Urteilskopf

141 III 328

46. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.A. und B.A. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_443/2014 vom 14. September 2015

Regeste (de):
Art. 8 EMRK; Art. 2, 3 und 7 KRK; Art. 119 Abs. 2 lit. d BV; Art. 4 FMedG; Art. 27 Abs. 1, Art. 32 und 70 IPRG; Art. 45 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 252 Abs. 1 ZGB; Art. 7 und 8 ZStV; Anerkennung und Eintragung ausländischer Geburtsurkunden ins Personenstandsregister bei Leihmutterschaft; Ordre public.

Eine kalifornische Geburtsurkunde kann nicht anerkannt werden, wenn die verurkundeten Kindesverhältnisse zu genetisch nicht verwandten Eltern in Umgehung des schweizerischen Leihmutterschaftsverbotes entstanden sind (E. 2-8).

Regeste (fr):
Art. 8 CEDH; art. 2, 3 et 7 CDE; art. 119 al. 2 let. d Cst.; art. 4 LPMA; art. 27 al. 1, art. 32 et 70 LDIP; art. 45 al. 2 ch. 4 et art. 252 al. 1 CC; art. 7 et 8 OEC; reconnaissance et inscription de certificats de naissance étrangers dans le registre de l'état civil en cas de gestation pour autrui; ordre public.

Un certificat de naissance californien ne peut pas être reconnu lorsqu'il atteste de liens de filiation à l'égard de parents avec lesquels l'enfant n'a pas de liens génétiques en contournant l'interdiction d'avoir recours à la gestation pour autrui prévalant en Suisse (consid. 2-8).

Regesto (it):
Art. 8 CEDU; art. 2, 3 e 7 CDF; art. 119 cpv. 2 lett. d Cost.; art. 4 LPAM; art. 27 cpv. 1, art. 32 e 70 LDIP; art. 45 cpv. 2 n. 4 e art. 252 cpv. 1 CC; art. 7 e 8 OSC; riconoscimento ed iscrizione di certificati di nascita stranieri nel registro dello stato civile in caso di maternità sostitutiva; ordine pubblico.

Un certificato di nascita californiano non può essere riconosciuto se il rapporto di filiazione con i genitori non genetici ivi attestato è sorto in aggiramento del divieto svizzero di una maternità sostitutiva (consid. 2-8).

Sachverhalt ab Seite 329

A. Am 17. Mai 2012 wurden im C. Medical Center, U., California, die Zwillinge D.A. und E.A. geboren. In den von Dr. F., MD, Health Officer, unterzeichneten kalifornischen Geburtsurkunden (Certificate of live birth) vom 31. Mai 2012 sind B.A. (Mutter) und A.A. (Vater) als die Eltern der beiden Kinder aufgeführt.

B. Gestützt auf die Geburtsurkunden verlangten B.A. und A.A. beim Zivilstandsamt W. die Eintragung der beiden Kinder ins Personenstandsregister. Aufgrund von Zweifeln an der Elternschaft stellte die Abteilung Register und Personenstand des Departementes Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau verschiedene Fragen und verlangte zusätzliche Unterlagen. Angesichts der weitgehend verweigerten Kooperation und

der Vielzahl von dringenden Verdachtsmomenten, dass die Kinder nicht von B.A. zur Welt gebracht wurden (fehlende Plausibilisierung, weshalb die Kinder einer über 50-jährigen Mutter mit Schweizer Wohnsitz in den USA geboren sein sollen, zumal in einem Gliedstaat mit sehr liberaler Praxis bezüglich Leihmutterschaft; "WT/WB"-Einreisestempel vom 16. Mai 2012 [Vortag der Geburt]im Pass von A.A. mit Aufenthaltsberechtigung von maximal 90 Tagen im Rahmen des "Visa Waver Program"; angegebene Aufenthaltsadresse in unmittelbarer Nähe des Spitals; keine Eintragung einer Einreise in die USA im Pass von B.A.), wies das Departement mit Verfügung vom 15. Oktober 2013 die Anerkennung und Eintragung der beiden Kinder im schweizerischen Personenstandsregister ab mit der Begründung, dass

die Leihmutterschaft in der Schweiz verboten sei und die Anerkennung betreffender Geburten aus dem Ausland dem schweizerischen Ordre public widerspreche. Dagegen erhoben A.A. und B.A. am 6. November 2013 unter sinngemässer Bestreitung eines Leihmutterschaftsverhältnisses Beschwerde beim Obergericht des Kantons Aargau. Am 10. Februar 2014 nahmen sie schliesslich unter Einreichung der gehörigen Unterlagen Stellung zum umfangreichen Fragenkatalog, welcher ihnen mit instruktionsrichterlicher Verfügung zugestellt worden war. Mit Entscheid vom 3. März 2014 wies das Obergericht die Beschwerde nach eingehender Prüfung der Situation ab, in erster Linie ebenfalls unter Verweisung auf den Ordre public.

C. Gegen diesen Entscheid haben A.A. und B.A. am 26. Mai 2014 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben. Sie verlangen im Wesentlichen die Eintragung der am 17. Mai 2012 in den USA geborenen Zwillinge D.A. und E.A. im schweizerischen Personenstandsregister. Mit Präsidialverfügung vom 13. Juni 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt, jedoch das Gesuch um vorsorgliche Eintragung abgewiesen. Mit Vernehmlassung vom 6. Februar 2015 schloss das Departement Volkswirtschaft und Inneres auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Aufgrund der Beantwortung des umfangreichen obergerichtlichen Fragenkataloges und der gestützt hierauf erfolgten Einreichung der gehörigen Dokumente hat das Obergericht den folgenden, für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt festgestellt: Der genetische Vater der Kinder ist ein anonymer Samenspender. Die genetische Mutter der Kinder ist eine anonyme Eizellenspenderin. Die biologische Mutter der Kinder (sog. Leihmutter) ist G.G. Mit Urteil des Superior Court of California, V., vom 16. Februar 2012, bei welchem die Beschwerdeführer als Gesuchsteller sowie G.G. und ihr Ehemann H.G. als Gesuchsgegner aufgeführt sind, wird mit Bezug auf Kinder, welche zwischen dem 12. September 2011 und dem 12. Juni 2012 von G.G. zur Welt gebracht werden, verfügt, dass nicht sie deren Mutter ist, sondern die Beschwerdeführer "legal and natural father" sowie "legal and natural mother" sind. Weiter wird

die ausschliessliche finanzielle Verantwortlichkeit sowie die ausschliessliche gesetzliche und tatsächliche Obhut über diese Kinder den Beschwerdeführern zugewiesen. Sodann werden dem Geburtsspital Anweisungen zum Ausfüllen der Geburtsurkunden erteilt. Insbesondere wird angeordnet, dass die Personalien der Beschwerdeführer an den in den Geburtsurkunden für die Angaben über Vater und Mutter der Kinder vorgesehenen Stellen einzutragen sind. Schliesslich wird festgehalten, dass die Embryonen aus Spermien und Eizellen von anonymen Spendern ("anonymous donor's sperm" und "anonymous donor's ova") geschaffen wurden.
Das Obergericht hat erwogen, dass dies der Rechtslage in Kalifornien entspreche. Die Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu den Wunscheltern sei durch kalifornische Gerichte jedenfalls dann unbestritten, wenn wie vorliegend die Leihmutter nicht die genetische Mutter des Kindes sei. Die Wunscheltern erhielten üblicherweise eine Geburtsurkunde, in welcher sie bereits als Vater und Mutter eingetragen seien. Vor diesem Hintergrund bestehe kein Zweifel an der Echtheit der Geburtsurkunden und ebenso wenig daran, dass die Beschwerdeführer nach kalifornischem Recht als Eltern der beiden Kinder gälten.
In Bezug auf die Anerkennung und Eintragung hat das Obergericht zuerst die Bedeutung und Funktion des schweizerischen Personenstandsregisters dargestellt. Sodann hat es festgehalten, dass die Anerkennung ausländischer Urkunden und Entscheide zu verweigern sei, wenn sie offensichtlich dem schweizerischen Ordre public widersprächen. Diesbezüglich hat es erwogen, dass das Vorgehen der Beschwerdeführer der Umgehung des in der Schweiz auf Verfassungs- und Gesetzesstufe verankerten Verbotes der Leihmutterschaft gedient habe. Im Bericht des Bundesrates zur Leihmutterschaft werde allerdings festgehalten, dass die Anerkennung eines im Ausland durch ein fortpflanzungsmedizinisches Verfahren gezeugten Kindes nicht zwangsläufig gegen den Ordre public verstosse. Erfordere das Kindeswohl eine Anerkennung, müsse diese möglich sein; hingegen könne die Berücksichtigung des Kindeswohls auch dazu führen, dass die Anerkennung eines Kindesverhältnisses zu verweigern sei. An diese Meinungsäusserung anknüpfend hat das Obergericht weiter erwogen, dass das von den Beschwerdeführern im Rechtsmittelverfahren vorgelegte Urteil des kalifornischen Gerichts, mit welchem ihr Kindesverhältnis zu den von der Leihmutter G.G. geborenen Kindern angeordnet werde, drei Monate vor der Geburt der Kinder

