

Document	AJP 2015 S. 1325
Auteur(s)	Sandra Hotz
Titre	Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterschaftsurteil des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. Mai 2015 (BGer 5A_748/2014), publiziert am 29. Juli 2015, zur Publikation vorgesehen. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, handelnd durch das Bundesamt für Justiz c. 1. A.B., 2. C.B.-E., 3. D.B.
Commentaire d'arrêt	5A_748/2014
Pages	1325-1336
Publication	Aktuelle Juristische Praxis
Editeur	Valérie Défago Gaudin, Anne-Sylvie Dupont, Patricia Egli, Olivier Hari, Stefan Heimgartner, Stephanie Hrubesch-Millauer, Audrey Leuba, Alexander R. Markus, Bertrand Perrin, Arnold F. Rusch
ISSN	1660-3362
Maison d'édition	Dike Verlag AG

AJP 2015 S. 1325

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht/
Droit international privé et procédure civile internationale
(3) Ein oder zwei Elternteile, eine Frage der Rechtsumgehung?

Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterschaftsurteil des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. Mai 2015 (BGer [5A_748/2014](#)), publiziert am 29. Juli 2015, zur Publikation vorgesehen. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, handelnd durch das *Bundesamt für Justiz c. 1. A.B., 2. C.B.-E., 3. D.B.*



I. Entscheid des Bundesgerichts vom 21. Mai 2015

A. Sachverhalt und Begründung

Das Schweizerische Bundesgericht entschied am 21. Mai 2015 den ersten kollisionsrechtlichen Fall zu einer ausländischen Leihmutterschaft: Zwei in eingetragener Partnerschaft lebende Männer mit Wohnsitz in der Schweiz hatten am 6. Juli 2010 mit einem amerikanischen Ehepaar aus dem U.S. Bundesstaat Kalifornien einen nach dortigem Recht gültigen Leihmutterschaftsvertrag geschlossen. In dieser gegenseitigen Vereinbarung versprach die Leihmutter, schwanger zu werden, eine befruchtete Eizelle (einer dritten Spenderin und des Samens des einen Mannes) auszutragen und nach der Geburt des Kindes auf ihre Elternrechte gegenüber den beiden Männern zu verzichten. Das zuständige Gericht des County Kern in Kalifornien stellte mit Elternurteil (*Judgement of Paternity*) vom 24. Februar 2011 nach Einsicht in die Verträge und Erklärungen fest, dass die Leihmutter und ihr Ehemann auf alle künftigen elterlichen Rechte rechtsgültig verzichtet hätten, und erklärte die zwei schweizerischen Männer zu den künftigen rechtlichen Eltern des Kindes. – Beide Väter sind in der Schweiz seit dem 11. Februar 2011 als gemeinsame Partner eingetragen.

Das Kind wurde am 11. April 2011 in Kalifornien geboren. Die amerikanische Geburtsurkunde des Neugeborenen wurde dort in der Folge entsprechend dem Feststellungsurteil ausgestellt, so dass die beiden Väter seit dem 13. April 2011 im Geburtenregister des County Kern, Kalifornien (*Certification of vital record*) als die rechtlichen Eltern des Kindes eingetragen sind. Das Kind lebt seit seiner Geburt mit seinen Vätern zusammen. Später ersuchten die beiden in der Schweiz lebenden Väter im Kanton St. Gallen (Heimatort) um die *Anerkennung des amerikanischen Urteils und der amerikanischen Geburtsurkunde* sowie um die entsprechende Eintragung ihres Kind-Eltern-Verhältnisses im schweizerischen Personenstandsregister.

Das Bundesgericht entschied, dass der in eingetragener Partnerschaft lebende, nicht-genetische intentionale Vater im Personenstandsregister der Schweiz nicht als Elternteil des aus der ausländischen Leihmutterschaft hervorgegangenen Kindes registriert werden kann. Im Resultat wird also in der Schweiz nur das rechtliche Kindesverhältnis zum genetischen, in eingetragener Partnerschaft lebenden Elternteil (also zum Samenspender) anerkannt (dieses wurde von dem Beschwerdeführer nicht bestritten). Die Begründung basiert im Wesentlichen auf drei Argumenten: 1.) Eine Rechtsumgehung des Leihmutterschaftsverbots ist in der Schweiz nicht zu tolerieren, und 2.) die Anerkennung des ausländischen Urteils, das auf einer unzulässigen Art und Weise der Entstehung des Kindesverhältnisses beruht, verstosse gegen die Grundvorstellung in der Schweiz und sei ordre public-widrig. 3.) Dem Kindeswohl werde Genüge getan, wenn das rechtliche Kindesverhältnis zum genetischen Vater anerkannt ist, denn damit seien die Status-, Familien- und Persönlichkeitsrechte des Kindes gewahrt.

Auf die einzelnen Punkte der höchstrichterlichen Begründung wird im Folgenden detailliert einzugehen sein (Ziff. III).

B. Prozessgeschichte und -fakten

Der Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts wurde mit 3 zu 2 Stimmen gefällt. Dieser erging am 21. Mai 2015 in öffentlicher Sitzung. Die Verhandlung war kontrovers. Das spiegelt sich u.a. in den Zeitungskommentaren zum Entscheid.² Die schriftliche Begründung des Bundesgerichts wurde am 29. Juli 2015 publiziert.

Die Vorinstanz, das St. Galler Verwaltungsgericht, hatte in seinem Urteil das in Kalifornien begründete Kind-Eltern-Verhältnis zwischen Leihmutterkind und den beiden eingetragenen Männern am 19. August 2014 anerkannt. Zusätzlich wies es die Registerbehörden an, auch die Abstammungsdaten zu vervollständigen: den Eintrag des genetischen Vaters, der Geburtsmutter samt Hinweisen gemäss amerikanischem Feststellungsurteil und der *genetischen Mutter* als anonymer Eizellenspenderin.

Das Bundesgericht heisst mit seinem Entscheid die Beschwerde des Bundesamtes für Justiz (das für das EJPD

AJP 2015 S. 1325, 1326

handelt) gegen diesen vorinstanzlichen Entscheid in den wesentlichen Teilen gut. Das Bundesamt hatte die Aufhebung der Anerkennung des kalifornischen Urteils hinsichtlich des Kind-Eltern-Verhältnisses zum nicht-genetischen zweiten Vater und die Abweisung der Anerkennung der kalifornischen Geburtsurkunde (weil diese nicht die Geburtsmutter ausweist) verlangt. Die Anerkennung des kalifornischen Urteils in Bezug auf den genetischen Vater blieb unangefochten.

Erstinstanzlich hatte das Departement des Inneren des Kantons St. Gallen das zuständige Amt auf einen entsprechenden Rekurs hin angewiesen, die beiden Männer als Väter in das Personenregister einzutragen. Das Amt für Bürgerrecht und Zivilstand hatte den Eintrag der beiden Väter am 21. März 2011 ursprünglich abgewiesen.

II. Eine Frage des Kindesrechts

Zunächst ist vorbehaltlos zu begrüssen, dass das Bundesgericht diesen internationalen Fall eindeutig als eine Frage des Kindesrechts nach [Art. 70 IPRG](#) behandelt (E.3.2–3.3). Auch die Bejahung der Zuständigkeit der kalifornischen Gerichte und Behörden im Hinblick auf die im fraglichen Feststellungsurteil schon vorgesehene amerikanische Staatsbürgerschaft des Kindes (*ius soli*) und damit als ein Urteil, das im Heimatstaat ergangen ist nach [Art. 70 IPRG](#), ist ohne Weiteres überzeugend.

III. Zur Verweigerung der Anerkennung des nicht-genetischen zweiten Vaters im Einzelnen

A. Zur Begründung des Ordre public-Vorbehalts ([Art. 27 IPRG](#))

1. Die Ausnahme von der Regel: Ordre public-Vorbehalt

a) Grundsätze der Anwendung des Ordre public nach [Art. 27 IPRG](#)

Der Ordre public-Vorbehalt bildet die Ausnahme von der Regel. Der Entscheid führt die Grundsätze der Anwendung eines Ordre public-Vorbehalts aus (E. 4.1):

Ein Ordre public-Verstoss nach [Art. 27 Abs. 1 IPRG](#) ist insbesondere nicht allein schon deswegen erfüllt, weil das zu anerkennende Urteil eine schweizerische Vorschrift verletzt hätte. Es kommt stets auf eine Würdigung des konkreten Einzelfalls an (E. 4.1). Mit anderen Worten formuliert: Es soll *keine abstrakten Ordre public-Entscheide* geben.

Ferner nimmt der Entscheid relativ breit auf, dass ein Ordre public-Vorbehalt nur sehr *restriktiv* anzunehmen ist. Es ist allgemein anerkannt, dass zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse die Verweigerung der Anerkennung ausländischer Urteile die Ausnahme bilden muss. Das Bundesgericht präzisiert an *dieser*

² Z.B. Interview mit Alexandra Rumo-Jungo, Double paternité, in Le Temps vom 22.5.2015; Katharina Fontana, Keine doppelte Vaterschaft, NZZ vom 21. Mai 2015.

