

Art. 85 IPRG, Art. 5 HKsÜ, Zuständigkeit. Keine Zuständigkeit (mehr) für Kindesschutzmassnahmen, wenn das von einer Leihmutter geborene Kind dauernd aus der Schweiz ins Ausland gebracht wird - E. 3.3 und 3.4. Art. Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 FMedG, Leihmutterschaft. Aktuelle Probleme bei einer Leihmutter-Geburt im Ausland - E 3.5.

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Am 27. Februar 2013 kam in ... (Ohio/USA) der kleine Moritz¹ zur Welt. Die Frau, die ihn gebar, ist allerdings nicht seine genetische Mutter. Moritz' biologischer Vater ist Lukas Stein, seine biologische Mutter ist eine in diesem Verfahren unbekannte Frau, deren Ei mit Lukas Steins Spermia befruchtet und dann der *gestational carrier* (auf deutsch: Leihmutter) implantiert wurde. Bereits am 26. Dezember 2012 hatte die unter anderem für Jugend-Sachen zuständige Abteilung des *court of common pleas* der Gallia county (Ohio) entschieden, da die Ei-Spenderin, die schwangere Frau und deren Ehemann entsprechende Erklärungen abgegeben hätten, seien ihre allfälligen Rechte in Bezug auf das werdende Kind nicht existent (*non-existent*) und würden daher durch das Gericht beendet (*hence terminated by the Court*). Auf Begehren von Lukas und Rita Stein und gestützt auf den dem Gericht vorgelegten Leihmuttervertrag hatte das Gericht erkannt, das F. Medical Center, wo die Geburt des Kindes vorgesehen war, und das zuständige Zivilstandsamt sollten die Eheleute Stein im Geburtsschein als Vater und Mutter des Kindes registrieren. Die Letzteren sollten die ausschliessliche Sorge für das Kind haben und alle medizinischen Entscheidungen treffen.. So geschah es. Das *Ohio Department of Health, vital statistics*, bescheinigte die Lebendgeburt von Moritz Peter am 27. Februar 2013 um 14.55 Uhr im F. medical center, als Kind von Rita und Lukas Stein. Gestützt darauf stellte die schweizerische Vertretung in Chicago am 4. April 2013 einen Geburtsschein für Moritz aus, der als Eltern die Eheleute Stein nennt .

Nach dem in den Vereinigten Staaten geltenden so genannten *ius soli* ist Moritz Bürger der USA; er hat einen entsprechenden Pass. Die schweizerische Vertretung in Chicago sandte den erwähnten Geburtsschein dem Bundesamt für

¹ alle Namen und Orte sind verändert

Justiz, dieses stellte ihn in Anwendung von Art. 22 IPRG und Art. 271 Abs. 1 ZGB der Zivilstandsbehörde für Seldwyla/ZG als dem Heimatort der Eheleute Stein zu. Der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst der Direktion des Innern des Kantons Zug nahm allerdings die Eintragung Moritz' als Bürger von Seldwyla nicht vor, sondern setzte den Eheleuten Stein Frist zur Stellungnahme, ob es sich um eine Leihmutter-Geburt handle. Das Verfahren ist offenbar pendent. Parallel wandten sich die Zuger Behörden mit einem als "Gefährdungsmeldung" überschriebenen Brief an die für die Wohnsitzgemeinde der Eheleute Stein, Bergdorf/ZH, zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B.

1.2 Die Eheleute teilten den Zuger Behörden mit, dass Moritz von einer Leihmutter ausgetragen und geboren worden sei. Die Behörde ersuchte sie daraufhin, ein rechtskräftiges Gerichtsurteil über ihre Elternschaft einzureichen, sowie eine mindestens sechs Wochen nach der Geburt abgegebene Bestätigung der "gebärenden Mutter", dass sie auf ihre Rechte als Mutter verzichte. Aus den Akten ergibt sich nicht, dass diese Auflage erfüllt worden wäre. Parallel dazu wurden die Gemeinde Bergdorf und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde B. aktiv und suchten abzuklären, ob Moritz bei den Eheleuten Stein gefährdet sei - die Letzteren verbateten sich allerdings solche Abklärungen und auch Besuche bei sich zu Hause. Sie wiesen darauf hin, dass sie keine Kinder bekommen könnten und daher in Ohio einen nach jenem Recht gültigen Leihmutter-Vertrag abgeschlossen hätten, wobei die Leihmutter ihren Beitrag aus religiösen Motiven (in Anlehnung an Gen 16, 1 - 15) und ohne finanziellen Vorteil erbracht habe.