ergangen sei und keine Hinweise darauf enthalte, dass eine Prüfung der Erziehungseignung oder eine anderweitige Abklärung des Kindeswohls vorgenommen worden wäre; von den Beschwerdeführern werde denn auch nichts dergleichen behauptet. Die gerichtliche Feststellung der Elternschaft, wie sie von den kalifornischen Gerichten praktiziert werde, weise insofern keine Nähe zum Adoptionsverfahren auf. Eine Nichtanerkennung des Kindesverhältnisses könne allerdings weder an der bereits eingetretenen Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Leihmutter noch an der bereits eingetretenen Vereitelung des verfassungsmässigen Anspruches der Kinder auf Kenntnis ihrer Abstammung etwas ändern; zudem würden die Kinder in der Schweiz vorerst elternlos dastehen. Dennoch widerspreche es der grundlegenden schweizerischen Rechts- und Sittenauffassung in unerträglicher Weise, wenn durch Richterspruch ein rechtliches Kindesverhältnis begründet werde, ohne dass je ansatzweise eine Prüfung des Kindeswohls vorgenommen worden sei und überdies auch keine nachgeburtliche Zustimmung der biologischen Mutter vorliege bzw. möglich gewesen sei. Insbesondere könne nicht mit übergeordneten Interessen des Kindes argumentiert werden, wenn diese noch gar nie abgeklärt worden seien, weil mit der Leihmutterschaft im Ausland auch die Schutzmechanismen des Adoptionsrechts umgangen worden seien.

3. Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung von Art. 2, 7 und 16 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtekonvention, KRK; SR 0.107) sowie von Art. 13, 14, 29, 35 und 36 BV. Sodann machen sie eine Verletzung von Art. 32 IPRG (SR 291) sowie von Art. 7 und 8 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV; SR 211.112.2) geltend, wobei sie diesbezüglich teilweise auch Willkür behaupten. Ferner rügen sie eine Verletzung der "Pflicht zur Ermittlung des Sachverhaltes" und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Wegen der formellen Natur des rechtlichen Gehörs ist darüber vorweg zu befinden; Gleiches gilt für die Kritik an der Sachverhaltsermittlung, auf welcher die rechtlichen Erwägungen

aufbauen.

3.1 Die Gehörsverletzung erblicken die Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht ihnen vorgehalten habe, über die Samen- und Eizellenspender sei nichts bekannt, was den Anspruch des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung vereitle, es aber gleichzeitig unterlassen habe, mit dem amerikanischen Gericht Kontakt aufzunehmen; wahrscheinlich würden sich dort weitere Akten finden lassen, wobei

sie selbst nicht an diese Dokumente gelangen könnten. Im Übrigen habe das Obergericht das kalifornische Recht zu wenig abgeklärt, wenn es ausführe, die Leihmutterschaft beruhe nicht auf Gesetz, sondern auf der dortigen Rechtsprechung.

3.2 Abgesehen davon, dass es an den Beschwerdeführern ist, die gesuchsbegründenden Tatsachen darzutun, ist in diesem Zusammenhang keine Relevanz für die entscheidrelevanten Streitfragen ersichtlich (vgl. E. 6.4-6.6). Im angefochtenen Entscheid wird erwogen, dass vollendete Tatsachen vorlägen und weder die anonyme Samen- und Eizellenspende noch das Austragen der Kinder durch eine Leihmutter rückgängig gemacht werden könne. Sodann geht der angefochtene Entscheid davon aus, dass das Kindesverhältnis zu den Beschwerdeführern nach kalifornischem Recht rechtsgültig errichtet und Geburtsurkunden eingereicht worden sind, an deren Echtheit keine Zweifel bestehen. Zu entscheiden bleibt deshalb einzig die Frage, ob das nach dem Recht am Geburtsort gültig errichtete Kindesverhältnis in der Schweiz anerkannt werden kann.

3.3 Sinngemäss machen die Beschwerdeführer auch eine Gehörsverletzung dahingehend geltend, dass das Obergericht unterstelle, es habe nie eine Prüfung des Kindeswohls stattgefunden, ohne dies durch Edition sämtlicher amerikanischer Verfahrensakten verifiziert zu haben. Diese Gehörsrüge geht fehl, möchten doch die Beschwerdeführer dem Obergericht auch hier eine von Amtes wegen durchzuführende Nachforschungs- und Beweispflicht für Anerkennungsvoraussetzungen auferlegen. Das Obergericht hat ausgeführt, aus den Akten, insbesondere aus dem kalifornischen Gerichtsentscheid, welcher im Übrigen drei Monate vor der Geburt ergangen sei, seien weder eine Prüfung der Eignung der Wunscheltern noch Überlegungen zum Kindeswohl ersichtlich. Dass eine solche Prüfung stattgefunden hätte, haben die Beschwerdeführer entgegen ihrer jetzigen Behauptung im kantonalen Verfahren nie geltend gemacht und sie lassen es auch vorliegend bei einer abstrakten Behauptung ohne jeden näheren Hinweis bewenden. Eine Gehörsverletzung ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 7 KRK vorliegen soll. Im Übrigen wäre eine allfällig erfolgte Prüfung für das Ergebnis des vorliegenden Entscheides auch nicht ausschlaggebend (vgl. E. 6.6).

3.4 Das Subeventualbegehren, welches eine Rückweisung der Sache zur Vornahme betreffender Abklärungen verlangt, ist nach dem

Gesagten wegen fehlender Relevanz abzuweisen. Soweit entsprechende Abklärungen direkt durch das Bundesgericht verlangt werden, scheitert dies zusätzlich auch am Novenverbot (Art. 99 Abs. 1 BGG) und ebenfalls daran, dass das Bundesgericht an den kantonal festgestellten Sachverhalt gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG) und grundsätzlich keine eigenen Beweiserhebungen durchführt (Urteile 5A_674/2011 vom 31. Oktober 2011

E. 2.6, nicht publ. in: BGE 137 III 529; 2C_347/2012 vom 28. März 2013 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 139 II 185).

