

Rechtliche Probleme bei Samenspende und Leihmutterschaft

Fachvortrag im Vorfeld des 71. Deutschen Juristentages,
Landgericht Essen, 16. Juni 2016

Katharina Hilbig-Lugani*

Überblick

A.	Einführung	2
I.	Genetische, rechtliche und soziale Elternschaft	2
II.	Technische und gesellschaftliche Entwicklungen	2
1.	Ungewollte Kinderlosigkeit und Reproduktionsmedizin	2
2.	Akzeptanz und Verbreitung gleichgeschlechtlicher Elternschaft	3
III.	Reformdruck	3
IV.	Grundzüge des BGB-Abstammungsrechts	4
B.	Rechtliche Probleme der Vaterschaft bei heterologer Samenspende	5
I.	Auskunftsansprüche	5
1.	Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung	5
2.	Recht des Vaters auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses	6
II.	Abstammungsrechtliche Situation	7
1.	Zuordnung des Kindes zum Wunschvater und Anfechtungsmöglichkeiten	7
a.	Verheiratete Wunscheltern	7
b.	Unverheiratete Wunscheltern	7
2.	Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater	8
3.	Reformüberlegungen	8
III.	Besonderheiten bei der privaten Samenspende und bei gleichgeschlechtlichen Paaren	9
1.	Warum private Samenspende?	9
2.	Schwierigkeiten beim Auskunftsanspruch	9
3.	Schwierigkeiten bei der abstammungsrechtlichen Zuordnung	10
4.	Kein Ausschluss des Anfechtungsrecht des privaten Samenspenders	10
4.	Probleme bei der Übertragbarkeit der Reformvorschläge	12
C.	Rechtliche Probleme bei Leihmutterschaft	12
I.	Einführung	12
1.	Fragestellung	12
2.	Varianten der Leihmutterschaft	13
3.	Rechtliche Behandlung	13
II.	Bestimmung der Elternschaft bei Anerkennung einer ausländischen Statusentscheidung	14
1.	Fallgestaltung	14
2.	Faktoren der ordre public-Prüfung	16
a.	Menschenwürde der Leihmutter	16
b.	Menschenwürde des Kindes	17
c.	Kindeswohlaspekte	18
d.	Konterkarierung der generalpräventiven Zwecksetzung des Leihmutterschaftsverbots	19
e.	Die Bedeutung genetischer Verwandtschaft	20
III.	Bestimmung der Elternschaft ohne (anererkennungsfähige) ausländische Statusentscheidung	21
1.	Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Ausland, ordre public-Vorbehalt	21
2.	Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Inland, § 1591 BGB	21
3.	Fazit	22
IV.	Zukunftsperspektiven	22
D.	Schluss	23

* Prof. Dr. iur., Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches, europäisches und internationales Privat- und Verfahrensrecht an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

A. Einführung

I. Genetische, rechtliche und soziale Elternschaft

Wir unterscheiden im Familienrecht zunehmend zwischen drei verschiedenen Typen von Elternteilen: i) dem genetischen Elternteil, von dem das Kind biologisch abstammt; ii) dem rechtlichen Elternteil, der nach den Normen des BGB Vater oder Mutter des Kindes ist, mit allen sich daraus ergebenden Wirkungen in einer Vielzahl von Rechtsgebieten sowie iii) dem sozialen Elternteil, der die tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt, aber weder genetischer noch rechtlicher Elternteil ist. Im statistischen Normal- und zumeist auch persönlichen Idealfall fallen alle drei Typen von Elternschaft in einer Person zusammen.¹ Spaltet sich die soziale von den anderen Elternschaften ab, haben wir es überwiegend mit Stieffamilien und Pflegefamilien zu tun, die heute nicht unser Thema sein werden. Thema sind vielmehr die Methoden der Reproduktionsmedizin, die im derzeitigen Abstammungsrecht zu einem Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Elternschaft² führen können.

II. Technische und gesellschaftliche Entwicklungen

In jüngerer Zeit gab es in zwei für mein Referat wichtigen Bereichen ebenso rasante wie tiefgreifende technische und gesellschaftliche Entwicklungen:

1. Ungewollte Kinderlosigkeit und Reproduktionsmedizin

Die ungewollte Kinderlosigkeit hat in den vergangenen Jahrzehnten deutlich zugenommen. In Deutschland sind rund 2 Mio Paare betroffen³; jedes 7. Paar ist aus biologisch-medizinischen Gründen von Kinderlosigkeit bedroht. Um den unerfüllten Kinderwunsch zu erfüllen, greifen jährlich circa 200.000 Paare aus Deutschland auf reproduktionsmedizinische Maßnahmen zurück.⁴

Diese haben sich in den letzten vier Jahrzehnten maßgeblich entwickelt. Vor 38 Jahren kam Louise Joy Brown, das erste „Retortenbaby“ zur Welt. Seitdem ist die heterologe Samenspende zu einer ganz gängigen Maßnahme geworden. Jährlich kommen in Deutschland etwa 1000 durch Samenspende gezeugte Babys zur Welt; hinzu kommt eine unbekannte Dunkelziffer von Geburten aufgrund privater Samenspende,^{5,6} dazu näher unten. Man schätzt, dass in Deutschland rund 100.000 durch heterologe Samenspende gezeugte Kinder leben.⁷ Auch ethisch umstrittenere und in Deutschland verbotene Methoden der Reproduktionsmedizin nehmen zu,

¹ So bin bspw. ich, wie sehr viele von Ihnen, genetische Mutter meiner Kinder, rechtliche Mutter meine Kinder und ich übe die tatsächliche elterliche Verantwortung für meine Kinder aus.

² Sowie schlimmstenfalls sogar von genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft.

³ Anders *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 7 m.w.N.: 0,5-1,5 Mio.

⁴ *Dethloff*, § 10 Rn 73.

⁵ *Helms* Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 7 f. m.w.N.

⁶ Dazu näher unten.

⁷ Siehe *Helms* Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 3 f.

insbesondere⁸ die Leihmutterschaft: 1980 ereignete sich (in den USA) der erste bekanntgewordene Fall kommerzieller Leihmutterschaft.⁹ Seitdem hat sich ein globaler Markt und weltweiter Tourismus für Leihmutterschaften entwickelt.

2. Akzeptanz und Verbreitung gleichgeschlechtlicher Elternschaft

Im Folgenden wird es nicht nur, aber auch um gleichgeschlechtliche Paare gehen. Daher sei noch ein zweiter Bereich rasanter gesellschaftlicher Entwicklung genannt: Die Akzeptanz und die Normalität des gleichgeschlechtlichen Zusammenlebens haben in den letzten zwei bis drei Jahrzehnten ganz erheblich zugenommen. Dies wurde stark katalysiert durch die 2001 eingeführte Lebenspartnerschaft sowie durch zunächst die Einrichtung ähnlicher Institute in vielen europäischen Staaten und in einer zweiten Welle der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare in vielen europäischen Staaten. 2009 hat zudem eine repräsentative wissenschaftliche Studie klargestellt, dass Kinder in Regenbogenfamilien ebenso gut aufwachsen wie in heterosexuellen Partnerschaften.¹⁰ Das wird unter Familienrechtlern praktisch nicht mehr in Frage gestellt. Vor allem nicht, seit 2013 das BVerfG urteilte, dass „die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe“¹¹. Dass die Politik auf Bundesebene so außerordentlich zurückhaltend mit gleichen Rechten für homosexuelle Paare bei Themen der Elternschaft ist (Stichwort: Sukzessivadoption), hat eher politische Gründe. Die Sicht auf gleichgeschlechtliche Elternschaft ist heute eine ganz andere als noch vor zwanzig Jahren.

III. Reformdruck

Es hat sich ein erheblicher Reformdruck aufgestaut. Denn das Recht, insbesondere das *Familienrecht* und darin besonders das *Abstammungsrecht*, haben diesen Entwicklungen nur ganz eingeschränkt Rechnung tragen können. Das Abstammungsrecht von 1998 war zwar bereits eine Antwort auf die neuen reproduktionsmedizinischen Möglichkeiten, aber es war eine so abwehrende und konservative Antwort, dass sie sich heute wahrscheinlich nicht mehr lange aufrecht erhalten lassen wird. Der Reformdruck steigt: Die Regierungsparteien hatten in ihrem Koalitionsvertrag von 2013 ausdrücklich angekündigt, sie würden das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung regeln. Das ist bislang nicht geschehen. Die Rechtsprechung des BGH und BVerfG hat viele wichtige Impulse gesetzt bzw. gesetzgeberisches Handeln angezeigt erscheinen lassen.¹² Der vom BMJV im Februar 2015 eingesetzte Arbeitskreis Abstammungsrecht, der mit namenhaften Experten aus Wissenschaft und Praxis besetzt ist, soll prüfen „ob das geltende Abstammungsrecht aktuelle Lebensrealitäten noch adäquat abbildet“, Ergebnisse werden im ersten Halbjahr 2017 erwartet.¹³

⁸ Auch Embryonenspende und Eizellenspende – die heute nicht unser Thema sein werden – sind in anderen Staaten durchaus übliche Methoden.

⁹ So *Bernard*, StAZ 2013, 136, 139.

¹⁰ *Rupp* (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Familien, 2009.

¹¹ BVerfG NJW 2013, 847 (852).

¹² Näher die Beispiele im Laufe des Vortrags.

¹³ http://www.bmju.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2015/02092015_AK_Abstammung.html

Der djt widmet sich deswegen erfreulicherweise diesen und anderen Fragen der Elternschaft in seiner familienrechtlichen Abteilung unter der Vorsitzenden *Nina Dethloff* aus Bonn, dem stellvertretenden Vorsitzenden *Michael Lotz* aus Stuttgart und mit dem Gutachter *Tobias Helms* aus Marburg sowie den Referenten *Gabriele Britz* (Richterin am BVerfG), *Gerd Bruder Müller* und *Ingeborg Schwenzer*. Das Gutachten von *Tobias Helms* (das mir in einer Vorversion vorlag und alsbald erscheint) macht in einigen Bereichen sehr konkrete Vorschläge, die auf einen klaren Abkehr von der *lex lata* hinauslaufen. Auf einige davon können wir später zurückkommen.