Stelle wie folgt (E. 4.1): Je loser eine Beziehung zur Schweiz und je länger der Zeitraum vergangen sei zwischen Ausstellen des ausländischen Entscheids (der Urkunde) und der Prüfung, umso weniger Raum bestehe für eine Verweigerung der Anerkennung eines ausländischen Feststellungsurteils betreffend Kindesverhältnis oder einer ausländischen Geburtsurkunde (*dazu unter Lit. 2*).

b) Die Ausnahme: Art und Weise der Entstehung des Kindesverhältnis

Trotz dieser Grundsätze entscheidet das Bundesgericht, dass im konkreten Fall ein Ausnahmefall vorliege und die Verweigerung der Anerkennung und die Annahme des Ordre public-Vorbehalts zu Lasten des Kind-Eltern-Verhältnis zum nicht-genetischen Vater gerechtfertigt sei (E. 5). Es begründet dies mit der *Art und Weise der Entstehung des Kindesverhältnisses*, die im Einzelfall nicht akzeptabel sei (E. 5.3): Das Bundesgericht geht davon aus, dass dieser eine intolerable Rechtsumgehung zugrunde liege (E. 5.3.2.), und dass diese die Grundwerte der Schweizerischen Rechtsordnung verletze (E. 5.3.3–3.4.). Beide Argumente sind freilich konnex und fließen immer in einander über, denn nicht jede Rechtsumgehung ist inakzeptabel, sondern nur diejenige, deren Ausschaltung grundlegende Werte verletzt. Es wird im Folgenden separat auf die Argumente eingegangen, wobei die Rechtsumgehung den Anfang macht (wie im Entscheid), obschon der Verstoss gegen den fundamentalen Schutzgedanken vor der Instrumentalisierung und Kommerzialisierung logisch vorgelagert wäre.

2. Rechtsumgehung sei inakzeptabel

a) Verstoss gegen das Leihmutterschaftsverbot ist nicht per se ordre public-widrig

Der Inhalt des kalifornischen Feststellungsurteil weicht von der geltenden schweizerischen Rechtsordnung ab (E. 5.3.1.), weil sämtliche Arten von Leihmutterschaften in der Schweiz auf Verfassungs- und Gesetzesstufe verboten ([Art. 119 Abs. 2 lit. d BV](#), Art. 2 lit. d, Art. 4 FMedG) sind, und weil in der Schweiz die Geburtmutter-Regel gilt ([Art. 252 ZGB](#)). Entsprechend wäre nach schweizerischem Recht die Leihmutter als Geburtmutter in das Personenstandsregister als Elternteil einzutragen.

Das Bundesgericht weist jedoch selbst auf den Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom November 2013 hin (E. 4.2.3), der – und vor allem auch das dem Bericht angehängte Gutachten des Bundesamtes für Justiz (sic!) vom 15. März 2013 – besagt, dass der Verstoss gegen das schweizerische Leihmutterschaftsverbot an sich noch kei-

AJP 2015 S. 1325, 1327

nen Verstoss gegen den Ordre public zu begründen vermöge, massgebend könne *nur der Einzelfall* sein.³

b) Nicht akzeptable Rechtsumgehung: Sachzusammenhang und Zeitfaktor als Kriterien

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Rechtsumgehung, die zum Kindesverhältnis nach amerikanischem Recht geführt hat, in diesem Fall dennoch inakzeptabel (E. 5.3.2). Es nimmt dabei wie schon erwähnt zwei Präzisierungskriterien aus dem älteren Schrifttum zum Schutzzweck des Ordre public beziehungsweise der Rechtsumgehung auf: einen Zeitfaktor und den Sachzusammenhang zur Schweiz (E. 4.1): Die beiden Männer sind Schweizer und haben Wohnsitz in der Schweiz. Sie hätten ausser dem Leihmutterschaftsverhältnis und dem Kind mit amerikanischer Staatsangehörigkeit keinerlei Bezug zu den Vereinigten Staaten von Amerika. Ihre Absicht der Rechtsumgehung sei entsprechend erstellt. In zeitlicher Hinsicht sei zwischen dem kalifornischen Feststellungsurteil und der Anerkennungsprüfung durch das Bundesgericht auch noch nicht viel Zeit vergangen, so dass ein Ordre public-Vorbehalt gerechtfertigt sei (E. 5.3.2. *in fine*).

Will man im Rahmen des anerkennungsrechtlichen Ordre public-Vorbehalts zwischen der Art und Weise einer Rechtsumgehung unterscheiden, so wären genauere Angaben dazu, welche Motive der Rechtsumgehung inakzeptabel erscheinen mögen und welche konkreten Zeitabstände gegen eine

³ So auch Jolanta Kren, Vortragsfolien zum «Ordre Public im Zeitgeist», 2014, http://www.kaz-zivilstandswesen.ch/fileadmin/pdf/Vortrag_Ordre_public_Prof_Kren.pdf, zuletzt besucht am 15.5.2015, 63; a.A. Heinz Hausheer, Normen mit Verfassungsrang als prägende Gestaltungsfunktion des Familienlebens, [ZBJV 2015, 303 ff.](#), 335 ff., Fn. 305. Dieses Gutachten stellt u.a. auch Folgendes klar: «Das Ziel, die Würde der Mutter zu schützen, ist nach der Geburt [jedenfalls] keine ausreichende Rechtfertigung mehr, um dem von einer Leihmutter geborenen Kind de facto seine Eltern vorzuenthalten.» (S. 15) Und an anderer Stelle, dass etwa «ein systematischer Ordre public-Vorbehalt» unangebracht wäre, um die «Anerkennung des Kindesverhältnisses eines von einer Leihmutterschaft [sic] geborenen Kindes zu seinen Wunscheltern zu verweigern, ohne der relativen Bedeutung des Interesses des Kindes an dieser Anerkennung Rechnung zu tragen.» (S. 17).

Verfestigung des *Lebenssachverhalts* sprechen und welche Sachzusammenhänge massgebend sein sollten, damit die Rechtsumgehung im Einzelfall nicht mehr toleriert werden könne, hilfreich.

Es bleibt vorab offen, aufgrund welcher Grundlagen das Bundesgericht zur Auffassung gelangt, dass eine Dauer von über vier Jahren, die zwischen dem amerikanischen Feststellungsurteil und der Anerkennungsprüfung liegt, kein langer Zeitraum wäre. Gerade im Leben eines Kleinkindes dürften die ersten vier Entwicklungsjahre absolut prägend gewesen sein.

Ferner fragt sich in Bezug auf den Sachzusammenhang, ob der Konnex zu den USA wirklich so lose ist, schliesslich sollte das Kind das amerikanische Staatsbürgerrecht erwerben und hat dieses immer noch.

Es können sich viele weitere Fragen stellen: Handelt eine intentionale Mutter, die knapp vor der Geburt des Leihmutterkindes in Amerika einreist, weil sie bis kurz zuvor noch hart arbeiten muss, in inakzeptabler Weise, während eine Person, die es sich finanziell einrichten kann, sechs oder zwölf Monate vorher Zeit zu nehmen, um sich in Amerika einzuleben (um den erforderlichen Bezug zu den USA herzustellen), tolerabel handelt. Und würde es in Sachen Sachzusammenhang einen Unterschied machen, ob die betreffende Person sich in dieser Zeit mit der Familie der Leihmutter bekannt machte oder ihren obligaten LL.M.-Kurs absolvierte? Dass das kalifornische Feststellungsurteil in Amerika auf unredliche Weise erlangt worden ist, könnte man wohl in keinem der Fallvarianten aufbringen.

Das sind fraglos schwierige Unterscheidungskriterien, die nur zeigen, dass der Grundsatz der restriktiven Anwendung des Ordre Public-Vorbehalts nicht umsonst die Regel bildet.⁴

c) Differenzierungskriterien im Rechtsvergleich: Beschluss BGH vom 10.12.2014

Erfolgsversprechender wären wohl Differenzierungen zur Abklärung des Standards des ausländischen Gerichtsverfahrens und des Urteils, wie sie der Deutsche Bundesgerichtshofs in einem absolut vergleichbaren Fall vom 10. Dezember 2014⁵ getroffen hat (homosexuelles intentionales Elternpaar, ein Mann genetisch verwandt, Eizellenspende von Drittperson, ein Kind, kalifornisches Feststellungsurteil und Geburtsurkunde). – Es kann doch nicht gleich stark ins Gewicht fallen, ob ein Kind-Eltern-Verhältnis in Kalifornien durch ein ordentliches Gerichtsverfahren mit Urteil festgestellt worden ist (und in einer Geburtsurkunde eingetragen ist), oder ob es sich um die blosse schriftliche Genehmigung einer beliebigen Behörde beziehungsweise um das Ausfüllen der Geburtsurkunde durch eine medizinische Fachperson handelt.

