



Hochschule für  
Wirtschaft und Recht Berlin  
Berlin School of Economics and Law

Fachbereich Rechtspflege

# Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterschaft

Autorin: Vivian Götze

Herausgeber des Titels: Prof. Dr. Anastasia Baetge

Nr. 03/2015

Herausgeber der Reihe: Dekan Fachbereich Rechtspflege

# **Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterschaft**

## **Diplomarbeit**

**an der Hochschule für Wirtschaft und Rech in Berlin**

**Fachbereich Rechtspflege**

**im Fach: Internationales Privatrecht**

**vorgelegt von: Götze, Vivian**

**Einstellungsjahrgang: 2011**

**Prüfungsjahrgang: 2014**

**Erstprüferin: Prof. Dr. Anastasia Baetge**

**Zweitprüferin: Prof. Dr. Jutta Müller-Lukoschek**

**vorgelegt am: 31.03.2015**

## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	3
II. Die Leihmutterschaft im deutschen Recht	5
1) Die Eizellenspende und der Embryonentransfer	5
2) Die Leihmutterschaft	6
a) Bezeichnung der Beteiligten	7
b) Formen der Leihmutterschaft	7
aa) Die Tragemutter	8
bb) Ersatzmutterschaft	8
3) Rechtliche Stellung des Vaters	9
III. Die Leihmutterschaft in anderen Rechtsordnungen	10
1) Griechenland	10
2) Ukraine	11
3) Kalifornien	11
4) Leihmutterschaftsfeindliche Rechtsordnungen	12
IV. Kollisionsrechtliche Betrachtung der Leihmutterschaft	14
1) Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Entscheidung	14
a) Anerkennung einer Registrierung im Geburtenregister	15
b) Anerkennung einer gerichtlichen Entscheidung	16
c) Anerkennungshindernisse	17
aa) Internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts	17
bb) Verletzung des rechtlichen Gehörs	18
cc) Unvereinbarkeit mit einer anderen Entscheidung oder einem anderen Verfahren	18
dd) Ordre public-Verstoß	19
d) Zwischenergebnis	29
2) Kollisionsrechtliche Prüfung	30
a) Abstammungsstatut	30
aa) Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes	31
bb) Staatsangehörigkeit der Eltern	33

cc) Ehwirkungsstatut	34
b) Ordre public-Kontrolle	34
c) Zwischenergebnis	37
3) Adoption als letzte Lösung	37
V. Ergebnis	39
Literaturverzeichnis	40
Entscheidungsverzeichnis	41
Abkürzungsverzeichnis	42

## **I. Einleitung**

Die Leihmutterschaft scheint ein eher aktuelles Thema zu sein, dabei findet man die ersten Leihmutterschaften bereits in der Bibel.<sup>1</sup> Konnte die Frau keine Kinder gebären, so überließ sie dem Mann die Sklavin, die dann den Kinderwunsch erfüllen sollte. Die Befruchtung erfolgte zu dieser Zeit noch auf natürlichem Wege.

Mit dem medizinischen Fortschritt in den achtziger Jahren wurde auch der Weg für die Reproduktionsmedizin geebnet. Zunächst wurden nur Ersatzmutterschaften unter Zuhilfenahme von reproduktionsmedizinischen Maßnahmen durchgeführt. Die erste Ersatzmutterschaft in Deutschland erfolgte 1981. Doch durch den weiteren Fortschritt in der Reproduktionsmedizin hat sich die Praxis schnell über die Ersatzmutterschaft hinaus entwickelt und die ersten Leihmutterschaften wurden durchgeführt. 1985 wurde die erste Leihmutterschaft in den USA vermeldet. Ende der achtziger Jahre wurde durch die Vereinfachung der Eizellenspende ein bedeutender Schritt hin zur Leihmutterschaft getan. Etwa zu dieser Zeit bezog der deutsche Gesetzgeber durch entsprechende Regelungen im AdVerMiG und dem ESchG eine klare Stellungnahme gegen Leih- und Ersatzmutterschaft, abschließend 1998 mit der Einführung des § 1591 BGB in der heutigen Fassung. Die Fälle der Leihmutterschaft nahmen hierzulande damit deutlich ab. In anderen Staaten wurde die Leihmutterschaft weiter vollzogen mit steigender Tendenz. Auch wenn es eher ein Randphänomen bleibt, sind gerade in den letzten zehn Jahren die Fälle der Leihmutterschaften international deutlich gestiegen.<sup>2</sup>

Doch mit diesen neuen Möglichkeiten sind Juristen vor neue Probleme gestellt, ob die neue medizinische Möglichkeit der Leihmutterschaft und die anderen reproduktionsmedizinischen Maßnahmen zulässig sind. Durch die Globalisierung kam der sogenannte "Reproduktionstourismus"<sup>3</sup> auf, kinderlose Paare führten Leihmutterschaften im Ausland durch, wo die Leihmutterschaft teilweise erlaubt ist. Damit nahmen die Probleme im internationalen Rechtsverkehr zu.<sup>4</sup>

---

1 Die Bibel, Altes Testament, Erste Buch Mose Gen. 16; Erste Buch Mose Gen. 30,1-8; Erste Buch Mose Gen. 30, 9-13.

2 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 28-30.

3 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 10.

4 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 10, 11.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der deutschen Rechtslage zur Leihmutterschaft und gibt einem kleinen Überblick über die Leihmutterschaft in anderen Ländern um dann die kollisionsrechtlichen Probleme der Anerkennung bzw. Feststellung der Abstammung eines Kindes im Fall einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft zu betrachten

## **II. Die Leihmutterschaft im deutschen Recht**

"Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat."<sup>5</sup> So ist der Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Mutterschaft. Lediglich durch eine Adoption gibt es gemäß §§ 1741 ff. BGB eine weitere Möglichkeit ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis zu schaffen.

Die rechtliche Zuordnung eines Kindes zu seiner Mutter erfolgt grundsätzlich durch die Geburt, es bedarf keines weiteren Aktes wie beispielsweise einer Anerkennung des Kindes durch die Mutter wie es früher in den Staaten des romanischen Rechtskreises notwendig war.<sup>6</sup>

Hat der Mann keine gesunden Samenzellen oder gelingt die natürliche Befruchtung nicht, ist dies kein Problem. Die Samenspende und die künstliche Befruchtung der eigenen Eizellen sind in Deutschland zulässig (vgl. ESchG). Genetische und rechtliche Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat. Die Vaterschaft begründet sich nach § 1592 BGB. Doch was ist, wenn eine Frau ein Kind nicht selbst austragen kann, keine gesunden Eizellen hat und eine Adoption nicht erfolgreich ist.

### **1) Die Eizellenspende und der Embryonentransfer**

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 ESchG ist es verboten einer Frau eine fremde, unbefruchtete Eizelle oder ein Embryo einzusetzen sowie eine Eizelle künstlich zu einem anderen Zweck zu befruchten, als eine Schwangerschaft bei der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Ein Verstoß wird gemäß § 1 ESchG strafrechtlich verfolgt. Straffrei bleiben dabei gemäß § 1 Abs. 4 ESchG jedoch die Frau, der die Eizelle bzw. das Embryo entnommen wurde, sowie die Frau, der die Eizelle oder der Embryo eingesetzt wurde. Lässt eine Frau sich eine fremde, unbefruchtete Eizelle oder einen Embryo einsetzen von einem inländischen Arzt, der gegen das ESchG verstößt oder gegebenenfalls im Ausland, wo die Eizellenspende oder der Embryonentransfer legal ist, bleibt sie nach deutschem Recht unbestraft. Bringt sie anschließend in Deutschland ein Kind zur Welt, tritt durch § 1591 BGB

---

5 § 1591 BGB.

6 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 8.

die gewünschte Rechtsfolge ein, dass die Frau Mutter des Kindes ist.<sup>7</sup> Eine Vaterschaft begründet sich auch hier nach § 1592 BGB.

## **2) Die Leihmutterschaft**

Für einige Paare ist jedoch eine Leihmutterschaft die einzige Möglichkeit, genetisch zumindest teilweise von ihnen abstammende Kinder zu bekommen. Einzelne Schicksale werden immer wieder öffentlich, in denen eine Leihmutterschaft den Kinderwunsch von Paaren erfüllt.<sup>8</sup>

Ein direktes Verbot der Leihmutterschaft gibt es in Deutschland nicht. Durch § 1591 BGB wird einem Kind rechtlich immer der gebärenden Frau als Mutter zugeordnet. Des Weiteren verbietet § 1 ESchG und dabei explizit § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG jede reproduktionsmedizinische Maßnahme, die die Leihmutterschaft unterstützt. Strafrechtlich verfolgt wird jedoch nur der Arzt, der die reproduktionsmedizinische Maßnahme durchführt. Straffrei bleiben gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG die das Kind austragende Frau und die Dritten, denen es überlassen werden soll. Damit sind notwendige Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen unter Strafe gestellt. Es scheint wenig plausibel eine Teilnahmehandlung unter Strafe zu stellen, wenn die Handlung selbst erlaubt ist. Die Leihmutterschaft kann dadurch indirekt als verboten angesehen werden.<sup>9</sup>

Obwohl das deutsche Recht eine Leihmutterschaft nicht zulässt, regeln die §§ 13a-d AdVermiG die Ersatzmutterschaft. Das Vermitteln und Zusammenführen der Ersatzmutter und der Bestelletern ist gemäß §§ 13 b, c AdVermiG untersagt. Des Weiteren ist es gemäß § 13 d AdVermiG auch untersagt eine Ersatzmutter oder Bestelletern mittels öffentlicher Erklärungen zu suchen oder anzubieten. § 13 d AdVermiG weist insbesondere auf Zeitungsanzeigen und Zeitungsberichte hin. Wer eine Ersatzmuttervermittlung betreibt, für eine Ersatzmuttervermittlung einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt, macht sich gemäß § 14 b Abs. 1, 2 AdVermiG strafbar. Die Ersatzmutter und die Bestelletern werden gemäß § 14 b Abs. 3 AdVermiG nicht bestraft.

