Leihmutterchaft - Globale Rechtsvielfalt und ihre Herausforderungen

Professor Dr. *Nina Dethloff*, LL.M., Attorney at Law (New York), Bonn*

A. Einleitung

Viele Menschen wünschen sich ein Leben mit Kindern. Die modernen Methoden medizinisch assistierter Reproduktion eröffnen Paaren, die auf natürlichem Weg keine Kinder empfangen können, ebenso wie gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit, ein genetisch zumindest mit einem der Wunschelternteile verbundenes Kind zu bekommen. Ist es einer Frau nicht möglich, ein Kind zu gebären, so kann eine andere Frau als Leihmutter eine mit dem Sperma des Partners der Wunschmutter befruchtete Eizelle austragen, um das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu übergeben. Hierbei kann es sich entweder um die Eizelle der Wunschmutter oder die einer Spenderin handeln, falls die Wunschmutter nicht nur gebärunfähig, sondern auch infertil ist. Eigene Eizellen der Leihmutter werden hingegen nur selten verwendet. Auch ein männliches Paar kann mithilfe einer Leihmutter ein genetisch mit einem der Partner verwandtes Kind bekommen.

Angesichts zunehmender Unfruchtbarkeit und der wachsenden Akzeptanz homosexueller Familien haben diese neuen medizinischen Möglichkeiten weltweit zu einer steigenden Zahl von Kindern geführt, die von Leihmüttern geboren wurden. In kaum einem anderen Bereich des Familienrechts ist die Regelungsvielfalt so groß, wie dies hinsichtlich der Leihmutterchaft der Fall ist. Während einige Rechtsordnungen jegliche Form der Leihmutterchaft verbieten, erlauben andere sie unter bestimmten Voraussetzungen. Diametral unterscheiden sich die betreffenden nationalen Familienrechte auch hinsichtlich der Frage, wer die rechtlichen Eltern des von einer Leihmutter geborenen Kindes sind, die Wunscheltern oder aber die Leihmutter als die Geburtsmutter. Angesichts dieser fundamentalen Regelungsunterschiede begeben sich immer mehr heterosexuelle wie homosexuelle Paare ins Ausland, um ihren Kinderwunsch dort zu verwirklichen. Kehren sie nach Deutschland zurück, so stellt sich die Frage, wer die rechtlichen Eltern des von der Leihmutter im Ausland geborenen Kindes sind. Im Jahr 2014 erkannte der BGH in einer grundlegenden Entscheidung die im Ausland durch ein

kalifornisches Gericht begründete rechtliche Elternstellung eines gleichgeschlechtlichen Wunschelternpaars in Deutschland an und verneinte trotz des im Inland geltenden Verbots der Leihmutterchaft einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public*.¹ Jüngst hat der BGH diese Position in einem Beschluss zur Anerkennung einer Gerichtsentscheidung aus Colorado/USA bekräftigt, die im Fall der Leihmutterchaft ebenfalls die rechtliche Elternstellung den Wunscheltern zuweist.² In anderen Fällen einer Geburt im Ausland kann es gleichwohl aus der Sicht deutschen Rechts dabei bleiben, dass rechtliche Mutter die Frau ist, die das Kind geboren hat – mithin also die Leihmutter, die aus der Sicht des ausländischen Rechts nicht die Elternstellung innehat und auch nicht Sorge für das Kind tragen will.

Der folgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die weltweit bestehende Vielfalt der Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Leihmutterchaft wie auch der Elternschaft eines von einer Leihmutter geborenen Kindes (B.). Vor diesem Hintergrund werden sodann eingehend die Fragen erörtert, die sich nach Durchführung einer Leihmutterchaft im Ausland bei der Bestimmung der rechtlichen Elternschaft in Deutschland stellen (C.).³

B. Weltweite Regelungsvielfalt

I. Zulässigkeit der Leihmutterchaft

1. Voraussetzungen

In einer wachsenden Zahl von Ländern existieren Regelungen, die eine Leihmutterchaft oder Leihmutterchaftsvereinbarungen unter recht unterschiedlichen Voraussetzungen zulassen. In Europa sind das Vereinigte Königreich⁴

* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht sowie Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht und des Käte Hamburger Kollegs ‚Recht als Kultur‘ an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Für ihre wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags dankt sie ihren Mitarbeiterinnen Frau *Caroline Tiefenbach* sowie Frau *Katja Weigang*.

1 *BGH*, NJW 2015, 479.

2 *BGH*, NJW-RR 2018, 1473.

3 S. näher zu den rechtsvergleichenden und internationalprivatrechtlichen Fragen der Leihmutterchaft schon meine Beiträge *Dethloff*, Leihmutterchaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Ditzgen/Weller (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterchaft*, 2018, S. 55-67; *dies.*, *Surrogacy in German Law*, in: Boillet/de Luze/Roca i Escoda (Hrsg.), *La gestation pour autrui*, 2018, S. 29-42; *dies.*, JZ 2014, 922-932, auf denen die folgenden Ausführungen beruhen.