Obschon das Bundesgericht den deutschen BGH-Beschluss vom 10. Dezember 2014 erwähnt (vgl. E. 4.4),

AJP 2015 S. 1325, 1328

unterlässt es, den entscheidenden Inhalt dieses Urteils zu diskutieren: Der BGH hat nach Massgabe des Kindeswohls entschieden und in seinem Beschluss den analogen *kalifornischen Gerichtsentscheid*, der den intentionalen Eltern die Elternstellung zuspricht, nach §§ 108 FamG (Familienverfahrgesetz) anerkannt.⁶ – Dies im Gegensatz etwa zu einem Kindesverhältnis, das durch eine blosse Geburtsurkunde begründet wird. – Das Gericht konnte es sogar offen lassen darüber zu befinden, ob der kalifornische Gerichtsentscheid konstitutiv sei, oder ob die Verwandtschaft bereits aus dem von den Parteien in Kalifornien unterzeichneten Leihmutterchaftsvertrag resultiere, beide Fälle würden von § 108 FamG erfasst.⁷ Jedenfalls sei der ausländische Entscheid nach einer Prüfung der Verträge und der Feststellung der Statusrechte ergangen, so dass eine materielle Prüfung ausgeschlossen war. Die Anerkennung des Kind-Eltern-Verhältnisses verstosse in diesem Rahmen nicht gegen den Ordre public (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamG), wobei auf den «grosszügigeren» anerkenntnisrechtlichen Ordre public abzustellen sei.⁸

⁴ [BGE 131 III 185 E. 4.1](#); [BGE 120 II 86 E. 3](#); s.a. BGer [4A 8/2008 E. 3.1](#).

⁵ BGH, Beschluss vom 10.12.2014 (XII ZB 463/13), Der Entscheid wurde in der deutschen Doktrin mehrheitlich positiv aufgenommen: NJW 2015, 479 ff. mit Anm. Bettina Heiderhoff; NZFam 2015, 112 ff. mit Anm. Finn Zwissler; FamRZ 2015, 240 ff. mit Anm. Tobias Helms; s.a. Bettina Heiderhoff, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, 2664 ff., 2673 zu entsprechenden früheren Urteilen.

⁶ § 108 FamG regelt die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheide in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten, ausgenommen in Ehesachen (§ 107 FamG). Hindernisse für die Anerkennung wären nach § 109 FamG die fehlende internationale Zuständigkeit (die ausgeschlossen werden konnte aufgrund des *ius solis* und der *lex fori*, die nach amerikanischen Recht gelten) und der Ordre Public-Verstoss.

⁷ Rz. 22.

⁸ Rz. 28 f.

Nach dem BGH-Beschluss liegt ein Ordre Public-Verstoss insbesondere dann nicht vor, wenn das Kind mit einem der intentionalen Elternteile genetisch verwandt ist,⁹ hingegen mit der vertraglichen biologischen Mutter nicht. Die Vaterschaft des genetischen Vaters wird vom BGH ohne Weiteres anerkannt, da dieser mit Zustimmung der Leihmutter seine Vaterschaft anerkannt hatte. Die schweizerische Rechtslage unterscheidet sich insoweit auch nicht wirklich von der deutschen (§§ 1592 Ziff. 2, 1594 Abs. 2 BGB). In Bezug auf die Anerkennung des nicht-genetischen Elternteil sieht der BGH zwar auch die Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen, denn das deutsche Recht verbietet alle Arten von Leihmutterchaften (§ 1 Abs. 1 Ziff. 7 ESchG¹⁰, § 14b AdvermiG¹¹); *kommt aber im konkreten Fall zum Schluss, dass keine Hindernisse vorliegen, die gegen eine Anerkennung sprechen würden. § 1591 BGB* (mater semper certa est) mache zwar grundsätzlich Sinn, denn die Regelung habe eine «general-präventive Funktion», doch im Rahmen von Ordre public-Entscheiden komme es immer nur auf den Einzelfall an.¹² Der BGH entscheidet, dass das Kindeswohl massgebend sein soll: Nach dem BGH wären [Art. 8 Abs. 1 EMRK](#) und Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 GG verletzt, würde dem Kind die statusrechtliche Anerkennung zu einem der intentionalen Elternteile abgesprochen,¹³ zumal die Leihmutter mit dem Kind nichts zu tun haben wollte und der nicht-genetischen Vater bereit war, seine Pflichten und Rechte dem Kind gegenüber wahrzunehmen.

d) Art und Weise der Rechtsumgehung im Vergleich mit solchen in Adoptionsfragen

Hinzu kommt, dass das Bundesgericht in anderen Anerkennungsentscheiden (internationale Adoptionen) festhält, dass das Kindeswohl «*primordial*» sei, also unbedingt den Vorrang genieße,¹⁴ und dass die Regelungen (etwa zur Altersbestimmung und zum Pflegejahr) strikt im Interesse des Kindes auszulegen seien.¹⁵ Erst wenn feststehe, dass das Wohl des Kindes anlässlich der Adoption nicht im Vordergrund gestanden hat, sondern ausländer- oder sozialrechtliche Überlegungen dafür massgebend waren, liege ein Ordre public-Verstoss vor.¹⁶ – Analoges liegt *in casu* nicht vor, denn die beiden Väter haben in dem Sinne nicht zum eigenen pekuniären oder staatsbürgerlichen Vorteil gehandelt, sondern sie sind – ohne anderweitigen Aktenkenntnisse (und Abklärungen der Gerichte) einmal angenommen – einem «echten Kindeswunsch» ins Ausland gefolgt und haben sich seit der Geburt des Kindes um dieses gekümmert.

e) Zwischenfazit

Die Begründung des Ordre public-Vorbehalts läuft zusammenfassend auf die nicht akzeptable Rechtsumgehung des Leihmutterchaftsverbots hinaus, die wiederum letztlich an zwei besonderen, aber konkretisierungsbedürftigen Kriterien, nämlich einem nicht näher definierten Zeitfaktor zwischen ausländischer Entscheidung und Anerkennungsentscheid sowie einem auslegungsfähigen Begriff des fehlenden Sachzusammenhangs zu den Vereinigten Staaten, festgemacht wird. Andere rechtsvergleichend getätigte Differenzierungen, wie beispielsweise die Berücksichtigung der genauen rechtlichen Art und Weise der Entstehung des

AJP 2015 S. 1325, 1329

ausländischen Kindesverhältnisses, werden in diesem Entscheid nicht diskutiert.

Während «*fait accompli*» (E. 5.3.3) bei jeder Anerkennungsprüfung eine gewisse Rolle spielen dürften, scheint die Mehrheit der Richter sich in diesem Fall eher gegen ein «*forcer la main du juge*» gestäubt zu haben.

⁹ Rz. 35 wörtlich: ...«jedenfalls dann noch kein Verstoss gegen den deutschen ordre public, wenn ein Wunschelternteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist.»

¹⁰ Embryonenschutzgesetz vom 13.12.1990, BGBl I 2746.

¹¹ Adoptionsvermittlungsgesetz, in der ab 1998 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 27.11.1989, BGBl I 2016 mit späteren Änderungen.

¹² Rz. 53; der BGH lässt es offen, was wäre, wenn keiner der beiden Elternteile genetisch verwandt wäre.

¹³ Rz. 41.

¹⁴ BGer vom 9.11.2009, [5A 604/2009, E. 4.2.2.2.](#)

¹⁵ *Ibid.*, s.a. BGer vom 21.12.2012, 5A_20/2005, E 3.3.3, [BGE 120 II 87 E. 3a.](#)

¹⁶ BGer vom 21.12.2012, 5A_20/2005, E 3.3.3; Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum [IPRG](#), 2. A. 2004, Art. 78 N 11.

3. Verstoss gegen Grundwerte?

a) Eine Doppelvaterschaft ist nicht per se ordre public-widrig

Die im Ausland begründete Doppelvaterschaft ist nach Bundesgericht nicht *per se* ordre public-widrig (E. 5.2). Begründet wird dies zu Recht mit der Tatsache, dass die Stiefkindadoption, d.h. die Adoption des Kindes eines eingetragenen Partners durch den anderen, aktuell bereits Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens ist.¹⁷ Damit nimmt das Bundesgericht einen entsprechenden Gesinnungswandel in der Schweiz im Hinblick auf die gleichgeschlechtliche Elternschaft auf.

b) Schutz des Kindes und der Leihmutter vor Instrumentalisierung und Kommerzialisierung

aa) Keine vertiefte Reflexion der Grundwerte und keine konkrete Einzelfallbetrachtung

Auch der Verstoss gegen das Leihmutterverbots ist nach Bundesgericht nicht *per se* ordre public-widrig, wie bereits ausgeführt wurde (vgl. Ziff. 2a), denn anderenfalls hätte es den genetischen Vater auch nicht anerkennen dürfen.

