen Konflikt zu regeln, um das Wohl des Kindes zu schützen⁶³. Nach Artikel 7 Absatz 2 KRK müssen die Staaten die notwendigen Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass das Recht des Kindes auf eine Staatsangehörigkeit gewahrt ist, «insbesondere für den Fall, dass das Kind sonst staatenlos wäre». Das Kind kann jedoch aus dieser Bestimmung kein spezifisches Recht auf den Erwerb der Staatsangehörigkeit der Wunscheltern ableiten.

Ist der Schweizer Wunschvater der biologische Vater des Kindes und hat er dieses entsprechend den Anforderungen von Artikel 73 IPRG anerkannt, kann man sich fragen, ob die Weigerung, diese Kindesankennung aufgrund der Inanspruchnahme der Leihmutterschaft anzuerkennen – was zur Folge hat, dass das Schweizer Bürgerrecht nicht gewährt wird –, einen gültigen Grund für die Einschränkung des Rechts auf die Staatsangehörigkeit darstellen würde, das in Artikel 7 Absatz 1 KRK verankert ist. Damit dies der Fall wäre, dürfte diese Verweigerung der Anerkennung im Vergleich zu anderen Anerkennungsfällen nicht diskriminierend sein. Normalerweise sind jedoch die Art und Weise der Empfängnis eines Kindes kein Grund, um gegenüber der Urkunde zur Anerkennung des Kindesverhältnisses den Vorbehalt des schweizerischen *Ordre public* geltend zu machen. Dies gilt auch in jenen Fällen, in denen das innerstaatliche schweizerische Recht die Anerkennung des Kindesverhältnisses in dieser Art von Situationen ausschliesst⁶⁴.

⁶³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 KRK. I. Ziemele, op. cit., Rz. 50. So wird in Frankreich seit einem Rundschreiben vom 25. Januar 2013 zwischen dem zivilen Kindesverhältnis (das im Fall der Leihmutterschaft nicht anerkannt wird) und dem Kindesverhältnis im Sinne des Bürgerrechts unterschieden: Der französische Heimatschein, mit dem ein Ausweispapier beschafft werden kann, wird dem Kind ausgestellt, sobald das Kindesverhältnis mit einem französischen Staatsangehörigen aus einer beweiskräftigen ausländischen Zivilstandsurkunde gemäss Artikel 47 des französischen Zivilgesetzbuchs hervorgeht. Nach diesem Artikel sind alle Zivilstandsurkunden französischer und ausländischer Staatsangehörigen verbindlich, die im Ausland ausgestellt und in den im jeweiligen Land üblichen Formen verfasst wurden, sofern nicht andere in Besitz befindliche Urkunden oder Akten, äussere Gegebenheiten oder der Urkunde selbst entnommene Elemente ergeben, gegebenenfalls nach angemessenen Abklärungen, dass die betreffende Urkunde ordnungswidrig oder gefälscht ist oder dass die darin festgehaltenen Tatsachen nicht der Realität entsprechen. Aufgrund dieses Rundschreibens ist es im Zusammenhang mit dem Bürgerrecht ausgeschlossen, sich darauf zu berufen, die Leihmutterschaft verstosse gegen den *Ordre public*. Allerdings ist die Gesetzmässigkeit dieses Rundschreibens umstritten (vgl. N. Mathey, *Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions*, in *La semaine juridique*, Edition générale Nr. 7, 11. Februar 2013, S. 162).

⁶⁴ So waren die schweizerischen Gerichte zum Schluss gelangt, Art. 304 aZGB, der die Anerkennung von im Ehebruch erzeugten Kindern untersagte, habe schon vor der Aufhebung dieses Verbots im innerstaatlichen Recht nicht mehr Teil des *Ordre public* gebildet (S. Othenin-Girard, op. cit., S. 525 mit Verweisen).

Artikel 7 Absatz 2 KRK behält weitere einschlägige internationale Übereinkünfte vor. Nach Artikel 1 Absatz 1 des Übereinkommens vom 13. September 1973 zur Verringerung der Fälle von Staatenlosigkeit (SR 0.141.0) erwirbt das Kind, dessen Mutter die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates besitzt, durch Geburt die Staatsangehörigkeit der Mutter, wenn es sonst staatenlos wäre. Mit diesem Übereinkommen lässt sich das Problem jedoch nicht lösen, da darin nicht definiert ist, wer im Fall einer Leihmutterschaft die Mutter ist. Würde die Schweiz die Anerkennung des Kindesverhältnisses mit den Schweizer Wunscheltern verweigern, ginge sie von der Annahme aus, die Leihmutter sei die «Mutter» im Sinne dieses Übereinkommens.

3.5.3 Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden

Das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden, enthält ausdrücklich Ausnahmen, da Artikel 7 Absatz 1 KRK vorsieht, dass dieses Recht «soweit möglich» gilt.

Gemäss dem Ausschuss für die Rechte des Kindes, der auf Artikel 43 KRK beruht, verleiht Artikel 7 Absatz 1 KRK Adoptivkindern das Recht, ihre biologischen Eltern zu kennen⁶⁵. In einem Urteil hat das Bundesgericht diese Regel offensichtlich als direkt anwendbar betrachtet; später hat es dieses Recht mit dem Anspruch auf Achtung der Privatsphäre, d. h. mit Artikel 13 BV, verknüpft⁶⁶. Die gleiche Regel sollte im Fall der Leihmutterschaft gelten. Das Kind hat somit das Recht, alle seine «Eltern» zu kennen: die biologischen Eltern (Samenspender und allenfalls Eizellspenderin), die Mutter, die es zur Welt gebracht hat, und die Personen, denen das Recht das Kindesverhältnis zuweist. Die Weigerung der Schweiz, das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern anzuerkennen, wäre somit kein Grund, das Kind am Kennenlernen dieser Eltern zu hindern, unabhängig davon, ob es sich dabei um die biologischen Eltern oder die rechtlichen Eltern nach dem Recht des Geburtslandes handelt. Aus dem Recht, seine (Wunsch-)Eltern zu kennen, leitet sich jedoch kein Recht auf Anerkennung des Kindesverhältnisses mit diesen ab.