---

7 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 10.

8 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12 .

9 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 66, 67.

### **a) Bezeichnung der Beteiligten**

Die Bezeichnung der Eltern, die sich ein Kind wünschen, ist nicht einheitlich. Verwendete Bezeichnungen sind Wunscheltern<sup>10</sup> und Bestelleltern, wobei § 13 b AdVermiG Bestelleltern als Legaldefinition angibt, daher wird diese hier verwendet. Als Bezeichnung der austragenden Frau wird Ersatzmutter<sup>11</sup> oder auch Leihmutter<sup>12</sup> verwendet. Da die Ersatzmutter teilweise eine Bezeichnung für eine besondere Form der Leihmutterschaft ist, wird die allgemeinere Bezeichnung der Leihmutter verwendet.

Der Gesetzgeber selbst nutzt für Leihmutterschaften im AdVermiG<sup>13</sup> die Bezeichnung Ersatzmutterschaft, da jedoch sowohl die Literatur<sup>14</sup> als auch die Rechtsprechung<sup>15</sup> die Bezeichnung der Leihmutterschaft verwendet, wird sich dem hier angeschlossen.

### **b) Formen der Leihmutterschaft**

Es gibt verschiedene Formen der Leihmutterschaft. Es gibt die Tragemutter, die eine mit dem Samen des Bestellvaters befruchtete Eizelle der Bestellmutter austrägt oder Embryonen die mittels Samen- und/ oder Eizellenspende gezeugt wurden und es gibt die übernommene Mutterschaft oder auch Ersatzmutterschaft<sup>16</sup> genannt, bei der die Leihmutter eine mit dem Samen des Bestellvaters befruchtete eigene Eizelle austrägt.<sup>17</sup> In beiden Fällen gibt es in der Regel eine Vereinbarung, auf Grund derer die Leihmutter das Kind den Bestelleltern zur Annahme oder zur dauerhaften Aufnahme überlässt. Eine einheitliche Bezeichnung der Formen der Leihmutterschaft ist nicht vorhanden.

---

10 Beispielsweise verwendet in BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58 ff..

11 Beispielsweise verwendet im AdVermiG, Palandt- Brudermüller, Einf. v. § 1591, Rn. 20 ff..

12 Beispielsweise verwendet in BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14 ff.; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58 ff..

13 § 13 a-d AdVermiG.

14 Beispielsweise Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14 ff.; MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 11.

15 Beispielsweise BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12 .

16 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 12.

17 Palandt- Brudermüller, Einf. v. § 1591, Rn. 20 ff.; MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 11, 12.

### aa) Die Tragemutter

Bei der Tragemutter ist die gebärende Frau nicht die genetische Mutter des Kindes. Die rechtliche Zuordnung zu der genetischen Mutter oder den Bestelleltern kann nur im Wege der Adoption erfolgen. Problematisch wird es erst, wenn die Leihmutter als rechtliche Mutter gemäß § 1591 BGB das Kind nicht an die Bestelleltern herausgeben möchte beziehungsweise es nicht zur Adoption freigibt. Eine Vereinbarung zwischen der Leihmutter und den Bestelleltern, dass die Leihmutter ein Kind für die Bestelleltern austrägt und nach der Geburt das Kind diesen zur Annahme oder zur dauerhaften Aufnahme überlässt, ist sittenwidrig. Sie missachtet die durch Art. 6 GG geschützte Eltern-Kind-Verbindung. Eine solche sittenwidrige Vereinbarung ist daher gemäß § 138 BGB nichtig.<sup>18</sup> Die Bestelleltern haben auf Grund dessen keinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes. Auch ein Schadensersatzanspruch besteht nicht.<sup>19</sup>

Wird das Kind durch die Leihmutter zur Adoption freigegeben, gibt es jedoch keine Garantie, dass die Bestelleltern das Kind adoptieren können. Insbesondere kann die Adoption an § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern. Die Annahme des Kindes soll im Fall der Leihmutterschaft nur erfolgen, wenn die Annahme zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Dies ist eine hohe Anforderung und ist in der Regel nur zu erfüllen, wenn das Kind nach der Herausgabe durch die Leihmutter an die Bestelleltern schon länger mit diesen zusammen lebt und eine gute soziale Bindung aufgebaut hat.<sup>20</sup>

Problematisch ist auch der Fall in dem die Bestelleltern nach der Geburt des Kindes nicht mehr bereit sind, dieses anzunehmen oder gar zu sich zu nehmen. Die Leihmutter kann das Kind als rechtliche Mutter zur Adoption freigeben, aber sie hat keinen Anspruch darauf, dass die Bestelleltern das Kind zu sich nehmen.<sup>21</sup>

### bb) Ersatzmutterschaft

Bei der Ersatzmutterschaft ist die genetische und die rechtliche Mutter identisch. Wenn die Leihmutter sich an die mit den Bestelleltern getroffene Vereinbarung hält und das Kind an die Bestelleltern herausgibt, kann eine rechtliche Zuordnung des

---

18 Palandt- Ellenberger, § 138, Rn.48.

19 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 11.

20 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 11.

21 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 11.

Kindes zu den Bestelletern nur im Wege der Adoption erfolgen.<sup>22</sup> Auch hier gilt, dass eine Vereinbarung zwischen den Bestelletern und der Leihmutter, die die Überlassung des Kindes zur Annahme oder dauerhaften Aufnahme regelt, sittenwidrig ist. Es wird auch in diesem Fall das geschützte Eltern-Kind-Verhältnis missachtet. Eine solche Vereinbarung ist gemäß § 138 BGB sittenwidrig.<sup>23</sup> Auch in diesem Fall haben die Bestelletern keinen Anspruch auf Herausgabe des Kindes und die Leihmutter hat keinen Anspruch auf Übernahme des Kindes.

### **3) Rechtliche Stellung des Vaters bei einer Leihmutterschaft**

Der genetische Vater kann durch eine Vaterschaftsanerkennung leicht die Stellung des rechtlichen Vaters gemäß § 1592 Nr. 2 BGB erlangen. Das Gesetz schreibt jedoch nicht vor, dass der Mann der genetische Vater sein muss. Auch ein genetisch fremder Mann kann die Vaterschaft anerkennen. Die Anerkennung bedarf der Zustimmung der Mutter gemäß § 1595 BGB, in diesem Fall also der Zustimmung der Leihmutter. Die Anerkennung und Zustimmung müssen gemäß § 1597 Abs. 1 BGB öffentlich beurkundet werden.

Ist die Leihmutter jedoch verheiratet, so ist ihr Ehemann rechtlicher Vater des Kindes gemäß § 1592 Nr. 1 BGB. Die Vaterschaftsanerkennung des genetischen Vaters ist gemäß § 1594 Abs. 2 BGB nicht wirksam, solange die Vaterschaft des Ehemannes der Leihmutter besteht. Ist das Kind durch künstliche Befruchtung entstanden, was im Fall der Tragemutter zwingend ist und im Fall der übernommenen Mutterschaft auch regelmäßig vorgenommen wird, so ist der genetische Vater nicht anfechtungsberechtigt gemäß § 1600 BGB. Seine Anfechtungsberechtigung scheidet an der Voraussetzung der eidesstattlichen Versicherung, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Anfechtungsberechtigt sind im Falle der künstlichen Befruchtung lediglich die Leihmutter, ihr Ehemann und auch das Kind.<sup>24</sup> Liegt eine Einwilligung der Leihmutter und ihres Ehemannes zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten vor, so ist eine Anfechtung der Vaterschaft durch diese beiden gemäß § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen ist.

---

22 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 12.

23 Palandt- Ellenberger, § 138, Rn. 48.

24 MünchKom- Wellenhofer, Band 8, § 1591, Rn. 13.

### **III. Die Leihmutterschaft in anderen Rechtsordnungen**

Allein in den 35 Mitgliedstaaten des Europarates ist die Leihmutterschaft in 14 Staaten ausdrücklich verboten, in zehn weiteren ist sie aufgrund allgemeiner Bestimmungen verboten, auch wenn dies teilweise umstritten ist. In vier Mitgliedstaaten ist die Leihmutterschaft toleriert und lediglich in sieben ist sie ausdrücklich gestattet.<sup>25</sup>

Unter bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen ist die Leihmutterschaft in einigen Ländern zugelassen. Die gesetzlichen Bestimmungen sind jedoch in jedem Land unterschiedlich ausgestaltet und unterschiedlich streng. Die Leihmutterschaft ist beispielsweise in einigen Bundesstaaten der USA, der Ukraine, Griechenland, Russland, Großbritannien, Südafrika, Indien, Israel, Australien und noch weiteren Ländern zugelassen.<sup>26</sup>

Es soll folgend nur ein kleiner Überblick über die gesetzlichen Bestimmungen in einigen Ländern gegeben werden, der keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.