4 *Surrogacy Arrangements Act 1985*; *Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008*.

und Griechenland⁵ zu nennen, wo schon seit 1985 bzw. 2005 gesetzliche Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen eine Leihmutterschaft erlauben. Vor kurzem hat auch Portugal ein Gesetz zur Legalisierung der Leihmutterschaft verabschiedet, das der Tribunal Constitucional allerdings hinsichtlich einzelner Aspekte für verfassungswidrig erklärt hat, so dass es insoweit einer Neuregelung bedarf.⁶ Wenngleich nicht gesetzlich geregelt, ist sie unter strengen Voraussetzungen etwa auch in Belgien⁷ und Dänemark⁸ möglich. Verbreiteter ist die Zulassung der Leihmutterschaft außerhalb Europas, so unter anderem in zahlreichen US-Bundesstaaten,⁹ in den kanadischen Provinzen mit Ausnahme von Quebec,¹⁰ in allen Bundesstaaten Australiens¹¹ sowie in Indien,¹² Thailand,¹³ Russland¹⁴ und Südafrika.¹⁵

Die Voraussetzungen, unter denen eine Leihmutterschaft in diesen Ländern zulässig ist, unterscheiden sich erheblich. So lassen viele Länder die Leihmutterschaft lediglich in altruistischer Form zu, bei der die Leihmutter keine Vergütung für ihre Dienste erhält. Vereinzelt wird von einer solchen altruistischen Leihmutterschaft nur dann ausgegangen, wenn eine Nähebeziehung zwischen Wunscheltern und Leihmutter besteht, es sich also um eine Verwandte oder Freundin handelt, so etwa dem seit kurzem

vorliegenden neuesten Gesetzentwurf in Indien zufolge.¹⁶ Zum Teil darf, wie in Griechenland,¹⁷ keinerlei monetäre Kompensation erfolgen. Meist ist aber auch bei einer altruistischen Leihmutterschaft ein Ersatz der Aufwendungen zulässig, insbesondere der Kosten der medizinischen Versorgung und des entgangenen Arbeitseinkommens, wie etwa im Vereinigten Königreich.¹⁸ In anderen Ländern, wie etwa Russland, der Ukraine oder einer Reihe US-amerikanischer Staaten, ist hingegen auch eine kommerzielle Leihmutterschaft erlaubt.¹⁹ Weiter finden sich Beschränkungen auf bestimmte Formen der Leihmutterschaft: Zumeist ist die traditionelle Form, die sogenannte Ersatzmutterschaft, ausgeschlossen, bei der die eigene Eizelle der Leihmutter verwendet wird, und nur das Austragen eines genetisch *fremden* Kindes für andere gestattet. Auch wird oft gefordert, dass das Kind zumindest mit einem der beiden Wunschelternteile *genetisch* verbunden sein muss.

Viele Rechtsordnungen sehen zudem besondere Anforderungen hinsichtlich der Personen der Leihmutter bzw. der Wunscheltern vor. So muss verbreitet die Leihmutter selbst bereits mindestens ein eigenes Kind haben, da dann eher eine komplikationslose Schwangerschaft zu erwarten ist und es unwahrscheinlicher erscheint, dass sie später doch den Wunsch hat, das Neugeborene zu behalten. Auch werden zum Teil Bescheinigungen über den Gesundheitszustand sowie die emotionale Stabilität der Leihmutter gefordert, so in Griechenland,²⁰ oder es ist eine obligatorische psychologische oder auch rechtliche Beratung vorgesehen. Häufiger findet sich zudem das Erfordernis, dass die Leihmutter ledig bzw. geschieden oder dass ihr Partner bzw. ihre Partnerin einverstanden ist.²¹ Auf Seiten der Wunscheltern wird oft verlangt, dass gesundheitliche Gründe die Leihmutterschaft erfordern, es der Wunschmutter also nicht möglich ist, selber ein Kind auszutragen.²² Weiter wird teilweise ein bestimmtes Mindest- oder auch Höchstalter der Wunscheltern vorausgesetzt. Während manche Rechte, wie etwa das russische, die Leihmutterschaft nur verheirateten Paaren erlauben²³ oder zudem die Verschiedengeschlechtlichkeit der Wunscheltern voraussetzen,²⁴ ist in anderen Ländern auch un-

5 Artt. 1458 ff. ZGB, Gesetz Nr. 3089/2002 und Gesetz Nr. 3305/2005; für eine Übersetzung siehe *Kastrissios*, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Griechenland, 2016, S. 70 ff.

6 Art. 8 Lei n. 25/2016 vom 22.8.2016; dazu *de Oliveira*, FamRZ 2016, 1550 ff.; zur Entscheidung des Tribunal Constitucional *de Oliveira*, FamRZ 2018, 1399 (1400 f.).

7 S. die Stellungnahme des Comité Consultatif de Bioéthique, Avis Nr. 30 vom 5.7.2004, <https://www.health.belgium.be/de/gutachten-nr-30-leihmutterschaft#anchor-28798>, Abruf v. 30.1.2019; dazu auch *Verschelden/Pluym*, in: Schamps/Sosson (Hrsg.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, 2013, S. 195 ff.

8 § 33 Adoptionsgesetz vom 7.6.1972, für eine Übersetzung s. *Giesen*, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Dänemark, 2016, S. 110; s. dazu *Twine*, *Outsourcing the Womb*, 2. Aufl. 2015, S. 72 f.

9 Für einen aktuellen Überblick s. *Finkelstein/Mac Dougall/Kintomina/Olsen*, Columbia Law School, Sexuality & Gender Law Clinic, 2016, https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf, Abruf v. 30.1.2019.

10 Art. 541 Québec Code Civil, wobei eine anschließende Adoption durch die Wunscheltern nach der Rechtsprechung möglich sein soll, *Québec Court of Appeal*, *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162 v. 10.6.2014.