Das Recht des Kindes, von seinen Eltern betreut zu werden, stellt ein Problem dar, wenn sich die Schweiz weigert, das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern anzuerkennen, und wenn sie die Leihmutter (und deren allfälligen Ehegatten) im Sinne des schweizerischen Rechts als Eltern des Kindes betrachtet. Im Fall der Mehrfachelternschaft, wie sie sich aus der Leihmutterschaft ergibt, legt die KRK jedoch nicht fest, in Bezug auf welche Eltern das Kind das Recht hat, betreut zu werden. Allerdings muss nach Artikel 3 Absatz 1 KRK bei der Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 KRK das Wohl des Kindes berücksichtigt werden. Wurde das Kind in die Schweiz gebracht, stellt die Inanspruchnahme der Leihmutterschaft durch die Wunscheltern allein keinen ausreichenden Grund dar, um die Betreuung des Kindes durch diese Eltern auszuschliessen. Ist das Kind in seinem Geburtsland geblieben, ist vorrangig dieses dafür zuständig, für die Umsetzung des Rechts des Kindes auf Betreuung durch seine Eltern zu sorgen. Sind die Wunscheltern auch die biologischen Eltern des Kindes, gehören sie zu den Eltern nach Artikel 7 Absatz 1 KRK, in Bezug auf die das Kind soweit möglich Anspruch auf Betreuung hat. Dieses

⁶⁵ I. Ziemele, op. cit., Rz. 52.

⁶⁶ BGE 125 I 257 E. 3.c.bb S. 262; 134 III 241, E. 5.2.2 S. 244. Vgl. auch oben 2.5 und 2.6.

Recht kann somit der Verweigerung der Anerkennung der Urkunde entgegenstehen, mit der das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern festgestellt wird.

4 Inländerdiskriminierung im Fall der Anerkennung des Kindesverhältnisses im Anschluss an eine Leihmutterschaft?

Mit dem Begriff «Inländerdiskriminierung» werden Situationen erfasst, in denen inländische Staatsangehörige in ihrem Heimatstaat weniger günstig behandelt werden als ausländische Staatsangehörige⁶⁷. Beruht die Inländerdiskriminierung nicht auf einem angemessenen Grund, ist sie durch Artikel 8 BV verboten.

Die Tatsache, dass bestimmte fortpflanzungsmedizinische Verfahren wie die Leihmutterschaft in der Schweiz verboten sind, während sie im Ausland möglich sind, stellt keine Inländerdiskriminierung dar. Dieses Verbot gilt unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Person.

Ebenfalls keine Inländerdiskriminierung stellt die Tatsache dar, dass in der Schweiz wohnhafte Personen im Ausland fortpflanzungsmedizinische Angebote in Anspruch nehmen können, die in der Schweiz verboten sind, ohne dass die Schweizer Behörden den faktischen Folgen dieses «Tourismus» im Bereich der Fortpflanzungsmedizin die Rechtswirkung in Bezug auf das Kindesverhältnis absprechen. Denn die Beschränkung des örtlichen Geltungsbereichs der schweizerischen Vorschriften im Bereich der Fortpflanzungsmedizin gilt ebenfalls unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Eltern.

Hingegen kann sich das Problem der Inländerdiskriminierung auf den ersten Blick stellen, wenn die Schweiz das im Anschluss an eine Leihmutterschaft festgestellte Kindesverhältnis anerkennt, das vom Heimatstaat der Wunscheltern oder des Kindes festgestellt oder anerkannt wurde. Selbst wenn die Ungleichbehandlung nicht nur Schweizer Bürgerinnen und Bürger, sondern auch alle in der Schweiz wohnhaften Staatsangehörigen anderer Länder betrifft, die das Kindesverhältnis mit den Wunscheltern nicht anerkennen, werden die Schweizer Staatsangehörigen weniger günstig behandelt als die Staatsangehörigen bestimmter anderer Länder. Unseres Erachtens bestehen jedoch objektive Gründe für eine solche Ungleichbehandlung. Wenn die Wunscheltern ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatten, als das Kindesverhältnis festgestellt wurde, und erst später in die Schweiz gekommen sind, unterscheidet sich diese Situation materiell eindeutig von der Situation von Schweizer Staatsangehörigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben. Dies stellt somit einen objektiven Rechtfertigungsgrund für eine rechtliche Ungleichbehandlung dar. Hatten die Wunscheltern ihren gewöhnlichen Aufenthalt sowohl bei der Geburt des Kindes als auch anlässlich des ausländischen Entscheids, der ihr Kindesverhältnis mit dem von einer Leihmutter geborenen Kind feststellte, in der Schweiz, ist das Bestreben, eine Abweichung zwischen dem nach dem Heimatrecht der Eltern festgestellten Kindesverhältnis und dem in der Schweiz geltenden Kindesverhältnis zu vermeiden, ebenfalls ein gültiger objektiver Grund für diese Ungleichbehandlung.

Daraus lässt sich das folgende Fazit ziehen: Die Anerkennung des Kindesverhältnisses zwischen dem im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kind

⁶⁷ V. Boillet, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, S. 128.

und seinen Wunscheitern würde nicht zu einer durch die Bundesverfassung untersagten Inländerdiskriminierung führen.

15. Mai 2013

Bundesamt für Justiz BJ

Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I