IV. Grundzüge des BGB-Abstammungsrechts

Ich möchte kurz die Regeln des BGB darstellen, nach denen sich die *rechtliche* Elternschaft richtet: Grundsätzlich orientiert sie sich an der genetischen Abstammung.¹⁴ Das Recht versucht, mit der rechtlichen Abstammung die biologische Wahrheit zu reflektieren. Es tut dies aber nicht automatisiert und stets, denn das BGB normiert gerade nicht: „Vater und Mutter sind die genetischen Eltern des Kindes“.¹⁵ Es versucht, in den meisten Fällen einen Gleichlauf von genetischer und rechtlicher Elternschaft herzustellen. Aber es ist kein strikter Gleichlauf. Verschiedene Fälle des Auseinanderfallens von genetischer und rechtlicher Elternschaft werden toleriert – mit Rücksicht auf den Willen und die Interessen der Beteiligten, insbesondere die Rechtssicherheit und den Familienfrieden.¹⁶

Mutter ist gemäß § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat.¹⁷ Daraus ergibt sich regelmäßig ein Gleichlauf von genetischer und rechtlicher Mutterschaft. Aber in den Fällen von Eizellenspende, Embryonenspende oder eben der Leihmutterschaft erklärt das BGB damit eindeutig nur die Gebärende – im Fall der Leihmutterschaft also die Leihmutter – zur rechtlichen Mutter, unabhängig von der genetischen Verwandtschaft. Bei der Mutterzuordnung gibt es keinerlei Korrekturmöglichkeiten, das deutsche Recht kennt kein Mutterschaftsanfechtungsverfahren.

Auch bei der Vaterzuordnung gilt als Leitgedanke das Abstammungsprinzip: Vater soll sein, wer das Kind gezeugt hat.¹⁸ Da die Zeugung weniger offenkundig ist als die Geburt, ist sie als Anknüpfungspunkt weniger geeignet.¹⁹ Der Gesetzgeber orientiert sich daher an besser sichtbaren Anknüpfungspunkten, die zumindest eine große Wahrscheinlichkeit der genetischen Verbindung versprechen.²⁰ Deswegen kommt der Ehe mit der Mutter für die väterliche Abstammung wesentliche Bedeutung zu.²¹ Bis zur Anfechtung gilt als Vater der Mann, der im

¹⁴ § 1589 BGB.

¹⁵ Bis vor wenigen Jahrzehnten hätte sich eine derartige Anknüpfung technisch gar nicht prüfen und bewerkstelligen lassen.

¹⁶ *Schwab* FamR Rn 500.

¹⁷ Die Anknüpfung des § 1591 ist unabhängig vom Willen der Beteiligten – der positive Wunsch nach Übernahme der Mutterrolle kann grundsätzlich nicht zu einer Mutter-Kind-Zuordnung führen und umgekehrt kann grundsätzlich auch der negative Wille, die Mutterrolle nicht zu übernehmen, die durch die Geburt nach § 1591 entstandene rechtliche Beziehung nicht beseitigen – *G/CW* FamR § 51 Rn 4.

¹⁸ § 1589 BGB.

¹⁹ *G/CW* FamR § 52 Rn 1.

²⁰ *G/CW* FamR § 52 Rn 1.

²¹ *Dethloff* FamR § 10 Rn 8.

Zeitpunkt der Geburt (gleichgültig ist der Zeitpunkt der Zeugung) mit der Mutter verheiratet war, § 1592 Nr. 1 BGB.²²

Wenn kein Ehemann dem Kind als Vater zugeordnet ist, kann die Vaterschaft von einem Mann (der nicht der biologische Vater zu sein braucht) anerkannt werden, § 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB. Auch diese Vaterschaft kann, wenn sie nicht der biologischen Wahrheit entspricht, durch Anfechtung beseitigt werden.

Schließlich kann, wenn keine Vaterschaft des Ehemannes oder eines Anerkennenden besteht, die Vaterschaft in einem Vaterschaftsfeststellungsverfahren festgestellt werden, § 1592 Nr. 3, 1600d BGB. In diesem Fall wird die rechtliche Vaterschaft auf Grundlage der biologischen Vaterschaft ermittelt.

B. Rechtliche Probleme der Vaterschaft bei heterologer Samenspende

Bei der heterologen Samenspende können mit dem Samen des Wunschvaters kein Kinder gezeugt werden. Mit dem Samen eines Dritten wird daher intrauterin oder in vitro ein Kind mit der Eizelle der Wunschmutter gezeugt.

I. Auskunftsansprüche

1. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das BVerfG hatte 1989²³ das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I, 1 I GG) entwickelt. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung steht nicht allein, sondern im Konflikt mit anderen grundrechtlich geschützten Interessen – dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des potentiellen Erzeugers, dem Interesse des Samenspenders am Schutz seiner eigenen Familie und dem Interesse des Reproduktionsmediziners an möglichst ungehinderter Berufsausübung.

Im einfachen Recht und insbesondere bei Kindern von Samenspendern kam das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung lange nicht so ganz an. Der Auskunftsanspruch des Kindes ist sogar noch älter als die BVerfG-Entscheidung. Die Ärzte gehen schon seit ihren Ärztlichen Leitlinien von 1985 davon aus²⁴, die Juristen spätestens seit dem Gutachten von Frau *Coester-Waltjen* auf dem 56. djt 1986, vor 30 Jahren in Berlin²⁵. Gleichwohl fehlte es über fast drei Jahrzehnte hinweg im Wesentlichen²⁶ an Rechtsprechung zu diesem Auskunftsanspruch und seiner konkreten Ausgestaltung. Entsprechend gewaltigen Widerhall lösten 2013 eine

²² Das geht zurück auf einen Grundsatz aus den Digesten: *pater is est, quem nuptiae demonstrant* (Dig 2,4,5). Es ist kein zusätzlicher Anerkennungsakt durch den Vater erforderlich. Stirbt der Ehemann während bestehender Ehe, so gilt er als Vater des Kindes, wenn innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung ein Kind geboren wird. Wiederum steht die Vaterschaftsanfechtung als Korrekturmittel zu Gebote.

²³ BVerfGE 79, 256

²⁴ Deutsches Ärzteblatt 1985, S. 1691 (1696).

²⁵ *Coester-Waltjen*, Gutachten B zum 56. djt 1986, S. B 59.

²⁶ Einen Informationsanspruch des Kindes schützt etwa die Entscheidung des AG Essen v. 11.12.1991, 130 C 161/91, FamRZ 1992, 936.

Entscheidung des OLG Hamm^{27,28} und danach des BGH vom 28.1.2015 aus.²⁹ Der BGH hat den Anspruch auf eine nachvollziehbare rechtliche Grundlage gestellt, für ihn resultiert der Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) aus dem Schutzwirkungen zugunsten des Kindes entfaltenden Behandlungsvertrag (§ 630a BGB i.V.m. den Grundsätze der Schutzwirkung zugunsten Dritter) zwischen Reproduktionsmediziner und Wunscheltern. Treu und Glauben gebieten einen Auskunftsanspruch, wenn die i) zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass ii) der Anspruchsberechtigte, der zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Auskunft angewiesen ist, iii) in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und iv) der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen und v) ihm dies zumutbar ist.³⁰ Die Sonderverbindung ist vorliegend der Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (§ 328 BGB analog). Man darf hoffen, dass diese etwas wackelige, etwas mittelbare einfachrechtliche Konstruktion in einem etwaigen verfassungsgerichtlichen Verfahren Bestand haben würde. Denn in jüngerer Zeit hat das Verfassungsgericht wenig Begeisterung für die von den Familienrechtlern durch Auslegung im einfachen Recht entwickelten Auskunftsansprüche gezeigt.³¹ Man darf daher hoffen, dass der Bundesgesetzgeber alsbald das Versprechen aus dem Koalitionsvertrag von 2013 umsetzen wird, diesen Auskunftsanspruch gesetzlich zu regeln. Dies wäre etwa durch Einführung eines Spenderregisters denkbar.³²

2. Recht des Vaters auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses

Eigentlich besteht spiegelbildlich zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von Verfassungen wegen ein Recht auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses. Doch ist dieses bislang von der Rechtsprechung nicht näher ausgeformt worden. Ob das Verfassungsgericht einen solchen Auskunftsanspruch des Samenspenders tatsächlich bejahen würde, erscheint höchst zweifelhaft; zum einen, weil der Samenspender (anders als das Kind) sich freiwillig auf die Samenspende eingelassen hat, weiters weil entgegenstehende Kindeswohlaspekte im Einzelfall

²⁷ Und ihm vorgehend die (den Auskunftsanspruch verneinende) Entscheidung des LG Essen v. 7.2.2012, 2 O 260/11 (Juris).

²⁸ OLG Hamm v. 6.2.2013, 14 U 7/12, FamRZ 2013, 637 = NJW 2013, 1167 = MDR 2013, 467 = ZKJ 2013, 292 = JAmt 2013, 151 = MedR 2013, 672, m. Anm. Spickhoff, MedR 2013, 677; Wellenhofer, FamRZ 2013, 825; Kingreen, FamRZ 2013, 641; Schneider, FamFR 2013, 172; Fink/Grün, NJW 2013, 1913; Meier, NZFam 2014, 337; Leeb/Weber, ZKJ 2013, 277; Jorzig, jurisPR-MedizinR 2/2013 Anm. 1.

²⁹ BGH v. 28.1.2015, XII ZR 201/13, NZFam 2015, 254 = MDR 2015, 397 = NZG 2015, 1098 m. Anm. *Bonvie*, jurisPR-MedizinR 3/2015 Anm. 5..

³⁰ Rn. 10 d. Urt.; Senatsbeschlüsse vom 2. Juli 2014 - XII ZB 201/13 - FamRZ 2014, 1440 Rn. 13 ff. mwN und BGHZ 196, 207 = FamRZ 2013, 939 Rn. 30; Senatsurteil BGHZ 191, 259 = FamRZ 2012, 200 Rn. 20 ff.

³¹ BVerfG 24.2.2015, 1 BvR 472/14 (BVerfG hat entschieden dass die von dem Bundesgerichtshof aus § 242 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) hergeleitete Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreite. Sie bedürfe einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage); ferner BVerfG, 19.4.2016, 1 BvR 3309/13 („Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verpflichtet den Gesetzgeber nicht dazu, neben dem Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach §1600d BGB auch ein Verfahren zur isolierten, sogenannten rechtsfolgenlosen, Klärung der Abstammung von einem mutmaßlich leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater bereitzustellen.“).

³² *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 17.

durchaus denkbar sind und drittens wegen der soeben genannten Zweifel an der Verfassungsfestigkeit unserer Auskunftsanspruchskonstruktionen.³³ Es wäre schön (ob man es hoffen darf, wage ich zu bezweifeln), wenn sich der einfache Gesetzgeber auch mit diesem Thema bald auseinandersetzen würde.