Am 24. Juli 2013 beschloss die Kindes- und Erwachsenenbehörde, für Moritz eine Vormundschaft im Sinne der Art. 327 a-c ZGB zu errichten und ernannte Diana Hell vom Kindes- und Jugendhilfezentrum B. zur Vormundin; damit diese sofort tätig werden könne, wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen. Parallel leitete die Behörde Abklärungen ein für das Erteilen einer Pflegeplatzbewilligung, und das kantonale Amt für Jugend und Berufsberatung forderte die Eheleute Stein auf, die erforderlichen Unterlagen für eine "vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines Kindes aus dem Ausland zweck Adoption" einzureichen. Dem kamen die Angesprochenen nicht nach. Am 29. August

2013 schaltete sich das Migrationsamt ein und wies die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde darauf hin, dass alle den US-Bürger Moritz betreffenden Massnahmen der Ausländerbehörde zu melden seien. Die beim KJZ B. "fallführende Fachperson" - was das ist, entzieht sich der Kenntnis des Obergerichts, es scheint jedenfalls nicht die eingesetzte Vormundin zu sein - hielt am 6. September 2013 fest, dass Lukas Stein aufgrund einer DNA-Analyse Moritz' leiblicher Vater sei. Er und seine Frau könnten keine Kinder bekommen und hätten sich daher für die Leihmutterchaft entschieden (was die Behörden auch bezüglich des älteren Sohnes des Paares vermuten). Im Leihmuttervertrag sei vereinbart worden, dass der Name der *gestational carrier* nicht bekannt gegeben werde. Die Eheleute Stein verstünden sich als die Eltern Moritz', der sich gut entwickle und in der Familie und im Freundeskreis der Familie Stein fest integriert sei, unter anderem mit Patenschaften einer Freundin und Nachbarin resp. eines Bruders von Lukas Stein, und mit Betreuungsaufgaben der Grosseltern. Die "fallführende Fachperson" empfahl, die vorgesehene Pflegeplatzbewilligung ohne Weiteres zu erteilen. Die Eheleute unterzeichneten allerdings den entsprechenden Antrag nicht.

2.1 Die Eheleute Stein forchten die Errichtung der Vormundschaft beim Bezirksrat an. Dieser holte eine Vernehmlassung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein (welche mit sechs eng beschriebenen Seiten dreimal so lang ausfiel wie der angefochtene Entscheid) und eine Stellungnahme der Eheleute Stein dazu. Er nahm ferner den Bericht der Vormundin per 31. Oktober 2013 zu seinen Akten, dass es Moritz in der Familie Stein nach Auskunft der Kinderärztin sehr gut gehe und er von den Eheleuten Stein fürsorglich betreut werde. Per Ende Jahr sei die Auswanderung der ganzen Familie nach den USA geplant, und die Vormundin ersuchte um Mitteilung, was sie in diesem Fall noch für Pflichten zu erfüllen habe. Mangels Kooperation mit den Eheleuten Stein habe sie bisher kein Inventar erstellen und auch sonst keine Tätigkeit aufnehmen können.

Am 11. Dezember 2013 wies der Bezirksrat die Beschwerde gegen die Errichtung der Vormundschaft ab. Auf die Begründung ist so weit erforderlich zurückzukommen.

2.2 Das Urteil des Bezirksrates wurde noch am 11. Dezember 2013 spediert. Die am Montag, 13. Januar 2014 zur Post gegebene Beschwerde ist daher auf jeden Fall rechtzeitig. Die Eheleute Stein beantragen, die Vormundschaft aufzuheben und keine Kindesschutzmassnahme anzuordnen, sowie die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs festzustellen.

Über die aufschiebende Wirkung entschied die Kammer mit Beschluss vom 24. Januar 2014; unter Hinweis auf die verfahrensrechtliche Situation und die laut Beschwerde bereits erfolgte Auswanderung der Familie wurde der Antrag abgewiesen.