4. In der Sache machen die Beschwerdeführer in genereller Hinsicht geltend, generalpräventive Überlegungen dürften keine Rolle spielen, es gehe allein um die Kinder und man dürfe diese nicht für etwas bestrafen, was in der Schweiz allenfalls verboten sein möge, denn dies würde gegen Art. 2 Abs. 2 KRK verstossen. Mit der Verweigerung der Anerkennung werde eine hinkende Rechtslage erzeugt, indem die Kinder in der Schweiz, anders als in ihrem Heimatland, keine Eltern hätten, obwohl sie doch keine Findelkinder seien. Dies verletze Art. 13 und 14 BV, zumal die Grundrechte gemäss Art. 36 BV in der gesamten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen müssten und gestützt auf Art. 7 KRK ein Recht auf Eintragung im Personenstandsregister bestehe. Sowohl sie (die Beschwerdeführer) als auch die Kinder würden durch die staatlichen Organe willkürlich und treuwidrig behandelt, was gegen Art. 9 BV verstosse; zudem sei ihre Privatsphäre zu beachten. In konkreter Hinsicht machen die Beschwerdeführer sodann geltend, aus Sicht der Zivilstandsverordnung sei egal, wer das Kind geboren habe. Zivilstandsrechtlich könnten die amerikanischen Geburtsurkunden deshalb problemlos anerkannt werden, zumal die obergerichtliche Ansicht falsch sei, dass mit den Geburtsdaten auch verurkundet werde, wer das Kind geboren habe. Solches gehe aus der Zivilstandsverordnung nicht hervor und erst die Auslegung von Art. 252 ZGB führe zu diesem falschen Schluss. Sodann machen die Beschwerdeführer geltend, dass keine gesetzliche Grundlage bestehe, um ihnen die Elternrechte zu entziehen. In Frage käme einzig eine auf Art. 311 ZGB gestützte Kindesschutzmassnahme, was aber voraussetze, dass sie sich nicht ernstlich um die Kinder gekümmert oder ihre Pflichten gröblich verletzt hätten. Davon könne keine Rede sein und es sei deshalb willkürlich, wenn den Kindern eine Vormundin bestellt worden sei.

BGE 141 III 328 S. 335

4.1 Verlangt wird die Anerkennung der kalifornischen Geburtsurkunden für die am 17. Mai 2012 in Kalifornien zur Welt gebrachten Kinder D.A. und E.A. sowie die Eintragung dieser Geburten im schweizerischen Personenstandsregister. Die beiden Geburtsurkunden beruhen auf dem kalifornischen Urteil vom 16. Februar 2012 und setzen die damit gerichtlich getroffenen Anordnungen betreffend die Verurkundung der anstehenden Geburten um.

4.2 Das auf Art. 39 ZGB sowie Art. 6a Abs. 2 und Art. 7 ZStV basierende Personenstandsregister dient der Beurkundung der Zivilstandsereignisse und Zivilstandstatsachen sowie der Erfassung der Gemeindebürgerrechte. Die Aufnahme einer Person in das Personenstandsregister erfolgt mit der Beurkundung ihrer Geburt (Art. 15a Abs. 1 ZStV). Die im Ausland erfolgte Geburt einer Person, die das Schweizer Bürgerrecht durch Abstammung erwirbt, wird - unter der Voraussetzung, dass die Person, welche das Schweizer Bürgerrecht vermittelt, im Personenstandsregister geführt wird (vgl. Art. 1 des Bürgerrechtsgesetzes vom 29. September 1952 [BüG; SR 141.0]) - auf Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde nachbeurkundet (Art. 45 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Mit der Nachbeurkundung der Geburt wird die betroffene Person in das Personenstandsregister aufgenommen. Dabei wird auch das bei der Geburt durch Gesetz entstandene oder durch Rechtsakt begründete Kindesverhältnis beurkundet (Art. 8 lit. o Ziff. 1 ZStV; SIEGENTHALER, Das Personenstandsregister, 2013, Rz. 82), indem die Datensätze der betroffenen Personen im Personenstandsregister miteinander verknüpft werden (Art. 15 Abs. 4 ZStV). Die kantonale Aufsichtsbehörde stützt sich bei ihrem Entscheid auf die ausländische Geburtsurkunde, welche als archivierungspflichtiger Beleg für die Nachbeurkundung beizubringen ist (SIEGENTHALER, a.a.O., Rz. 190). Sie überprüft dabei die ausländische Urkunde in formeller (registertechnischer) sowie materieller Hinsicht auf ihre Eintragbarkeit und trifft über die Eintragung in die Zivilstandsregister eine Verfügung (Art. 32 Abs. 1 IPRG). Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Art. 25-27 IPRG erfüllt sind (Art. 32 Abs. 2 IPRG).

4.3 Voraussetzung zur Anerkennung ist, dass die Zuständigkeit der ausländischen Behörden durch eine Be-

stimmung des IPRG begründet ist (Art. 25 lit. a, Art. 26 lit. a IPRG). Die Geburtsurkunden basieren auf dem Urteil des Superior Court of the State of California,

V., mit welchem dieser am 16. Februar 2012 in einem vor Geburt der Kinder eingeleiteten Verfahren über die Elternschaft entschieden hat. Ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses werden gemäss Art. 70 IPRG in der Schweiz anerkannt. Diese Regel über die indirekte Zuständigkeit erfasst alle - auch dem inländischen Recht nicht bekannte - Entscheidungen, die im Ausland über die Feststellung eines Kindesverhältnisses ergehen können (SIEHR, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 13 zu Art. 70 IPRG; KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2012, Rz. 1261 ff.). Darunter fällt auch ein im Zeitpunkt der Geburt entstehender Status im Zusammenhang mit Leihmutterschaft (vgl. SIEHR, a.a.O., N. 1, 8 und 10 zu Art. 66 IPRG). Ausländische Entscheidungen betreffend die Feststellung des Kindesverhältnisses werden gemäss Art. 70 IPRG anerkannt, wenn sie im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, in dessen Heimatstaat oder im Wohnsitz- oder im Heimatstaat der Mutter oder des Vaters ergangen sind. Die USA sind weder Wohnsitz- noch Heimatstaat der Beschwerdeführer. Hingegen bezieht sich das Urteil vom 16. Februar 2012 auf die Feststellung der Elternschaft für die Zwillinge D.A. und E.A. mit Geburtsort in den USA. Der im Zeitpunkt des Erlasses des Urteils bereits anstehende Erwerb der amerikanischen Staatsangehörigkeit ex lege (vgl. 8 U.S. Code § 1401 lit. a) erlaubt, die indirekte Zuständigkeit an den Heimatstaat von D.A. und E.A. zu knüpfen (analog BGE 116 II 202 E. 2e S. 206 betreffend unmittelbar beabsichtigter Wohnsitznahme). Die Zuständigkeit der kalifornischen Gerichte und Behörden war somit grundsätzlich gegeben. Ferner sind das kalifornische Urteil sowie die dort ausgestellten Geburtsurkunden unstrittig endgültig (Art. 25 lit. b IRPG).

4.4 Ausgehend von seinen Sachverhaltsfeststellungen, wonach für die beiden Kinder authentische Geburtsurkunden vorgelegt wurden, in welchen die Beschwerdeführer als Eltern bezeichnet sind, die Kinder indes von einer Leihmutter (biologische Mutter) zur Welt gebracht wurden und die Eizelle wie auch der Samen von nicht näher bekannten Dritten (genetische Eltern) stammen, so dass die Beschwerdeführer weder biologische noch genetische, sondern sog. ”soziale Eltern” bzw. ”Wunscheltern” sind, ist das Obergericht in rechtlicher Hinsicht zutreffend davon ausgegangen, die entscheidende Frage sei, ob die Anerkennung der kalifornischen Geburtsurkunden und die Eintragung im schweizerischen Personenstandsregister gegen den

materiellen Ordre public verstossen (Art. 27 Abs. 1 IPRG) und deshalb zu verweigern seien (Art. 32 Abs. 2 IPRG). An der Sache vorbei geht dabei die Behauptung der Beschwerdeführer, aus Sicht der Zivilstandsverordnung sei egal, wer das Kind geboren habe. Die Zivilstandsverordnung betrifft die Beurkundung des Personenstandes, d.h. u.a. die familienrechtliche Stellung einer Person (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Nach der Konzeption des ZGB entsteht das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter mit der Geburt (Art. 252 Abs. 1 ZGB). Indem das ZGB die gebärende Frau zur rechtlichen Mutter erklärt, stellt es für die Entstehung des Kindesverhältnisses auf den biologischen Vorgang des Gebärens ab. Gleichzeitig wird damit der Grundsatz mater semper certa est befolgt (vgl. SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 252 ZGB; COTTIER, Elternschaft im Zeitalter der globalisierten Biotechnologie: Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende im Rechtsvergleich, in: Siebte Schweizer Familienrecht§Tage, 2014, S. 28; GUILLOD/HELLE, Les voyages forment la jeunesse ou Tourisme et procréation médicalement assistée,

in: Mélanges en l'honneur de François Knoepfler, 2005, S. 440). Der zivilrechtliche Grundsatz, wonach der Vorgang des Gebärens für die Entstehung des Kindsverhältnisses zur Mutter massgeblich ist, wird auch bei der Regelung der Fortpflanzungsmedizin durchwegs beachtet, wobei es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt. Darauf wird noch im Einzelnen zurückzukommen sein (vgl. E. 5.2). Vorliegend ist relevant, dass aufgrund des Gesagten zu klären ist, was das relevante Schutzobjekt des schweizerischen Ordre public ist (dazu E. 5), und ob der Einsatz des Ordre public im konkreten Fall gerechtfertigt (dazu E. 6) sowie völkerrechtskonform ist (dazu E. 7).

5. Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre.

5.1 Nicht jeder Verstoss gegen das Rechtsempfinden, die Wertvorstellungen oder zwingendes Recht rechtfertigt den Eingriff mit dem Ordre public. Für die Verletzung ist vielmehr erforderlich, dass die Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheides bzw. die Anerkennung und Eintragung der ausländischen Geburtsurkunde in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen

Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre. Ob der Ordre public verletzt ist, beurteilt sich nicht abstrakt. Entscheidend sind die Auswirkungen der Anerkennung im Einzelfall. Die Anwendung des Ordre public-Vorbehalts ist im Rahmen der Anerkennung nach dem Wortlaut des Gesetzes ("offensichtlich") restriktiv anzuwenden, denn mit der Weigerung der Anerkennung werden hinkende Rechtsverhältnisse geschaffen (BGE 103 Ib 69 E. 3b S. 73; BGE 126 III 101 E. 3b S. 107, BGE 126 III 327 E. 2b S. 330; BGE 131 III 182 E. 4.1 S. 185; SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2000, Rz. 484, 712; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3. Aufl. 2005, Rz. 353; BUCHER/BONOMI, Droit international privé, 3. Aufl. 2013, Rz. 275 f.). In diesem Sinn wird zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse das Eingreifen des Ordre public-Vorbehaltes umso mehr eine Ausnahme bleiben, je loser die Beziehungen zur Schweiz sind und je länger der Zeitraum zwischen der Ausfertigung der Urkunde oder dem Entscheid und der Prüfung ist (OTHENIN-GIRARD, L'inscription des décisions et des actes étrangers à l'état civil [art. 32 LDIP et 137 OEC], ZZW 1998 S. 167 f.; vgl. BGE 126 III 101 E. 3b S. 107 f.).

5.2 Das kalifornische Urteil und die darauf beruhenden Geburtsurkunden weichen von der schweizerischen Rechtsordnung ab. Wie gesagt entsteht das Kindesverhältnis zwischen dem Kind und der Mutter nach der Konzeption des ZGB mit der Geburt. Die Statusbeziehung besteht einzig zur austragenden Mutter (Art. 252 Abs. 1 ZGB) und diese kann nicht pränatal auf ihre Rechte mit Bezug auf das Kind verzichten (vgl. Art. 265b Abs. 1 ZGB); sie könnte es selbst dann nicht, wenn sie als Leihmutter eine nicht mit ihr genetisch verwandte Frucht austrägt. Diese Grundsätze kommen in der Schweiz auch im Bereich der Fortpflanzungsmedizin zur Geltung. Bereits auf Verfassungsstufe sind das Verbot der Embryonenspende und das Verbot aller Arten von Leihmutterschaft verankert (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV). Im Fortpflanzungsmedizingesetz vom 18. Dezember 1998 (FMedG; SR 810.11) werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben konkretisiert. Während bei Ehepaaren die Samenspende erlaubt ist (Art. 3 Abs. 3 FMedG), sind die Ei- und Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft unzulässig (Art. 4 FMedG). Darunter versteht das Gesetz, dass eine Frau, die dazu bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind empfängt, es austrägt und nach der Geburt Dritten auf Dauer überlässt (Art. 2 lit. k FMedG). Der zivilrechtliche Grundsatz, wonach der Vorgang des Gebärens für die Entstehung des

Kindsverhältnisses zur Mutter massgeblich ist, soll kraft der verschiedenen Verbote auch bei der Regelung der Fortpflanzungsmedizin Nachachtung erhalten. Dabei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers; der Bundesrat führte in der Botschaft zum FMedG aus, die medizinisch unterstützte Fortpflanzung dürfe nicht zu Familienverhältnissen führen, die von dem abweichen, was auf natürlichem Weg möglich sei, weshalb die gebärende Frau rechtlich als Mutter angesehen werden müsse, während die Spaltung der Vaterschaft durchaus auch bei natürlicher Zeugung insofern vorkommen könne, als der Ehemann der gebärenden Frau, welcher rechtlich als Vater des Kindes gelte, nicht zwingend der genetische Vater sein müsse (vgl. BBl 1996 III 254 f. Ziff. 322.12). Das Verbot der Leihmutterschaft wurde in der Botschaft mit dem Schutz der Frau vor Instrumentalisierung und mit dem Schutz des Kindeswohls begründet (vgl. Botschaft, BBl 1996 III 254). Die biologische Mutter dürfe nicht dem Konflikt zwischen der psychischen Bindung an ihr Kind und der Zusage gegenüber den Wunscheltern ausgesetzt werden und das Kind sei davor zu schützen, dass es zur Ware degradiert werde, die man bei Dritten bestellen könne (Botschaft, BBl 1996 III 279 Ziff. 324.203).

5.3 In Bezug auf das Verbot der Eizellenspende wurde mit einer Parlamentarischen Initiative (12.487 Neirynck) die Revision des FMedG verlangt, um die Eizellenspende zuzulassen; der Initiative wurde Folge gegeben. Hingegen steht eine Änderung oder Lockerung des Verbotes der Leihmutterschaft nicht zur Diskussion. Der Bundesrat hat am 5. November 2014 in Beantwortung einer entsprechenden Interpellation (14.3742 J. Fehr) abgelehnt, die Möglichkeit der Lockerung des Leihmutterschaftsverbotes zu prüfen, und dieses Geschäft ist im Parlament erledigt. Daraus ist abzuleiten, dass das auf Verfassungsstufe verankerte Verbot der Leihmutterschaft auch heute als Grundüberzeugung der hiesigen Rechtsanschauung zu gelten hat. Das Verbot der Leihmutterschaft in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG bezieht sich indes auf Vorgänge in der Schweiz, weshalb es für sich genommen noch keinen zwingenden Hinderungsgrund bildet, ein im Ausland gesetzeskonform begründetes Kindesverhältnis anzuerkennen. Die Umstände im Einzelfall können jedoch für eine Verletzung des Ordre public und damit gegen eine Anerkennung eines solchen Kindesverhältnisses sprechen (vgl. Bericht zur Leihmutterschaft, Bericht

des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917, Ziff. 3.5 S. 39).

5.4 Falls im Ausland die Elternschaft der Wunscheltern anerkannt ist und die Leihmutter sowie die genetischen Eltern dort auf alle Rechte verzichtet und keine Pflichten gegenüber dem Kind haben, kann die Nichtanerkennung in der Schweiz zur Elternlosigkeit eines Kindes führen, wenn die Adoption im Inland scheitert oder nicht möglich ist (RUMO-JUNGO, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, FamPra.ch 2014 S. 849). Nach der Lehre kann diese Situation Grundrechte des Kindes verletzen, welche - als grundlegende Werturteile des inländischen Rechts - zum Schutzobjekt des schweizerischen Ordre public gehören. Mit Art. 11 BV geniesst das Kindeswohl Verfassungsrang, und es gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinne (BGE 132 III 359 E. 4.2.2 S. 373; BGE 129 III 250 E. 3.4.2 S. 255); damit werden die mit der KRK garantierten Rechte verankert (BGE 126 II 377 E. 5d S. 391).