Dennoch wird von einem Verstoss gegen den fundamentalen Schutzgedanken des Kindes vor einer Instrumentalisierung und der Leihmutter vor einer Kommerzialisierung ausgegangen (E 5.3.3–5.3.4). Dabei unterlässt es das Bundesgericht, diese fundamentalen Grundwerte zu diskutieren und im konkreten Einzelfall darzulegen, dass durch eine Anerkennung des ausländischen Kind-Eltern-Verhältnisses ein inakzeptabler Verstoss gegen diese Grundwerte resultieren würde. Der konkrete Einzelfall dieses Kindes, seiner Doppelväter und die Situation der involvierten Leihmutter interessiert vielmehr nicht. In Zeile 9 E. 5.3.4 steht beispielsweise, dass der Einzelfall nichts an der Rechtsumgehung ändere, die zum Ordre public-Vorbehalt führe: «*Dem steht hier entgegen, dass die Rechtsumgehung zum Ordre Public-Verstoss führt, und sich daran nichts ändert, ob das Kind aufgrund einer Leihmutterchaft in einem Land mit allfälligen ‹Mindeststandards› entstanden ist.*»

Die zu den Grundwerten breit zitierte französische Rechtsprofessorin Muriel Fabre-Magnan gehört zu dem Lager von Autorinnen und Autoren, die sich keine mögliche ethisch vertretbare Form von Leihmutterchaft vorstellen können. Bei ihr ist die Opferrolle jeder Frau wie jedem Kind gewiss.¹⁸ Um diese Stimme richtig einordnen zu können, müsste man ausholen und sich klar darüber werden, wer in Fragen der künstlichen Reproduktion (wie auch beispielsweise in Fragen der Prostitution oder Pornografie)¹⁹ eine prohibitionistisch/abolistische und wer eine liberalere Haltung zum Körper der Frau aufgrund welcher Denkkonzepte einnimmt, dazwischen bestehen bekanntlich alle Schattierungen. – Dem Bundesgericht kann dies freilich nicht vorgehalten werden. Und doch hat es wohl eine gewisse Bedeutung, dass es ausser der Französin nur eine Stimme aus dem schweizerischen Schrifttum zitiert, die sich eine Anerkennung des Kindesverhältnis aus Leihmutterchaft zu Gunsten des Kindeswohls nicht vorstellen kann (E. 4.2), dass die Debatte im französisch sprechenden Raum schon lange geführt wird²⁰ und dass es – nicht umsonst – zu einer Kumulation von Leihmutterchaftsfällen am EGMR gegen den französischen Staat gekommen ist (dazu unter Lit. B/2).

bb) Zum Schutz des Kindes vor einer Instrumentalisierung

Das Gericht geht in seinen abstrakten Betrachtungen zu den Grundwerten noch einen Schritt weiter und lässt sich auf hypothetische Überlegungen ein: Es sei nicht ausgeschlossen, dass sich *das* Kind möglicherweise in Zukunft einmal als «Objekt» fühlen könnte und davor müsse es bewahrt werden (E. 5.3). Um das individuelle Kind, das schon über vier Jahre mit seinen Vätern lebt, geht es bei dieser Überlegung nicht. – Man kann sich ernsthaft fragen, ob sich das Kind später bei der Lektüre dieser Worte nicht (zum ersten Mal) instrumentalisiert vorkommen würde.

¹⁷ Botschaft wurde im November 2014 verabschiedet, BBl 2015 877, 907 ff.

¹⁸ Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*, Paris 2013, insb. 77 ff.; etwas differenzierter vgl. idem., *Les trois niveaux d'appropriation de l'intérêt de l'enfant*, Rec. Dalloz 4/2015, 224 ff.

¹⁹ Radikal feministischen Forderungen nach Verboten (z.B. Kate Millet, Catherine A. MacKinnon) stehen liberal feministischen Regulierungsansätzen (z.B. Drucilla Cornell, Janet Halley) gegenüber: vgl. Andrea Büchler/Michelle Cottier, *Legal Gender Studies*, Zürich/St.Gallen 2012, 324 ff.

²⁰ Wobei es auch andere Meinungen gibt, wie z.B. die Philosophin Elisabeth Badinter, die sich schon im Rahmen der öffentlichen Anhörungen zur Homoehe in Frankreich für eine regulierte und unentgeltliche Leihmutterchaft öffentlich ausspricht (*Le mariage pour tous: La gestation pour autrui*, 19.12.2012: abrufbar unter: www.lemonde.fr, zuletzt besucht am 5.8.2015).

Generell fragt sich zudem, wie das Bundesgericht die wertungsmässigen Trennlinien zur Anerkennung des ausländischen Adoptionskindes ziehen will: Weshalb soll ein Leihmutterkind *per definitionem* einer «Ware» gleichen, das Adoptionskind aber nicht? Zumal das Adoptionskind in Realität ebenfalls oft im Ausland «geholt» wird und ein

AJP 2015 S. 1325, 1330

Adoptionsprozedere in gewissen Ländern ohne grössere Schmiergeldzahlungen kaum zu bewältigen ist.²¹ Und wie verhält es sich im Vergleich zu den Fällen, in denen die intentionalen schweizerischen Eltern, die im Ausland adoptieren, nicht über die erforderlichen schweizerischen Adoptionsvoraussetzungen verfügen und deshalb ins Ausland ausgewichen sind?²²

Und wo beginnt wohlmöglich auch eine gewisse Doppelmoral zu greifen, wenn die «anderen» Kinder vor der «Objektivierung» (im Nachhinein?) gerettet werden sollen, während die «eigenen» schon längst zum Spielball des pekuniären Leistungs- und Selbsterfüllungswahns geworden sind?

Zusammenfassend wird der Schutz vor einer Instrumentalisierung des Kindes weder auf den Einzelfall hin, noch in dogmatisch-theoretischer Hinsicht diskutiert. Auf Schlagworte wie das Kind nicht als Ware zu behandeln, könnte wenigstens von Seiten der Gerichte verzichtet werden, denn sie sind für alle Betroffenen, die sich meistens sehr lange und seriös mit ihrem Kinderwunsch auseinandersetzen,²³ verletzend. Sie sind meistens aber *für die Kinder*, die sie später einmal lesen werden, verletzend.

cc) Zum Schutz der Leihmutter vor Kommerzialisierung

Dass sich das Bundesgericht auch nicht für die konkrete Selbstbestimmtheit der betroffenen Leihmutter interessiert und so die Einhaltung von «Mindeststandards» nicht prüfen muss, entspricht dem gewählten Ansatz: keine Prüfung des Einzelfalls. Dabei wäre es höchst interessant zu hören, wie es konkret um die Menschenwürde steht, wenn die Selbstbestimmung der betroffenen Leihmutter übergangen wird. – Oder gehen wir davon aus, dass der Uterus einer Frau *per se* Würde konstruierend, und damit nicht verfügbar ist? Worin liegen dann die Wertungsunterschiede zu einem Ovar, über das als Organ unentgeltlich verfügt werden dürfte? Warum soll etwas, das so unglaublich wertvoll ist, wie die Übernahme einer Schwangerschaft, nicht etwas kosten dürfen?²⁴ – Es gäbe jedenfalls viel Grundlegendes zu debattieren.²⁵

Nach Ansicht des BGH ist im bereits erwähnten Entscheid die Menschenwürde der Leihmutter nicht *per se* verletzt (Rz. 44, 49): Die Tatsache allein, dass eine Leihmutterchaft durchgeführt werde, könne die Würde einer Frau noch nicht verletzen, solange sie selbstbestimmt gehandelt habe. Da im konkreten Einzelfall die kalifornische Rechtsordnung diverse Bestimmungen vorgesehen hat, um die Selbstbestimmung von Leihmüttern zu sichern und weil das Feststellungsurteil insbesondere nach Einsicht in die Verträge und Erklärungen der betroffenen Personen ergangen war, hatte der BGH keinen Grund, eine Fremdbestimmung zu vermuten.

²¹ Vgl. Art. 2 UN-KRK und Art. 32 Haager Konvention zur Adoption (SR 0.211.221.311, in Kraft in der Schweiz seit 1.1.2003), die freilich Geldleistungen verbieten: Michele Bratcher Goodwin, Baby Markets, in: idem. (Hrsg.), Cambridge 2010, 8 ff., plädiert für staatlich regulierte Tarife im Adoptionswesen, denn es bestehe ein internationaler und rassistisch-motivierter Adoptionsmarkt: z.B. werde für weisse Babies bis zu 50'000 \$ bezahlt, während für farbige Babies viel tiefere Summen (4'000 \$) bezahlt würden; man denke ferner an die Mehrfachadoptionen durch reiche Prominente wie *Angelina Jolie* und *Madonna*; differenzierter zu den internationalen Adoptionen: Elisabeth Bartholet: International Adoption: The Human Rights Issues, in: Michele Bratcher Goodwin (Hrsg.), Baby Markets, Cambridge 2010, 94 ff., 102.

²² Vgl. zur Anerkennung von ausländischen Adoptionen: BGer vom 9.11.2009 ([5A_604/2009](#)) [E. 4.2.2.2](#); BGer vom 21.12.2012 (5A_20/2005) E 3.3.3, [BGE 120 II 87 E. 3a](#).

²³ Es gilt grundsätzlich zu akzeptieren, dass Kinderwünsche von Männern, existieren: Christian Haag, Zum Kinderwunsch homosexueller Männer und Frauen, in: Giovanni Maio et al. (Hrsg.), Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin, Freiburg/München 2013, 400–425 m.w.N. – Der Engländer Richard Westoby, Our Journey: One Couple's Guide to Surrogacy, 2. A, 2015, 6, beschreibt in seiner eigenen Leihmutterchaftsgeschichte, wie er und sein Partner zum Kinderwunsch kamen: «Den einen Tag war ich überglücklich mein Leben mit meinem Partner zu teilen und am nächsten fühlten wir, dass unser Leben nicht vollkommen war und dass wir etwas dagegen tun müssen. Ich kann kein genaues Anzeichen nennen, warum wir uns dazu entschieden, nur, dass wir fühlten, dass es der richtige Zeitpunkt war.»

²⁴ Debora L. Spar, Free Market, Free Choice? A Market Approach to Reproductive Rights, in: Michele Bratcher Goodwin (Hrsg.), Baby Markets, Cambridge 2010, 177 ff., 185.