Die Vormundin berichtete auf Anfrage des Gerichts, dass sie der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde neustens unter anderem den Antrag gestellt habe, die Vormundschaft aufzuheben; auf entsprechenden Wunsch lieferte sie den Bericht als Ganzes nach.

Die Akten sind nach wie vor unvollständig. So wird zwar erwähnt, Rita Stein könne keine eigenen Kinder haben, doch ist das ein Bericht aus zweiter oder dritter Hand - die entsprechende Äusserung der Ärztin lässt sich nicht verifizieren. Auch der Bericht der Vormundin an die Kindes- und Erwachsenenbehörde vom 4. Februar 2014 gelangte nicht direkt ans Obergericht, wo die Akten der Behörde zur Zeit liegen. Es wird sich zeigen, dass Weiterungen nicht erforderlich sind. In künftigen Fällen wäre aber mehr Wert auf Vollständigkeit der Akten zu legen und wären die Rechtsmittelinstanzen (denen das Dossier der ersten Instanz als Grundlage dient) mit wesentlichem Neuem unaufgefordert zu bedienen.

3.1 Die Kindes- und Erwachsenenbehörde tat sich schwer mit der Legitimation Moritz' resp. dessen Vertretung durch die Eheleute Stein, und der Bezirksrat fand es "abwegig", dass diese als Vertreter des Kindes auftraten. Nach der formalen Logik war diese Auffassung nicht falsch; wegen des Entzuges der aufschiebenden Wirkung lag die Vertretungsmacht grundsätzlich allein bei der Vormundin. Im Bereich von Verfahren um die Handlungsfähigkeit hat die Praxis allerdings bisher dogmatische Bedenken überwunden und etwa die Bevollmächtigung eines Anwaltes durch den Interdizenden auch dann als gültig angesehen,

wenn die Urteilsunfähigkeit aktenkundig war. Man konnte das mit der Schwere des Eingriffs begründen, mit dem Bedürfnis nach Rechtsschutz in einer höchst persönlichen Angelegenheit, oder prozessual in Analogie zu den so genannten doppelt relevanten Tatsachen. Mit der Revision des ZGB haben diese Überlegungen nicht an Bedeutung eingebüsst. Es wäre von da her sicher auch zulässig gewesen, die Vertretung Moritz' durch seine auch nach schweizerischer Auffassung mindestens faktischen und nach amerikanischem Recht auch rechtlichen Eltern für dieses Verfahren zu anerkennen. Vor Obergericht ist die Frage kein Thema mehr:

Die Legitimation der nun alleine auftretenden Eheleute Stein zur Beschwerde ist zweifelsfrei, und zwar nach allen drei der in Art. 450 Abs. 2 ZGB genannten Kriterien: Beteiligung am Verfahren der Vorinstanz, dem Interdizenden nahe Stehende, aus eigenem Recht Interessierte.

3.2 Die Beschwerde verlangt das Feststellen einer Gehörsverletzung aus zwei Gründen: es sei ihnen vor der Anhörung am 22. Juli 2013 nicht im Voraus bekannt gegeben worden, dass eine Vormundschaft in Frage stehe, und sie hätten sich daher nicht angemessen vorbereiten können. Zudem habe der Bezirksrat in seinem Urteil nicht alle ihre Rügen behandelt.

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist ein Verfahrensmangel und kann zur Aufhebung eines Entscheides führen. Er kann allerdings geheilt werden, wenn er nicht besonders schwer wiegt, und wenn die Rechtsmittelinstanz die Sache frei und unter Einbezug der dem Rechtsmittelkläger in erster Instanz nicht möglichen Vorbringen entscheiden kann. Unbekannt ist dem schweizerischen Recht ein Anspruch auf Feststellung der Gehörsverletzung. Namentlich verschafft diese der Partei keinen Anspruch auf Genugtuung, welche in einer ausdrücklichen Feststellung allenfalls liegen könnte. Schon aus diesem Grund ist der Antrag abzuweisen. Hinzu kommt Folgendes:

Die Anforderungen an die Begründung eines Entscheides dürfen nicht überdehnt werden. Namentlich muss sich eine Entscheidbegründung nicht mit sämtlichen Ausführungen der Parteien befassen, und sie darf auch stillschweigend über

etwas hinweg gehen, das sie als unwesentlich ansieht. Der Bezirksrat hat sich mit den ihm vorgelegten Problemen ausführlich und sorgfältig befasst. Wenn er der Auffassung war, dass eine Vormundschaft zwingend anzuordnen sei, konnte er darauf verzichten, die Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit ausdrücklich abzuhandeln.