5.5 In der Lehre ist die Auffassung verbreitet, dass im Ausland geschaffene kindesrechtliche Statusverhältnisse in der Schweiz unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt werden können (u.a. GUILLOD/HELLE, a.a.O., S. 446 f.; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 849 ff.; BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 6b vor Art. 264-269c ZGB; BÜCHLER, FamPra.ch 2014 S. 1069 ff.; HOTZ, Zwischen Informed Consent und Verbot: Wertungswidersprüche in der Reproduktionsmedizin, recht 2014 S. 31; vgl. bereits VISCHER, in: Status und Wirkung aus der Sicht des schweizerischen IPR, 1986, S. 678/679).

Ähnliches wird in Ländern mit vergleichbarer Gesetzeslage wie Deutschland und Österreich vertreten, jedenfalls soweit es sich um genetische Eltern handelt (z.B. CLAUDIA MAYER, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts [IPRax]2014 S. 59; BRIGITTA LURGER, Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland, IPRax 2013 S. 287). Kritisch äussert sich hingegen HAUSHEER (Normen mit Verfassungsrang als prägende Gestaltungsfaktoren des Familienlebens bzw. des Familienrechts, ZBJV 151/2015 S. 335 ff. sowie Fn. 30). Teilweise wird die Anerkennung auch abgelehnt (SIEGENTHALER, a.a.O., Rz. 386; für Frankreich: FABRE-MAGNAN, Les trois niveaux d'appreciation de l'intérêt de l'enfant, A propos de la gestation pour autrui, in: Recueil Dalloz 191/2015 S. 224 ff.).

BGE 141 III 328 S. 341

5.6 Das Bundesgericht hat mit BGE 141 III 312 erstmals Stellung zur Frage der Anerkennung eines ausländischen Leihmutterschaftsurteils genommen. Es ist zum Ergebnis gelangt, dass ein kalifornisches Vaterschaftsurteil, welches das mittels Leihmutterschaft begründete Kindesverhältnis zu eingetragenen Partnern feststellt, nur mit Bezug auf den genetisch verwandten Elternteil anerkannt werden kann. In diesem Urteil findet sich in E. 4.4 eine Darstellung, wie die obersten Gerichte in weiteren Ländern, die ein Leihmutterschaftsverbot kennen, mit der vorliegend erörterten Problematik umgehen. Darauf kann verwiesen werden, unter ergänzendem Hinweis auf die zwischenzeitlich ergangenen weiteren Urteile des französischen Kassationshofes, mit welchem dieser die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) berücksichtigt hat (Cour de cassation, Urteile Nr. 619 und 620 vom 3. Juli 2015 [14-21.323, 15-50.002]). Auf die Rechtsprechung des EGMR wird in E. 7.1 und 7.2 zurückzukommen sein.

6. Zu untersuchen ist, ob die vorliegend anbegehrte Transkribierung der durch Leihmutterschaft in den USA zu den Beschwerdeführern entstandenen Kindesverhältnisse in das schweizerische Personenstandsregister zu einem Ergebnis führt, welches den Einsatz des Ordre public-Vorbehaltes rechtfertigt.

6.1 Mit dem kalifornischen Urteil vom 16. Februar 2012 wurde angeordnet, dass die Beschwerdeführer "legal and natural father" sowie "legal and natural mother" der Kinder sind, welche zwischen dem 12. September 2011 und dem 12. Juni 2012 von G.G. - d.h. von der Leihmutter - zur Welt gebracht werden. Entsprechend dieser gerichtlichen Anordnung wurden die Geburtsurkunden (Certificate of live birth) für die am 17. Mai 2012 von G.G. zur Welt gebrachten Zwillinge ausgefüllt. Ferner geht aus dem Urteil vom 16. Februar 2012 hervor, dass die Embryonen aus Spermien und Eizellen von anonymen Spendern geschaffen wurden. Mithin steht fest, dass die Beschwerdeführer nicht die genetischen Eltern sind und die Beschwerdeführerin auch nicht die biologische (gebärende) Mutter der Zwillinge war. Die Beschwerdeführer sind aber im Geburtsstaat die rechtlichen Eltern, und zwar originär qua Geburt, wie dies in Kalifornien aufgrund gefestigter Rechtsprechung Praxis ist (vgl. COTTIER, a.a.O., S. 32). Ferner wurde ihnen im Urteil vom 16. Februar 2012 auch die finanzielle Verantwortung und die Obhut für D.A. und E.A. zugewiesen.

BGE 141 III 328 S. 342

6.2 Ob die Transkribierung der mit dem kalifornischen Urteil geschaffenen und durch die darauf beruhenden Geburtsurkunden ausgewiesenen Kindesverhältnisse in das schweizerische Personenstandsregister möglich ist oder ob sie am Ordre public scheitert, lässt sich nicht abstrakt sagen. Zwar darf das Verbot der Leihmutterschaft, welches auf Verfassungsstufe verankert und auch heute nicht umstritten ist (vgl. E. 5.2 und 5.3), als schweizerische Grundüberzeugung gelten. Indes bezieht sich das in Art. 119 Abs. 2 lit. d BV und Art. 4 FMedG verankerte

Verbot nach dem in E. 5.3 Gesagten auf Vorgänge in der Schweiz und kann deshalb für sich genommen noch keinen zwingenden Hinderungsgrund dafür bilden, ein im Ausland durch Leihmutterschaft gesetzeskonform begründetes Kindesverhältnis anzuerkennen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalles massgeblich. Namentlich sind bei der Transkription ausländischer Personenstandsakte die Intensität des Binnenbezuges und der Zeitablauf mitzuberücksichtigen (vgl. in E. 5.1 zitierte Autoren). Ein äusserlich identisches Rechtsverhältnis (hier: Kindesverhältnis mit Eltern, zu denen weder ein genetischer noch ein biologischer Bezug besteht), kann und muss je nach den konkreten Umständen, welche zu diesem Ergebnis geführt haben, unter dem Aspekt des Ordre public eine unterschiedliche Würdigung erfahren. Auf die konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls ist im Folgenden näher einzugehen.

6.3 Es besteht kein Zweifel und wird nicht in Frage gestellt, dass die Beschwerdeführer durch den Abschluss eines Leihmutterschaftsvertrages in Kalifornien ihren Kinderwunsch mit Hilfe einer ausländischen Rechtsordnung erfüllen wollten, welche kein Leihmutterschaftsverbot kennt. Sie haben nie einen Bezug zu den USA vorgebracht und es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer erst am Vortag der Geburt in die USA eingereist ist, während sich im Reisepass der Mutter kein Einreisestempel vorfindet, sie mithin nicht in die USA gereist sein kann (vgl. Sachverhalt lit. B hiervor). Sodann steht ausser Frage, dass der in Kalifornien abgeschlossene Leihmutterschaftsvertrag, das Urteil des Superior Court of California und die beiden Geburtsurkunden insgesamt eine Praktik zum Gegenstand haben, die in der Schweiz verboten ist (dazu im Einzelnen E. 5.2). Sodann wären bei einem gegen das Verbot verstossenden Leihmutterschaftsverhältnis in der Schweiz keine originär durch Geburt begründeten Kindesverhältnisse zu Wunscheltern möglich. Vielmehr würde das rechtliche Kindesverhältnis zwingend zur gebärenden

Leihmutter entstehen (Art. 252 Abs. 1 ZGB; SCHWENZER, a.a.O., N. 9 zu Art. 252 ZGB; BÜCHLER, AJP 2004 S. 1178), und soweit diese verheiratet ist, würde ihr Ehemann als rechtlicher Vater gelten (Art. 252 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 Abs. 1 ZGB).