#### **1) Griechenland**

Die Leihmutterschaft ist hier nach vorheriger gerichtlicher Erlaubnis zulässig, wenn eine schriftliche, unentgeltliche Vereinbarung zwischen den Bestelletern und der Leihmutter und, falls sie verheiratet ist, ihrem Ehemann vorliegt gemäß Art. 1458 ZGB. Die Erlaubnis wird gemäß Art 1458 Satz 2 ZGB auf Antrag der Bestellmutter erteilt, wenn nachgewiesen ist, dass die Bestellmutter aus medizinischer Sicht nicht in der Lage ist die Schwangerschaft auszutragen und dass die Leihmutter angesichts ihres Gesundheitszustandes tauglich zur Schwangerschaft ist. Weitere Voraussetzung ist, dass die einzupflanzenden befruchteten Eizellen nicht von der Leihmutter stammen. Um einen Leihmutterschaftstourismus nach Griechenland zu vermeiden, bestimmt das Gesetz, dass sowohl die genetische Mutter als auch die Leihmutter ihren Wohnsitz bzw. den gewöhnlichen Aufenthalt in Griechenland haben müssen. Wurde die Schwangerschaft von einer Leihmutter nach den Voraussetzungen des Art. 1458 ZGB ausgetragen, so wird gemäß Art. 1464 Abs. 1 ZGB als Mutter die Frau

---

25 EuGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525, 1525.

26 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 135, 136.

vermutet, der die gerichtliche Erlaubnis erteilt worden ist. Diese Vermutung kann durch eine Mutterschaftsanfechtungsklage innerhalb einer Frist von sechs Monaten widerlegt werden, wenn bewiesen wird, dass das Kind biologisch von der Leihmutter abstammt.<sup>27</sup>

## **2) Ukraine**

In der Ukraine besteht seit Ende 2006 die gesetzliche Möglichkeit der Leihmutterschaft. Diese erfolgt nach Maßgabe von Art. 123 Abs. 2 FamGB. Demnach kann die Leihmutterschaft nur von Ehegatten durchgeführt werden. Die zu übertragende Leibesfrucht muss von dem Ehepaar stammen. Im Fall der Leihmutterschaft gelten, ohne dass zuvor gerichtlichen oder behördlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen überprüft werden müssen, nach Art. 123 Abs. 2 FamGB stets die genetischen Eltern als rechtliche Eltern, die daher auch als solche von den Behörden zu registrieren sind.<sup>28</sup>

## **3) Kalifornien**

In Kalifornien werden die Bestelleltern automatisch rechtliche Eltern. Auch wenn sec 7610 Family Code California das Kind zunächst der "natürlichen" Mutter zuordnet, konnten die Bestelleltern seit jeher in die kalifornische Geburtsurkunde eingetragen werden. Die kalifornische Rechtsprechung bejahte stets in einigen grundlegenden Entscheidungen die Zulässigkeit der Leihmutterschaft, eine gesetzliche Grundlage gab es dazu jedoch nicht. Bereits 1993 hat der Supreme Court entschieden, dass in Fällen der Leihmutterschaft die rechtliche Mutter nicht die Leihmutter sei, sondern die genetische Mutter. Damit gab er der genetischen Verbindung Vorzug gegenüber der Schwangerschaft und der Geburt. 1998 stellte der Supreme Court die Elternschaft eines Paares fest, welches sich der Leihmutterschaft und der Samen- und Eizellenspende bedient hatte. Man stellte auf die intentionale Elternschaft ab. Erst im Jahr 2012 reagierte der kalifornische Gesetzgeber darauf. Mit Einführung vom sec 7962 (f) (1) Family Code California widerlegt nun eine notariell beglaubigte, bei Gericht hinterlegte, Leihmutterschaftsvereinbarung jede Vermutung einer

---

27 Bergmann/ Ferid/ Henrich- Dr. Kastrissios, Griechenland, 199. Lieferung, S. 42, 58, 68.

28 Bergmann/ Ferid/ Henrich- Dr. von Albertini, Ukraine, 197. Lieferung, S. 34, 78; Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 139.

Elternschaft der Leiheltern zugunsten der Bestelleltern. Überdies soll ein Richter nach sec 7962 (f) (2) Family Code California auf Antrag das Eltern-Kind-Verhältnis feststellen. Die Zuordnung des Kindes zu den Bestelleltern mittels deklaratorischen Urteils oder Beschlusses kann auch schon vor der Geburt des Kindes geschehen.<sup>29</sup>

#### **4) Leihmutterschaftsfeindliche Rechtsordnungen**

Es bleibt festzuhalten, dass zwar einige Länder die Leihmutterschaft zulassen, aber die Mehrheit der Rechtsordnungen diese verbietet. Um dies durchzusetzen wird auf mehrere gesetzgeberische Instrumentarien zurückgegriffen, teils durch strafrechtliche Sanktionen, teils die Anordnung der Nichtigkeit von Leihmutterschaftsvereinbarungen und teils eine unverrückbare statusrechtliche Zuordnung des Kindes zur Geburtsmutter. Leihmutterschaften sind beispielsweise in Dänemark, Frankreich, Norwegen, Japan, Österreich, der Schweiz und Spanien verboten. In allen leihmutterschaftsfeindlichen Rechtsordnungen wird das Kind rechtlich der Leihmutter zugeordnet. Oftmals ist dann eine Adoption erforderlich um das Kind statusrechtlich den Bestelleltern zuzuordnen.<sup>30</sup>

Frankreich fuhr bisher eine sehr strenge Linie. Eine spätere statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu den Eltern durch eine Adoption oder eine Vaterschaftsanerkennung wird dort durch das Verbot der Leihmutterschaft ausgeschlossen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wertete dies als Verletzung des Rechts des Kindes auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 EMRK und äußerte, dass der französische Staat in Anbetracht des schweren Eingriffs seinen Ermessensspielraum überschritten hat.<sup>31</sup>

Einige Staaten verzichten bei Fragen der Anerkennung des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses nach fremden Sachrecht mitunter auf die Anwendung des *ordre public*. Das Kindeswohl sei vorrangiger Maßstab.<sup>32</sup>

---

29 Bermann/Ferid/ Henrich- Dr. Lorenz, California, 180. Lieferung, S. 24; Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 139-141.

30 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 147-149.

31 EuGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525, 1526; Prof. Dr. Frank, FamRZ 2014, 1525, 1527.

32 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 148, 149.

So entschied der österreichische Verfassungsgerichtshof, dass es gegen das Kindeswohl verstößt, wenn dem Kind seine biologische Mutter als Mutter im Rechtssinne genommen wird und stattdessen die Leihmutter gegen ihren Willen in die Mutterrolle gezwungen wird.<sup>33</sup>

---

33 MünchKom- von Hein, Band 10, Art. 6, Rn. 271.

#### **IV. Kollisionsrechtliche Betrachtung der Leihmutterschaft**

Der deutsche Gesetzgeber wollte durch die eindeutige Zuordnung eines Kindes zu der Geburtsmutter gemäß § 1591 BGB die Leihmutterschaft und auch den Reproduktionstourismus unterbinden. Dies führt im internationalen Rechtsverkehr zunehmend zu erheblichen Problemen.<sup>34</sup> Die deutschen BestellerInnen lassen ihr Kind von einer ausländischen Leihmutter austragen. Das im Ausland geborene Kind erhält die deutsche Staatsangehörigkeit in der Regel nur bei einer Abstammung von den deutschen BestellerInnen. Diese entscheidet regelmäßig darüber, ob das Kind nach Deutschland einreisen darf und ist Voraussetzung gemäß § 1 Abs. 1, 2 Nr. 2 und Abs. 4 PassG für die Ausstellung eines deutschen Kinderreisepasses. Eine Ausnahme davon liegt vor, wenn das Kind die Staatsangehörigkeit des Geburtslandes durch das Geburtsortsprinzip (ius-soli) erwirbt. Es kann dann einen Reisepass dieses Staates erhalten, der gegebenenfalls auch die BestellerInnen als Eltern ausweist, damit ist eine Einreise nach Deutschland möglich.

Nach deutschem Sachrecht sind die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Ehemann rechtliche Eltern des Kindes, welches dadurch keine deutsche Staatsangehörigkeit erhält.

Es ist zu klären, ob eine ausländische Entscheidung vorliegt, die gemäß §§ 108, 109 FamFG anzuerkennen ist, oder nach welcher Rechtsordnung die Abstammung zu bestimmen ist.

Es ist unstrittig, dass die verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Entscheidung gemäß §§ 108, 109 FamFG Vorrang vor einer kollisionsrechtlichen Prüfung hat.<sup>35</sup>

##### **1) Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Entscheidung**

Anhand der zuvor aufgeführten Beispiele ist erkennbar, dass die unterschiedlichsten Entscheidungen und Maßnahmen von ausländischen Gerichten auftreten können. Doch §§ 108, 109 FamFG erfasst nicht nur die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, sondern auch die Anerkennung von Entscheidungen

---

<sup>34</sup> Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 10, 11.