II. Abstammungsrechtliche Situation

1. Zuordnung des Kindes zum Wunschvater und Anfechtungsmöglichkeiten

a. Verheiratete Wunscheltern

Die Zuordnung des Kindes zum Wunschvater ist relativ unproblematisch, wenn er mit der Mutter verheiratet ist. Denn in diesem Fall greift § 1592 Nr. 1 BGB und er ist ohne weiteres rechtlicher Vater.

Kann die rechtliche Vaterschaft des Wunschvaters Gegenstand einer Anfechtung sein? Reut ihn später die Entscheidung zur heterologen Samenspende oder kriselt die Ehe mit der Mutter, so ist er, ebenso wie die Mutter, gleichwohl an die einmal gegebene Zustimmung zur Samenspende gebunden und kann nicht – dies gebietet § 1600 V BGB – seine Vaterschaft anfechten.³⁴ Ein Anfechtungsrecht steht auch nicht dem Samenspender zu, denn anfechtungsberechtigt ist der Mann, der versichert, der Mutter im Empfängniszeitraum „beigewohnt“ zu haben (§ 1600 I Nr. 2 BGB) und eine Samenspende über eine Samenbank ist keine Beiwohnung in diesem Sinne. Ferner ist sein Anfechtungsrecht ohnehin ausgeschlossen, sobald der Ehemann/Wunschvater eine sozial-familiäre Bindung zum Kind aufgebaut hat (§ 1600 II). Doch ein wichtiger Anfechtungsberechtigter bleibt: Anfechten – und erfolgreich anfechten – kann auf jeden Fall das Kind (§ 1600 I Nr. 4). Dies mag zunächst überzeugend erscheinen. Doch, vergleicht man die Situation der konsentierten heterologen Samenspende mit der der Adoption, so ist nicht erklärlich, weshalb der Wunschvater des Samenspenderkindes leichter die Vaterschaft soll verlieren können als der – ebenfalls nicht genetisch verwandte – Adoptivvater.

b. Unverheiratete Wunscheltern

Deutlich problematischer ist die Situation bei unverheirateten Paaren. Hier kann die Vaterschaft des Wunschvaters allein über die Anerkennung (§§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB) herbeigeführt werden. Wurde die Vaterschaft des unverheirateten Wunschvaters über die Anerkennung etabliert, so kann sie ebenso wie die des verheirateten Wunschvaters Gegenstand einer Anfechtung sein. Die Anerkennung kann der Mann zwar bereits pränatal, aber nicht präkonzeptionell erklären, so dass während der Schwangerschaft bis zur Anerkennung des Wunschvaters für die Mutter keine Gewissheit besteht, dass er es sich nicht während der Schwangerschaft anders überlegt. Auch die Mutter kann es sich im Übrigen anders überlegen: Wenn sie ihre nach § 1595 I BGB erforderliche Zustimmung zur Anerkennung nicht erteilt oder

³³ Wie in Fn. 31.

³⁴ „Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen.“

wenn sie vor der Geburt einen anderen Mann heiratet (so dass die Wirkung des § 1592 Nr. 1 BGB eintritt), wird der unverheiratete Wunschvater nicht Vater.³⁵

2. Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater

Besteht von vornherein keine Vaterschaft eines anderen Mannes (weil eine Anerkennung scheiterte) oder wurde die Vaterschaft des Ehemannes oder des Anerkennenden erfolgreich angefochten, so gibt es überhaupt keinen Hinderungsgrund, weswegen der Samenspender – unterstellt, seine Identität ist bekannt – nicht als Vater festgestellt werden sollte. Der Samenspender kann auf diese Weise vollwertiger Vater werden – einschließlich Unterhaltsanspruch des Kindes, einschließlich gesetzlichem Erbrecht bzw. Pflichtteilsanspruch des Kindes. Unnötig zu sagen, dass diese Aussicht durchaus geeignet ist, junge Männer von einer Samenspende abzuhalten – weil ihnen niemand versprechen kann, dass sie nicht theoretisch über die nächsten Jahrzehnte hinweg mit Dutzenden Vaterschaftsfeststellungsverfahren und Unterhaltsverfahren konfrontiert werden könnten, mit fatalen Folgen für die eigene Familiengründung. Diese „Gefahr“ ist seit dem endgültigen Ende der anonymen Samenspende durch die Gerichtsentscheidungen der Zivilgerichte 2013 und 2015 ins Zentrum des Interesses gerückt.

3. Reformüberlegungen

Was die Anfechtbarkeit der Vaterschaft des Wunschvaters angeht, sollte der Gesetzgeber Regelungen schaffen, um das Vertrauen der beiden Wunscheltern in die Stabilität ihrer Familienplanung zu stärken und zu unterstützen. *Helms* schlägt zu Recht vor, das Anfechtungsrecht des Kindes für die Fälle der konsentierten heterologen Samenspende auszuschließen.³⁶ Ferner sollte die Vaterschaft des unverheirateten Wunschvaters früher festgeschrieben werden können.

Was das Risiko für den Samenspender angeht, als rechtlicher Vater festgestellt zu werden, wird mit guten Gründen von verschiedenen namhaften Autoren vorgeschlagen, die Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders auszuschließen, also dauerhaft zu verhindern, dass er als rechtlicher Vater des Kindes festgestellt wird. Spiegelbildlich zum Ausschluss des Anfechtungsrechts könnte man, einen Vorschlag von *Dirk Olzen* aufgreifend, festlegen, dass die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders im Falle rechtmäßiger, medizinisch assistierter künstlicher Befruchtung ausgeschlossen ist.³⁷ Es mag hart erscheinen, dem Kind den Weg zur rechtlichen Vaterschaft des genetischen Vaters völlig abzuschneiden.³⁸ Doch erstens lässt sich

³⁵ *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 8 f.

³⁶ *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 17.

³⁷ So der Vorschlag von *Olzen*, GuP 2015, 41; ebenso *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 17.

³⁸ Denkbar sind Fälle, in denen der Wunschvater sich missbräuchlich gegenüber dem Kind verhalten hat. Weniger dringlich scheinen die Fallkonstellationen, in denen der Wunschvater weniger wohlhabend ist als der Samenspender.

hier wieder eine parallele zur Adoption ziehen und zweitens geht es im Wesentlichen um die Fälle, in denen der Samenspender die Vaterschaft für das Kind ablehnt.³⁹

III. Besonderheiten bei der privaten Samenspende und bei gleichgeschlechtlichen Paaren

1. Warum private Samenspende?

Wie kommt es zur privaten Samenspende, also zur Samenspende die ohne ärztliche Unterstützung und ohne Spendersamen aus einer Samenbank stattfindet? Nach den sehr umstrittenen Richtlinien der Bundesärztekammer ist eine heterologe Insemination nur bei Paaren durchzuführen, die verheiratet sind oder in einer festgefügteten heterosexuellen Partnerschaft leben. Ausgeschlossen sind damit lesbische Paare und Alleinstehende. D.h. lesbische Paare – gleich ob verpartnert oder in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebend – sowie Alleinerziehende erhalten sehr häufig keine Unterstützung von Kinderwunschzentren.⁴⁰ Daher greifen lesbische Paar, die sich ein leibliches Kind zumindest einer Partnerin wünschen, oder alleinstehende Frauen, oft auf die „Unterstützung“ durch Männer aus ihrem näheren oder fernerem privaten Umfeld oder aus dem Internet zurück. Die Zeugung kann dann auf natürlichem Wege erfolgen oder – wenn die Frau und der Spender keinen Geschlechtsverkehr wünschen – mithilfe einer privaten Samenspende, die den populären Namen *Becherspende* erhalten hat.⁴¹

2. Schwierigkeiten beim Auskunftsanspruch

Probleme der privaten Samenspende können bei der Durchsetzung des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung entstehen. Zwar hat das Kind aus der familienrechtlichen Generalklausel des § 1618a BGB gegen die Mutter einen Anspruch auf Auskunft über die Identität des Erzeugers.⁴² Aber die Durchsetzung ist weniger gesichert als bei der Spende von der Samenbank. Erstens ist denkbar, dass die Mutter die Identität des Spenders nicht offenlegen möchte und sich trotz einer entsprechenden Rechtspflicht weigern wird. Zweitens ist bei den Internet-Samenspendeforen⁴³ und den durch sie vermittelten Kontakten nicht hinreichend gewährleistet, dass die Mutter den (richtigen) Namen des Spenders erfährt.

Entsprechende Hindernisse stehen der Durchsetzung eines etwaigen Rechts des Samenspenders auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses entgegen. Hier fehlt es zudem an einer zivilrechtlichen

³⁹ Denn anderenfalls könnte er regelmäßig anerkennen.

⁴⁰ Männlichen homosexuellen Paaren kann bei ihrem Kinderwunsch naturgemäß nicht durch Samenspende geholfen werden (sondern nur durch die verbotene Leihmutterchaft oder durch Adoption oder durch Zeugung eines Kindes durch einen Partner mit einer unverheirateten Frau, danach Vaterschaftsanerkennung der Erzeugers und Stiefkindadoption mit Zustimmung der Mutter durch den anderen Mann), deshalb bleiben sie an dieser Stelle außen vor.

⁴¹ Googeln Sie einmal „privaten samenspender finden“. Sie werden mehrere größere Plattformen finden, die tausende Interessierte miteinander vernetzen. Wenig überraschenderweise steht in diesen Foren die Methode „Becher“ bei den hilfsbereiten Herren nicht annähernd so hoch im Kurs wie die Methode „natürlich“.)

⁴² Staudinger/*Hilbig-Lugani*, § 1618a BGB Rn. 42, 47.

⁴³ Vgl. Fn. 41

Anspruchsgrundlage⁴⁴, so dass allenfalls an ein unmittelbar aus der Verfassung herzuleitendes Recht zu denken wäre dessen Existenz im Lichte der jüngsten BVerfG-Rspr zweifelhaft erscheint. Ebenso zweifelhaft erschiene es – wegen der BVerfG-Rechtsprechung zum Scheinvaterregress⁴⁵ – von einem auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsanspruch aufgrund der durch die Samenspendeabrede begründeten Sonderverbindung auszugehen.