11 Vgl. etwa den Surrogacy Act 2010 in New South Wales oder den Surrogacy Act 2008 in Western Australia; für gesetzliche Regelungen weiterer Bundesstaaten s. *Thistleton*, in: Rieck (Hrsg.) *Ausländisches Familienrecht*, Australien, 17. EL 2018, Rn. 29.

12 Surrogacy (Regulation) Bill 2016, Bill No. 257 of 2016.

13 Sec. 21 Bill of Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act B.E. 2558 v. 1.5.2015.

14 Art. 51 Abs. 4 S. 2 FamGB, Art. 55 Abs. 10 des Föderalen Gesetzes über die Gesundheitsgewährleistung der Bürger in der Russischen Föderation 2011.

15 Artt. 292 ff. Children's Act 2005.

16 Sec. 4 (iii) (b) (II) Surrogacy (Regulation) Bill 2016, Bill No 257 of 2016.

17 Artt. 1458 f. ZGB, Art. 13 Abs. 4 Gesetz Nr. 3305/2005 (nur Aufwendungsersatz sowie Ersatz von entgangenem Arbeitseinkommen).

18 Sec. 54 (8) HFEA 2008.

19 So etwa für Illinois Sec. 25 (b) (4) Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47).

20 Art. 18 (2) Gesetz Nr. 3305/2005.

21 S. z.B. für das Vereinigte Königreich Sec. 54(6) HFEA 2008; für Israel Art. 2 Abs. 3 lit. a Embryo Carrying Agreement Act 1996, wonach die Leihmutter unverheiratet sein muss.

22 S. Sec. 295 (a) Children's Act 2005 für Südafrika, Sec. 30 des Surrogacy Act 2010 für New South Wales, Australien, sowie Art. 1455 ZGB für Griechenland.

23 Vgl. Art. 51 Abs. 4 S. 2 russ. FamGB.

24 S. z.B. Florida, USA, §§ 742.15, 741.212 Florida Statutes 2011.

verheirateten bzw. gleichgeschlechtlichen Paaren²⁵ oder sogar alleinstehenden Männern und Frauen²⁶ die Inanspruchnahme einer Leihmutter möglich. Schließlich wird teilweise eine gewisse Inlandsbeziehung verlangt, so dass etwa die Wunscheltern Staatsangehörige des betreffenden Staates sein oder dort ihren Wohnsitz haben müssen.

2. Elternschaft der Wunscheltern

Rechtsordnungen, die eine Leihmutterchaft unter bestimmten Voraussetzungen zulassen, sehen vor, dass die Wunscheltern die rechtliche Elternstellung erlangen, soweit die jeweiligen Voraussetzungen eingehalten wurden. Unterschiede bestehen allerdings hinsichtlich der Frage, auf welche Weise und zu welchem Zeitpunkt die Elternstellung der Wunscheltern begründet wird. Auf der einen Seite sind hier Länder zu nennen, in denen diese die Elternstellung erst *nach* der Geburt erlangen, sei es, wie im Vereinigten Königreich, durch eine gerichtliche *parental order*,²⁷ eine Art vereinfachtes Adoptionsverfahren, oder durch bloßen Antrag der Wunscheltern auf Eintragung ins Geburtenregister oder Ausstellung einer Geburtsurkunde.²⁸ Verbreitet sind auf der anderen Seite die Rechtsordnungen, in denen – bei Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Anforderungen – die Wunscheltern und nicht die Geburtsmutter kraft Gesetzes unmittelbar *bei* der Geburt Eltern werden.

Wesentliche Unterschiede bestehen damit hinsichtlich der Frage, ob die Zustimmung der *Leihmutter* noch im Zeitpunkt der Geburt vorliegen muss, sie also das Kind auch dann herausgeben muss, wenn sie es inzwischen behalten möchte, wie auch mit Blick darauf, ob die *Wunscheltern* ihre Meinung ändern können. Denn besteht ihre Elternstellung nicht bereits kraft Gesetzes mit der Geburt, so können sie, etwa bei einer zwischenzeitlichen Trennung des Paares oder auch einer Behinderung des Kindes, von der Übernahme der Elternverantwortung Abstand nehmen. Ferner unterscheiden sich die Regelungen aber auch grundlegend hinsichtlich der Frage, ob die Einhaltung der sehr unterschiedlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Leihmutterchaft in einem Verfahren, sei es vor deren Durchführung, sei es nach der Geburt, überprüft wird oder nicht.

II. Verbot der Leihmutterchaft

1. Verbotsregelungen

Demgegenüber ist die Leihmutterchaft in vielen anderen Ländern vollständig verboten. So sieht das deutsche Recht im Embryonenschutzgesetz die Strafbarkeit von Personen vor, die an der Durchführung einer Leihmutterchaft durch Vornahme einer künstlichen Befruchtung oder eines Embryonentransfers mitwirken.²⁹ Nach dem Adoptionsvermittlungsgesetz machen sich zudem diejenigen strafbar, die eine Leihmutterchaft vermitteln oder dafür werben.³⁰ Leihmutter und Wunscheltern bleiben dagegen straffrei.³¹ In der Folge sind auch Leihmutterchaftsverträge in aller Regel gesetzeswidrig.³² Dies entspricht auch der Rechtslage in der großen Mehrzahl der europäischen Länder, wie zum Beispiel Frankreich oder der Schweiz.³³