Als die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde am 22. Juli 2013 die Eheleute Stein anhörte, lag deren Vollmacht für Rechtsanwältin Hodel bereits im Dossier. Die Angehörten hatten schon durch die Mitteilung an ihre Anwältin Kenntnis von der Rechtsauffassung der Zuger Behörden, dass Kindesschutzmassnahmen zu prüfen seien. Sie verlasen lange Texte zur rechtlichen Situation Moritz', die sie zu Hause vorbereitet hatten. Es wurde an der Anhörung ausdrücklich thematisiert, dass eine Vormundschaft für Moritz in Frage stehe, und das auch als vorsorgliche Massnahme. Nur beiläufig kam zur Sprache, ob auch der Sohn Florian von einer Leihmutter geboren worden sei. Wenn dann für *Florian* eine sofort in Kraft gesetzte Vormundschaft errichtet worden wäre, hätte der Vorwurf einer Gehörsverletzung oder der Verletzung von Treu und Glauben im Verfahren erhoben werden können. Mit Bezug auf *Moritz* war das nicht der Fall. Die anwaltlich beratenen Angehörten konnten sich äussern, und das Thema war klar. Wenn sie sich Bedenkzeit ausbedungen hätten, um sich mit ihrer Anwältin noch einmal zu besprechen, hätte die Behörde dem wohl statt geben müssen. Ein solches Begehren ist aber nicht protokolliert und wird nicht behauptet. Die Verfahrensrüge der Gehörsverletzung ist daher auch in diesem Punkt unberechtigt.

3.3 Art. 85 IPRG verweist für die Zuständigkeit im Kindesschutz auf das Haager Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ, SR 0.211.231.011). Die USA sind Vertragsstaat des Übereinkommens. Durch den Verzicht auf jede andere Regelung verlangt das IPRG allerdings die Anwendung der im Abkommen enthaltenen Regeln auch dort, wo der Sachverhalt einen Nicht-Vertragsstaat betrifft (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [ZK PR] Bd. 10/IPRG-Prager, 2. Aufl. 2012, Art. 85 N. 28). Gemäss Art. 5 HKsÜ werden Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens eines Kindes von den Behörden des Staates getroffen, in welchem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; beim Wech-

sel des gewöhnlichen Aufenthaltes in einen anderen Staat geht auch die Zuständigkeit über. Der Begriff der Schutzmassnahmen ist im Lichte des Übereinkommens zu verstehen und nicht danach, was der Terminus im schweizerischen Recht (z.B. in Art. 307 ZGB) bedeutet. Er umfasst namentlich die Regelung der Sorge für das Kind einschliesslich Bestimmung des persönlichen Verkehrs, und Anordnungen zu dem, was in der Schweiz als Vormundschaft/Beistandschaft bezeichnet wird (ZK PR a.a.O. N. 21).

Die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden für Massnahmen des Kindesschutzes war zunächst ohne Weiteres gegeben, da die Eheleute Stein mit Florian und Moritz in Bergdorf Wohnsitz und damit im Sinne des Abkommens ihren "gewöhnlichen Aufenthalt" hatten. Durch den Wegzug der Familie nach Abbott in den USA ist die Zuständigkeit entfallen.