6.4 Im Bereich des internationalen Privatrechts besteht gesetzlich viel Gestaltungsfreiheit (wie durch Wahl von Forum und Recht) und längst nicht alle rechtsgestaltenden Handlungen sind rechtlich relevante "Gesetzesumgehungen" (vgl. KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., Rz. 976 ff., 983 ff.). Vorliegend ist die Rechtsumgehung jedoch offensichtlich: Die Beschwerdeführer sind schweizerische bzw. deutsche Staatsangehörige, sie hatten und haben ununterbrochen Wohnsitz in der Schweiz und auch ihre Ehe weist keinen Berührungspunkt mit den USA auf. Der primäre Bezug zu den USA ist das Faktum der Rechtsumgehung, welche schliesslich auch den dortigen Geburtsort der Kinder determiniert hat. Das Vorgehen der Beschwerdeführer ist dadurch geprägt, dass es in der Vermeidung eines in der Schweiz als fundamental angesehenen Verbotes besteht und sich auch darin erschöpft. Es stellt deshalb eine rechtlich relevante Gesetzesumgehung dar; die Rechtsordnung soll offensichtlich um die von ihr beabsichtigte Wirkung ihrer Vorschriften gebracht werden (vgl. SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd. I, 1957, S. 250), wobei diese Vorschriften vor der Verletzung der Moral, das öffentliche Interesse und die Menschenwürde schützen sollen (vgl. PERRIN, La fraude à la loi et ordre public en droit privé, in: Mélanges Pierre Engel, 1989, S. 260 f., 265). Indem die Beschwerdeführer die biologischen Vorgänge in einen Rechtsraum verlegt haben, welcher die von ihnen gewünschten rechtlichen Wirkungen zulässt, ohne selbst Bezugspunkte zum betreffenden Territorium zu haben (der Beschwerdeführer reiste einen Tag vor der Geburt in die USA ein, die Beschwerdeführerin setzte nie einen Fuss in die USA), sie aber letztlich nur oder jedenfalls insbesondere rechtliche Wirkungen in der Schweiz beabsichtigen, ist der Binnenbezug prädominant. Zwar besteht aufgrund der dort erfolgten Geburten der Kinder ein Bezugspunkt zu den USA, aber dieser (einzige) Berührungspunkt ist wie gesagt gerade inhärenter Teil der Rechtsumgehung. Überdies hatten die Beschwerdeführer in den USA kein gelebtes Verhältnis zu den Kindern; der Wunschvater reiste mit ihnen

nach Erledigung der Formalitäten in die Schweiz und die Beschwerdeführer beantragten umgehend die Transkribierung ins schweizerische Personenstandsregister. Es besteht mithin auch eine

unmittelbare zeitliche Nähe zwischen den Geburten und dem Begehren um Transkribierung der Kindesverhältnisse in das schweizerische Personenstandsregister.

6.5 Bei dieser Ausgangslage verstösst die Transkribierung der zum Zweck der Umgehung des schweizerischen Leihmutterschaftsverbotes in den USA qua Geburt begründeten Kindesverhältnisse in das schweizerische Personenstandsregister gegen den Ordre public.

6.6 Selbst wenn man die Ordre public-Widrigkeit zufolge Rechtsumgehung des Leihmutterschaftsverbotes verneinen würde, änderte dies nichts am vorstehenden Ergebnis, dass eine Anerkennung der Kindesverhältnisse in der vorliegenden Konstellation mit dem Ordre public nicht vereinbar ist: Bei der Begründung eines Kindesverhältnisses zu Wunscheltern, welche weder einen genetischen noch einen biologischen Bezug zum Kind haben, besteht eine funktionale Nähe zum Adoptionsrecht. Zwar ist die vorliegend praktizierte Rechtsumgehung viel umfassender, weil sie auch die Entstehung des Kindes betrifft. In der Auswirkung wurde aber, wie dies bei der Adoption regelmässig der Fall ist, ein Kindesverhältnis zu nicht genetisch verwandten Kindern hergestellt. Sowohl das nationale Adoptionsrecht als für internationale Belange auch das Haager Adoptionsübereinkommen vom 29. Mai 1993 (HAÜ; SR 0.211.221.311) sowie das Bundesgesetz vom 1. Januar 2013 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ; SR 211.221. 31) stellen eine Reihe von Schutznormen zugunsten des Kindes auf (vgl. Art. 264 ZGB; Art. 5 AdoV [SR 211.221.36]; Art. 4, 5, 15, 16 und 17 HAÜ; Art. 9 BG-HAÜ). Wesentlicher gemeinsamer Nenner dieser Schutzbestimmungen ist, dass eine Adoption nicht ohne vorgängige Prüfung der Eignung der Adoptiveltern und des Kindeswohls stattfinden darf. Dieses Erfordernis ist zentral und eine auf Art. 78 Abs. 1 IPRG gestützte Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoption - für welche es im Übrigen eines dortigen Wohnsitzes der adoptierenden Personen bedarf - ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Ordre public-widrig, wenn der Heimatstaat die massgeblichen Verhältnisse und die Eignung der Adoptiveltern nicht abgeklärt (Urteil 5A.10/1992 vom 20. Januar 1993 E. 5b) oder soweit sich die begründende Behörde bei einer Adoption nicht ausschliesslich am

Kindeswohl orientiert hat (Urteile 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 2.2.2.2; 5A_15/2011 vom 20. Juni 2011 E. 4), sondern adoptionsfremde Motive wie sozial- oder aufenthaltsrechtliche Vorteile im Vordergrund standen (Urteil 5A.20/2005 vom 21. Dezember 2005 E. 3.3). Analoge Schutzgedanken zugunsten des Kindes finden sich im Übrigen auch in der schweizerischen Gesetzgebung über die Fortpflanzungsmedizin (vgl. namentlich Art. 3 und 6 FMedG). Das kalifornische Urteil stellt kein Adoptionsurteil dar und in den Geburtsurkunden wird kein Adoptivvorgang festgehalten, weshalb sich die Anerkennung vorliegend auf Art. 32 und 70 IPRG, nicht auf Art. 78 IPRG stützt. Im Zusammenhang mit der Frage der Ordre public-Widrigkeit wäre aber im vorliegenden Fall wertungsmässig der Gedanke zu übertragen, dass dem Ergebnis der kalifornischen Statusakte bei Wunscheltern ohne jeglichen genetischen oder biologischen Bezug zum Kind eine funktionale Nähe zur Adoption innewohnt und in jenem Rechtsbereich die Anerkennung Ordre public-widrig ist, wenn

keine Abklärung der Verhältnisse und keine Eignungsprüfung stattgefunden hat.

6.7 An der Ordre public-Widrigkeit zufolge Rechtsumgehung vermag schliesslich nichts zu ändern, dass sich die Beschwerdeführer auf die Interessen der Zwillinge berufen. Diesbezüglich ist zunächst zu bemerken, dass die Kinder selbst nicht als Beschwerdeführer auftreten und die Eltern auch nicht deren gesetzliche Vertreter sein können, solange die Kindesverhältnisse in der Schweiz nicht anerkannt sind. Dennoch kann die Optik des Kindes nicht gänzlich ausgeblendet werden, wenn die Transkribierung der Kindesverhältnisse Streitgegenstand ist und es um die Frage geht, ob der anbegehrten registerrechtlichen Operation der Ordre public entgegensteht. Die Anerkennung der in Kalifornien begründeten Kindesverhältnisse kann vorliegend insofern im Interesse der beiden Zwillinge sein, als alle anderen beteiligten Personen in Kalifornien unwiderruflich auf jegliche Elternrechte verzichtet haben und deshalb die Kinder in der Schweiz rechtlich bis auf weiteres elternlos sind und vorerst auch nicht das Schweizer Bürgerrecht erlangen. Es ist aber ebenso gut denkbar, dass sich Leihmutterschaftskinder später als Objekt des - durch das Recht verbotenen - Vorgehens sehen. In diesem Fall würde ihnen die Gültigerklärung der Verbotsüberschreitung jedes Recht absprechen, sich als Opfer zu fühlen (FABRE-MAGNAN, a.a.O., S. 226). Sodann ist auf die bereits angesprochene funktionale Nähe zur Adoption bei der Begründung von Kindesverhältnissen zu