²⁵ Angela R. Holder, Legal Status and Best Interests of Children, in: Lawrence O. Gostin (Hrsg.), Surrogate Motherhood, Politics and Privacy, 1990 (basierend auf einer Ausgabe des Journals of American Society & Law 1988), 77–88.

c) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt die Reflexionstiefe über die schweizerischen Grundwerte, die dem Leihmutterschaftsverbot zugrunde liegen, zu wünschen übrig. Dies insbesondere auch, weil die Vorinstanz den Fall anders entschieden hat und obschon zwei der fünf Richter den Fall auch anders entschieden hätten. Auch wurde entgegen der Grundsätze zum Ordre public-Vorbehalt (Ziff. A/1) nicht der Einzelfall geprüft. Das Gericht hielt es nicht für nötig, zu untersuchen, wie es sich mit dem Schutz dieses Kindes vor der Instrumentalisierung und dieser Leihmutter vor einer Kommerzialisierung verhielt beziehungsweise verhält.

4. Fazit

Im Resultat hat das höchste Gericht mit der Begründung, es handle sich um eine inakzeptable Rechtsumgehung des inländischen Leihmutterschaftsverbots, welche die Grundwerte der schweizerischen Gesellschaft spiegle, den an-

AJP 2015 S. 1325, 1331

erkenntnisrechtlichen Ordre public-Verstoss trotz aller anders lautenden Ausführungen zu den Grundsätzen des anerkenntnisrechtlichen Ordre public (Ziff. 1a–b) *abstrakt und in general-präventiver Funktion (das heisst nicht restriktive)* angenommen. Diese Grundwerte beruhen letztlich auf dem Schutz des Menschenwürdekonzepths der betroffenen Kinder und Frauen: Doch *erstens* wurde weder vertieft geprüft noch erwogen, ob die in der Schweiz geltende Rechtslage möglicherweise überholt sei²⁶, da die Leihmutterschaft schliesslich eine der verschiedenen Formen der Fortpflanzungsmedizin ist, die heute weltweit eine Realität ist und von einigen Schweizerinnen und Schweizern auch beansprucht wird. *Zweitens* wurde nicht geprüft, ob diese Grundwerte *im konkreten Einzelfall* verletzt waren: So fehlen Erwägungen zur Selbstbestimmtheit der ausländischen Leihmutter und zu deren konkreten Lebensumständen, die jedoch hinsichtlich eines möglichen Verstosses gegen die Menschenwürde der betroffenen Frau wichtig wären. Ob das Kind tatsächlich als «Objekt» behandelt wird, interessiert auch nicht. Des Weiteren wurden keinerlei Differenzierungen betreffend der Abklärung des Standards des ausländischen Gerichtsverfahrens und des Urteils berücksichtigt. *Drittens* wird die Rechtsumgehung an sich wiederum an zwei besonderen, aber konkretisierungsbedürftigen Kriterien, nämlich einem nicht näher definierten Zeitfaktor zwischen ausländischer Entscheidung und Anerkennungsentscheid sowie einem auslegungsfähigen Begriff des fehlenden Sachzusammenhangs zu den Vereinigten Staaten, festgemacht.

Bei dieser Anerkennungsverweigerung wurde also weder der Ordre public-Vorbehalt noch die Geburtsmutterregel kontextualisiert und auf den konkreten Einzelfall hin angewendet²⁷ noch versucht, mögliche Differenzierungskriterien zu entwickeln, unter welchen Umständen die Anerkennung eines Kind-Eltern-Verhältnisses, das aufgrund einer Leihmutterschaft entstanden und im Ausland anerkannt worden ist, in der Schweiz allenfalls auch akzeptabel wäre. Damit hat das Bundesgericht es letztlich auch unterlassen, ein entsprechendes Signal – an den Gesetzgeber – auszusenden.

B. Dem Kindeswohl Genüge getan?

1. EGMR-konformer Entscheid

Entscheidend ist für das Bundesgericht, dass der getroffene Entscheid (Ordre public-Vorbehalt) EGMR-konform sei. Es zitiert dazu aus dem § 77 des Urteils *Paradiso/Campanelli*, das dem nationalen italienischen Gericht in Sachen Verweigerung der Anerkennung zu Gute hält: «*[L]es juges nationaux n'ont pas pris une décisions déraisonnable.*»²⁸ Im Hinblick auf die bisherigen EGMR-Entscheide gegen Frankreich aus dem Jahre 2014 (*Menesson* und *Labassee*, dazu gleich nachfolgend) begründet das Bundesgericht, dass durch

²⁶ Entsprechende Kritik wurde schon im Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft vom November 2013 angesprochen, S. 12.

²⁷ Ähnlich das Bundesverfassungsgericht in seinem jüngsten Kopftuchentscheid vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/210, das trotz bestehender Verbotssregelungen zum Schluss kommt: «*[K]einesfalls dürfe ohne genau individuelle Prüfung pauschal abstrakt angenommen werden, dass jemand allein deshalb, weil er sichtbar einer bestimmten Gruppe oder Religion angehöre, als Gefährdung der Menschenwürde [...] angesehen werde*» (Rz. 76).

²⁸ Nr. 25358/12 vom 27. Januar 2015; eine Formulierung, die sich n.b. in der Begründung der abweichenden Richtermeinungen *Raimondi* und *Spano* auch wieder findet (§ 10); Jean-Pierre Margérand, *L'exagération du droit au respect de la vie famille des parents d'intention de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui*, RTD Civ. 2015, 325 f.

eine verweigerte rechtliche Anerkennung des nicht-genetischen Elternteils das Recht des Kindes auf Eltern und Familienleben nach [Art. 8 EMRK](#) nicht verletzt sei (E. 6.1–6.3). Das Bundesgericht geht wie schon erwähnt auf den Fall *Paradiso/Campanelli* gegen Italien ein, aus dem es schliesst, dass das Kind mit seinen Vätern unter dem Schutz der Familiengemeinschaft nach [Art. 8 EMRK](#) stehe (E. 6.4.1). Es kommt zum Schluss, dass durch die Verweigerung der Anerkennung des nicht-genetischen Vaters keine Rechtsunsicherheit für das Kind entstehe. Der genetische Vater sei bekannt und aufgrund des eingetragenen Kindesverhältnisses zu ihm sind neben den Elternpflichten und -rechten auch die Namens- und Registerrechte sowie vor allem die Staatsangehörigkeit und damit der Aufenthalt des Kindes in der Schweiz und in der Familie der beiden Väter gesichert (E. 6.4.3). In Kürze bedeutet das: Bei Gefahr einer Elternlosigkeit (Entzug des Kindes) soll der Ordre public-Vorbehalt nicht greifen. Wenn es aber darum gehe, dass ein Kindesverhältnis zu zwei statt nur einem Elternteil anerkannt werde, soll dieser Ordre public-Vorbehalt aus Sicht des Völkerrechts greifen dürfen und dem Kindeswohl sei mit einem rechtlichen Elternteil Genüge getan nach [Art. 8 EMRK](#).

2. Rechtsprechung des EGMR kann nicht als konstant angesehen werden

Im Jahr 2014 hatte der EGMR in drei Fällen zur Leihmutterschaft zu entscheiden. Dabei hielt das Gericht in zwei Fällen gegen den Staat Frankreich *aus der Perspektive des Kindes dessen Recht auf ein Familienleben (Art. 8 EMRK) für verletzt*.²⁹ Hingegen wurde eine entsprechende

AJP 2015 S. 1325, 1332

Verletzung aus der Sicht der intentionalen Eltern verneint, da das Gericht prinzipiell anerkannte, dass legitime Interessen eines Staates an einem «Leihmutterschaftsverbot» und dessen Befolgung zu respektieren seien, womit es im Heimat- bzw. im Wohnland auch zu Verzögerungen und Trennungen kommen könne. Auf den dritten Fall (*D. et al. c. Belgique*) – in dem einem in der Ukraine von einer Leihmutter geborenen Kind der belgische Pass mit einer grösseren Verzögerung, aber schliesslich doch noch ausgestellt wurde – trat das Gericht nicht ein, zumal die Eltern für die Verzögerung der Einreise um mehrere Monate mitverantwortlich waren, denn sie hatten dem Gericht die für eine Anerkennung vorausgesetzten Dokumente (Nachweis der genetischen Abstammung der intentionalen Eltern, Geburtsurkunde) nicht bereitgestellt. Es sind aber derzeit noch weitere Klagen gegen den Staat Frankreich vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof pendent: *Laborie et al. c. France* (Nr. 44024/13), hier geht es um zwei im Jahr 2006 in der Ukraine geborene Kinder eines französischen Ehepaars; *Foulon c. France* (Nr. 9063/14), der Fall der 2009 geborenen Tochter von *Didier Foulon*, die von einer indischen Frau ausgetragen worden war – hierbei nahmen die französischen Gerichte u.a. an dem tiefen Entgelt von 1500 Euro an die Leihmutter Anstoss; ferner der Fall *Bouvet et al. c. France* (Nr. 10410/14), in den zwei im Jahr 2010 in Indien geborene Kinder involviert sind. Aus diesen Fällen lässt sich Folgendes schliessen: Zum einen waren in jedem dieser drei Fälle gegen Frankreich vorinstanzliche Gerichte der *Region Nantes* am Werk, was für eine besondere regionale Strenge spricht, und zum andern fanden die betreffenden Geburten bereits vor geraumer Zeit statt, so dass die Kinder zwischenzeitlich bereits ein beachtliches Alter erreicht haben (werden), bis der EGMR in diesen pendenten Fällen schliesslich entscheiden kann.