2. Mutterchaft der Geburtsmutter und Begründung der Elternschaft durch die Wunscheltern

In den Ländern, die die Leihmutterchaft verbieten, ist die Elternstellung mit der Geburt stets der Geburtsmutter zugeordnet. Rechtliche Mutter eines Kindes ist ausnahmslos die Frau, die das Kind geboren hat, wie dies auch § 1591 BGB vorsieht. Diese Regelung der Mutterchaft wurde im deutschen Recht erst 1998³⁴ ausdrücklich eingeführt, um angesichts der neuen Methoden medizinisch assistierter Reproduktion, wie Eizellspende oder Leihmutterchaft, eine „gespaltene Mutterchaft“ zu verhindern.³⁵ Die Vorschrift ist zwingend und lässt keine Ausnahmen zu, selbst dann nicht, wenn die Wunscheltern die genetischen Eltern des Kindes sind. Es gibt daher auch keine Möglichkeit für die Wunschmutter, deren Eizelle verwendet wurde und die somit die genetische Mutter des Kindes ist, die rechtliche Mutterchaft der das Kind gebärenden Frau anzufechten.³⁶ Selbst wenn es sich um ihr genetisches Kind handelt, kann die Wunschmutter nur mittels einer Adoption die rechtliche Elternstellung mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten wie z.B. Sorgerecht, Unterhaltspflichtung sowie Erbrecht³⁷ erlangen.

25 Z.B. ohne Beschränkung in Südafrika, s. Artt. 292 f. Children's Act 2005.

26 So in einigen Bundesstaaten Australiens: New South Wales, Sec. 25 (1) (b) Surrogacy Act 2010; Queensland, Sec. 21 (6) Surrogacy Act 2010.

27 Sec. 54 (1) (a) HFEA 2008.

28 So in Russland, Art. 51 Abs. 1, 4 FamGB und Art. 16 Abs. 5 des Föderalen Gesetzes über die Personenstandsakte vom 15.11.1997, Übersetzung bei Lorenz, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Russische Föderation, 2017, S. 55, 96.

29 § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG.

30 §§ 13c, d i. V. m. 14b AdVermiG.

31 §§ 1 Abs. 3 Nr. 2, 11 Abs. 2 ESchG, § 14b Abs. 3 AdVermiG.

32 Statt vieler s. *Brudermüller*, in: Palandt, 78. Aufl. 2019, Einf. § 1591 Rn. 22; kritisch zum Verbot der Leihmutterchaft hingegen *Majer*, NJW 2018, 2294 (2296 ff.).

33 In Frankreich, Art. 16-7 Code Civil; Spanien, Art. 10 Abs. 1 Ley 14/2006; Schweiz, Art. 119 Abs. 2 S. 2 lit. d. Bundesverfassung und Artt. 4, 31 FMedG.

34 Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16.12.1997, BGBl. I 1997, S. 2942 ff.

35 BT-Drucksache 13/4899, S. 82.

36 *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 93.

37 *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 51 Rn. 4, § 53 Rn. 4-6.

Die rechtliche Bestimmung der Vaterschaft eines Kindes hängt zumeist vom Familienstand der rechtlichen Mutter ab. Wenn sie verheiratet ist, wird ihr Ehemann in aller Regel automatisch rechtlicher Vater des Kindes, unabhängig von seiner genetischen Beziehung zum Kind.³⁸ So bestimmt das deutsche Recht, dass Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist.³⁹ Dies gilt jedenfalls solange, bis seine rechtliche Vaterschaft erfolgreich mit der Begründung angefochten wurde, er sei nicht der genetische Vater.⁴⁰ Ist dies erfolgt oder aber ist die Leihmutter ledig, so kann der Wunschvater – mit ihrer Zustimmung – die Vaterschaft anerkennen.⁴¹ Im deutschen Recht ist dies unabhängig davon möglich, ob er der leibliche Vater ist oder nicht.⁴² Handelt es sich bei den Wunscheltern um ein gleichgeschlechtliches Paar, so kann einer der Partner das Kind anerkennen. Der andere Partner kann die Elternstellung – wie die Wunschmutter auch – nur durch eine Adoption begründen, soweit dies nach der betreffenden Rechtsordnung zulässig ist.⁴³ In Deutschland steht Eheleuten verschiedenen wie gleichen Geschlechts die Adoption des Stiefkindes wie auch die gemeinschaftliche Adoption offen.⁴⁴

Im Ergebnis bedeutet dies, dass hier die Wunscheltern die rechtliche Elternstellung erst nach der Geburt und nur mit Zustimmung der Leihmutter erlangen können. Einfacher ist der Weg für den Wunschvater, wenn er die Vaterschaft anerkennen kann. Die Wunschmutter ist hingegen – selbst dann, wenn sie die genetische Mutter ist – stets auf die Adoption verwiesen.⁴⁵ Hat die Leihmutter den Wunscheltern das Kind übergeben, fehlt es bis zur Anerkennung bzw.

zum Ausspruch der Adoption – und bis dahin kann längere Zeit vergehen – an jeglicher rechtlicher Absicherung der Beziehung des Kindes zu diesen.⁴⁶

C. Elternschaft eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes

Entscheidet sich ein deutsches Paar für die Durchführung einer Leihmutterschaft in einem Staat, nach dessen Recht die Wunscheltern rechtliche Eltern des Kindes sind, so stellt sich die Frage, wie die Elternstellung aus der Sicht des deutschen Rechts zu beurteilen ist.⁴⁷ Der Klärung bedarf dies oft schon, bevor die Wunscheltern nach der Geburt mit dem Kind nach Deutschland zurückkehren, so etwa bei Beantragung eines deutschen Reisepasses. Denn dessen Erteilung setzt voraus, dass das Kind rechtlich zumindest von einem deutschen Wunschelternteil abstammt.⁴⁸ Die Abstammung kann aber auch erst später, etwa im Rahmen eines Sorgerechtsstreits, als Vorfrage relevant werden.