Die Vormundin Moritz' hat der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde den Wohnsitzwechsel mitgeteilt. Es ist ihr ohne Weiteres darin zuzustimmen, dass sie unter diesen Umständen ihre Aufgaben als Vormundin nicht mehr wahrnehmen kann (es wäre denn, im Verfahren der Zuger Behörden wäre eine Verbeiständung Moritz' vonnöten; dafür brauchte es allerdings keine eigentliche Vormundschaft), und ihr Antrag, von diesem Amt entlastet zu werden, ist begründet. Möglicherweise in Anlehnung an Art. 5 Abs. 2 des Abkommens regt sie an, die Behörden am neuen Wohnort in den USA geeignete Kindesschutzmassnahmen prüfen zu lassen und die [laufende] Massnahme in die USA zu übertragen. Das Letztere käme in Frage, wenn es tatsächlich um den Kindesschutz im engeren Sinne ginge, wenn also für das Kind das Leben in der Familie Stein ohne behördliche Überwachung eine Gefahr darstellte. So ist es aber nicht (vgl. auch dazu den Bericht der Vormundin vom 4. Februar 2014). Moritz erhielt einen Vormund, weil nach Auffassung der Behörden die Eheleute Stein nicht für ihn handeln können und jeder Mensch einen Vertreter haben muss, wenn er selber handlungsunfähig ist. Es existieren aber das gerichtliche Urteil und die Bescheinigung, dass die Eheleute Stein (wie) die Eltern Moritz' seien. Dafür, dass der Staat New York (wo sich Abbott befindet) diese in Ohio ausgestellten Dokumente nicht anerkannte, gibt es keine Anhaltspunkte. Eine (weitere) "Gefährdungsmeldung", dieses Mal

nach Abbott, und die Übertragung der Vormundschaft an jenen Ort kommen nicht in Frage. Die Vormundschaft wurde durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sofort in Kraft gesetzt und ist nun in teilweiser Gutheissung der Beschwerde formell aufzuheben. Die administrative Abwicklung obliegt der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

3.4 Die Eheleute Stein beantragen, es sei in jedem Fall über die Rechtmässigkeit der angeordneten Vormundschaft zu entscheiden. Im Fall einer allfälligen Rückkehr in die Schweiz würde sonst wohl wieder eine Kindesschutzmassnahme angeordnet, wenn bis dann das Verfahren der Anerkennung vor den Zuger Behörden noch nicht abgeschlossen sein sollte.

Die Familie Stein hat sich nach den USA abgemeldet, und die Beschwerde lässt argumentieren, durch den Wechsel des Wohnsitzes sei die Zuständigkeit der hiesigen Behörden für Kindesschutzmassnahmen dahingefallen. Das ist richtig. Der Wechsel des Wohnsitzes beruht darauf, dass sich die Eheleute Stein mit der Absicht dauernden Verbleibens in den USA niedergelassen haben, und sie nennen denn auch keine konkreten Rückkehrpläne und sprechen von einer Rückwanderung in unbestimmter "allfällig"-Form. Dann besteht aber auch kein aktuelles und rechtlich geschütztes Interesse an der Beantwortung der insoweit abstrakten Frage, ob eine Leihmutterchaft in der Schweiz anerkannt wird. Auf diesen Antrag ist vielmehr nicht einzutreten.

Immerhin seien einige wenige Bemerkungen zur Sache angefügt:

3.5 Vorerst fragt sich, wie weit die Behörden des Kantons Zürich eine eigene Prüfung der Dokumente aus den USA hätten vornehmen dürfen oder sollen. Jedenfalls im Zivilprozess gilt der Grundsatz, dass Vorfragen und Einreden vom urteilenden Gericht zu beurteilen sind, auch wenn sie für sich allein nicht in dessen Zuständigkeit fallen würden. So muss etwa für die Auslegung von privatrechtlichen Dienstbarkeiten mitunter auf öffentlich-rechtliche Fragen des Strassen- oder des Baurechts eingegangen werden. Aber auch im Verfahren der Behörden kann sich diese Konstellation ergeben: Kommt ein ausländisches Paar in die

Schweiz und entsteht um die Kinder Streit, bestimmt sich die Zuständigkeit für gewisse Anordnungen danach, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Unter diesem Aspekt liesse sich vertreten, die Kinderschutzbehörde selbständig und als Vorfrage über die Anerkennung einer ausländischen Geburtsurkunde entscheiden zu lassen. Klar unzulässig ist die eigene Entscheidung überall dort, wo ein Registereintrag rechtsbegründend ist: beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Eigentum, bei der Entstehung einer Aktiengesellschaft durch den Eintrag im Handelsregister. Der Eintrag im Zivilstandsregister ist nicht konstitutiv: ein Kind ist geboren und damit rechtsfähig, bevor seine Geburt im Register eingetragen ist. Es gibt auch keine Vorschrift, wonach etwa die Rechtskraft eines Vaterschaftsurteils zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinzu des Eintrags im Zivilstandregister bedürfte. Andererseits verwendet das Gesetz mit "Beurkundung des Personenstandes" einen Terminus, der sich vom blossen Registrieren offenbar bewusst abhebt. Die vorfrageweise Prüfung von bestimmten Fragen (welche keine materielle Rechtskraft nach sich zieht) zieht notwendigerweise das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen nach sich. Gerade im Bereich des Personenstandes sind widersprüchliche Entscheidungen besonders unerwünscht. Die Zürcher Behörden haben daher zu Recht keine eigene Entscheidung zur Anerkennung des US-amerikanischen Urteils und des *certificate of birth* vorgenommen, sondern sie sind vielmehr davon ausgegangen, dass die zuständige Zivilstandsbehörde am Heimatort diese Anerkennung einstweilen nicht ausgesprochen hatte.