Nur schon in Anbetracht dieser weiteren Fälle, die entschieden werden sollen, kann aus den Fällen *Menesson* und *Labassee* noch keine konstante EGMR-Rechtsprechungspraxis abgeleitet werden. Zudem kann sich auch der laufende Rechtswandel auf europäischer Ebene auf die Auslegung von Art. 8 EMRK auswirken.³⁰

Gleichwohl illustrieren die bisherigen Fallbeispiele, dass sich europaweit der Konsens herauszubilden scheint, dass dem Kindeswohl unbedingt Vorrang zukomme und prinzipiell kein Kind nach der Geburt ohne rechtlichen Elternteil verbleiben soll, nur weil internationale und nationale Rechtsverhältnisse (z.B. infolge der Unterscheidung von genetischer und biologischer Mutterschaft) immer wieder Verwirrung stiften.³¹

²⁹ In der rigorosen Haltung der französischen Rechtsprechung, die dem Kind jede Möglichkeit verwehrte, diese faktischen (familiär gelebten) Beziehungen rechtlich verfestigen zu lassen, sah der EGMR eine Verletzung von [Art. 8 EMRK](#): *Menesson c. France* Nr. 65192/11 vom 26. Juni 2014, § 78; *Labassee c. France* Nr. 65941/11 vom gleichen Tag.

³⁰ [BGE 137 I 284 E. 2.1.](#)

³¹ *D. et al. c. Belgique* (8.7.2014); international besonders abschreckende Fälle waren etwa diejenigen von *Manji* (Supreme Court of India vom 29.9.2008, Civil Original Jurisdiction 2008/396), die theoretisch sechs «Mütter» hätte haben können, aber bis zum Gerichtsentscheid elternlos blieb; *Buzzanca v Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998); ein Court of Appeal for Ontario, Canada, *AA. v. BB.*, 02.01.2007 hat ähnlich entschieden, wo das Gericht sogar eine zweite Frau als Mutter anerkannt hatte.

Im Detail verbleibt noch rechtlicher Klärungsbedarf: Sowohl im Fall *Menesson* wie auch im Fall *Labassee* war der nicht-genetische Elternteil die Mutter. Insofern unterscheiden sich die beiden Fällen von dem hier zu diskutierenden. – In beiden Fällen setzt der EGMR die genetische mit der biologischen Verwandtschaft (Vaterschaft) gleich und sieht Letzteres als das wesentliche Identität bildende Merkmal für das Kind.³² – Angenommen, die intentionale Mutter wäre der genetische Elternteil, dann könnte der EGMR nicht mehr einfach auf die biologische Verwandtschaft abstellen.

Im Fall *Paradiso/Campanelli* wurde die Frage der genetischen Elternschaft bezüglich des Familienbegriffs angeschnitten: Die intentionalen Eltern, die beide nicht genetische verwandt waren, seien nicht von dem weiten *De facto*-Familienbegriff nach [Art. 8 EMRK](#) ausgeschlossen. Durch den staatlichen Entzug der Kinder, mit denen sie schon sechs Monate zusammengelebt hatten, wurde daher ihr Recht auf Familie nach [Art. 8 EMRK](#) verletzt und ihnen wurde ein Schadenersatzanspruch von 100'000 Euro zugesprochen.³³ Wie viel sich aus diesen Erwägungen des EGMR für nicht-genetische intentionale Elternteile in Anerkennungsfragen künftig ableiten lassen wird, ist offen,³⁴ denn dadurch, dass die betroffenen Kinder bei ihren Pflegefamilien verbleiben sollten, musste die *Ordre public*-Frage nicht entschieden werden.

Es ist jedoch nicht einzusehen, wieso der EGMR seine Rechtsprechung zum Vorrang des «Kindeswohls» vor dem *Ordre public*-Vorbehalt nicht weiterentwickeln wird.

3. BGH anerkennt den nicht-genetischen Vater

Der BGH geht in seinem Entscheid vom 10. Dezember 2014 einen Schritt weiter als der EGMR bisher (vgl. Ziff. A/2/d), und zeigt vor, wie sich ein nationales Gericht vorrangig um

AJP 2015 S. 1325, 1333

das Kindeswohl kümmert. Das ist zu begrüßen, denn es ist nicht einzusehen, warum nur einem Elternteil ein rechtliches Abstammungsband zugesprochen werden soll, wenn doch beide intentionale Elternteile sind, und damit willens, für das nunmehr geborene Kind zu sorgen. Dem Kindeswohl kann es letztlich nur entgegenkommen, wenn zwei Menschen um dieses Kind sozial und rechtlich Sorge tragen wollen und auch rechtlich dazu verpflichtet sind.

4. Kindeswohl

Welche Ansprüche das Kind als Teil der Familie hat und nach [Art. 11, 13 BV](#) beziehungsweise aus [Art. 8 EMRK](#) geltend machen kann, hängt vom Begriff der Familie ab. Dass die Familiengemeinschaft des Kindes mit beiden Vätern nach dem weiten Familienbegriff des EGMR³⁵ und [Art. 8 EMRK](#) geschützt ist, erscheint als rechtlich gesichert (E. 6.4.1). Das Bundesgericht hat denn auch schon vor einigen Jahren einer kolumbianischen *Leihmutter*, die mit dem Kind und der intentionalen Familien (Schwester der Leihmutter, Ehemann verstorben) zusammen in der Schweiz lebte, gestützt auf [Art. 8 EMRK](#) eine Aufenthaltsbewilligung zugesprochen.³⁶ Es führt dabei aus (E. 3.3), dass die Beziehungen zwischen den Beteiligten über gewöhnliche emotionale Verbindungen hinausgehe und vor allem dem Kindeswohl diene.

Ob dem Kindeswohl mit dem Schutz der faktischen Familiengemeinschaft in casu jedoch Genüge getan worden ist, kann angezweifelt werden. Ginge man von einem Anspruch aus dem völkerrechtlichen Kindeswohlprinzip und dem vorrangigen Kindeswohl nach Art. 3 UN-KRK aus³⁷, so hätten die potentiellen Auswirkungen der Entscheidung als Teil des Kindeswohls³⁸ beachtet werden müssen: Denn bei zwei rechtlichen Elternteilen wäre es bei einer Trennung der Eltern oder einer Krankheit/Tod des rechtlich-

³² *Menesson*, § 100.

³³ § 69; die beiden Kinder sollten indes aus Gründen des Kindeswohls bei den Pflegeeltern bleiben, bei denen sie vom italienischen Staat zu Unrecht platziert worden waren (§§ 80–88).

³⁴ Die zwei der fünf abweichenden Richtermeinungen *Raimondo* und *Spano* haben gerade in diesem Punkte für Zurückhaltung des EGMR plädiert (§§ 1, § 10).

³⁵ Der Terminus der *De facto*-Familie wurde bereits in anderem Zusammenhang geprägt: Urteil des EGMR vom 15. November 2011 *Schneider gegen Deutschland* (Nr. 17080/07); Urteil des EGMR vom 22. November 2008 *E.B. gegen Frankreich* (Nr. 43546/02), Rz. 43 m.w.H.

³⁶ [BGE 135 I 143](#).

³⁷ Friederike Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, Tübingen 2014, 242 ff.

³⁸ Philippe D. Jaffé et al., *Un état des lieux dans le domaine de la politique de l'enfance et la jeunesse*, Reihe des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte, Weblaw, Bern August 2013, Rz. 13.

anerkannten Vaters zweifellos rechtlich besser abgesichert:³⁹ Die Doppelväter hätten die gemeinsame elterliche Sorge und es wäre garantiert, dass sie in wichtigen Entscheidungen (Schule oder Gesundheit) gemeinsam entscheiden (die Beistandspflicht und die rudimentäre Regelung der Aufhebung des Zusammenlebens nach [Art. 27 PartG](#) können insoweit nicht als genügend angesehen werden).⁴⁰

Diesen erwähnten kollisionsrechtlichen Fällen ist aus der Kinderperspektive Folgendes gemeinsam: In allen existiert zumindest ein intentionales Elternpaar (ev. ein intentionaler Elternteil), das bereit ist, für dieses Kind zu sorgen und dies teilweise schon seit Jahren getan hat. Das ist zum Teil schon mehr, als andere Kinder überhaupt erwarten können. Welchem Gericht oder welcher Behörde steht es also zu, einem Kind diese Eltern rechtlich zu verweigern, zumindest solange keine anderen Elternteile Ansprüche stellen?⁴¹ Dass es viele imperfekte Eltern gibt – auch solche, die Gesetze umgehen –, ist allen Rechtsordnungen bekannt; doch ist das bekanntlich kein Grund, einem Kind die Statusrechte *per se* abzuerkennen.

IV. Vier abschliessende Überlegungen

A. Aus der dogmatischen Perspektive: Trennung von Kollisions- und Sachrecht

Die heute kontrovers debattierten Topoi wie die Kommodifizierung, die Kommerzialisierung, das traditionelle Eltern-Kind-Verständnis und das Kindeswohl als Entscheidungsmaxime für Urteile zur Beurteilung der Leihmutterschaft unterscheiden sich *nicht* von denjenigen in den ersten sachrechtlichen Urteilen der deutschen Gerichte (vor der Zeit des Leihmutterschaftsverbots)⁴² und der US-Rechtsprechung⁴³ in den 1980er Jahren zu den ersten Leihmutterschaftsvereinbarungen.