<sup>35</sup> Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 150, 151.

ausländischer Behörden. Private Rechtsgeschäfte, wie beispielsweise eine Vereinbarung zwischen der Leihmutter und den Bestelleltern, sind nicht anerkennungsfähig, selbst wenn sie im Ausland als wirksam erachtet worden sind.<sup>36</sup>

Unterliegt eine ausländische Entscheidung der verfahrensrechtlichen Anerkennung, entfaltet sie eine entsprechende Rechtskraftwirkung und ist auch in Deutschland verbindlich, wenn keine Anerkennungshindernisse entgegenstehen.<sup>37</sup>

Zu unterscheiden ist, ob eine Registrierung im Geburtenregister oder eine vergleichbare Beurkundung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kind anzuerkennen ist oder ob eine tatsächliche Entscheidung in Form eines Urteils oder Beschlusses vorliegt.

#### **a) Anerkennung einer Registrierung im Geburtenregister**

Bei einer Registrierung wird nicht die Eintragung an sich anerkannt, sondern die dadurch ausgewiesene Rechtslage. Daher ist auch bei einer Registereintragung nochmals zu unterscheiden, ob durch diese Registrierung eine konstitutive oder eine deklaratorische Wirkung hinsichtlich der Elternschaft eintritt. Wird durch die Registereintragung lediglich die Rechtslage der Elternschaft registriert, so ist dies ein formeller, womöglich zwingender Akt. Die eintragende Behörde hat jedoch insoweit keine Entscheidungsgewalt, die Eintragung erfolgt aufgrund der privaten Willensäußerungen der Beteiligten. Dies ist beispielsweise der Fall im ukrainischen Familienrecht. Art. 123 Abs. 2 ukrainisches Familiengesetzbuch schreibt vor, dass bei einer Leihmutterchaft die rechtlichen Eltern stets die genetischen Eltern sind. Diese sind daher zwingend auf Antrag als Eltern zu registrieren. Es tritt durch die Registrierung keine neue Rechtslage ein, es wird lediglich eine bestehende Rechtslage dokumentiert. Diese behördliche Maßnahme kann verfahrensrechtlich nicht anerkannt werden, da keine Entscheidung im Sinne von §§ 108, 109 FamFG vorliegt. Die Anerkennung der Bestelleltern als Eltern richtet sich daher nach den Vorschriften des Internationalen Privatrechts und somit nach deutschem Kollisionsrecht. Gleiches gilt, wenn die Eintragung lediglich eine Rechtslage dokumentiert, die auf Grund materiellen Rechts bereits eingetreten ist.<sup>38</sup>

---

36 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 155.

37 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

38 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 155-158.

Diese Ansicht wird auch in der Rechtsprechung<sup>39</sup> vertreten. Das Verwaltungsgericht Berlin gibt zu den Gründen in seiner Entscheidung<sup>40</sup> an, dass die Eintragung der Besteltern in der ukrainische Geburtsurkunde nicht konstitutiv für die Abstammung ist. Die Eintragung ist daher nicht anerkennungsfähig. Der Bundesgerichtshof unterscheidet in seiner Entscheidung vom 10.12.2014<sup>41</sup> zwar nicht ausdrücklich zwischen einer deklaratorischen und einer konstitutiven Eintragung. Er gibt jedoch zu bedenken, dass eine Entscheidung "im Gegensatz zu einer bloßen Registrierung oder Beurkundung des Verwandtschaftsverhältnisses [...] auf einer Sachprüfung [beruht], die neben der Wirksamkeit der Leihmuttervereinbarung auch die damit verknüpfte Statusfolge zum Gegenstand hat [...]"<sup>42</sup> Es kann somit davon ausgegangen werden, dass auch hier eine Differenzierung gewollt ist, da bei einer konstitutiven Eintragung nach einer Sachprüfung eine Entscheidung getroffen wird. Eine bloße Registrierung ohne weitere Sachprüfung ist jedoch nicht anerkennungsfähig.

#### **b) Anerkennung einer gerichtlichen Entscheidung**

Auch bei einer gerichtlichen Entscheidung gibt es eine Differenzierung zwischen einer deklaratorischen und einer konstitutiven Entscheidung. Eine deklaratorische Entscheidung hat lediglich eine feststellende Wirkung, die Zuordnung des Kindes zu den Besteltern erfolgt unmittelbar kraft Gesetzes. Auch hier kommt dem Gericht keine Entscheidungsgewalt zu, es stellt lediglich die bestehende statusrechtliche Zuordnung des Kindes zu den Eltern fest.<sup>43</sup> Ob diese Differenzierung zu einem Unterschied bezüglich der verfahrensrechtlichen Anerkennungsfähigkeit führt, wird nicht einheitlich beantwortet.

Zum Einen wird argumentiert, dass auf Grund der lediglich feststellenden Wirkung eine rein deklaratorische Entscheidung keine statusrelevante verfahrensrechtlich anerkennungsfähige Entscheidung gemäß §§ 108, 109 FamFG ist.<sup>44</sup> So stufte auch

---

39 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

40 VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

41 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

42 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

43 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 162.

44 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 162.

das Verwaltungsgericht Berlin in seiner Entscheidung vom 05.09.2012<sup>45</sup>, die dort zur verfahrensrechtlichen Anerkennung vorliegende Gerichtsentscheidung eines ukrainischen Gerichts, welches die genetischen Eltern als Eltern im Rechtssinne anerkannte oder vielmehr nur feststellte, da nach Art. 123 Abs. 2 ukrainischem Familiengesetzbuch bei einer Leihmutterschaft die genetischen Eltern stets die rechtlichen Eltern sind, als nicht konstitutiv ein. Es entschied, dass diese Entscheidung das deutsche Abstammungsrecht nicht außer Kraft zu setzen vermag.

Anders entschied der Bundesgerichtshof.<sup>46</sup> Er äußerte, dass nicht aufgeklärt werden muss, ob eine ausländische Gerichtsentscheidung eine rechtsbegründende oder lediglich eine feststellende Wirkung hat. Auch eine Entscheidung, die nur eine bestehende Rechtslage feststellt, ist einer Anerkennung nach § 108 FamFG zugänglich. Falls keine Anerkennungshindernisse vorliegen, entfaltet eine solche Entscheidung eine entsprechende Rechtskraftwirkung und ist auch in Deutschland verbindlich. Im vorliegenden Fall hatte der Bundesgerichtshof über die Anerkennung eines Urteils des Superior Court of the State of California, County of Placer, zu entscheiden. Er äußerte, dass die Entscheidung auf einer Sachprüfung bezüglich der Wirksamkeit der Leihmutterschaftsvereinbarung und der daraus resultierenden Statusfolge beruhe und daher auch eine Feststellungsentscheidung der verfahrensrechtlichen Anerkennung unterliege.

### **c) Anerkennungshindernisse**

#### **aa) Internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts**

Das erste Anerkennungshindernis gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG ist, dass das Gericht eines anderen Staates, welches die Entscheidung getroffen hat, nach deutschem Recht nicht zuständig ist. Hier greift der "Grundsatz der spiegelbildlichen Geltung der deutschen Vorschriften über die internationale Zuständigkeit"<sup>47</sup>, es gilt das sogenannte Spiegelbildprinzip. Das bedeutet, ein ausländisches Gericht ist international zuständig, wenn unter vergleichbaren Umständen ein deutsches Gericht international zuständig gewesen wäre. In Abstammungssachen ist gemäß § 100 FamFG ein deutsches Gericht international zuständig, wenn die Mutter (dies kann

---

45 VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

46 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

47 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 120.

auch die Leihmutter sein)<sup>48</sup>, das Kind, der Vater oder der Mann, der an Eides statt versichert, der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, Deutscher ist oder den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat. In der Regel hat mindestens die Leihmutter die Staatsangehörigkeit des Staates, dessen Gericht die anzuerkennende Entscheidung getroffen hat, oder sie hat zumindest ihren gewöhnlichen Aufenthalt dort.<sup>49</sup> Wodurch das ausländische Gericht seine internationale Zuständigkeit begründet hat, ist unerheblich.<sup>50</sup>

Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist gemäß § 106 FamFG keine ausschließliche, es ist daher unerheblich ob auch ein deutsches Gericht international zuständig gewesen wäre.

#### bb) Verletzung des rechtlichen Gehörs

Wenn ein Beteiligter sich nicht zur Hauptsache geäußert hat und sich darauf beruft, dass das verfahrenseinleitende Dokument nicht ordnungsgemäß oder nicht so rechtzeitig mitgeteilt worden ist, sodass er seine Rechte wahrnehmen konnte, ist dies ein Anerkennungshindernis gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG. Zu beachten ist allerdings, dass der Beteiligte die Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen muss.

Es ist regelmäßig zu erwarten, dass Leihmutter und Bestellertern zusammenwirken, damit die Abstammung entsprechend geklärt wird. Mit einem Anerkennungshindernis nach § 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG wird daher in der Regel nicht zu rechnen sein.<sup>51</sup>

#### cc) Unvereinbarkeit mit einer anderen Entscheidung oder einem anderem Verfahren

Ist die anzuerkennende ausländische Entscheidung unvereinbar mit einer anderen hier erlassenen oder anzuerkennenden ausländischen Entscheidung oder ist das der Entscheidung zugrunde liegende Verfahren mit einem anderen hier früher rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar, so ist dies ein Anerkennungshindernis gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 3 FamFG. In einer Abstammungssache bei einer Leihmutterschaft wird in der Regel noch keine andere Entscheidung

---

48 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 120.

49 MünchKomm- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 69.

50 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 120.