3. Schwierigkeiten bei der abstammungsrechtlichen Zuordnung

Bei den lesbischen Paaren stellt sich die Frage, ob die zweite Frau rechtlicher Elternteil des Kindes werden kann (im Sinne einer Art Co-Mutterschaft). Dies ist bislang nur ganz eingeschränkt möglich.⁴⁶ Die Frau, die das Kind zur Welt bringt, wird Mutter, § 1591 BGB. Wer Vater werden kann, steht in § 1592 BGB. Aber eine Co-Mutterschaft (sozusagen analog § 1592 BGB) ist nach deutschem Recht bislang nicht möglich – weder bei verpartnerten noch bei unverpartnerten Paaren. Möglich ist jedoch, das hat der BGH mit Urteil vom April 2016 bestätigt, die Anerkennung einer nach ausländischem Recht begründeten Co-Mutterschaft in Deutschland. Die Anwendung ausländischen (hier: südafrikanischen) Rechts, das der Partnerin einer Frau bei konsentierter heterologer Insemination die Rolle der zweiten Mutter zuweist, verstößt nicht gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public*.⁴⁷ Zurück zum geltendem deutschen materiellen Recht: Danach hat in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft die Nicht-Mutter die Möglichkeit, über das Adoptionsrecht rechtliche Mutter des Kindes zu werden (sog. Stiefkindadoption, § 9 VII 1 LPartG). Dieser Weg ist freilich steinig – er dauert und es ist nicht so, dass die für die Adoption erforderliche Kindeswohl dienlichkeit stets zwingend bejaht werden müsste.

In einer informellen Verbindung gibt es praktisch keine Möglichkeit für die andere Frau, rechtliche Mutter zu werden. Die Stiefkindadoption ist für sie nicht möglich und die Einzeladoption wird nur in sehr eng umgrenzten Ausnahmefällen zugelassen.

Bei alleinstehenden Frauen wird es meist zunächst keinen rechtlichen Vater geben. Findet die Frau einen männlichen Partner, der bereit ist, die Vaterrolle einzunehmen, so kann dieser mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft gem. § 1592 Nr. 2 BGB (sogar bewusst wahrheitswidrig) anerkennen. Findet die alleinstehende Frau später eine Partnerin, mit der sie eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet, ist wiederum die Stiefkindadoption möglich, § 9 VII 1 LPartG.

4. Kein Ausschluss des Anfechtungsrecht des privaten Samenspenders

Sind durch die Formulierung in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der Antragsteller müsse an Eides statt versichern, der Mutter „während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben“, von der Vaterschaftsanfechtung alle oder bestimmte Samenspender ausgeschlossen? Damit hatte sich

⁴⁴ Möchte man nicht, angelehnt an den BGH v. 28.1. 2015, aus in dem Vertrag sui generis über die Becherspende die für den auf Treu und Glauben gestützten Auskunftsanspruch erforderliche Sonderverbindung sehen. Aber seit der BVerfG-Entscheidung zum Scheinvaterregress ist bei diesen Konstruktionen allerhöchste Vorsicht geboten.

⁴⁵ BVerfG 24.2.2015, 1 BvR 472/14.

⁴⁶ Wie im Folgenden *Thorn/Hilbig-Lugani*, Gynäkologische Endokrinologie 2016, im Erscheinen.

⁴⁷ BGH, 20.4.2016, XII ZB 15/15, n.n.v.

der BGH vor wenigen Jahren zu befassen:⁴⁸ Ein Partner einer Lebenspartnerschaft zweier Männer hatte einer Partnerin einer Lebenspartnerschaft zweier Frauen wiederholt Samenflüssigkeit in einem Gefäß zur Verfügung gestellt, die diese einführte. Sie wurde schwanger und ein Kind wurde geboren. Streitig ist, ob zwischen den Paaren vereinbart war, dass der Kläger väterliche Verantwortung für das Kind übernehmen sollte und/oder dass das Kind im Wege der Stiefkindadoption (§ 9 Abs. 7 LPartG) von der Lebenspartnerin der Mutter adoptiert werden sollte. Eine Vaterschaftsanerkennung durch den Kläger scheiterte an der fehlenden Zustimmung der Mutter. Stattdessen erkannte ein platonischer Freund und Kollege der Mutter mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft an. Mit ihm war abgesprochen, dass er sich einer Stiefkindadoption durch die Lebenspartnerin der Mutter nicht in den Weg stellen würde. Der Kläger hat die Vaterschaft des Kollegen der Mutter angefochten.

Der BGH bejaht ein Anfechtungsrecht: Anfechtungsberechtigt ist auch der Samenspender, solange kein Fall der konsentierten heterologen Insemination vorliegt, also keine auf die rechtliche und soziale Vaterschaft eines Dritten als Wunschvater gerichtete Vereinbarung i.S.v. § 1600 Abs. 5 BGB.⁴⁹ Für die Auslegung, die zu diesem Ergebnis führt, ist der Wortlaut „Beiwohnung“ wenig ergiebig. Der *Duden* findet ihn „gehoben verhüllend“ und meint, er sei im Veralteten begriffen. Jedenfalls ist er wenig aussagekräftig hinsichtlich der Frage, ob der Samen nur natürlich oder auch instrumentell eingeführt werden kann. Welchen Zweck verfolgt die begrenzende Formulierung des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB? Die Anfechtungsmöglichkeit des biologischen Vaters wurde erst aufgrund einer BVerfG-Entscheidung eingeführt⁵⁰, das Erfordernis der eidesstattlichen Versicherung der Beiwohnung sollte als „kleine ... formelle Hürde“ dienen⁵¹, primär um Anfechtungen ins Blaue hinein zu verhindern.⁵² Die Beiwohnung wurde insbesondere als Zulässigkeitsvoraussetzung konzipiert, für die Begründetheit kommt es allein auf die Abstammung an. Etwas anders sieht es evtl mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte aus. Mit dem Erfordernis der Versicherung der Beiwohnung werde, so der Gesetzgeber „verhindert, dass ein samenspendender Dritter als ‚biologischer Vater‘ ein Anfechtungsrecht erhält“.⁵³ Tatsächlich heißt es jedoch einige Zeilen später, dieser Ausschluss rechtfertige sich durch die „erklärte Bereitschaft [des Samenspenders] zur Teilnahme an einer Samenspende [, die] als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft und damit auf ein entsprechendes Anfechtungsrecht zu deuten“ sei.⁵⁴ Hier wird deutlich, dass der Rechtsausschuss – wie eben auch § 1600 Abs. 5 BGB – nur den „klassischen Samenspender“ vor Augen hatte.

Ein einheitlicher Ausschluss aller Samenspender von der Anfechtung ist in Anbetracht dieser Vorgaben nicht gerechtfertigt. Der Kläger ist kein typischer Wunschvater in diesem Sinne, aber auch kein typischer Samenspender, selbst wenn sich nicht nachweisen lässt, welche genaue Vereinbarung über seine spätere Rolle im Leben des Kindes getroffen wurde. Daher sollte jeder

⁴⁸ BGH v. 15.5.2013, Az. XII ZR 49/11, mit Anm. *Hilbig-Lugani* LMK 2013, 349336; das Nachfolgende orientiert sich an meiner Anmerkung.

⁴⁹ BGH v. 15.5.2013, Az. XII ZR 49/11, Rn. 15; zugleich Korrektur des zu weiten Wortlauts von BGH, 26.1.2005, XII ZR 70/03, FamRZ 2005, 612 = NJW 2005, 1428, Rn. 24)

⁵⁰ BVerfG vom 9.4.2003 (E 108, 82, 122 = NJW 2003, 2151)

⁵¹ BT-Drucks. 15/2253, S. 10

⁵² BGH v. 15.5.2013, Az. XII ZR 49/11, Rn. 20 d. Urt.; vgl. jüngst BT-Drucks. 17/12163, S. 14.

⁵³ BT-Drucks. 15/2492, S. 9.

⁵⁴ A.a.O.

Samenspender, der nicht Spender in einer konsentierten heterologen Insemination ist, Zugang zur Vaterschaft bekommen können.⁵⁵

4. Probleme bei der Übertragbarkeit der Reformvorschläge

Die oben zur offiziellen Samenspende vorgetragenen Reformvorschläge sind nur sehr eingeschränkt auf die privaten Spenden übertragbar. Nicht, weil ich irgendwelche Vorbehalte hätte oder das als dubiosen Graubereich betrachten würde. Nein, vielmehr können wir die Fälle der privaten Samenspende nicht über einen Kamm scheren – denn von der anonymen Internetspende bis zu den befreundeten homosexuellen Paaren, die mit vier Elternteilen eine große Familie gründen wollen, sind die verschiedensten Stufen von Vertrautheit unter den Beteiligten denkbar, die einmal die Anwendung des allgemeinen Abstammungsrechts ausschließen und einmal gebieten. *Helms* schlägt zu recht eine Entscheidung nach Auslegung der Intention der Beteiligten vor – je nachdem, ob der Samenspender eher nur Gametenlieferant oder eher Elternteil sein soll.⁵⁶

Problematisch ist ferner die Übertragbarkeit der Vorschläge von oben auf alleinstehende Frauen. Denn solange niemand die Vaterschaft für das Kind anerkennt oder das Kind adoptiert, ist es rechtlich vaterlos und dann wäre es durchaus problematisch, wenn wir die rechtliche Vaterstellung des Samenspenders kategorisch ausschließen würden. So würden wir dem Kind die Möglichkeit nehmen, überhaupt einen rechtlichen Vater (der zudem sein genetischer Vater ist) zu bekommen.⁵⁷

C. Rechtliche Probleme bei Leihmutterschaft

I. Einführung

1. Fragestellung

Der zweite Teil des Vortrags wird die Leihmutterschaft betreffen. Weil Leihmutterschaft nach §§ 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c, 14d I AdVermG in Deutschland verboten ist, möchte ich den Blick nicht wie im vorhergehenden Abschnitt auf einen allein innerstaatlichen Sachverhalt ohne relevante Auslandsbezüge richten. Vielmehr soll die Frage gestellt werden, ob ein inländisches Paar, das im Ausland die Dienste einer Leihmutter in Anspruch genommen hat, aus deutscher Perspektive rechtlich Eltern des Kindes werden kann.

Würden wir die Lage nur nach deutschem Abstammungsrecht betrachten, würde dieser Abschnitt ziemlich kurz. Die Leihmutter ist die rechtliche Mutter, weil sie das Kind geboren hat (§ 1591 BGB). Allein über den steinigen Weg der Adoption kann die Wunschmutter rechtliche Mutter werden. Wie sieht es väterlicherseits aus: Ist die Leihmutter unverheiratet, ist für den Wunschvater zumindest der Weg der Vaterschaftsanerkennung (§§ 1594 ff. BGB) offen, so dass das Kind zumindest einem Wunschelternteil unmittelbar rechtlich zugeordnet werden kann. Ist

⁵⁵ BGH v. 15.5.2013, Az. XII ZR 49/11, Rn. 24 d. Urt.