Diese Feststellung mag ein Hinweis dafür sein, dass in der aktuellen Welle von kollisionsrechtlichen Urteilen zur Leihmutterschaft, die über Europa rollt, möglicherweise noch immer nicht genügend scharf zwischen sach- und kollisionsrechtlichen Fragestellungen der Leihmutterschaft unterschieden wird.⁴⁴

Bei der international-privatrechtlichen Anerkennungsfrage geht es nicht darum, «die Leihmutterschaft» zu beur-

AJP 2015 S. 1325, 1334

teilen und zu akzeptieren oder zu verbieten, denn in dieser Phase ist die vereinbarte Schwangerschaft bereits vorbei und das Kind ist geboren. Es geht im Kollisionsrecht darum, ob das Kindesverhältnis, das aus einer zurückliegenden, verbotenen Leihmutterschaft hervorgegangen ist, zu anerkennen ist oder nicht (vgl. Ziff. II). Es geht also nicht nur darum – wie im IPR ansonsten üblich –, die fremden und inländischen Vorstellungen zur absolut gleichen Rechtsfrage (Leihmutterschaft) abzustimmen; vielmehr stellt sich *nach der Geburt des Kindes durch die Leihmutter ein anderer Sachverhalt, und damit auch eine andere Rechtsfrage*, nämlich die Anerkennung oder Nichtanerkennung des entstandenen Kind-Eltern-Verhältnisses mit primär folgenschweren Konsequenzen für das Kind. Mit anderen Worten: Es geht sachverhaltsmässig nicht um das ausländische Recht B und das inländische Recht B1 zur Regelung der Leihmutterschaft, sondern um ein ausländisches Recht B (Leihmutterschaft) und ein inländisches Recht A (das Kind-Eltern-Verhältnis). Daraus lässt sich zwanglos schliessen, dass im Anerkennungsentscheid auch *nicht die Frage nach der Rechtsumgehung des Leihmutterschaftsverbots im Ausland im Vordergrund stehen kann*.

B. Aus der Kinderperspektive

Der Entscheid des Bundesgerichts geht nach der hier vertretenen Ansicht zu Lasten des konkreten Kindeswohls: Das Kind hat nunmehr einen statt zwei rechtlich anerkannte Elternteile. Das wurde schon ausgeführt unter Ziff. B/4.⁴⁵

³⁹ Gisela Kilde, *Der persönlicher Verkehr, Eltern-Kind-Dritte*, Freiburg 2015, N 25 ff. (auf das Besuchsrecht beider Eltern bezogen).

⁴⁰ Astrid Boos/Andrea Büchler, *Kommentar FamPra*, [Art. 27 PartG](#), Bern 2013, N 15 ff., 26 ff., 30 f.

⁴¹ Sobald die Leihmutter Ansprüche an das Kind stellt, ist der Fall auch nach BGH anders zu beurteilen (Rz. 48).

⁴² OLG Hamm mit Beschluss vom 2.12.1985 (Az. 11 W 18/85), JZ 9 (1998), 441 ff., 443 Anm. Helmut Kollhosser; Kammergericht zu Berlin mit Beschluss vom 19.3.1985 (Az. 1 W 5729/84), NJW 1985, 2201 ff.

⁴³ In Re *Baby M.* (1988); s. für mehr Rechtsprechung Carla Spivack, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, Am. J. Comp. L. 2010, 97 ff.; Nora Bertschi, *Leihmutterschaft*, Bern 2014, 109 ff.

⁴⁴ Obschon dies in der Doktrin gefordert wird: Bettina Heiderhoff, NJW 2014, 2673 ff, 2674.

⁴⁵ Von der Verletzung des nicht-genetischen Vaters, der vier Jahre lang für das Kind gesorgt hat und von allen den

Aus der Kinderperspektive stellt sich für das Kind durch den Entscheid konkret folgende Situation: Sein Kind-Eltern-Verhältnis zum nicht-genetischen Vater wird durch das schweizerische Recht nunmehr herabgesetzt. Es wird anderen Kindern gegenüber, die zwei genetische Elternteile haben (können) *diskriminiert*. Mit anderen Worten: Die Differenzierung, die das Bundesgericht zwischen genetischer und nicht-genetischer Verwandtschaft in der Schweiz in kollisionsrechtlicher Hinsicht geöffnet hat, ebnet aus der Kinderperspektive den Weg für eine neue Ungleichbehandlung von Kindern von intentionalen Elternpaaren, die gleichgeschlechtlich oder heterosexuell sein können. Und das kann weder die Intention der Gerichte noch der Wille des Gesetzgebers sein. – Es ist ein Anachronismus:

Bereits mit der Kindesreform von 1974/1978 wurde die Überzeugung der Gleichbehandlung zwischen *ausserehelichem und ehelichem* Kind im nationalen Recht festgeschrieben. Das gesellschaftliche Bewusstsein, dass ein Kind an den Umständen seiner Zeugung unschuldig sei und jedes Kind den gleichen Anspruch auf Achtung seiner Privat- und Familiensphäre habe, wurde ins Recht umgesetzt.⁴⁶

Seither wurde die statusunabhängige Gleichbehandlung von Kindern in Sachen elterlicher Sorge und Unterhalt in der Schweiz weiter umgesetzt oder ist auf sehr gutem Wege.⁴⁷ Ausgerechnet in diesem Zeitpunkt einer neuen Ungleichbehandlung zwischen genetischen und nicht-genetischen Kind-Eltern-Verhältnissen den Weg zu ebnet, sollte überdacht werden. – Zumal diese Unterscheidung dem schweizerischen Recht nicht zugrunde liegt: Zu denken ist etwa an die gesetzliche Vaterschaft des Ehemannes ([Art. 252 Abs. 2 ZGB](#)) oder die Vaterschaftsanerkennung ([Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 260 ZGB](#)), bei der die genetische Elternschaft unerheblich ist, solange sie nicht bestritten wird. – Ein Entscheid der gleichen Kammer vom 5. Januar 2014 ([5A 619/2014](#)) zur Verwirkung der Anfechtungsfrist der Vaterschaftsanerkennungsklage hält denn auch klar fest (E.4.4 *in fine*): «Weil es nicht nur eine genetische, sondern auch eine sozial-psychologische Elternschaft gibt, rechtfertigt es sich sehr wohl, dass ein Kindsverhältnis bestehen bleibt, auch wenn feststeht, dass der rechtliche Vater nicht der genetische Vater ist.»

C. Aus der Perspektive der gesellschaftlichen Realität

Bereits heute sind künstliche Fortpflanzungsmethoden wie teure Hormontherapien, Eizellenspenden in Spanien und Samenspenden im In- und Ausland eine gelebte Wirklichkeit. Die Leihmutterschaft ist nur eine der vielen praktizierten Formen zur Umsetzung des Kinderwunsches, die zunehmend in Anspruch genommen wird. – Bereits in zehn Jahren dürften sich die Fortpflanzungsmethoden, die Genetik und insbesondere die Schwangerschaftsdiagnostik wieder mit ganz anderen rechtlich-ethischen Fragen konfrontiert sehen. Hinsichtlich der *Fortpflanzungs- und Abstammungsrechte* muss deshalb davon ausgegangen werden, dass *alles im Fluss* bleibt und in nächster Zeit mit einer rasanten Weiterentwicklung zu rechnen ist. Wie die künf-

AJP 2015 S. 1325, 1335

tigen Urteile des Bundesgerichts und des EGMR aussehen werden, erscheint deshalb völlig offen.

Ob dieses erste kollisionsrechtliche Bundesgerichtsurteil zu einem Kindsverhältnis aus Leihmutterschaft seine generell-präventive Funktion erfüllen wird, ist vor diesem Hintergrund von Anfang an in Frage gestellt. Ein Person, die einen Kinderwunsch hat, wird sich nicht durch dieses Urteil davon abhalten lassen, weiterhin ins Ausland zu reisen und Leihmutterschaftsverträge abzuschliessen; es wird nur zu neuen Umgehungsweisen kommen.

intentionalen Müttern, die vom EGMR (z.B. *Menesson/Labasse*) nicht einmal erwähnt werden, obschon sie die Leihmutterschaft aufgrund ihrer Unfruchtbarkeit suchten und während Jahren mitgelitten haben, sollte auch mehr gesprochen werden, doch das würde hier den Rahmen sprengen.

⁴⁶ BBl 1974 II S. 9.

⁴⁷ Bericht des Bundesrates zur Modernisierung des Familienrechts vom März 2015: Das Kindsrecht soll das Kind als Subjekt ansehen, auf dem Kindeswohl basieren und die Gleichbehandlung aller – unabhängig vom Status der Eltern – bewirken: Die gemeinsame elterliche Sorge ist seit dem 1. Juli 2014 in Kraft; die Revision des Kinderunterhaltsrechts, die das Parlament am 20. März 2015 verabschiedet hat, sieht neu einen Betreuungsunterhalt vor, der an das Kind geknüpft und zivilstandsunabhängig ist und sieht eine wesentliche Verbesserung zur Absicherung der Kinder unverheirateter Paare vor.