Wie eine nach ausländischem Recht bestehende rechtliche Elternstellung der Wunschmutter bzw. der Wunscheltern im Inland zu beurteilen ist, hängt zunächst davon ab, ob die Elternstellung durch gerichtliches Urteil begründet worden ist oder kraft Gesetzes besteht. Eine ausländische Gerichtsentscheidung ist nach § 108 FamFG anzuerkennen, ohne dass zu prüfen ist, ob das ausländische Gericht das aus deutscher Sicht maßgebliche Recht angewendet hat (1.). Beruht die Elternstellung der Wunscheltern dagegen nach ausländischem Recht nicht auf einer Entscheidung, so ist das auf die Abstammung anwendbare Recht zu bestimmen (2.).

I. Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nach § 108 FamFG

Hat ein ausländisches Gericht die Elternstellung der Wunscheltern durch Urteil begründet oder deren Bestehen festgestellt, so ist diese Entscheidung vorbehaltlich der in § 109 Abs. 1 FamFG normierten Versagungsgründe im Inland anzuerkennen. Von Bedeutung ist hier vor allem, ob die Anerkennung der Entscheidung zu einem Ergebnis führt, das offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere den Grundrechten, unvereinbar ist (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG).

Im Jahr 2014 hat der Bundesgerichtshof in einer richtungsweisenden Entscheidung einen Verstoß gegen den ordnungsgemäßen Ablauf festgestellt.

38 Vgl. §§ 1592 Nr. 1, 1599 BGB; s. zur verbreiteten Geltung des Grundsatzes *pater est quem nuptiae demonstrant* den rechtsvergleichenden Überblick bei Schwenzler, in: Schwenzler (Hrsg.), *Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, 2007, S. 5.

39 § 1592 Nr. 1 BGB.

40 § 1599 Abs. 1 i. V. m § 1592 Nr. 1 BGB.

41 Die Zustimmung des Kindes bzw. subsidiär die der Mutter ist erforderlich in Belgien, Art. 319, 329 bis, §§ 1f CC; in Deutschland ist umgekehrt die Zustimmung der Mutter bzw. subsidiär die des Kindes notwendig, § 1595 BGB; weder einer Zustimmung des Kindes noch der der Mutter bedarf es hingegen in der Schweiz, Art. 260 I ZGB (allerdings haben Kind und Mutter das Recht, die Vaterschaftsanerkennung anzufechten, Art. 260a I ZGB).

42 S. *BGH*, NJW 2015, 479, Rn. 31; die biologische Abstammung des Vaters ist ebenso in den meisten anderen Rechtsordnungen nicht erforderlich, vgl. Schwenzler *et al.*, in: Schwenzler (Hrsg.), *Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, 2007, S. 8 ff.

43 Rechtsvergleichend zur Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare in Europa s. *Dethloff*, Familienrecht, § 15, Rn. 84 f.; in aller Regel ist in den Ländern, in denen die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet wurde, auch die gemeinschaftliche Adoption zulässig, in einigen Ländern ist die Adoption darüber hinaus auch für gleichgeschlechtliche faktische Lebensgemeinschaften möglich, so etwa in England und Spanien.

44 § 1741 Abs. 2 S. 2, 3 i. V. m. § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB; mit der Adoption durch die Eheleute erlischt die Verwandtschaft des Kindes zur Leihmutter, § 1755 Abs. 1 BGB.

45 Zu dieser sachwidrigen Differenzierung *Mayer*, IPRax 2014, 57 ff.

46 Kritisch zur sog. Adoptionslösung auch *BGH*, NJW 2015, 479, Rn. 58 ff.

47 Aus der Sicht anderer Rechtsordnungen: für die Schweiz, s. *Büchler* FamPra.ch 2013, 33 ff.; für Belgien *Verhellen* NIPR 2011, 657 ff.; allgemein zur Leihmutterschaft im Kollisionsrecht *Gruenbaum* 60 Am. J. Comp. L., 475, 480 ff. (2012); *Willems/Sosson*, in: *Schamps/Sosson* (Hrsg.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement*, 2013, S. 317 ff.

48 §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 S. 1 StAG.

public verneint. Der Fall betraf die Anerkennung des Urteils eines kalifornischen Gerichts, das zwei deutsche homosexuelle Männer in eingetragener Lebenspartnerschaft zu rechtlichen Eltern des von einer Leihmutter in Kalifornien geborenen Kindes erklärte.⁴⁹ Der Bundesgerichtshof entschied, dass die Elternschaft der Wunscheltern nicht gegen die deutsche öffentliche Ordnung verstößt, wenn einer von ihnen – und nicht die Leihmutter – genetisch mit dem Kind verbunden ist und die Leihmutter die Leihmutterschaft freiwillig durchgeführt hat. Diesen Grundsatz hat der Bundesgerichtshof vor kurzem nochmals bestätigt und die Entscheidung eines Gerichts in Colorado anerkannt, das im Falle der Leihmutterschaft die rechtliche Elternstellung den Wunscheltern zuwies.⁵⁰

Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass ungeachtet der mit dem nationalen Verbot bezweckten Verhinderung von Leihmutterschaften die Situation nach einer im Ausland rechtmäßig durchgeführten Leihmutterschaft eine andere sei und nun insbesondere auch das Kind als Rechtsträger in die Betrachtung einzubeziehen sei.⁵¹ Berücksichtigt werden müssten die Grund- und Menschenrechte aller Beteiligten, d.h. der Leihmutter, der Wunscheltern und des Kindes.⁵² Im Mittelpunkt der Argumentation des BGH stehen in der Folge die Grund- und Menschenrechte des Kindes.⁵³ Führe die Versagung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung zu einem hinkenden Verwandtschaftsverhältnis zur Leihmutter, so sei weder dem Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK⁵⁴ noch seinem Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 GG, das auch eine statusrechtliche Zuordnung zu beiden Eltern umfasse, hinreichend Rechnung getragen.⁵⁵ In der Tat wird das Kind im Ausland regelmäßig elternlos sein, da die Leihmutter lediglich aus Sicht des deutschen, nicht aber aus der des ausländischen Rechts, Mutter des Kindes ist. Für die Leihmutter besteht weder die Pflicht, für das Kind zu sorgen und Unterhalt zu leisten, noch wird sie es faktisch tun, so dass das Kind auf staatliche Fürsorge angewiesen ist.⁵⁶ Um den in Frage stehenden Rechten des Kindes gerecht zu werden, berücksichtigt der BGH im Rahmen einer umfassenden Abwägung, dass die Wunscheltern im Gegensatz zur Leihmutter die Elternstellung ein-

nehmen und für das Kind sorgen wollen.⁵⁷ Die Möglichkeit der Adoption stelle keine gleichwertige Alternative zur Feststellung der Elternschaft durch Abstammung dar⁵⁸ – zumal die Wunscheltern, die die Geburt des Kindes veranlassen haben und insoweit hierfür verantwortlich sind, von der Einleitung eines Adoptionsverfahrens absehen könnten.

Näher setzt sich der BGH zudem mit der Frage auseinander, ob Grund- und Menschenrechte der Leihmutter der Anerkennung der Entscheidung entgegenstehen. Eine Verletzung ihrer Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG wird dann verneint, wenn sie sowohl die Leihmutterschaftsvereinbarung freiwillig geschlossen als auch das Kind den Wunscheltern freiwillig übergeben hat. Bei der Bereitschaft der Leihmutter zur Herausgabe des Kindes nach der Geburt sei die Situation mit der einer Adoption vergleichbar.⁵⁹ Die Freiwilligkeit hat der BGH jüngst in seiner zweiten Entscheidung nochmals näher thematisiert.⁶⁰ Das OLG Braunschweig als Vorinstanz hatte die Anerkennung des Urteils aus Colorado verweigert, das bei einer grenzüberschreitenden Leihmutterschaft das verschiedengeschlechtliche Ehepaar bereits vor der Geburt zu Eltern erklärt hatte. Denn die Elternschaft könne nicht Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung sein und der freie Wille der Leihmutter sei aufgrund ihrer fehlenden Anhörung zum Zeitpunkt der Verkündung des Urteils nicht beachtet worden.⁶¹ Dem widerspricht der BGH in seinem Beschluss und stellt fest, Freiwilligkeit setze lediglich voraus, dass die Mitwirkung der Leihmutter und die Herausgabe des Kindes ohne Zwang erfolgten.⁶² Ein etwaiges Entgelt stehe dem ebenfalls nicht entgegen.⁶³

II. Bestimmung des auf die Abstammung anwendbaren Rechts gem. Art. 19 EGBGB

Erfolgte die statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern im Ausland nicht durch eine gerichtliche Entscheidung, sondern kraft Gesetzes, so bestimmt das deutsche Internationale Privatrecht das in diesem grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbare Recht. Nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB richtet sich die Abstammung eines Kindes nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Darüber hinaus kann sie *im Verhältnis zu jedem Elternteil* auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, kann zudem das Ehwirkungsstatut zur Anwendung gelangen.

49 BGH, NJW 2015, 479 ff.; vgl. Anmerkung von Dethloff, JZ 2016, 207 ff.

50 BGH, NJW-RR 2018, 1473.

51 BGH, NJW 2015, 479 (482); näher zu den Grund- und Menschenrechten schon Dethloff, JZ 2014, 922 (927 ff.).

52 BGH, NJW 2015, 479 (482).

53 BGH, NJW 2015, 479 (482).

54 EGMR, Urt. v. 26. 6. 2014, Mennesson/Frankreich (Nr. 65192/11); Urt. v. 26. 6. 2014, Labassee/Frankreich (Nr. 65941/11).

55 So ausdrücklich BGH, NJW 2015, 479 (483 f.).

56 Kritisch daher mit Blick auf das Kindeswohl auch schon Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528 ff.; Henrich, in: Staudinger, 2014, Art. 19 EGBGB, Rn. 58a, 77a; Mayer, IPRax 2014, 57 (60).

57 BGH, NJW 2015, 479 (483 f.); zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und Schutz vor Staatenlosigkeit in diesem Zusammenhang Dethloff, JZ 2014, 922 (928).