⁵⁶ *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 19.

⁵⁷ Zu Recht fordert *Helms*, Gutachten djt 2016, Vorabversion Frühjahr 2016, Umdruck S. 18 den deutschen Gesetzgeber auf, in dieser Frage „Farbe zu bekennen“.

sie hingegen verheiratet, so ist nach ihr Ehemann gem. § 1592 Nr. 1 BGB der Vater.⁵⁸ Auch hier wäre dann theoretisch die Adoption möglich.

2. Varianten der Leihmutterschaft

Unter Leihmutterschaft soll hier der Fall verstanden werden, dass eine Frau sich einer künstlichen Insemination unterzieht oder ihr ein in vitro gezeugter Embryo eingesetzt wird und sie das so empfangene Kind austrägt und entsprechend einer vor der Zeugung getroffenen Vereinbarung mit den Wunscheltern nach Geburt an die Wunscheltern abgibt.⁵⁹

Die genaue Durchführung und die genetische Verwandtschaft können ganz unterschiedlich ausgestaltet sein: Im ersten Szenario wird die Eizelle der Wunschmutter mit den Spermien des Wunschvaters befruchtet, es besteht also genetische Verwandtschaft beider Wunscheltern mit dem Kind. Im zweiten und dritten Szenario ist es die Eizelle einer Dritten oder der Leihmutter, die mit Spermien des Wunschvaters befruchtet wird, hier besteht genetische Verwandtschaft des Wunschvaters mit dem Kind. Es sei angemerkt, dass wir für dieses dritte Szenario der Leihmutterschaft keine moderne Reproduktionstechnik benötigen.⁶⁰ Im vierten Szenario wird die Eizelle der Wunschmutter mit den Spermien eines Dritten befruchtet, so dass genetische Verwandtschaft der Wunschmutter mit dem Kind besteht. Im fünften Szenario ist es die Eizelle einer Dritten, die mit den Spermien eines Dritten befruchtet wird. In diesen Fällen besteht keine genetische Verwandtschaft eines Wunschelternteils mit dem Kind.

3. Rechtliche Behandlung

Heute werden weltweit jährlich mehrere Tausend Kinder von Leihmüttern geboren.⁶¹ Zahlreiche Staaten haben die Leihmutterschaft mittlerweile erlaubt und reguliert, darunter Indien⁶², die Ukraine⁶³, Russland, verschiedene Bundesstaaten der USA⁶⁴, Australien und sogar einige europäische Staaten⁶⁵. Im deutschen Recht liegen die Dinge anders: Das deutsche Recht

⁵⁸ Und diese Vaterschaft kann nur in Ausnahmefällen über den steinigen und fristgebundenen Weg einer Vaterschaftsanfechtung aufgehoben werden,

⁵⁹ Ebenso, bloß (wie auch im AdVermiG) unter der Bezeichnung Ersatzmutterschaft, *Coester-Waltjen*, Gutachten B für den 56. dJt 1986, B13. Zur Missverständlichkeit des Begriffs Leihe in diesem Zusammen siehe *Coester-Waltjen*, ebd. sowie *dies.*, in: Frandsen/Huffmann/Kuhn (Hrsg.), *Frauen in Wissenschaft und Politik: Festgabe Deutscher Akademikerinnenbund*, 1987, S. 130, 131 f.

⁶⁰ 1. Mose 30: ¹Als Rahel sah, dass sie Jakob keine Kinder gebar ... sagte [sie] zu Jakob: Verschaff mir Söhne! Wenn nicht, sterbe ich. ...[Rahel sagte weiter zu Jakob:] Da ist meine Magd Bilha. Geh zu ihr! Sie soll auf meine Knie gebären, dann komme auch ich durch sie zu Kindern. ⁴Sie gab ihm also ihre Magd Bilha zur Frau und Jakob ging zu ihr. ⁵Bilha wurde schwanger und gebar Jakob einen Sohn. ⁶Rahel sagte: Gott hat ... mir einen Sohn geschenkt. ...

⁶¹ *Engel ZEuP* 2014, 538, 542.

⁶² Supreme Court of India, Urt. v. 29.9.208 - *Baby Manjy Yamada/Union of India & Ant.*, zit. von *Maier*, *IPRax* 2014, 57 Fn. 5.

⁶³ Art. 123 Abs. 2 ukr. FamGB,

⁶⁴ Siehe Nachw. bei *Maier*, *IPRax* 2014, 57.

⁶⁵ *Engel ZEuP* 2014, 538, 542; *EuGHMR*, 5. Sektion, Rs. *Labassee gegen Frankreich*, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 32. **Griechenland, Großbritannien und die Niederlande** gestatten sie unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Genehmigung und wenn sie nicht kommerziell ist; in Belgien, in der tschechischen Republik in

ist seit den 1990er Jahren dominiert vom Verbot der Leihmutterschaft: Verträge über die Durchführung einer Leihmutterschaft sind zivilrechtlich nichtig⁶⁶. Strafbar und schadensersatzpflichtig⁶⁷ macht sich der Reproduktionsmediziner, der die Leihmutterschaft herbeiführt.⁶⁸ Strafbar macht sich auch die Agentur, die die Leihmutterschaft vermittelt^{69,70}. Das BGB-Abstammungsrecht ist mütterlicherseits eine Reaktion auf die verbotenen Reproduktionsmethoden. Der Gesetzgeber schuf § 1591 BGB erst 1997 und ganz bewusst gerade mit Blick auf die moderne Reproduktionsmedizin.⁷¹ Der Gesetzgeber *wollte* damit gerade diejenigen Fälle erfassen, in denen eine Eispende, Embryonenspende oder Leihmutterschaft verbotenerweise im Inland oder erlaubt im Ausland stattgefunden hatte.⁷² Während bei Ei- und Embryonenspende § 1591 BGB der Wunschmutter entgegenkommt, läuft er bei der Leihmutterschaft ihren Interessen – und denen der Leihmutter – entgegen. Die deutsche Grundhaltung der späten 1980er Jahre ist heute so aktuell wie damals: Im Koalitionsvertrag der Großen Koalition von 2013 heißt es wortwörtlich: „Die Leihmutterschaft lehnen wir ab, da sie mit der Würde des Menschen unvereinbar ist.“⁷³

II. Bestimmung der Elternschaft bei Anerkennung einer ausländischen Statusentscheidung

1. Fallgestaltung

Stellen wir uns folgenden Fall vor:⁷⁴ Zwei männliche eingetragene Lebenspartner deutscher Staatsangehörigkeit mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland schließen einen Leihmutterschaftsvertrag in Kalifornien mit einer Leihmutter, wonach diese ein Kind austragen sollte, das in vitro mit Spermien eines der beiden Lebenspartner und einer anonym gespendeten Eizelle gezeugt wurde. Kalifornien erlaubt die Leihmutterschaft und regelt sie detailliert und sehr umsichtig mit Blick auf die Freiwilligkeit des Austragens an sich und der späteren Herausgabe des Kindes. Der Vertrag wurde vollzogen, die Leihmutter brachte in Kalifornien das Kind zur Welt. Kurz vor der Geburt hatte ein kalifornisches Gericht den Fall geprüft und im Einklang mit den kalifornischen gesetzlichen Vorgaben entschieden, dass die Lebenspartner, nicht aber die Leihmutter, die Eltern des von der Leihmutter zu gebärenden Kindes sind. Ebenfalls vor der Geburt hatte der Lebenspartner, der genetischer Vater des Kindes ist, mit Zustimmung der Leihmutter vor dem deutschen Generalkonsulat in San Francisco die Vaterschaft anerkannt. Die Lebenspartner reisten mit dem Kind nach Berlin und beantragten

Luxemburg und in Polen scheint die Leihmutterschaft toleriert zu werden - EuGHMR, 5. Sektion, Rs. *Labassee gegen Frankreich*, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 32.

⁶⁶ § 134 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1 ESchG, §§ 13c AdVermiG – wohl aA für den Vertrag zwischen Wunscheltern und Leihmutter *Deutsch*, NJW 1991, 721, 723.

⁶⁷ § 823 II BGB iVM § 1 Nr. 1 ESchG – siehe *Deutsch*, NJW 1991, 721, 723.

⁶⁸ § 1 Nr. 7 ESchG

⁶⁹ §§ 13c, 14b AdVermiG

⁷⁰ Nicht von Strafe bedroht sind die Wunscheltern und die Leihmutter. Strenggenommen ist also nicht „die Leihmutterschaft“ verboten, sondern die diversen medizinischen Handlungen, Vermittlungshandlungen und Verträge mit Bezug zur Leihmutterschaft.

⁷¹ BT-Drucks. 13/4899 S. 51 f., 82; BGH, 10.12.2014, Rn. 37.

⁷² BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 37; *Diederichsen*, NJW 1998, 1977, 1979.

⁷³ „Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD“, 2013, S. 70.

⁷⁴ BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, hierzu *Hilbig-Lugani*, LMK 2015, 367522.

erfolglos beim Standesamt die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt; auch vor dem AG und KG⁷⁵ blieb ihnen die Nachbeurkundung verwehrt. Sie legten daher Revision beim BGH ein.

Bei der von den Lebenspartnern beantragten Nachbeurkundung einer Auslandsgeburt⁷⁶ sind, so das Personenstandsgesetz, die Namen der Eltern einzutragen.⁷⁷ Die Lebenspartner sind als Eltern einzutragen, wenn die Entscheidung des kalifornischen Gerichts anzuerkennen ist, dies richtet sich nach §§ 108, 109 FamFG.

Der Anerkennung der ausländischen Entscheidung in Deutschland könnte hier ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, den sog. *ordre public*, entgegenstehen.⁷⁸ Für die Vereinbarkeit mit dem *ordre public* kommt es darauf an, ob *das Ergebnis* der Anerkennung der ausländischen Entscheidung im konkreten Fall zu den Grundgedanken des deutschen Rechts und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so eklatantem Widerspruch steht, dass es nach deutscher Vorstellung schlicht untragbar erscheint, der Entscheidung im Inland Wirkung zuzuerkennen.⁷⁹ Der *ordre public*-Vorbehalt, Reservat nationaler Wertvorstellungen, ist schon generell restriktiv auszulegen und dies gilt ganz besonders im Fall der Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen besonders eng auszulegen, weil hier in besonderem Maße die Gefahr sog. hinkender Rechtsverhältnissen droht, also von Abstammungsverhältnissen, deren Existenz in unterschiedlichen Staaten unterschiedlich beurteilt wird.