Die Sache war und ist auch keineswegs so klar, dass das Abwarten des formellen Entscheides der Zuger Instanzen einen blossen sinnlosen Leerlauf bedeutet hätte. Die Leihmutterchaft ist in der Schweiz noch verboten (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV). Offen ist, ob das als Bestandteil des schweizerischen *ordre public* zu betrachten ist [*was die Anerkennung eines ausländischen Entscheides, der dieses Verbot verletzte, unmöglich machte*]. Dass das Verbot Verfassungsrang hat, kann nicht entscheidend sein. Wie sich gerade jüngst zeigte, können auch Verfassungsinhalte lebhaft umstritten und mit Zufallsmehrheiten beschlossen werden. Es sind Bestrebungen verschiedener Gremien und Instanzen im Gang, die einschlägigen Bestimmungen zu revidieren. Der Bundesrat schlägt Änderungen im Bereich der Präimplantationsdiagnostik vor (Botschaft vom 7. Juni

2013), die in der ständerätlichen Kommission zwar kontrovers, aber ernsthaft diskutiert werden (Medienmitteilung vom 3. September 2013). Die eidgenössischen Räte beraten eine parlamentarische Initiative Neyrinck, welche die Ei-Spende erlauben will - die zuständige Kommission des Nationalrates hat den Vorstoss bereits zur Annahme empfohlen. Und der Bundesrat hielt in seiner Antwort auf ein Postulat Fehr am 29. November 2013 fest, die Leihmutterschaft sei eine Realität, nehme zu und sollte international geregelt werden; zudem hat neuestens die nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin die Zulassung der Leihmutter-schaft unter sichernden Auflagen empfohlen (Pressemeldungen vom 13. Februar 2014). Wie in fast allen solchen grundlegenden und auch weltanschaulich gewichtigen Fragen kann man den Inhalt einer mehrheitsfähigen Lösung kaum antizipieren, und es lässt sich nicht eindeutig sagen, welche Bestimmungen des geltenden Rechts zum unverzichtbaren Kerngehalt der nationalen Gesetzgebung zählen (werden), also bei der Anerkennung eines ausländischen Entscheides zwingend erfüllt sein müssen. Daran kann nichts ändern, dass die Eheleute Stein möglicherweise mit keinen Schwierigkeiten für die Anerkennung ihrer Elternschaft bei Moritz rechneten, nachdem die Registrierung des älteren Sohnes Florian seinerzeit offenbar problemlos verlaufen war (Florian wurde mit einiger Wahrscheinlichkeit von einer Leihmutter ausgetragen: er kam in Ohio zur Welt, und Rita Stein soll selber keine Kinder haben können. Das wäre ein Beispiel für die vom Bundesrat erwähnte erhebliche Dunkelziffer von Leihmutter-schaften, welche die Schweiz betreffen).

Mit Recht bezeichnet es der Bundesrat als problematisch, wenn bestimmte fortpflanzungsmedizinische Praktiken in verschiedenen Staaten unterschiedlich geregelt sind, da sich dann ein eigentlicher "Tourismus" entwickeln kann - wie er offenbar im Bereich der Leihmutter-schaft bereits existiert. Und Missbräuchen wie der Ausbeutung von sozial benachteiligten Leihmüttern (in der Presse werden etwa Frauen aus Indien oder der Ukraine genannt) kann möglicherweise mit einer expliziten Regelung besser gewehrt werden als mit einem reinen Verbot. Eine konkrete Regelung wird zahlreiche Aspekte berücksichtigen müssen: einerseits dürfte es Bereiche geben, wo eine Mehrheit Regelungsbedarf sieht - etwa den Schutz der Leihmütter vor Ausbeutung. Wie weit es der Staat regeln soll, ob eine