51 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 164.

vorliegen, die mit der nun anzuerkennenden Entscheidung unvereinbar ist. Es kommt gelegentlich vor, dass bereits ein anderes Verfahren früher rechtshängig gewesen ist. So gab es beispielsweise zur Zeit der Anerkennung des Rechtsspruch eines ukrainischen Gerichts durch das Amtsgericht Friedberg (Hessen)<sup>52</sup> ein weiteres Verfahren vor dem Amtsgericht Friedberg, durch das der Ehemann der Leihmutter die Feststellung begehrte, nicht der Vater des Kindes zu sein. Das dem Rechtsspruch zugrunde liegende Verfahren und das weitere Verfahren des Ehemannes der Leihmutter sind nicht unvereinbar miteinander, sodass insoweit kein Anerkennungshindernis vorlag. Es ist davon auszugehen, dass bei der Leihmutterchaft regelmäßig kein Verfahren rechtshängig ist, welches mit dem der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren unvereinbar ist.

#### dd) Ordre public-Verstoß

Eine ausländische Entscheidung kann gemäß § 109 Abs. 1 Nr.4 FamFG auch dann nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung dieser Entscheidung zu einem Ergebnis führen würde, welches mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

"§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG ist restriktiv auszulegen und die Anwendung auf Ausnahmesituationen zu begrenzen, wobei insbesondere nicht jeder Verfahrensunterschied einen Verstoß gegen die inländische öffentliche Ordnung bewirkt."<sup>53</sup> Dabei ist für die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht auf den nationalen ordre public nach Art. 6 EGBGB abzustellen, der bei der Anwendung ausländischen Rechts zur Anwendung kommt, sondern auf den großzügigeren anerkennungsrechtlichen ordre public international. "Mit diesem ist ein ausländisches Urteil nicht schon dann unvereinbar, wenn der deutsche Richter - hätte er den Prozess entschieden - aufgrund zwingenden deutschen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (Verbot des révison au fond)."<sup>54</sup> Ein Anerkennungshindernis nach § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG liegt daher nur vor, "wenn [im konkreten Fall] das Ergebnis der Anerkennung den Grundgedanken deutscher

---

52 AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12.

53 BGH, Beschluss v. 30.03.2011, XII ZB 300/10.

54 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

Regelungen und der in Ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen so sehr widerspricht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint."<sup>55</sup>

Bei der *ordre public*-Betrachtung ist auch die Inlandsbeziehung zu berücksichtigen.

"Je schwächer die Binnenbeziehung ist, desto größere Abweichungen vom deutschen Recht sind hinzunehmen [...]."<sup>56</sup> Da die Bestellereltern sich in der Regel mit dem Kind dauerhaft in Deutschland aufhalten wollen und dieses auch die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten soll, ist die Inlandsbeziehung regelmäßig erheblich.

Ob eine Entscheidung, die auf Grund eines Leihmutterchaftsvertrages ergangen ist, gegen das *ordre public* verstößt, ist nicht einheitlich geklärt.

Zu differenzieren ist hier aber bezüglich einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung, die durchaus in einer ausländischen Entscheidung festgestellt werden kann. Diese kann verfahrensrechtlich anerkannt werden. Es besteht Einigkeit darüber, dass eine solche Vaterschaftsanerkennung nicht gegen das *ordre public* verstößt, da nach deutschem Recht der Vater, unabhängig davon ob er der genetische Vater ist, das Kind anerkennen kann gemäß §§ 1592 ff. BGB. Liegt eine ausländische Entscheidung vor, die die wirksame Vaterschaftsanerkennung feststellt, kann diese Entscheidung anerkannt werden.<sup>57</sup> Auch das Kammergericht Berlin differenzierte diesbezüglich in seiner Entscheidung vom 01.08.2013<sup>58</sup>. Die Entscheidung betreffend des anderen Elternteils könne auf Grund des *ordre public*-Verstoßes nicht anerkannt werden. Gleichwohl könne die im selben Urteil festgestellte Vaterschaft des genetischen Vater, der die Vaterschaft wirksam mit Zustimmung der Leihmutter anerkannt hatte, anerkannt werden. "Das Urteil beruht zwar (auch) hinsichtlich der Vaterschaft des Beteiligten zu 1 [(genetischer Vater)] offensichtlich nur auf der Leihmutterchaftsvereinbarung, die zu wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts in Widerspruch steht [...]. Die getroffene Feststellung ist allerdings im Ergebnis mit dem deutschen Recht nicht unvereinbar, denn auch bei Anwendung des materiellen deutschen Rechts ist der Beteiligte zu 1 rechtlicher Vater des Beteiligten

---

55 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

56 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

57 AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; AG Nürnberg, Beschluss v. 14.12.2009, UR III 0264/09, UR III 264/09; BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

58 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

zu 3 [(Kind)]."<sup>59</sup>

Auch das Verwaltungsgericht Berlin, dass die Anerkennung einer ausländische Entscheidung wegen des ordre public-Verstoßes ablehnte, prüfte in seiner Entscheidung vom 05.09.2012<sup>60</sup> die Anerkennung der Entscheidung bezüglich der Vaterschaft gesondert. Diese konnte hier jedoch auf Grund der nach deutschem Recht bestehenden Vaterschaft des Ehemannes der Leihmutter und auf Grund der fehlenden Vaterschaftsanerkennung nicht anerkannt werden. Dementsprechend kann grundsätzlich eine feststellende Entscheidung bezüglich der Vaterschaftsanerkennung auch im Fall der Leihmutterschaft anerkannt werden.

Die unterschiedlichen Ansichten bezüglich des ordre public-Verstoßes einer ausländischen Entscheidung, welche auf Grund einer Leihmutterschaft hervorgegangen ist, stellen sich wie folgt dar.

Die Befürworter eines ordre public-Verstoßes argumentieren in aller Regel damit, dass ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis nach deutschem Recht lediglich durch die Abstammung gemäß §§ 1591 ff. BGB oder durch Adoption gemäß §§ 1741 ff. BGB entstehen kann. Ein Leihmutterschaftsvertrag kann jedoch kein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis begründen. Ein Leihmutterschaftsvertrag wird nach deutschem Recht abgelehnt und ist auf Grund der Sittenwidrigkeit nichtig. Es wird insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen. Dies soll durch § 1591 BGB, § 1 Abs. 1 ESchG und § 13 c AdVerMiG durchgesetzt werden. Es ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG strafbar bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen, eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen. Auch die Durchführung anderer reproduktionsmedizinischer Maßnahmen, die eine Leihmutterschaft unterstützen, sind gemäß § 1 Abs. 1 ESchG strafbar. Gemäß § 13 c i.V.m. § 13 a, b AdVerMiG ist das Zusammenführen einer Leihmutter und der Bestelleltern untersagt, sowie der Nachweis der Gelegenheit einer Leihmutterschaftsvereinbarung. Der Verstoß ist

---

59 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

60 VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

gemäß § 14 b AdVermiG auch unter Strafe gestellt.<sup>61</sup> "Ziel der eine Ersatzmutter-schaft ablehnenden Grundentscheidung des Gesetzgebers war der Schutz der Menschenwürde bei betroffenen Frauen und Kindern [...] und damit des gemäß Art. 1 Abs. 1 GG höchsten Gutes unseres Rechtssystems. Der Gesetzgeber ging bei der Begründung zum AdVermiG davon aus, dass Vereinbarungen über Ersatzmutter-schaften wesentliche Belange der auf diese Weise entstehenden Kinder missachtet, da die Bedeutung der Entwicklung im Mutterleib für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und der bedeutende Beitrag der biologischen und psychische Beziehung zwischen der Schwangeren und dem Kind zu dieser Entwicklung außer Acht gelassen würden. Diese besonders geartete Beziehung des ungeborenen Lebens mit der Mutter verbiete eine Übernahme von Schwangerschaften als eine Art Dienstleistung, da die für die Entwicklung des Kindes wesentliche enge persönliche Beziehung zwischen der Schwangeren und dem Kind unter diesen Umständen kaum zustande kommen könne [...]. Nach der amtlichen Begründung beabsichtigte der Gesetzgeber außerdem, den Schutz der betroffenen Frauen und Kinder gegen gesundheitliche und psychische Gefährdungen nach der Geburt sicherzustellen. Bei den Kindern ginge es vor allem um eine ungestörte Identitätsfindung und eine gesicherte familiäre Zuordnung. Bei den Frauen sollten menschenunwürdige Konflikte aus einer Übernahme von Schwangerschaften als Dienstleistung und nicht zuletzt Streitigkeiten um die Herausgabe des Kindes ausgeschlossen werden. [...] Schutzmaßnahmen zugunsten der betroffenen Frau sind dabei nicht schon deshalb unnötig, weil diese sich selbst zu dem Verfahren bereit erklärt haben. Denn die Würde des Menschen ist ein objektiver, unverfügbarer Wert, der auch dann beeinträchtigt sein kann, wenn die Betroffene selbst mit der fraglichen Behandlung einverstanden ist [...]. Darüber hinaus ist zu beachten, dass Ersatzmutter-schaften nur in den seltensten Fällen aus rein altruistischen Motiven angeboten werden. Vielmehr wird in der Regel nur ein erheblicher finanzieller Anreiz zur Bereitschaft der Ersatzmutter führen. Der Schutz der Menschenwürde der betroffenen Frauen und Kinder gebietet es, zu verhindern, dass Frauen sich aus wirtschaftlicher Not auf die Belastungen und Risiken einer