Wunscheltern ohne genetische oder biologische Bezüge zum Kind zu verweisen. Wenn die Beschwerdeführer und verschiedene Stimmen in der Lehre fordern (z.B. GUILLOD/HELLE, a.a.O., S. 445; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 849 f.; BÜCHLER/MARANTA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis, Fam.Pra.ch 2015 S. 367; BÜCHLER/BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, FamPra.ch 2013 S. 48 f. und 52), das Kind dürfe nicht für das Vorgehen der Wunscheltern bestraft werden und das Kindeswohl erheische unabhängig von Ordre public-Erwägungen die Anerkennung des Kindesverhältnisses, so wird gewissermassen die Fiktion aufgestellt, dass mit der automatischen Anerkennung dem Kindeswohl stets am besten gedient sei. Wie bei der Adoption besteht aber auch im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft die Gefahr, dass wegen hohen Alters oder aus anderen Gründen ungeeignete Wunscheltern mithilfe einer ausländischen Rechtsordnung zu einem Kind gelangen, zu welchem sie keinen Bezug haben. Dies ist offensichtlich nicht im Kindeswohl, und es lässt sich, wie das Obergericht zutreffend bemerkt hat, insbesondere nicht in abstrakter Weise mit dem Kindeswohl argumentieren, wenn dieses noch gar nie geprüft worden ist. Nicht zu Gebote stehen kann schliesslich das Nachholen einer solchen Prüfung durch die Zivilstandsbehörden. Es würde den Rahmen des registerrechtlichen Verfahrens sprengen, wenn diese in jedem Einzelfall die konkreten Verhältnisse prüfen und eine Eignungsprüfung mit den Wunscheltern durchführen müssten. Die registerrechtliche Prüfung hat einen anderen Gegenstand und die angesprochenen Abklärungen gehören in das noch einzuleitende schweizerische Adoptionsverfahren. Aufgrund des Gesagten hat der angefochtene Entscheid entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer nicht bloss eine Generalprävention, sondern insbesondere auch eine Spezialprävention im Auge. Soweit die Beschwerdeführer diesbezüglich anführen, sie würden inzwischen seit mehreren Jahren vorbildlich für die Kinder sorgen, so machen sie - abgesehen davon, dass es um ein registerrechtliches Verfahren geht - einen erst während des Rechtsmittelverfahrens eingetretenen Sachverhalt geltend und nimmt das Bundesgericht keine eigene Sachverhaltsermittlung vor (vgl. dazu E. 3.4).
Damit ist keine Stellungnahme oder Wertung verbunden, ob sich die Beschwerdeführer des vorliegenden Einzelfalles gut um ihre Wunschkinder kümmern; dies wird wie gesagt das Thema eines Adoptionsverfahrens sein. Kernaussage mit Blick auf die schweizweit

einheitliche Handhabung im Zusammenhang mit der Anerkennung von Kindesverhältnissen in ähnlich gelagerten Konstellationen ist vielmehr, dass eine Gefährdung des Kindeswohles drohen kann, wenn ein mit Hilfe einer ausländischen Rechtsordnung ohne Abklärung der Verhältnisse und Eignungsprüfung hergestelltes Kindesverhältnis, welches nicht auf einem genetischen oder biologischen Bezug basiert, in der Schweiz automatisch anzuerkennen wäre. Zwar stünden bei akuter Gefährdung des Kindeswohls Kindesschutzmassnahmen zur Verfügung. Indes müssen Missstände auch tatsächlich wahrgenommen werden, damit behördliches Einschreiten erfolgen kann. Sodann werden Kindesschutzmassnahmen kaum zu Gebote stehen, wenn das Kindesverhältnis zwar offensichtlich nicht im Interesse des Kindes liegt, aber keine akute Gefährdung gegeben ist, wie dies etwa der Fall wäre, wenn sich betagte Wunscheltern mit Hilfe einer ausländischen Rechtsordnung ein Kind verschaffen. Zu diesen spezialpräventiven Überlegungen gesellen sich wie gesagt auch generalpräventive. Der Schutz des Kindes davor, zur Ware degradiert zu werden, die man bei Dritten bestellen kann, aber auch der Schutz der Leihmutter vor der Kommerzialisierung ihres Körpers wären bedeutungslos, wenn die Rechtsumgehung der Wunscheltern nachträglich gültig erklärt würde. Die Verneinung der Ordre public-Widrigkeit in einer Situation wie der vorliegenden würde die rechtsanwendenden Behörden zwingen, das durch Rechtsumgehung erreichte Kindesverhältnis zum nicht genetisch verwandten Kind als fait accompli zu akzeptieren, womit der Fortpflanzungstourismus gefördert würde und das inländische Leihmutterschaftsverbot weitgehend wirkungslos wäre (vgl. FABRE-MAGNAN, a.a.O., S. 226).

7. Zu prüfen ist abschliessend, ob und inwieweit aus der Bundesverfassung, der EMRK und der KRK fliessende Rechtspositionen den aus der Rechtsumgehung abgeleiteten Ordre public-Verstoss zurückzudrängen vermögen bzw. die Anerkennung der Kindesverhältnisse gebieten.

7.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in den am 26. Juni 2014 gefällten Urteilen Nr. 65192/11 Mennesson gegen Frankreich und Nr. 65941/11 Labassée gegen Frankreich zur Anerkennung von im Ausland durch Leihmutterschaft hergestellten Kindesverhältnissen Stellung genommen. In beiden Fällen ging es um Kinder, welche in den USA von einer Leihmutter zur Welt gebracht wurden und bei denen in Frankreich die Anerkennung des im

Ausland begründeten Kindesverhältnisses, aber auch die Anerkennung der Vaterschaft oder die Herstellung eines Kindesverhältnisses auf dem Wege der Adoption verweigert wurde, obwohl jeweils der Ehemann des französischen Wunschelternpaares der genetische Vater war. Die Kinder waren in beiden Fällen zwischenzeitlich rund 13- bzw. 14-jährig, so dass längst eine feste sozialpsychische Beziehung, aber nach wie vor kein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis bestand, weil Frankreich auch die Anerkennung durch den Vater sowie die Adoption nicht zuliess. Der EGMR entschied, dass die aus Art. 8 EMRK fliessenden Rechte der Eltern nicht verletzt seien, weil sie ja faktisch ein Familienleben mit den bei ihnen lebenden Kindern hätten (Urteile Mennesson, §§ 87 ff. bzw. Labassée, §§ 66 ff.). Indes ging der Gerichtshof von einer Verletzung der Rechte der Kinder aus, welche ebenfalls als Beschwerdeführer auftraten. Es wurde als unhaltbar erachtet, dass diese kein rechtliches Kindesverhältnis zum genetischen Vater herstellen konnten (Urteile Mennesson, § 100 bzw. Labassée, § 79). Sie würden sich in Bezug auf den Erwerb der französischen Staatsbürgerschaft in Unsicherheit befinden, obwohl ihr genetischer Vater französischer Staatsbürger sei, weil sie nach französischem Recht kein Kindesverhältnis und mithin auch keine gesetzliche Erbberechtigung im Verhältnis zu ihrem genetischen Vater haben könnten; diese tatsächliche Situation sei insofern mit dem Kindeswohl unvereinbar, als der Vater der genetische Erzeuger sei und weder eine Vaterschaftsanerkennung noch eine Adoption möglich sei (Urteile Mennesson, §§ 96 ff. bzw. Labassée, §§ 75 ff.). Für den EGMR war somit entscheidend, dass aus der Perspektive der Kinder - welche im vorliegenden Verfahren nicht Beschwerdeführer sind (vgl. dazu E. 6.7) - eine Verletzung von Art.

8 EMRK gegeben ist, wenn sie trotz langjährig gelebtem Verhältnis zum genetisch verwandten Elternteil (in beiden Fällen der Vater) kein rechtliches Kindesverhältnis herstellen können, weder durch Anerkennung des im Ausland begründeten Rechtsverhältnisses noch durch Adoption oder Anerkennung der Vaterschaft im Anerkennungsstaat. Hingegen hat der EGMR in Bezug auf den nicht genetisch verwandten Elternteil, welcher in jenen Verfahren ebenfalls Verfahrenspartei war (in beiden Fällen die Wunschmutter), auch aus der Perspektive des Kindes keine Verletzung von Art. 8 EMRK gesehen, wenn der Anerkennungsstaat ein rechtliches Kindesverhältnis nicht zulässt.