D. Aus der moralisch-rechtlichen Perspektive

Eine weitere grundsätzliche Schwierigkeit des Leihmutterschaftsverhältnisses liegt darin, die persönlich-moralische und die rechtliche Ebene auseinanderzuhalten: Ein solches Verhältnis rechtlich (sei es auch nur eingeschränkt oder teilweise) zu akzeptieren und regeln zu wollen, bedeutet nicht, dieses Vorgehen auch persönlich gutheissen zu müssen. Es bedeutet insbesondere ebenso wenig, dass eine Frau, die eine Legalisierung der Leihmutterschaft befürwortet, sich vorstellen können muss, diese Dienstleistung persönlich zu erbringen. Es bedeutet nur, die anderen Personen in ihrer Andersartigkeit zu akzeptieren und dabei primär das Kindeswohl im Auge zu behalten.

V. Ausblick

Damit verbleibt nur noch, einen Ausblick zu wagen. In Kürze wird das Bundesgericht möglicherweise die Gelegenheit haben, einen weiteren kollisionsrechtlichen Fall in Sachen Anerkennung eines in Los Angeles (Kalifornien) durch Leihmutterschaft begründeten Kind-Eltern-Verhältnisses zu entscheiden.⁴⁸

Der diesem Fall zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich in vier wichtigen Punkten vom ersten bereits entschiedenen Fall: Das intentionale Elternpaar ist heterosexuell, beide Elternteile sind genetisch nicht verwandt mit den Kindern; ferner ist kein anderer (genetischer bzw. biologischer) Elternteil bekannt. Zudem liegt «nur» eine kalifornische Geburtsurkunde vor, aufgrund derer die Kindesverhältnisse zu anerkennen wären; kein Feststellungsurteil. Die Registerbehörde hatte aufgrund des Alters der Eltern berechtigte Zweifel an der biologischen und damit der rechtlichen Elternschaft. Ferner liess sich aus dem Pass der intentionalen Mutter rekonstruieren, dass sie bloss einen Tag vor der Geburt der Kinder in die US eingereist war, womit der Verdacht der Umgehung des in der Schweiz geltenden Leihmutterschaftsverbots dringend war. Die intentionalen Eltern wurden in der Folge nicht ins Personenstandsregister eingetragen, ihr Kindesverhältnis wurde nicht anerkannt und die Kinder nach [Art. 327a ZGB](#) einem Vormund unterstellt.

Folgte man der Argumentation des Bundesgerichts im soeben diskutierten Entscheid vom 21. Mai 2015 (nur das Kind-Eltern-Verhältnis zum genetischen Elternteil anzuerkennen), bedeutet das für den neuen Fall, dass es beide nicht-genetischen heterosexuellen Elternteile nicht anerkennen wird?

Ein solches Vorgehen wäre konsequent, wenn es gleichgeschlechtliche Personen tatsächlich nicht diskriminieren will (so E. 5.2, der besagt, dass die Doppelvaterschaft per se nicht ordre public-widrig ist). Doch dann drohte die Elternlosigkeit und die will das Bundesgericht zu Recht vermeiden. Eine «Zwischenlösung», dass nur ein Elternteil anerkannt würde, wäre bei zwei nicht-genetisch verwandten Elternteilen aber auch nicht begründbar. Und aus Sicht des Kindeswohls könnte sich eine Anerkennung auch nicht einfach deshalb erübrigen, weil eine Vormundschaft genügend Schutz und Rechtssicherheit für diese Kinder bedeute. – Konsequenter wäre es wohl angesichts des vorliegenden Entscheids des Bundesgerichts, die zwei nicht-genetischen Eltern nicht zu anerkennen und das intentionale Ehepaar wäre stattdessen «automatisch» auf den Adoptionsweg zu verweisen. Das wiederum wäre erstens, *de lege lata* aber nur möglich bei heterosexuellen Paaren (so dass zumindest theoretisch wiederum auch das Argument der Ungleichbehandlung im Raume stünde, die zwar *de lege lata* rechtlich noch vorgesehen ist, sich aber mit der Zulassung der Stiefkindadoption *de lege ferenda* teilweise ändern soll⁴⁹). Zweitens ist aber die Adoption nur möglich bei Ehepaaren, welche die erforderlichen Voraussetzungen nach [Art. 264 ff. ZGB](#) (u.a. einjähriges Pflegejahr, fünfjährige Ehe, minimalen und maximalen Altersabstand⁵⁰) erfüllen.

AJP 2015 S. 1325, 1336

⁴⁸ Entscheid des Obergerichts (bzw. des Zivilgerichts) des Kantons Aargau vom 3. März 2014 (Az. ZBE.2013.8); s.a. betr. Vormund für Leihmutterkind den Entscheid vom 21. Februar 2014 des Obergerichts Zug (Az. PQ 140002), in dem es um ein Leihmutterkind aus Ohio mit heterosexuellem Elternpaar (genetischer Vater/nicht-genetisch verwandte Mutter) geht. Dieser Fall ist jedoch gegenstandslos geworden, denn das Elternpaar ist inzwischen mit seinem Kind in die Vereinigten Staaten ausgewandert; s.a. Tom Felber, NZZ vom 11. März 2014, Vormund für ein Leihmutter-Baby/Probleme für Schweizer Eltern bei einer Leihmutter-Geburt im Ausland.

⁴⁹ Die in Deutschland mögliche Sukzessivadoption, die vom Bundesgericht erwähnt wird (vgl. E.), geht einen Schritt weiter: Der Partner kann jedes Kind des anderen Partner adoptieren, also auch eines, das dieser zuvor einzeln adoptiert hat.

⁵⁰ Es ist im [ZGB](#) kein maximaler Altersabstand vorgesehen, nach Art. 5 Abs. 4 AdopV liegt aber ab einem Altersunterschied von 45 Jahren keine Eignung zur Adoption vor: «Die Eignung ist zu verneinen, wenn der Altersunterschied zwischen dem aufzunehmenden Kind und den künftigen Adoptiveltern mehr als 45 Jahre beträgt. Ausnahmsweise kann die Eignung trotzdem gegeben sein, namentlich wenn zwischen den künftigen Adoptiveltern und dem aufzunehmenden Kind bereits eine vertraute Beziehung besteht».

Angenommen, in diesem zweiten Fall ist die Adoption nach schweizerischem Recht grundsätzlich wegen des zu hohen Altersabstands nicht möglich, wie wäre zu entscheiden? Da die Elternlosigkeit zu vermeiden ist, Vormundschaft keine echte Alternative bietet, und es keinen sachlich nachvollziehbaren Grund gäbe, nur einen von zwei Elternteilen zu anerkennen, bliebe nur die Anerkennung dieses Kindes. – Wie dann das Bundesgericht den mangelnden Sachzusammenhang zu Kalifornien würdigen würde (die intentionale Mutter ist kurz vor der Geburt der Leihmutter eingereist), wäre interessant.

Wartet das Bundesgericht aber noch weiter zu (der vorinstanzliche Entscheid erging bereits im März 2014), so kann es sein, dass der Fall möglicherweise gegenstandslos wird,⁵¹ weil aufgrund der besonderen Würdigung der Umstände, dem Schutz der immer länger dauernden *de facto* Familiengemeinschaft, die Adoption doch zugelassen werden könnte. Das wäre dann auch im Interesse von Kind, Justiz und Politik.

Mit Blick in die Zukunft müsste man sich dennoch weiter überlegen, ob und wie diese doch sehr verschiedenen Fallkonstellationen wertungskohärent gelöst werden können und bis zu welchem Altersabstand eine Adoption in Rechtsumgehung noch möglich sein soll. Bis der Gesetzgeber Lösungsansätze entwickelt hat, wird es noch einige Zeit dauern.⁵² In der Zwischenzeit wäre eventuell zu überlegen, ob zu Gunsten des Kindeswohls *grundsätzlich nicht einfach alle Kinder* zu anerkennen wären, gleichgültig ob sie aus genetischen oder nicht-genetischen Kind-Eltern-Verhältnissen, ob von homo- oder heterosexuellen intentionalen Eltern oder aus Amerika oder der Ukraine stammen und unabhängig davon, ob das Kindesverhältnis gestützt auf ein formelles Urteil oder eine Form von Urkunde begründet wurde. Das schweizerische Recht bietet bei einer allfälligen Gefährdung dieser Kinder genügend Schutz.

⁵¹ Vgl. FN 48.

⁵² Zum aktuellsten Stand der Bemühungen der *Haager Konferenz* seit dem Jahre 2011 vgl. <http://www.hcch.net>; im März dieses Jahres wurde entschieden, eine Expertengruppe einzusetzen, die im Jahre 2016 Vorschläge zu einer international privatrechtlichen Lösung präsentieren soll; nach der hier vertretenen Ansicht kann eine internationale kollisionsrechtliche Lösung allerdings nur ein erster Schritt sein, um das Kindeswohl zu sichern. Ohne eine nationale und internationale sachrechtliche Regelung der Verträge, der Frage des Mindeststandards und der internationalen Plafonierung von Entschädigungen kann dem besonders unheilvollen ökonomischen Gefälle in Leihmutterchaftsfällen nicht beigegeben werden.