---

61 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

Schwangerschaft einlassen und das zu zeugende Kind zum Gegenstand eines Handelsgeschäfts machen."<sup>62</sup> Die Ablehnung der Leihmutterschaft ist daher eine grundlegende Wertentscheidung der deutschen Rechtsordnung. "Der Gesetzgeber hielt die Regelung des § 1591 BGB, die u.a. Leihmutterschaften verhindern soll, gerade im Hinblick auf die in anderen Ländern abweichenden gesetzlichen Regelungen für erforderlich [...]."<sup>63</sup> Eine Entscheidung, die die Abstammung eines Kindes, welches auf Grund einer Leihmutterschaft geboren wurde, feststellt, verstößt gegen das *ordre public*.<sup>64</sup>

Des Weiteren verstößt die Eintragung im Geburtenregister oder die Nachbeurkundung der Geburt als Ergebnis der Anerkennung einer solchen Entscheidung gegen das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, welches sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ableitet. Die Abstammung ist ein konstitutiver Faktor für das Verständnis und die Entfaltung der Individualität und nimmt eine Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung und das Selbstverständnis ein.<sup>65</sup> "Bei letzteren handele es sich um einen vielschichtigen Vorgang, in dem biologisch gesicherte Erkenntnisse keineswegs allein ausschlaggebend seien. Im Hinblick darauf, dass die Entwicklung im Mutterleib als für die Entwicklung des Kindes bedeutend angesehen wird [...], ist bei dem Grundrecht auf Kenntnis der Abstammung jedenfalls auch die in § 1591 BGB definierte Abstammung zu berücksichtigen."<sup>66</sup> Eine solche Beurkundung enthält jedoch keine Hinweise auf die Leihmutter, sodass dem Kind Informationen über seine Abstammung vorenthalten blieben. "Eine solche Situation verstärkt die Berechtigung des Interesses, wenigstens die vorhandenen Informationen über die Frau erhalten zu können, die das Informationen begehrende Kind ausgetragen und geboren hat."<sup>67</sup> Das in der anzuerkennenden Entscheidung die Leihmutter in der Regel benannt wird, kann den Grundrechtsverstoß nicht abwenden. Der Personenstand wird durch das Geburtsregister und die daraus erteilten Urkunden bewiesen gemäß §§ 54, 55 PStG,

---

62 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12, der hier verwendete Begriff der Ersatzmutterschaft ist im weiteren Sinne gemäß § 13 a AdVermiG zu verstehen, gemeint ist die Leihmutterschaft in jeglicher Form.

63 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

64 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

65 BVerfG, Urteil v. 31.01.1989, 1 BvL 14/87.

66 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

67 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

welches jedoch keinen Hinweis auf die Leihmutter enthält. Wenn das Kind zu einem späteren Zeitpunkt Kenntnis von Informationen über die Leihmutter tatsächlich nehmen kann und möchte, kann weder durch das Standesamt noch durch eine andere staatliche Stelle gewährleistet werden, dass diese Informationen erhalten sind.<sup>68</sup>

Die Gegenmeinung, die einen ordre public-Verstoß ablehnt oder diesen zumindest nicht pauschal annimmt, begründet dies mit dem Kindeswohl.<sup>69</sup> "Das Wohl des Kindes wiegt stärker als die Vorbehalte des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Leihmutter [...]."<sup>70</sup> Wird eine solche Entscheidung nicht anerkannt, kann das Kind zwischen die Fronten geraten. Die Bestellertern, die nach ausländischem Recht, für das Kind verantwortlich sind, haben nach deutschem Recht keine rechtliche Beziehung zu dem Kind und die Leihmutter, die nach deutschem Rechts für das Kind verantwortlich wäre, ist es aber nach ihrem Heimatrecht nicht.<sup>71</sup> Lehnt die Leihmutter dann auch noch die Sorge für das Kind ab, was nach ihrem Heimatrecht rechtens ist, dann führt die Nichtanerkennung der Entscheidung dazu, dass dem Kind faktisch keine Person zu Verfügung steht. Es kann gegebenenfalls auch dazu führen, dass das Kind staatenlos bleibt, beispielsweise bei einer ukrainischen Leihmutterchaft erhält das Kind nach deutschem Recht keine deutsche Staatsangehörigkeit, da es nicht den deutschen Bestellertern zugeordnet werden kann, sondern die ukrainische Leihmutter die Mutter des Kindes ist, und es erhält auch keine ukrainische Staatsangehörigkeit, da nach ukrainischem Recht, die deutschen Bestellertern die rechtlichen Eltern des Kindes sind.<sup>72</sup>

Durch die Leihmutterchaftsvereinbarung und die ausländische Entscheidung sind mehrere Grundrechte berührt. "Auf Seiten der Leihmutter ist die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG berührt. Rechte der Wunsch- oder Bestellertern können sich aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK ergeben [...]. Auf Seiten des Kindes ist das Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu beachten. In dieses wird

---

68 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

69 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

70 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123.

71 MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

72 AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12.

eingegriffen, wenn eine bestehende rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung als Statusverhältnis beseitigt wird [...]. Das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ist aber auch betroffen, wenn einem Kind die statusrechtliche Zuordnung zu einem (Wunsch-) Elternteil versagt wird, der dann nicht zum Wohl und zum Schutz des Kindes Elternverantwortung im rechtlichen Sinn übernehmen kann [...]. Das ist im Fall einer im Ausland begründeten Leihmutterschaft ebenfalls in Betracht zu ziehen [...]."<sup>73</sup> Des Weiteren ist auch das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens gemäß Art. 8 EMRK zu beachten. Dieses Recht schließt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch das Recht des Kindes ein eine Eltern-Kind-Beziehung begründen zu können. Diese Eltern-Kind Beziehung ist als Teil der Identität des Kindes anzusehen.<sup>74</sup> Auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention ist bei allen Maßnahmen, die ein Kind betreffen, vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen.<sup>75</sup>

Die Menschenrechte der Leihmutter und des Kindes sprechen nicht grundsätzlich gegen eine Anerkennung, im Gegenteil spricht die Betrachtung des Kindeswohls eher für eine Anerkennung. Die Menschenwürde der Leihmutter wird jedoch in den Fällen nicht verletzt, "wenn [...] gewährleistet ist, dass die Vereinbarung und die Durchführung einer Leihmutterschaft nach dem vom ausländischen Gericht angewendeten Recht unter Anforderungen steht, die die Freiwilligkeit der von der Leihmutter getroffenen Entscheidung, das Kind auszutragen und nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, sicherstellen, ist die Situation hinsichtlich ihrer Bereitschaft, das Kind an die Wunscheltern herauszugeben, insoweit einer Adoption vergleichbar."<sup>76</sup> Ist es die freie Entscheidung der Leihmutter das Kind auszutragen und an die Bestelleltern herauszugeben ist die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte bietet die ausländische Entscheidung die Gewähr für die Freiwilligkeit.<sup>77</sup>

Die Anerkennung bezüglich der Vaterschaftsfeststellung im Falle der

---

73 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

74 EuGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525, 1526; BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

75 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

76 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

77 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

Vaterschaftsanerkennung ist wie bereits dargestellt möglich. Wird dem Kind jedoch die Zuordnung des zweiten Bestellernteils versagt, weil nach deutschem Recht die Mutterschaft der Leihmutter besteht, so ist dies ein Eingriff in das Recht nach Art. 8 Abs. 1 EMRK eine rechtliche Eltern-Kind-Verbindung zu schaffen. Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung dient dem Kindeswohl. Denn darin liegt eine verlässliche rechtliche Zuordnung zu den Eltern, die für das Kind vielseitig die Verantwortung übernehmen. Wird nur ein Bestellernteil als Elternteil rechtlich zugeordnet, wahrt dies das Recht nach Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht, weil das Kind entgegen dem Fall von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dann nur einen statt zwei Eltern hätte. Die Leihmutter erfüllt diese Position nicht, denn die Bestellertern wollen im Gegensatz zu ihr die Elternstellung einnehmen und dem Kind die notwendige Zuwendung und Fürsorge geben, die es für eine gute Entwicklung braucht. Sie hingegen wird in eine Mutterrolle gezwungen, obwohl sie weder genetisch noch nach dem Recht ihres Heimatlandes die Mutter ist und dies auch nicht sein will. Die Beurteilung des Kindeswohls anhand der psychosozialen Beziehung zwischen dem Kind und der Leihmutter ist demnach nicht ausreichend.<sup>78</sup>

Dem anderen Elternteil steht der Weg der Adoption offen. Diese Möglichkeit wird vor allem durch die den *ordre public*-Verstoß bejahende Meinung vertreten.<sup>79</sup> "Gerade das Adoptionsverfahren ist der gesetzlich vorgesehene Ort für die umfassende Prüfung, ob die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern dem Kindeswohl entspricht."<sup>80</sup> Dem hält der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10.12.2014<sup>81</sup> entgegen, dass "die Adoption [...] zwar eine vom Auslandsrecht für Fälle der Leihmutterschaft getroffene Wertung, die einer Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern den Vorzug gibt, durch eine individuelle Prüfung ersetzt. Die mit der individuellen Prüfung des Kindeswohls verbundene Adoption wird aber gerade in den Fällen der Stiefkindadoption regelmäßig zum selben Ergebnis führen. Das übereinstimmende Ergebnis spricht daher deutlich gegen die Annahme eines

---

78 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; MünchKomm- v. Hein, Band 10, Art. 6, Rn. 271.