BGE 141 III 328 S. 349

7.2 Sodann hat der EGMR mit Urteil Nr. 25358/12 Paradiso und Campanelli gegen Italien vom 27. Januar 2015 im Zusammenhang mit vermeintlichen Eltern, die aber zufolge eines Fehlers in der Klinik keinen genetischen Bezug zum Kind hatten, festgehalten, dass die mit dem Ordre public begründete Verweigerung der Anerkennung des durch Leihmutterschaft hergestellten Kindesverhältnisses keine décision déraisonnable sei (Urteil Paradiso, § 77). Einzig in der sofortigen Wegnahme und Fremdplatzierung des Kindes hat der Gerichtshof eine Verletzung des Familienlebens erblickt (Urteil Paradiso, §§ 80 ff.), ohne jedoch eine Pflicht zur Rückgabe des Kindes auszusprechen (Urteil Paradiso, §§ 80 ff., 88). Aus § 77 des Urteils Paradiso ergibt sich unmittelbar, dass eine mit dem Ordre public begründete Verweigerung der Anerkennung eines durch Leihmutterschaft hergestellten Kindesverhältnisses zu Elternteilen ohne genetischen Bezug vor Art. 8 EMRK standhält (vgl. auch FULCHIRON/BIDAUD-GARON, A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue critique de droit international privé 2015 S. 6, 20 f.; kritisch MARGUÉNAUD, Revue trimestrielle de droit civil [RTDCiv.]2014 S. 839). Einzig in der sofortigen Wegnahme des Kindes im Anerkennungsstaat würde eine Konventionsverletzung liegen, weil auch das faktische Familienverhältnis von Art. 8 EMRK geschützt ist (Urteil Paradiso und Campanelli, §§ 69, 80; vgl. bereits BGE 135 I 143 E. 3.2 S. 149). Ausgehend von den drei Entscheidungen des EGMR ist vorliegend keine Konventionsverletzung gegeben. Weder besteht ein genetischer Bezug zwischen den Kindern und einem Elternteil, noch wurde eine sofortige Wegnahme verfügt. Im Übrigen besteht mit der Adoption eine Möglichkeit, in der Schweiz rechtliche Kindesverhältnisse herzustellen.

7.3 Die von den Beschwerdeführern als verletzt gerügten Art. 13 und 14 BV verschaffen keine weitergehenden als die von Art. 8 EMRK garantierten Rechte. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern die staatlichen Organe mit der angesichts der konkreten Situation verweigerten Transkribierung willkürlich gehandelt und damit gegen Art. 9 BV verstossen hätten. Ferner stösst die Kritik der Beschwerdeführer, es würden ihnen in Verletzung von Art. 311 ZGB Elternrechte entzogen, ins Leere, denn

BGE 141 III 328 S. 350

mangels Anerkennung der kalifornischen Geburtsurkunden und Eintragung im schweizerischen Personenstandsregister gelten die Beschwerdeführer in der Schweiz nicht als die rechtlichen Eltern der Kinder.

7.4 Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer sind schliesslich keine aus der KRK fliessenden Ansprüche und Rechte der Kinder verletzt, auf welche sich ohnehin nur diese selbst berufen könnten (vgl. E. 6.7). Zunächst bedeutet es keine Diskriminierung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 KRK, wenn die nicht auf genetischer Verwandtschaft beruhenden Kindesverhältnisse infolge der Umgehung des Leihmutterschaftsverbotes nicht transkribiert werden. Die spezifischen Pflichten der Vertragsstaaten im Zusammenhang mit dem Personenstand ergeben sich sodann aus Art. 7 KRK, welcher vorliegend nicht verletzt ist. Beide Kinder wurden

unverzüglich nach ihrer Geburt in ein Register eingetragen, nämlich in Kalifornien, und sie erhielten auch ab Geburt eine Staatsbürgerschaft. Aus Art. 7 KRK ergibt sich keine Verpflichtung, dass andere Staaten das auf der erwähnten Registrierung basierende Kindesverhältnis vorbehaltlos und insbesondere auch bei einem Widerspruch mit dem eigenen Ordre public anerkennen. Was sodann das in Art. 7 Abs. 1 KRK angesprochene Recht der Kinder anbelangt, soweit möglich die Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden, so steht dessen Umsetzung in der Verantwortung des Geburtsstaates, welcher vorliegend aufgrund seiner Rechtsprechung zulässt, dass die genetischen Eltern anonym bleiben und diese sowie auch die biologische (gebärende) Mutter und deren Ehemann rechtsgültig auf sämtliche Elternrechte verzichten können. Insofern könnten die Beschwerdeführer mit den Kindern in jenem Land leben, mit dessen Hilfe sie die Kindesverhältnisse hergestellt haben und in welchem sie als rechtliche Eltern gelten. Die der vorliegenden Entscheidung zugrunde liegende Problematik rührt daher, dass die Beschwerdeführer die biologischen Vorgänge in ein anderes Land verlagert haben, jedoch nicht bereit sind, ihr Familienleben dort zu führen. Was schliesslich das gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK in allen Verfahren vorrangig zu beachtende Kindeswohl anbelangt, so wird dieses im Rahmen des nunmehr folgenden Adoptionsverfahrens zu beachten sein. Es ist im Übrigen im Interesse der Kinder, dass in diesem Verfahren insbesondere die zu ihrem Wohl aufgestellten Schutznormen

zum Tragen kommen und auch die Eignung der zukünftigen rechtlichen Eltern geprüft wird.

7.5 Die jüngsten Empfehlungen des UNO-Kinderrechtsausschusses führen zu keinem anderen Ergebnis. Der Ausschuss hat der Schweiz empfohlen, sicherzustellen, dass das Leihmutterschaftskind während der Zeit zwischen seiner Ankunft in der Schweiz und der formellen Adoption nicht staatenlos ist und keine Diskriminierung (Art. 2 KRK) zu gewärtigen hat (Committee on the Rights of the Child, Concluding Observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland, CRC/C/CHE/CO/2-4, vom 4. Februar 2015, Ziff. 46 und 47). Dies ist gemäss den vorstehenden und nachfolgenden Ausführungen garantiert.

7.6 Insgesamt ergibt sich, dass der statusrechtliche Zustand für die Kinder momentan nicht abschliessend geregelt ist und ein hinkendes Rechtsverhältnis besteht. Die Rechtsunsicherheit kann jedoch durch ein inländisches Adoptionsverfahren beseitigt werden und die im Rahmen dieses Verfahrens zu tätigenden Abklärungen sind im Interesse der Kinder. Im Übrigen ist ihr Aufenthalt in der Schweiz bis zum Zeitpunkt, in welchem sie durch Adoption rechtliche Eltern in der Schweiz haben werden, nicht gefährdet. Es wurde ihnen auch von Anfang an ein Vormund bestellt, welcher sie rechtlich vertritt und für die nötigen rechtlichen Schritte sowie allgemein für ihren Schutz besorgt ist. Vor diesem Hintergrund vermag die Tatsache, dass vorübergehend in der Schweiz kein rechtliches Kindesverhältnis besteht, den gemäss den Ausführungen in E. 6 gebotenen Einsatz des Ordre public-Vorbehaltes nicht zurückzudrängen (siehe E. 7 Ingress).

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anerkennung eines in offensichtlicher Umgehung der schweizerischen Gesetzgebung im Ausland mit Hilfe von Leihmutterschaft originär durch Geburt begründeten Kindesverhältnisses ohne genetische Verwandtschaft zwischen Kind und Elternteilen offensichtlich dem schweizerischen Ordre public im Sinn von Art. 27 Abs. 1 IPRG widerspricht und demnach die Eintragung im schweizerischen Personenstandsregister im Sinn von Art. 32 Abs. 2 IPRG zu verweigern ist.
Wie bei einer divergierenden Situation (z.B. bei Zuzug von Eltern, die Wohnsitz in einem Staat hatten, welcher die Leihmutterschaft zulässt) oder wie bei einer vergleichbaren Situation, aber zukünftig anderen schweizerischen Gesetzeslage zu entscheiden wäre, ist nicht im Rahmen des vorliegenden Entscheides zu diskutieren.