Unproblematisch ist die Elternstellung eines Wunschernteils, der ein Mann ist und der nach den deutschen Vorschriften die Vaterschaft anerkannt hat. Vaterschaftsanerkennung ist bekanntlich auch wahrheitswidrig möglich. Problematisch ist die Position des anderen Wunschernteils – sei es der zweite Lebenspartner (denn es gibt [noch] keine Co-Vaterschaft und so kann man die Anerkennung nicht 2 x fruchtbar machen) oder sei es eine Wunschmutter, denn für sie greift § 1592 Nr. 2 schließlich nicht, nur § 1591. Ob die Feststellung/Begründung seiner rechtlichen Vaterschaft angesichts des Verbotes der Leihmutterschaft⁸⁰ und der es tragenden Gründe mit dem *ordre public* vereinbar ist, ist seit langem umstritten. Befürworter⁸¹ und Gegner⁸² der *ordre public*-Widrigkeit finden sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur.

⁷⁵ KG, StAZ 2013, 348.

⁷⁶ § 36 I 1 Hs. 1 Var. 1 PStG

⁷⁷ § 36 I 2 iVm 21 I Nr. 4 PStG

⁷⁸ § 109 I Nr. 4 FamFG – *ordre public*-Vorbehalt.

⁷⁹ Umf. Nachw. in BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 28.

⁸⁰ §§ 1 Abs 1 Nr 1, 2, 6, 7 ESchG und §§ 13a-13d AdVermG

⁸¹ VG Berlin FamRZ 2013, 738; Benicke StAZ 2013, 101, 110 ff.; Witzleb FS Martiny S. 203, 234; Engel ZEuP 2014, 538, 558.

⁸² AG Neuss FamRZ 2014, 1127; AG Friedberg FamRZ 2013, 1994; Sturm, FS Gunther Kühne S. 919, 931 f.; Dethloff, JZ 2014, 922, 926; Mayer, RabelsZ 78 (2014), 551, 570 ff.; dies. IPRax 2014, 57; Staudinger/Henrich BGB [2014] Art. 19 EGBGB Rn. 110 a; Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 169 ff.; Heiderhoff NJW 2014, 2673, 2674.

Während in der Literatur zwar seit Jahrzehnten einige wenige für einen liberaleren Ansatz plädierten, sprach sich die Rechtsprechung in Deutschland⁸³ (und nicht nur dort⁸⁴) bislang kontinuierlich ganz überwiegend dafür aus, derartigen ausländischen Statusentscheidungen die Anerkennung zu verweigern. In jüngerer Zeit begannen in der Literatur in die Gegner der *ordre public*-Widrigkeit zu überwiegen⁸⁵. Der BGH wagte im Dezember 2014 den großen Schritt, sich für die spezifischen Gegebenheiten des Falles letzteren anzuschließen.⁸⁶

2. Faktoren der *ordre public*-Prüfung

Dem deutschen Recht ist auch die Zuordnung eines Kindes zum genetisch nicht verwandten Wunschelternteil durchaus geläufig –, wenn auch nur im Hinblick auf die väterliche Seite.⁸⁷ So ist etwa in § 1600 V BGB vorgesehen, dass bei konsentierter heterologer Insemination, wenn also der Ehemann zugestimmt hat, dass seine Ehefrau durch künstliche Befruchtung mit dem Samen eines Dritten schwanger wird, der Ehemann seine Vaterschaft für das so gezeugte Kind nicht anfechten kann.

a. Menschenwürde der Leihmutter

Wie steht es mit dem auch im Koalitionsvertrag angesprochenen **Menschenwürdeverstoß**? In Bezug auf die Mutter ist festzuhalten, dass durch die Leihmutterschaft *an sich* die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt wird.⁸⁸ Der oft erhobene Vorwurf der Benutzung der **Leihmutter als Gebärmachine, als Baby-Automat** sollte etwas differenzierter betrachtet werden. Der Frau steht das **Selbstbestimmungsrecht** über ihren Körper zu, deshalb sollte sie

⁸³ Siehe bspw. VG Berlin v. 5.9.2012 - 23 L 283.12, IPRax 2014, 80. Anders etwa, aber ohne Thematisierung der Leihmutterschaftsproblematik, OLG Düsseldorf v. 26.4.2013 - I-3 Wx 211/12, IPRax 2014, 77.

⁸⁴ Siehe auch die von Engel, 549 zitierten spanischen Gerichtsentscheidungen, insbes. Audiencia Provincial de Valencia, Entsch. vom 23.11.2011, 826/2011. Siehe ferner CCass, 1re civ, Entsch. v. 20.2.2007, 05-14082; v. 6.4.2011, 09-66.486, 09-17.130, 10-19:053; v. 13.9.2013, 12-18.315, 12-30.138, zit von Engel, 550.

⁸⁵ Siehe etwa Zöller/*Geimer*, § 109 FamFG Rn. 48; Staudinger/*Henrich*, Art. 19 EGBGB Rn. 123.

⁸⁶ Rechtsvergleichend betrachtet war Deutschland mit dieser strengen Position im geographischen Europa vielleicht nicht unbedingt isoliert, aber dc in einer eher übersichtlichen Runde. Außer bislang in Deutschland war es im geographischen Europa nur in elf anderen Staaten, und zwar in Andorra, Bosnien-Herzegowina, Frankreich, Lettland, Litauen, Moldawien, Monaco, Montenegro, Rumänien, Serbien und der Türkei für die Eltern nicht möglich, bei rechtmäßig im Ausland durchgeführter Leihmutterschaft im Inland als rechtliche Eltern des Kindes zu gelten. In den 24 anderen Staaten des geographischen Europas – Albanien, Spanien, Estland, Georgien, Griechenland, Ungarn, Irland, den Niederlanden, der tschechischen Republik, Großbritannien, Russland, Slowenien und der Ukraine sowie in Österreich, in Belgien, in Finnland, in Island, in Italien (zumindest in Bezug auf das Kindschaftsverhältnis zum Vater, wenn der Wunschvater der – leibliche Vater ist), in Malta, in Polen, in Saint-Marin, in Schweden, in der Schweiz, und in Luxemburg haben die Wunscheltern die Möglichkeit, die rechtliche Anerkennung des Kindschaftsverhältnisses mit einem Kind zu erreichen, das aus einer im Ausland praktizierten und dort rechtmäßigen Leihmutterschaft stammt, sei es durch eine Anerkennung der ausländischen Entscheidung oder die Eintragung der ausländischen Entscheidung oder der ausländischen Geburtsurkunde in das Personenstandsregister oder durch Adoption – alles aus EuGHMR, 5. Sektion, Rs. *Labassee gegen Frankreich*, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 33.

⁸⁷ BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 52

⁸⁸ BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 49

für sich entscheiden können, für andere ein Kind zur Welt zu bringen.⁸⁹ Die Leihmutterschaft kann nicht schon wegen ihres Inhalts an sich als menschenwürdewidrig verurteilt werden.

Menschenwürdewidrig kann die Leihmutterschaft aber durch besondere Umstände, unter denen sie stattfindet, werden. Insbesondere ist hier an eine Kommerzialisierung des Gebärens zu denken, die in der Tat unbedingt verhindert werden sollte. Dieser Gefahr kann man indes beikommen, indem man Verträge untersagt, die ein Entgelt – und nicht nur Aufwendungsersatz – für die Leihmutterschaft versprechen.⁹⁰ Der Leihmutterschaft wird ein Großteil ihres problematischen Charakters genommen, wenn das die Leihmutterschaft zulassende und regelnde ausländische Recht gewährleistet, dass die Leihmutter freiwillig entscheiden kann, ob sie das Kind austragen und sodann ob sie es herausgeben⁹¹ möchte.⁹² Denn dann ist die Situation der einer Adoption nach deutschem Recht vergleichbar.⁹³ Dass eine Frau ihr Kind endgültig an Dritte abgibt, ist bei der Adoption bekannt und akzeptiert.⁹⁴ Eine bindende Zustimmung zur Adoption kann aber erst acht Wochen nach der Geburt gegeben werden⁹⁵ – ähnliche Maßstäbe wären auch bei der Überprüfung der ausländischen Leihmutterschaft sinnvoll.

b. Menschenwürde des Kindes

In Bezug auf das Kind und einen etwaigen Menschenwürdeverstoß stellt sich die Frage, wessen Würde verletzt sein soll? Würde das Kind ohne die Würdeverletzung nicht geboren, dann gäbe es keinen Träger der (verletzten) Würde.⁹⁶ Es gibt kein Recht, nicht geboren zu werden; menschenwürdewidrig kann das Gezeugt- und Geborenwerden an sich nicht sein.⁹⁷ Konkrete rechtliche Vorgaben für einen menschenwürdigen Zeugungsakt können der Verfassung nicht

⁸⁹ In relativ weitem Umfang sogar gegenüber und zuungunsten des ungeborenen Lebens (§ 218a StGB); *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 95.

⁹⁰ Siehe *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 95.

⁹¹ *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 95.

⁹² BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 48

⁹³ BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 49. Anders noch BT-Drucks. 11/4151 S. 7, die einen entscheidenden Unterschied darin sehen, dass bei der Leihmutterschaft vor Zeugung eine entsprechende Abrede getroffen wird. Dazu zutreffend *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 95: Dass das Kind in dem Bewusstsein gezeugt wird, dass es später an Dritte abgegeben werden soll, macht die Situation nicht menschenwürdewidrig: Schließlich kommt es oft genug vor, dass Geschlechtsverkehr mit dem Risiko der Schwangerschaft und dem bedingten Vorsatz zum Schwangerschaftsabbruch ausgeübt wird; entschließt sich die so schwanger gewordene Frau stattdessen zur Freigabe des Kindes zur Adoption, wird darin sicherlich keine Menschenwürdeverletzung erblickt werden.

⁹⁴ *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 95.

⁹⁵ § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB.

⁹⁶ *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 96.