79 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

80 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

81 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

ordre public-Verstoßes."<sup>82</sup>

Hinzu kommt, dass die Adoption für das Kind bezüglich der Abstammung zusätzliche Gefahren birgt, es stünde dann im Belieben der Bestellertern, ob sie das Kind annehmen oder von dem Kinderwunsch Abstand nehmen.<sup>83</sup> Oder in Fällen in denen die Stiefkindadoption scheitert, weil beispielsweise die Ehe geschieden wird, bevor die Stiefkindadoption vollzogen wurde, die Bestellertern unverheiratet bleiben oder unter dem Aspekt des Kindeswohl die Stiefkindadoption nicht wünschenswert erscheint.<sup>84</sup> Dazu kommt, dass eine Adoption, selbst wenn das Kind sich bereits in Deutschland befindet, zeitaufwendig und kompliziert ist, sodass das Kind einem rechtlichen Schwebestadium ausgesetzt ist, der sich verlängern oder gar zum Dauerzustand werden kann.<sup>85</sup> Den Bestellertern hat das Kind seine Existenz zu verdanken, denn sie sind die Initiatoren der reproduktionsmedizinischen Zeugung. Das unterscheidet die Lage deutlich von einer Adoption. Die Bestellertern, als für die Entstehung des Kindes verantwortliche Personen nehmen im Gegensatz zu den Adoptiveltern eine zentrale Rolle in der Identitätsfindung des Kindes ein. Dieses würde sich während der rechtlichen Schwebephase nicht entsprechend in der rechtlichen Elternverantwortung widerspiegeln.

Ob ein Ehepaar oder eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft in der ausländischen Entscheidung die Elternstellung zugesprochen bekommt, ist bei dieser Betrachtung unerheblich. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Sukzessivadoption feststellte, vermögen "behütete Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft [...] das Aufwachsen von Kindern ebenso zu fördern wie die einer Ehe."<sup>86</sup> Es besteht daher keine Grundlage für eine Differenzierung zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Bestellertern. Wird die Elternstellung einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft zugesprochen, ist dies für sich genommen keine Verletzung des ordre public.<sup>87</sup> Ähnlich äußerte sich auch das Amtsgericht Neuss in seiner Entscheidung

---

82 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

83 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

84 Frank, FamRZ 2014, 1525, 1529.

85 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

86 BVerfG, Urteil v. 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

87 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

vom 13.05.2013.<sup>88</sup> Es stellte dazu klar, dass das deutsche Recht die Möglichkeit kennt dem biologischen Vater und dem Lebensgefährten als Eltern die Verantwortung für ein Kind zu übertragen. Das hierfür im deutschen Recht ein anderer Weg nötig ist, ist unerheblich, da bei der *ordre public*-Betrachtung entscheidend ist, ob das Ergebnis der ausländischen Entscheidung mit deutschen Rechtsgrundsätzen unvereinbar ist.

Einen *ordre public*-Verstoß anzunehmen um weitere potenzielle Bestelleltern davon abzuhalten, eine Leihmutterschaft im Ausland durchzuführen, ist nicht der richtige Ansatz. Das Kindeswohl wiegt schwerer als die generalpräventive Abschreckung. Der Gesetzgeber hat sich aus bereits dargestellten Gründen für ein Verbot der Leihmutterschaft entschieden. Die Durchsetzung des Verbotes darf aber nicht zu Ungunsten des Kindeswohls gehen, denn die Kinder sind für die Art ihrer Zeugung und Austragung nicht verantwortlich.<sup>89</sup>

Der Bundesgerichtshof, dessen Entscheidung vom 10.12.2014 als Grundsatzentscheidung anzusehen ist,<sup>90</sup> hatte hauptsächlich über die Anerkennung der ausländischen Entscheidung bezüglich des anderen Bestellelternteils zu entscheiden, da eine wirksame Anerkennung des genetischen Vaters vorlag. So stützt sich auch die Begründung teilweise darauf, dass der rechtliche Vater anerkannt ist.<sup>91</sup> Das Amtsgericht Neuss ging in seiner Entscheidung<sup>92</sup> sogar noch weiter, hier lag keine Vaterschaftsanerkennung vor. Es erkannte trotzdem die ausländische Entscheidung im vollen Umfang an und sprach dem biologischen Vater und seinem eingetragenen Lebenspartner die elterliche Verantwortung zu, da dieses Ergebnis auch nach deutschem Recht zu erreichen ist.

Zu beachten ist aber, dass teilweise die genetische Abstammung des Kindes von mindestens einem Bestellelternteil vorausgesetzt wird und das die Leihmutter im Gegensatz dazu nicht mit dem Kind genetisch verwandt sein soll.<sup>93</sup> Des Weiteren ist auch immer die freiwillige Herausgabe des Kindes an die Bestelleltern

---

88 AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13.

89 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

90 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

91 Gleicher Fall AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12.

92 AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13.

93 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123; genetische Abstammung auch vorliegend bei AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12 und AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13.

Voraussetzung um einen ordre public-Verstoß abzulehnen.<sup>94</sup>

#### **d) Zwischenergebnis**

Eine ausländische Gerichtsentscheidung ist immer einer verfahrensrechtlichen Anerkennung gemäß § 108 FamFG zugänglich unabhängig davon, ob sie eine rechtsbegründende oder nur eine feststellende Wirkung hat. Bei einer ausländischen Registereintragung ist dagegen zu unterscheiden zwischen einer Eintragung, die lediglich eine bestehende Rechtslage dokumentiert und einer konstitutiven Eintragung. Nur eine konstitutive Eintragung ist der verfahrensrechtlichen Anerkennung nach § 108 FamFG zugänglich.

In den Fällen der Leihmutterschaft besteht über das Anerkennungshindernis gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, der Verstoß gegen das ordre public, wohl der größte Meinungsstreit. Die Literatur<sup>95</sup> spricht sich vielfach für eine am Kindeswohl orientierte Einzelfallbetrachtung bezüglich des ordre public aus, wohingegen die Rechtsprechung<sup>96</sup> eher eine ablehnende Haltung einnahm und einen ordre public-Verstoß bejahte. Durch die neueste Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>97</sup> zu dieser Thematik wurde eine Grundsatzentscheidung gefällt. Eine ausländische Entscheidung die auf Grund einer Leihmutterschaftsvereinbarung ergangen ist, kann anerkannt werden. Voraussetzung dafür ist, dass das Kind genetisch mit mindestens einem Bestellernteil verwandt ist im Gegensatz zur Leihmutter und die Übernahme der Leihmutterschaft sowie die Herausgabe des Kindes freiwillig erfolgte. Es hat eine Beurteilung anhand des Kindeswohls zu erfolgen. Das Ergebnis der Anerkennung ist mit den Grundgedanken deutscher Regelungen und der in Ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar.

---

94 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123.

95 MünchKomm- v. Hein, Band 10, Art. 6, Rn. 271; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 110a.

96 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12 ; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.04.2013, I-3 Wx 211/12, 3 Wx 211/12.

97 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

## **2) Kollisionsrechtliche Prüfung**

Wenn keine anerkennungsfähige ausländische Entscheidung vorliegt oder die ausländische Entscheidung auf Grund eines Anerkennungshindernisses gemäß § 109 FamFG nicht anerkannt werden kann, dann muss die Abstammung des Kindes anhand der kollisionsrechtlichen Prüfung bestimmt werden.

### **a) Abstammungsstatut**

Das Abstammungsstatut bestimmt sich gemäß Art. 19 EGBGB, der mehrere Anknüpfungsalternativen hat. "Die in Art. 19 Abs. 1 [EGBGB] genannten Anknüpfungsalternativen sind gleichrangig [...]. Die Gleichrangigkeit der Anknüpfungsalternativen ist auch vernünftig. Mehrere Anknüpfungsalternativen werden zur Wahl gestellt, um die Feststellung der Abstammung zu erleichtern. Maßgebend für die Auswahl ist das Kindeswohl. Das Kind hat ein Interesse daran, dass seine Eltern festgestellt werden und dass dies möglichst rasch und unkompliziert geschieht. Zu wählen ist darum diejenige Anknüpfung, die eine Feststellung der Abstammung ermöglicht und dies auf möglichst einfache Weise. Das bedeutet, dass dann, wenn eine Anknüpfung zum deutschen Recht führt und nach diesem die Abstammung festgestellt werden kann, diese Alternative gewählt werden kann und auch gewählt werden wird [...]."98

Die Abstammung bestimmt sich gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht des Staates in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und im Verhältnis zu jedem Elternteil nach dem Recht des Staates, dem dieser angehört. Falls die Mutter verheiratet ist, kann die Abstammung auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, welches durch das Ehwirkungsstatut gemäß Art. 14 Abs. 1 EGBGB zum Zeitpunkt der Geburt oder, bei der Auflösung der Ehe durch Tod, zum Zeitpunkt der Auflösung maßgebend ist. Es wird für die weitere Betrachtung vorausgesetzt, dass das ausländische Recht die Verweisung annimmt und dadurch das entsprechende Sachrecht zur Anwendung kommt.