58 BGH, NJW 2015, 479 (484).

59 BGH, NJW 2015, 479 (483).

60 BGH, NJW-RR 2018, 1473, Rn. 18 f.

61 OLG Braunschweig, NZFam 2017, 522, Rn. 19 ff., 26.

62 BGH, NJW-RR 2018, 1473, Rn. 19.

63 BGH, NJW-RR 2018, 1473, Rn. 19.

In grenzüberschreitenden Leihmutterschaftsfällen kommt vor allem der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes Bedeutung zu. Der gewöhnliche Aufenthalt einer Person wird als ihr Daseinsmittelpunkt angesehen, d.h. als der Ort, mit dem sie in persönlicher und beruflicher Hinsicht am engsten verbunden ist.⁶⁴ Derjenige eines Kindes leitet sich nicht von seinen Eltern ab, sondern ist eigenständig zu bestimmen.⁶⁵ Besonders bei Neugeborenen stößt die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts naturgemäß auf Schwierigkeiten, da diese angesichts ihrer kurzen Lebensdauer noch keine engen Bindungen haben aufbauen können⁶⁶. Hier wird regelmäßig auf die zukünftige, auch geplante Entwicklung abgestellt⁶⁷. Gelangt das Kind daher zeitnah ins Inland, soll es ungeachtet der Geburt im Ausland nur dort einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen, so dass sich seine Abstammung nach deutschem Recht richtet⁶⁸. Die rechtliche Mutter des Kindes ist dann nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat, mithin also die Leihmutter.⁶⁹

Anders ist es jedoch, wenn die deutschen Wunscheltern nicht mit dem Kind ins Inland zurückkehren können. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn dem Kind wegen fehlender Reisedokumente die Einreise verweigert wird. So wird ein deutscher Reisepass erst dann ausgestellt, wenn die Abstammung von jedenfalls einem deutschen Wunschelternteil feststeht. Wurde das Kind nicht in einem Land geboren, das dem *ius soli*-Prinzip folgt, so ist es staatenlos. Denn in diesem Fall leitet es auch aus der Sicht des ausländischen Staates seine Staatsangehörigkeit von seinen Eltern ab. Dies sind jedoch aus dortiger Sicht gerade die deutschen Wunscheltern und nicht die Leihmutter und ihr Ehemann. Verbleibt das Kind mithin noch eine Weile im Ausland, so wird sein gewöhnlicher Aufenthalt in der Regel in dem Land verortet, in dem es geboren wurde.⁷⁰ Nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB bestimmt sich folglich die Abstammung nach dem Recht dieses Staates, so

dass die deutschen Wunscheltern die rechtlichen Eltern des Kindes sind. Ein Verstoß gegen den *ordre public* nach Art. 6 EGBGB wird hier gleichfalls zu verneinen sein.⁷¹

III. Kritik

Im Ergebnis hängt die Anerkennung der Elternschaft nach einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft von mehreren Faktoren ab. Wird die Elternschaft der Wunscheltern durch eine ausländische Gerichtsentscheidung begründet, so wird diese jedenfalls dann anerkannt, wenn die Leihmutter das Kind freiwillig übergibt und nicht die Leihmutter, sondern wenigstens einer der Wunschelternteile genetisch mit dem Kind verbunden ist. Wurde die Elternschaft im Ausland nicht durch Urteil, sondern kraft Gesetzes begründet, so führt die geltende Rechtslage zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung: Je nach Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes können die Wunscheltern leicht oder aber allein durch Adoption zu rechtlichen Eltern werden. So kann die Wunschmutter oder bei einem gleichgeschlechtlichen Paar der männliche Partner das Kind im Wege einer Stiefkindadoption annehmen, wenn der (andere) Wunschvater die rechtliche Vaterschaft anerkannt hat. Anderenfalls bleibt nur eine gemeinsame Adoption.⁷²

Die Notwendigkeit eines Adoptionsverfahrens zur Begründung der rechtlichen Elternschaft ist in derartigen Fällen sowohl entbehrlich als auch dem Kindeswohl abträglich: Wenn die Wunscheltern mit dem Kind direkt nach der Geburt in ihr Heimatland zurückgekehrt sind und anschließend mit ihm zusammengelebt haben, besteht kein Zweifel an der Schaffung eines Eltern-Kind-Verhältnisses, wie es nach § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB Voraussetzung für eine Adoption ist. In Fällen, in denen sie die genetischen Eltern sind, erscheint es sogar befremdlich, eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung im Adoptionsverfahren etablieren zu müssen. Das Erlöschen des Verwandtschaftsverhältnisses zur Leihmutter durch die Adoption wird praktisch keine Auswirkungen haben, da sie ohnehin nur nach deutschem Recht die rechtliche Mutter ist, nicht hingegen nach ausländischem Recht. Zudem kann eine Adoption auch gänzlich scheitern, etwa wenn sich die Wunscheltern während des oft langwierigen Verfahrens trennen oder sterben. In diesem Fall bleibt das Kind ohne jegliche rechtliche Absicherung zurück. Da eine gemeinschaftliche Adoption verheirateten Paaren vorbehalten ist, haben Wunscheltern, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, selbst dann keine Möglichkeit, ihre Elternschaft rechtlich abzusichern, wenn das Kind genetisch mit ihnen verbunden ist. Kinder, die von Leihmüttern im Ausland geboren werden, sind damit erheblichen rechtlichen Risiken ausgesetzt. Nur wenn die Wunscheltern rechtlich gut beraten sind, können

64 Helms, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2018, Art. 19 EGBGB Rn. 8.

65 Thorn, in: Palandt, 78. Aufl. 2019, Art. 5 EGBGB Rn. 10 f.; OLG Hamm FamRZ 1999, 1519.

66 Zur Bestimmung des Daseinsmittelpunkts aufgrund des Schwerpunktes der Bindungen des Kindes, der sozialen Integration durch familiäre, freundschaftliche, berufliche oder sonstige Beziehungen siehe Klinkhardt, in: MüKo, 7. Aufl. 2018, Art. 19 EGBGB Rn. 10.