berufstätige Frau, die an sich Kinder haben könnte, eine Leihmutter engagieren darf, wird wohl bereits kontrovers sein. Im Adoptionsrecht ist sodann geregelt, dass das Kind Anrecht darauf hat, seine biologischen Eltern zu kennen. Wie weit kann oder soll das auf die Leihmutterschaft übertragen werden? Ist "Mutter" die *donor of the ova* oder die *gestational carrier*, oder sind es beide? Und können die Ei-Spenderin und die Frau, die das Kind austrägt und gebiert, schon vor der Geburt gültig auf ihre Rechte verzichten? Um noch eine Analogie zum Adoptionsrecht heranzuziehen, seien Art. 265a und 265b ZGB genannt, wonach die Zustimmung der Eltern zur Adoption nicht vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes gültig abgegeben werden kann - das ist eine Anwendung der grundlegenden und wohl dem *ordre public* zuzurechnenden Bestimmung von Art. 27 ZGB, wonach sich niemand seiner Freiheit in einer die Sittlichkeit verletzenden Weise entäussern kann. Das von den Eheleuten Stein vorgelegte Urteil des amerikanischen Gerichts erging nun gerade *vor* der Geburt Moritz', was die Zustimmung der Ei-Spenderin und der tragenden/gebärenden Frau aus schweizerischer Sicht problematisch macht. Es schwächt auch die Überlegung, das mit der Anerkennung des *certificate of birth* angestrebte Resultat hätte sich durch eine Adoption nach schweizerischem Recht problemlos erreichen lassen. - In dieser sehr schwierigen Situation hat der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Zug pragmatisch und verhältnismässig die Eheleute Stein aufgefordert, das Gerichtsurteil im Original beizubringen und eine Erklärung der "gebärenden Mutter" vorzulegen, dass sie auch mehr als sechs Wochen nach der Geburt mit der Begründung des Elternverhältnisses zu den Eheleuten Stein noch einverstanden sei. Dass diese der Auflage nicht folgen wollten (oder faktisch nicht konnten, weil sie der Leihmutter Anonymität zugesichert haben), änderte an der Zulässigkeit des Vorgehens nichts.

Die Behörden des Kantons Zürich fanden sich also in der Situation, dass ein Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz (→ Art. 5 HKsÜ) keiner elterlichen Sorge unterstand. Die biologische Vaterschaft Lukas Steins war zunächst nicht wissenschaftlich erstellt (mittlerweile befindet sich das Gutachten in den Akten), und er hatte keine Anerkennung (Art. 260 ZGB) erklärt - wobei offen bleiben kann, ob das zulässig ist, wenn noch kein rechtliches Kindesverhältnis zu einer

Mutter besteht. Rita Stein ist anerkanntermassen weder die biologische Mutter Moritz' noch hat sie diesen ausgetragen und geboren. Damit waren die Voraussetzungen von Art. 327a ZGB erfüllt: wenn ein Kind nicht unter elterliche Sorge steht, erhält es einen Vormund. Das Vorgehen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde war also richtig. Es wäre im Rahmen des fast immer bestehenden Ermessens der Behörde wohl auch nicht falsch gewesen, auf eine formelle Vormundschaft auf Zusehen hin zu verzichten und Lukas oder Rita Stein eine Vertretungsbeistandschaft für notwendige medizinische Entscheidungen zu übertragen. In diesem Bereich wären ja gewiss keine Interessenkollisionen zu befürchten gewesen. Das hätte allerdings eine zuverlässige Kooperation der Familie mit der Behörde vorausgesetzt, und das war nach den Akten nicht gegeben.

4. Die faktische Gegenstandslosigkeit der Sache haben die Eheleute Stein mit der Auswanderung selbst herbeigeführt. Verfahrensmängel sind nicht festzustellen, gegenteils wäre die angeordnete Vormundschaft wohl bestätigt worden, wenn die Familie ihren Wohnsitz in Bergdorf beibehalten hätte. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen. Damit entfallen Parteientschädigungen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 21. Februar 2014
Geschäfts-Nr.: PQ140002-O/U