⁹⁷ *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 96.

entnommen werden - jeder Mensch muss sein Leben grundsätzlich so hinnehmen, wie es ihm geschenkt wurde.⁹⁸

c. Kindeswohlaspekte

Besondere Betonung findet in der Entscheidung des BGH vom 10.12. wie auch in zwei aktuellen Entscheidungen des EuGHMR – und das ist in dieser Form neu – die überragende Bedeutung des Kindeswohls in der *ordre public*-Gesamtabwägung⁹⁹. Es ist in Deutschland und international völlig anerkannt und unstrittig, dass das Kindeswohl das oberste Leitprinzip in allen das Kind betreffenden Rechtsfragen zu sein hat. Dieses Prinzip ist im einfachen Recht ebenso verankert wie auf Grundgesetzebene und in internationalen und supranationalen Texten.¹⁰⁰

Die Problematik wäre nicht so komplex, wenn das Kindeswohl nicht in beide Richtungen fruchtbar gemacht werden könnte: Die Gegner der rechtlichen Elternschaft von Wunscheltern weisen darauf hin, dass durch die Schwangerschaft und die Geburt zwischen Gebärender und Kind eine körperliche und psychosoziale Beziehung entstehen soll, die nicht richtig zustandekommen könne, wenn Schwangerschaft als eine Art Dienstleistung verstanden würde¹⁰¹ oder die, wenn das Kind von der Gebärenden getrennt wird, zu einem schweren Bindungsverlust führt.¹⁰² Interessanterweise wird dies zwar immer wieder in den Gesetzgebungsmaterialien wiederholt, aber gibt es wohl kaum medizinische Belege dafür. Daher vertreten einige, und ich hege eine gewisse Sympathie für diese Position, dass man die psychologische Bedeutung der „Bauch“-Mutterschaft nicht ignorieren, aber auch nicht zu stark überhöhen sollte.¹⁰³ Einigkeit dürfte jedenfalls darüber bestehen, dass die durch Schwangerschaft und Geburt geschaffene Verbindung zum Kind in ihrer Bedeutung mittel- und langfristig nicht an die des genetischen Materials heranreicht.¹⁰⁴

Das Kindeswohl streitet stärker für eine Zuordnung zu den Wunscheltern: Denn es wird verletzt, wenn einem Kind die abstammungsrechtliche Zuordnung zu einem Wunschelternteil verweigert wird und dann dieser Wunschelternteil nicht zum Wohl und zum Schutz des Kindes Elternverantwortung übernehmen kann.¹⁰⁵ In ähnlicher Weise wirkt Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privatlebens schützt: Die Achtung des Privatlebens schließt das Recht des Kindes mit ein, eine rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können.¹⁰⁶ Dies stellte der EuGHMR letzten Sommer in den Entscheidungen *Menneson* und *Labassee* fest. Dass das Kind – wie im Fall des BGH – bereits einem Wunschelternteil rechtlich zugeordnet ist, genügt nicht. Denn der „Normalfall“ ist die Zuordnung eines Kindes zu zwei Eltern. Daher kann das

⁹⁸ *Coester-Waltjen*, in: Frandsen/Huffmann/Kuhn (Hrsg.), *Frauen in Wissenschaft und Politik: Festgabe Deutscher Akademikerinnenbund*, 1987, S. 130, 137 m.w.N.

⁹⁹ Dazu *Coester-Waltjen*, FF 2015, im Erscheinen; BGH, 10.12.2014.

¹⁰⁰ §§ 1697a BGB; Art. 6 II GG, Art. 24 EU-GRC, Art. 3 UN-KRK; BGH, 10.12.2014, Rn. 41.

¹⁰¹ Siehe BT-Drucks. 13/4899 S. 82; BT-Drucks. 11/4154 S. 6.

¹⁰² Siehe m.w.N. *Kaiser*, in: FS Brudermüller, 357, 362.

¹⁰³ *Kaiser*, in: FS Brudermüller, 357, 362. Dies erwähnt sogar der BGH, auch wenn er sich dieser Position nicht anschließt.

¹⁰⁴ *Coester-Waltjen*, *Gentechnologie - Zivilrechtliche Probleme außerhalb der Haftungsfragen*, 16. Bitburger Gespräche 1986, S. 93, 100.

¹⁰⁵ BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 41; BVerfG FamRZ 2013, 521 Rn. 44 f.; Britz JZ 2014, 1069, 1071.

¹⁰⁶ EuGHMR *Menneson* und *Labassee* sowie BGH Rn. 42.

Kindeswohl verlangen, dass das Kind auch einem zweiten Elternteil rechtlich zugewiesen wird.¹⁰⁷ Dafür ist es nicht ausreichend, wenn das Kind qua § 1591 BGB der Leihmutter zugewiesen wird: Denn dieses Verwandtschaftsverhältnis würde im Geburtsland des Kindes (das die Wunscheltern für die Eltern hält) nicht anerkannt und es entstünde ein sog. hinkendes Verwandtschaftsverhältnis, das für das Kind mit erheblichen praktischen Nachteilen verbunden wäre.¹⁰⁸

In widrigen Fällen kann es sich sogar ergeben, dass das Kind ohne Anerkennung der ausländischen Statusentscheidung staatenlos würde – wenn zwei *ius sanguinis*-Rechtsordnungen aufeinandertreffen (also solche, die ihre Staatsangehörigkeit den Abkömmlingen von eigenen Staatsangehörigen verleihen) und beide betroffenen Staaten jeweils zwei Angehörige des anderen Staates für die rechtlichen Eltern halten¹⁰⁹ – ein Ergebnis, das dem Kindeswohl eklatant widersprechen würde.

d. Konterkariierung der generalpräventiven Zwecksetzung des Leihmutterverbots

Die Vertreter der *ordre public*-Widrigkeit führen nun aber an, dass es zu gravierenden Widersprüchen innerhalb der Rechtsordnung käme, wenn man einerseits das Verbot der Leihmutterchaft aufrecht erhält, andererseits aber im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften gewisse statusrechtliche Wirkungen zuerkennt.¹¹⁰ Man würde damit Praktiken erleichtern, die man gleichzeitig als menschenwürdevidrig ablehnt.¹¹¹ Mit anderen Worten: Der Staat könne nicht einerseits auf seinem Territorium bestimmte Zeugungsmethoden verbieten, aber gleichzeitig durch die Anerkennung der Folgen dieser Zeugungsmethoden Anreize für die eigenen Bürger setzen, im Ausland Leihmutterchaften durchführen zu lassen.¹¹²

Die Gegner der *ordre public*-Widrigkeit führen an, dass mit einer Entscheidung über die Eltern-Kind-Zuordnung kein Urteil über die Erwünschtheit oder Unerwünschtheit von Leihmutterchaft getroffen.¹¹³ Die Leihmutterchaft könne aus guten Gründen verboten bleiben, aber wenn einmal gegen das Leihmutterchaftsverbot verstoßen worden sei und dadurch ein Kind auf die Welt gekommen sei, dann dürfe man nicht das Kind dafür büßen lassen. Regelmäßig sei dem Wohl des Kindes am besten damit gedient, wenn es von den Wunscheltern großgezogen werden könne. Wir sehen: Die Befürworter der *ordre public*-Widrigkeit werfen den Gegnern vor, die Stellung heutiger Leihmutterchaftskinder zulasten der Prävention künftiger Leihmutterchaften zu verbessern; die Gegner der *ordre public*-Widrigkeit werfen den

¹⁰⁷ BGH Rn. 56; EuGHMR Menneson Rn. 96; BVerfG FamRZ 2013, 521 Rn. 44; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. § 48 Rn. 9.

¹⁰⁸ BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 56.

¹⁰⁹ So im Fall des AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994 bei einer Leihmutterchaft in der Ukraine und einer ukrainischen Statusentscheidung, die die deutschen Wunscheltern zu rechtlichen Eltern erklärte.

¹¹⁰ Aus der Studie des Conseil d'Etat zur Novellierung der Bioethik-Gesetze, 9.4.2009, zitiert vom EuGHMR, 5. Sektion, Rs. Labassee gegen Frankreich, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 28.

¹¹¹ Aus der Studie des Conseil d'Etat zur Novellierung der Bioethik-Gesetze, 9.4.2009, zitiert vom EuGHMR, 5. Sektion, Rs. Labassee gegen Frankreich, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 28.

¹¹² Siehe etwa EuGHMR, 5. Sektion, Rs. Labassee gegen Frankreich, Beschwerde Nr. 65941/11, Urt. v. 26.6.2014, Rn. 54.

¹¹³ Coester-Waltjen, in: Frandsen/Huffmann/Kuhn (Hrsg.), Frauen in Wissenschaft und Politik: Festgabe Deutscher Akademikerinnenbund, 1987, S. 130, 139 m.w.N.

Befürwortern vor Leihmutterchaftsprävention auf dem Rücken der heutigen Leihmutterkinder zu betreiben.¹¹⁴ So verfahren die Diskussionslage hier scheint und so Recht die Verfechter der Generalprävention auch im Prinzip haben mögen, so deutlich muss doch sein, dass hier letztlich das Wohl eines konkreten, bereits geborenen Kindes stets die Oberhand über generalpräventive Überlegungen gewinnen muss. Und dem schließt sich der BGH explizit an.¹¹⁵

e. Die Bedeutung genetischer Verwandtschaft

Der BGH knüpft seine Ausführungen eng und explizit an den Umstand, dass *einer* der Wunschelternteile mit dem Kind genetisch verwandt ist. Fraglich wird daher sein, welche Auswirkungen die Entscheidung auf die künftige Beurteilung der¹¹⁶ Leihmutterchaftsfälle mit genetisch nicht verwandten Wunscheltern (Szenario 5)¹¹⁷. Ist in solchen Fällen die Verbindung mit den Wunscheltern stark genug, um die rechtliche Elternschaft zu rechtfertigen? Diese Verbindung wird gespeist durch i) den subjektiven Wunsch der Wunscheltern, durch ii) den abgeschlossenen Leihmutterchaftsvertrag und schließlich iii) durch die Zeit, die sie bislang mit dem Kind verbracht haben. Das ist nicht allzu viel. Aber immerhin kann sich hier durch die Zeit mit dem Kind und die Übernahme tatsächlicher Verantwortung eine gewisse soziale Elternschaft entwickelt haben, die positiv in die Abwägung einzustellen ist.

Ferner mag, wie oben angedeutet, die psycho-soziale schwangerschaftsbedingte Verbindung des Kindes zur Leihmutter vielleicht nicht überragend stark sein, insbesondere nicht von Seiten des Kindes und insbesondere dann nicht wenn das Kind mit der Leihmutter nicht genetisch verwandt ist oder wenn die Leihmutter (und/oder ihr Ehemann) gar kein eigenes Kind oder weiteres eigenes Kind wollte und/oder wenn der Leihmutter die wirtschaftlichen Mittel für ein weiteres eigenes Kind fehlen.