67 Henrich, Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im Internationalen Privatrecht, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), FS Schwab, 2005, S. 1141, 1147; vgl. auch OLG Celle StAZ 2011, 150 ff.

68 So etwa allgemein OLG Celle StAZ 2011, 150 ff. (Umzug sieben Wochen nach der Geburt von Spanien nach Deutschland); für die Leihmutterschaft OLG Stuttgart FamRZ 2012, 1740 f.; KG IPRax 2014, 72 (76) (Umzug nach höchstens zwölf Tagen von Kalifornien nach Deutschland); zur Möglichkeit, nach deutschem Recht die Elternstellung durch Adoption bzw. Anerkennung der Vaterschaft zu erlangen, schon oben II.2.b).

69 S. oben II.2.b).

70 Benicke, StAZ 2013, 101 (107); a.A. Heiderhoff, IPRax 2012, 523 (525).

71 Einen Verstoß gegen den *ordre public* ebenfalls verneinend Heiderhoff, IPRax 2012, 523 (525 f.).

72 S. oben II.2.b).

sie eine Odyssee für ihr Kind vermeiden, bei der es im schlimmsten Fall staaten- und elternlos im Ausland zurückbleiben muss.

D. Ausblick

Als Fazit bleibt Folgendes festzuhalten: Angesichts der weltweit bestehenden fundamentalen Regelungsunterschiede ist der Handlungsbedarf dringend. Der Blick in andere Länder hat aber zugleich auch deutlich Handlungsoptionen aufgezeigt.

Zunächst einmal ist eine sachgerechte Regelung der Elternschaft in grenzüberschreitenden Fällen zu schaffen – und zwar unabhängig davon, ob am inländischen Verbot der Leihmutterschaft festgehalten wird oder nicht. Eine im Ausland wirksam begründete Elternstellung der Wunscheltern sollte grundsätzlich anerkannt werden. Dies hat auch der 71. Deutsche Juristentag auf Grundlage der Beschlüsse der familienrechtlichen Abteilung dem Gesetzgeber empfohlen.⁷³ Dementsprechend sollte eine vereinfachte Anerkennung ermöglicht werden.⁷⁴ Eine solche kann zumindest dann ohne weiteres erfolgen, wenn die Leihmutter sich freiwillig für das Austragen des Kindes entschieden und das Kind auch nach der Geburt freiwillig an die Wunscheltern übergeben hat. Eine derartige Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Wunscheltern die Verantwortung für die Entstehung des Kindes tragen und dass in aller Regel sie es sind, die – anders als die Leihmutter – für das Kind sorgen wollen und werden.

Darüber hinaus bedarf das im Inland bestehende Verbot jeglicher Form der Leihmutterschaft kritischer Überprüfung.⁷⁵ Eine (altruistische) Leihmutterschaft unter bestimmten Voraussetzungen im Inland zuzulassen, würde es Frauen, die keine Kinder gebären können, sowie gleichgeschlechtlichen männlichen Paaren ermöglichen, auf diese Weise eine Familie zu gründen. Das Recht auf Gründung einer Familie mittels assistierter Fortpflanzung ist als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts geschützt⁷⁶ und erstreckt sich grundsätzlich auf die Zeugung eines Kindes mithilfe einer Leihmutter. Wie der Blick in andere Länder zeigt, lassen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen hierbei in einer Weise gestalten, die die Rechte von Wunscheltern, Leihmüttern und den von ihnen geborenen Kindern berücksichtigen. Es gilt, die Selbstbestimmung der Leihmutter zu sichern und möglichen Interessenkonflikten zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern

entgegenzuwirken, etwa durch eine psychologische und rechtliche Beratung. Des Weiteren ist das Recht des so gezeugten Kindes auf eine möglichst frühzeitige und sichere Zuordnung zu den Wunscheltern zu gewährleisten, ohne dass es eines Adoptionsverfahrens bedarf. Rechtliche Eltern würden unmittelbar die Wunscheltern, die sich damit auch nicht von der Verantwortung für das Kind lossagen könnten.

Eine Mutterschaft für andere unter bestimmten Voraussetzungen auch im Inland zuzulassen, würde es zwar nicht völlig verhindern, dass ungewollt Kinderlose in andere Länder ausweichen, in denen weniger strenge Anforderungen gelten. Die Zahl dieser Fälle ließe sich jedoch erheblich verringern. Es gilt daher auch künftig, auf internationaler Ebene darauf hinzuwirken, Standards zu etablieren, die schon im Herkunftsland die Rechte von Leihmüttern wie auch Kindern besser sicherstellen. Nur durch eine Regulierung auf nationaler und internationaler Ebene lässt sich letztlich dem gegenwärtigen Zustand der Rechts- und Schutzlosigkeit aller Beteiligten – und vor allem der Kinder – wirksam entgegenzutreten.

73 Näher zu der von der Autorin geleiteten familienrechtlichen Abteilung Gössl/Timmermann, JZ 2018, 248.

74 Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, 326 ff., und Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, F 1, F 56.

75 Näher zum Reformbedarf schon Dethloff, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht, 2018, S. 229 ff.

76 Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1249).