Interessanterweise kam es dem BGH überhaupt nicht darauf an, dass die genetische Verwandtschaft mit dem Wunschelternteil bestand, dessen rechtliche Elternstellung eventuell ordre public-widrig war: Denn hier war ja gerade nur der anerkennende und damit qua § 1592 Nr. 2 unproblematisch als Vater anzusehende Lebenspartner der genetische Vater des Kindes.¹¹⁸ Es genügte also dem BGH, dass irgendeiner der Wunschelternteile mit dem Kind genetisch verwandt war. Zweitens klammert der BGH aus seinen vorstehenden Erwägungen den Fall aus, dass die Leihmutter genetisch mit dem Kind verwandt ist.^{119, 120} Diesen Fall wird man nicht generell in bestimmter Weise bewerten können. Maßgeblich dürften wiederum die Freiwilligkeit der Herausgabe auf Seiten der Leihmutter sein – auch bei der Adoption besteht genetische Verwandtschaft von Mutter und Kind – sowie, inwiefern genetische und soziale Elternschaft der Wunscheltern gegeben sind.

¹¹⁴ So richtig *Engel*, 558.

¹¹⁵ Dies stellt der BGH zu Recht in aller Deutlichkeit klar: BGH XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 56.

¹¹⁶ Explizit ausgeklammerten, BGH, Urt. v. 10.12.2014, Rn. 34, 54.

¹¹⁷ Dazu *Coester-Waltjen*, FF 2015, im Erscheinen

¹¹⁸ BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 2.

¹¹⁹ Wie im obigen Szenario 3.

¹²⁰ BGH, XII ZB 463/13, 10.12.2014, Rn. 53.

III. Bestimmung der Elternschaft ohne (anerkennungsfähige) ausländische Statusentscheidung

1. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Ausland, ordre public-Vorbehalt

In denjenigen Fallkonstellationen, in denen entweder gar keine Statusentscheidung aus der ausländischen Rechtsordnung vorliegt – sondern beispielsweise je nach den Vorgaben des ausländischen Rechts nur eine Registereintragung oder eine Geburtsurkunde – oder in Fällen, in denen sie wegen ordre public-Widrigkeit nicht anzuerkennen ist, ist aus deutscher Perspektive das deutsche Kollisionsrecht zu befragen, welches materielle Recht – deutsches oder ausländisches – auf die Frage nach der Abstammung des Kindes anzuwenden ist.

Das auf die Abstammung anwendbare Recht ist – grob gesagt, um eine komplizierte Norm etwas abzukürzen (Art. 19 EGBGB) – das Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und alternativ auch das jeweilige Heimatrecht der Elternteile. Sind beide Eltern deutsche Staatsangehörige, kann sich also ein anderes als deutsches Abstammungsrecht nur aus einem entsprechenden gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Ausland ergeben. Gesetzt den Fall, man bejaht einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Geburtsland, so ist das Recht des Geburtslandes zu befragen, wie es die Abstammung des Kindes regelt. Handelt es sich um einen die Leihmutterchaft zulassenden und regulierenden Staat, so wird sein Recht typischerweise auch vorsehen, dass die Wunscheltern die rechtlichen Eltern werden können.

Bevor dieses Recht für die deutschen Behörden maßgeblich ist, ist allerdings wiederum die Frage nach dem Verstoß gegen den *ordre public* zu stellen.¹²¹ Dieses Mal in einer leicht anderen Variante: War oben noch zu fragen, ob die Zuerkennung von Wirkungen zugunsten einer ausländischen Entscheidung den ordre public verletzt (sog. *anerkennungsrechtlicher ordre public*), so geht es hier darum, ob die Anwendung des ausländischen Rechts durch den deutschen Richter die öffentliche Ordnung verletzt (sog. *kollisionsrechtlicher ordre public*). Der kollisionsrechtliche ordre public ist grundsätzlich etwas strenger als der anerkennungsrechtliche. Daher ist nicht völlig klar, ob die Entscheidung des BGH vom Dezember auch eine Neubewertung bei der Prüfung entsprechender Fälle im Rahmen des kollisionsrechtlichen *ordre public* zeitigen kann¹²². Nach hier vertretener Ansicht dürfte dies angesichts der Stärke der gegen die ordre public-Widrigkeit sprechenden Gründe geboten sein. Denn insgesamt gilt der kollisionsrechtliche ordre public zwar als strenger, grundlegend andere Überlegungen als im anerkennungsrechtlichen ordre public sind in ihm aber nicht anzustellen.¹²³ Insbesondere wird auch hier das Kindeswohl fürderhin eine ganz hervorgehobene Rolle spielen, so dass es gegenüber der vom BGH beurteilten Situation abweichender besonderer Umstände bedarf, um den Wunscheltern die Elternstellung zu verweigern.

2. Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Inland, § 1591 BGB

Gelangt man indes zu dem Ergebnis, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat so ist auf die Frage der Abstammung deutsches materielles Recht anzuwenden und wir sind daher zwingend an die oben dargestellten Regeln der §§ 1591 ff. BGB gebunden.

¹²¹ Art. 6 EGBGB

¹²² Dies bejahend Helms, FamRZ 2015, 245, 246.

¹²³ Ebenso Coester-Waltjen, Problems of Transnational Surrogacy Arrangements, III.3.

Dann ist also selbst im ersten Leihmutterschaftsszenario, wenn vollständige genetische Verwandtschaft der Wunscheltern besteht¹²⁴, keines der Wunschelternteile als rechtliches Elternteil des Kindes anzusehen.

3. Fazit

Der Vergleich der Resultate je nach gewöhnlichem Aufenthalt hat gezeigt, dass es für die abstammungsrechtliche Beurteilung häufig günstiger sein wird, wenn das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland begründet. Viele namhafte Autoren möchten dieses Ergebnis dadurch erreichen, dass sie den gewöhnlichen Aufenthalt des Neugeborenen nicht bei der betreuenden Person, sondern im Geburtsland verorten.¹²⁵ Ich halte das für ein wenig problematisch. Wenn man hier zu stark ergebnisorientiert vorgeht, läuft man Gefahr, die Grundstrukturen des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zu verzerren. Verortet man mit der wohl noch vorherrschenden Meinung den gewöhnlichen Aufenthalt des Neugeborenen bei den Wunscheltern, ist es *abstammungsrechtlich* also günstiger, wenn das Kind in der ersten Zeit seines Lebens monatelang, wenn nicht länger, außerhalb Deutschlands im Herkunftsland der Leihmutter wohnt, in einer Art Schwebezustand, vielleicht von den Wunscheltern nur teilweise betreut, vielleicht in einer ansonsten aus unserer Sicht nicht abzuschätzenden Betreuungssituation, daher vielleicht unter schwierigen Lebensbedingungen¹²⁶ und jedenfalls fern von dem Heim der Wunscheltern, das schon so lange sehnheldest auf es wartet. Dieser Schwebezustand wird in aller Regel dem Kindeswohl alles andere als zuträglich sein. Dieser Widerspruch ist, vertritt man nicht den oben dargestellten Sonderweg im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Neugeborenen, nach geltendem Recht kaum aufzulösen.

Es hat sich gezeigt, dass die Frage nach der Abstammung bei grenzüberschreitenden Leihmutterschaftsfällen rechtlich höchst facettenreich ist und dass diese Facetten leider allzu oft kein kohärentes widerspruchsfreies Bild ergeben. Zufälligkeiten wie das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer gerichtlichen Statusentscheidung und wie die Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts bei Säuglingen und Kleinkindern und oder wie der Familienstand der Leihmutter sind entscheidender als Sachargumente.

IV. Zukunftsperspektiven

Zu oft wurde in der Vergangenheit das Kindeswohl im konkreten Fall aus wohl überwiegend generalpräventiven Gründen zurückgedrängt. Das Urteil des BGH vom Dezember 2014 hat einen wichtigen Schritt unternommen, um dem Kindeswohl in diesen Problemlagen einen besseren Platz einzuräumen, aber es ist noch ein weiter Weg zu gehen, der nicht ganz ohne den Gesetzgeber beschritten werden kann.

Die vom BGH vorgezeichnete Fortschreibung der Entwicklung von Literatur und Rechtsprechung genügt zwar dort, wo der Knackpunkt die *ordre public*-Auslegung ist, also bei der Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen oder bei der Anwendung ausländischen

¹²⁴ So etwa im Fall des AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994.

¹²⁵ So *Coester-Waltjen*, FF 2015, Heft 5; *dies.*, Problems of Transnational Surrogacy Arrangements, III.2. m.w.N. (Siehr, Heiderhoff, Dethloff).

¹²⁶ *Engel* 553

Abstammungsrechts. Aber legislatives Handeln ist erforderlich, wenn wir aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Deutschland das deutsche Abstammungsrecht anwenden – hier hilft wie gesehen auch keine neuartige Auslegung mehr.

Legislatives Handeln muss keineswegs innerstaatliche Legalisierung der Leihmutterschaft bedeuten, obwohl – wie das kalifornische Beispiel ebenso wie das einiger europäischer Nachbarn zeigt – auch dies durchaus im Bereich des Denkbaren liegt.¹²⁷ Als milderen und konsensfähigeren Eingriff in das deutsche System ließe sich auch die parental orders des englischen Rechts überlegen. Anders als hier sind zwar Leihmutterschaften dort grundsätzlich möglich, wegen zahlreicher Restriktionen wird aber dennoch von vielen Briten auf die grenzüberschreitende Leihmutterschaft zurückgegriffen. Wenn es um die statusrechtliche Anerkennung der im Ausland durch Leihmutterschaft geborenen Kinder geht, wird vom englischen Familiengericht eine sog. parental order erlassen, die bei klarem und offensichtlichem Verstoß gegen die öffentliche Ordnung verweigert werden kann. Angesichts der hohen Hürden werden die parental orders praktisch stets gewährt. Möglicherweise ist ein derartiges System – bestehend aus i) gerichtlicher Kontrolle, ii) Regel-Ausnahme-System zugunsten der Elternstellung der Wunscheltern, iii) Gleichbehandlung der bislang über die Entscheidungsanerkennung, den kollisionsrechtlichen ordre public und das deutsche materielle Recht gelösten Fälle – auch in Deutschland eine praktikable und den Kindesinteressen adäquate Lösung.

D. Schluss

Ziel des Vorstehenden war, einen Teil des Facettenreichtums der sich im Bereich der Samenspende und Leihmutterschaft stellenden materiell- und kollisionsrechtlichen Probleme aufzuzeigen. Neue Lösungen scheinen zum Teil erforderlich, einfache sind kaum ersichtlich. Ich freue mich darauf, diese und andere Fragen mit Ihnen im Laufe der Diskussion heute abend und im September zu diskutieren.

¹²⁷ Dafür etwa *Kaiser*, FS Bruder Müller, S. 357 (364 f.); dafür auch (in Anlehnung an das griechische Beispiel) *Coester-Waltjen*, Problems of Transnational Surrogacy Arrangements, April 2015, sub V.