---

98 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 21, 22.

aa) Gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes

Für die Feststellung der Abstammung des Kindes ist der gewöhnliche Aufenthalt maßgebend, den das Kind zu diesem Zeitpunkt hat.<sup>99</sup> Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes ist dort, wo es seinen Lebensmittelpunkt hat, also dort, wo der Schwerpunkt seiner sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Beziehungen ist.<sup>100</sup> Grundsätzlich ist der gewöhnliche Aufenthalt eines minderjährigen Kindes selbstständig zu bestimmen und leitet sich nicht wie der Wohnsitz von dem seiner Eltern ab. Säuglinge und Kleinkinder sind jedoch derart von ihren Eltern oder vergleichbaren Bezugspersonen abhängig, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes oft an diese Personen gebunden ist.<sup>101</sup>

Wurde das Kind kurz nach seiner Geburt aus dem leihmutterfreundlichen Geburtsland nach Deutschland verbracht, begründet es durch den zeitlich begrenzten Aufenthalt in seinem Geburtsland keinen gewöhnlichen Aufenthalt. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes kann sich erst nach Vollendung seiner Geburt begründen. Selbst wenn man von der tatsächlichen Dauer des Aufenthalts absieht und stattdessen die künftige Entwicklung berücksichtigt, wird in Fällen der Leihmutterchaft der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes regelmäßig in Deutschland sein, da durch die deutschen Bestelleltern bereits vorab eine alsbaldige Ausreise nach Deutschland und der gewöhnliche Aufenthalt dort geplant sind.<sup>102</sup> Demnach ist für die Abstammung das deutsche Sachrecht anwendbar.

Demgegenüber kann das Kind zunächst seinen gewöhnlichen Aufenthalt auch in seinem Geburtsland haben, wenn den deutschen Bestelleltern die Einreise mit dem Kind nach Deutschland verwehrt wird und das Kind dort zunächst tatsächlich seinen Lebensmittelpunkt hat.<sup>103</sup> Die Gegenansicht dies als nicht ausreichend an. Sie geht davon aus, dass ein Säugling (von dieser Altersstufe kann im Allgemeinen ausgegangen werden bei einer untersagten Einreise, da die Eltern schnellstmöglich die Abstammung klären wollen um die Einreise zu ermöglichen) noch nicht derartige Beziehungen aufbauen kann und noch keinen verfestigten Aufenthalt dort hat, als das

---

99 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14.

100 VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

101 MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 8.

102 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

103 MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 8; Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 189-191.

der faktische Aufenthalt im Geburtsland dort auch als sein gewöhnlichen Aufenthalt angesehen werden kann. Des Weiteren soll das Kind nach dem Willen der Bestellertern schnellstmöglich nach Deutschland verbracht werden um dort auch seinen Lebensmittelpunkt zu begründen.<sup>104</sup> Wird die erste Meinung verfolgt, ist das leihmutterchaftsfreundliche Sachrecht des Geburtslandes anzuwenden. Schließt man sich hingegen der Gegenmeinung an, führt dies wieder zum deutschen Sachrecht.

Da der gewöhnliche Aufenthalt maßgebend ist, welchen das Kind zu dem Zeitpunkt hat, in dem die Abstammung festgestellt werden soll, ist das Abstammungsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB wandelbar. Ein Statutenwechsel ist dann positiv, wenn nach bisherigem Recht keine Abstammung festgestellt werden kann, aber nach dem neuem Recht diese Feststellung möglich ist. Wurde die Abstammung bereits festgestellt und es kommt zum Statutenwechsel, so könnte bei strikter Anwendung des neuen Abstammungsstatuts das Kind die Eltern im rechtlichen Sinne verlieren. Eine solche Interpretation des Gesetzes wird abgelehnt, es besteht Einigkeit dahingehend, dass eine einmal festgestellte Abstammung bestehen bleiben soll. Dafür gibt es verschiedene Begründungen. Teil wird eine Einschränkung der Wandelbarkeit empfohlen, teils wird von der Anerkennung des wohl erworbenen Rechts gesprochen und teils wird auf die allgemeinen Lehren des Statutenwechsels verwiesen. Das bedeutet, dass "bei einem Wechsel ins Inland [...] wohl erworbene Rechte geschützt [werden], bei einem Wechsel ins Ausland entscheidet über den Schutz einer früher erworbenen Rechtsposition das neue Statut [...]"<sup>105</sup> Allerdings kann im Fall der Nichtanerkennung einer bisher bestehenden Abstammung das *ordre public* des bisherigen Rechts zur Korrektur genutzt werden.<sup>106</sup>

So kann eine Leihmutter, wenn nach ihrem Heimatrecht den Bestellertern das Kind rechtlich zugeordnet wurde und diese mit dem Kind nach Deutschland übergesiedelt sind, nicht geltend machen, dass sie nach dem neuem Abstammungsstatut, also dem deutschen Recht, die Mutter des Kindes nach § 1591 BGB sei. Hier überdauert das wohl erworbene Recht der Bestellertern den Statutenwechsel.<sup>107</sup>

---

104 VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

105 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14.

106 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 186, 187, 189-191; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14.

107 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 14 .

### bb) Staatsangehörigkeit der Eltern

Die Abstammung kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht bestimmt werden, dem der Elternteil angehört gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. Maßgebend ist auch hier die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt in dem die Abstammung festgestellt werden soll, dementsprechend ist auch diese Anknüpfung wandelbar.<sup>108</sup> Die Wandelbarkeit spielt bei der Betrachtung in Bezug auf Leihmutterchaften jedoch eine untergeordnete Rolle.

Diese Anknüpfungsalternative gilt für jeden potenziellen Elternteil, der die rechtliche Elternschaft für sich beansprucht. Führt die Anwendung des Heimatrechtes des potentiellen Elternteils jedoch dazu, dass er nicht zum rechtlichen Elternteil bestimmt wird, geht diese Alternative ins Leere.<sup>109</sup>

Ist ein Elternteil ein Doppelstaater, so wird gemäß Art. 5 Abs. 1 EGBGB an sein effektives Heimatrecht angeknüpft. Ist jedoch eine der Staatsangehörigkeiten die deutsche, so geht diese Rechtsstellung gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB vor. Ist der Elternteil staatenlos, ein Flüchtling, ein Asylberechtigter oder ein sogenannter Kontingentflüchtling, so ist gemäß Art. 5 Abs. 2 EGBGB das Recht des Staates anzuwenden, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt und mangels diesem seinen einfachen Aufenthalt hat.<sup>110</sup>

Das bedeutet für den deutschen Bestellvater, dass wenn er die Vaterschaft für sich beansprucht, deutsches Sachrecht anzuwenden ist. Ist die Leihmutter unverheiratet, kann der Bestellvater die Vaterschaft für das Kind mit Zustimmung der Leihmutter und unter Beachtung der formellen Erfordernisse anerkennen gemäß §§ 1592 ff. BGB. Die Anknüpfungsalternative würde also zur rechtlichen Vaterschaft des Bestellvaters führen. Ist die Leihmutter, die nach deutschem Recht die rechtliche Mutter des Kindes ist, jedoch verheiratet, so gilt der Ehemann der Leihmutter nach deutschem Recht als Vater. Die Vaterschaftsanerkennung wird auf Grund der bestehenden Vaterschaft nicht wirksam. Für die Vaterschaft ist als Vorfrage häufig die Mutterschaft zu klären.

Beansprucht die deutsche Bestellmutter die Mutterschaft für sich, so ist auch hier deutsches Sachrecht anzuwenden. Nach deutschem Recht ist jedoch die Leihmutter

---

108 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 15.

109 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 188.

110 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 16-18.

gemäß § 1591 BGB als gebärende Frau die Mutter des Kindes. Betrachtet man die Leihmutter und unterstellt sie hat die Staatsangehörigkeit des Geburtslandes des Kindes, so ist nach Anwendung des leihmutterchaftsfreundlichen Sachrechts die Bestellmutter die rechtliche Mutter des Kindes und nicht die Leihmutter. Man kann hier zunächst von "Mutterarmut"<sup>111</sup> sprechen. Für die Mutterschaft kommt diese Anknüpfungsalternative also zu keinem Ergebnis.

#### cc) Ehwirkungsstatut

Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, welches durch das Ehwirkungsstatut zum Zeitpunkt der Geburt oder zum Zeitpunkt der Auflösung, bei der Auflösung der Ehe durch den Tod, maßgebend ist. Die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut ist im Gegensatz zu den anderen Anknüpfungsalternativen nicht wandelbar. Zu beachten ist allerdings, dass nur auf Art. 14 Abs. 1 EGBGB verwiesen wird, ein durch die Ehegatten gewähltes Recht gemäß Art. 14 Abs. 2, 3 EGBGB bleibt außer Betracht. Wurde ein Ehwirkungsstatut gewählt, so gilt das Ehwirkungsstatut, das gelten würde, wenn keine Rechtswahl erfolgt wäre. Ob die Mutter verheiratet ist, ist eine selbstständige Vorfrage. Ist zum Zeitpunkt der Geburt die Ehe aus einem anderen Grund als den Tod aufgelöst, gab es zu diesem Zeitpunkt kein Ehwirkungsstatut. Diese Anknüpfungsalternative würde dann entfallen.<sup>112</sup>

#### **b) Ordre public-Kontrolle**

Führt eine Anknüpfungsalternative dazu, dass die Abstammung nach ausländischem Sachrecht zu bestimmen ist, so ist eine ordre public-Kontrolle durchzuführen, da Art. 6 EGBGB eine unselbständige Kollisionsnorm ist, die jede andere Kollisionsnorm enthält.<sup>113</sup> Es ist zu prüfen, ob die Anwendung des ausländischen Sachrechts zu einem Ergebnis führt, welches mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere den Grundrechten, offensichtlich unvereinbar ist. Auch hier ist der Inlandsbezug zu berücksichtigen.<sup>114</sup> Da davon auszugehen ist, dass die deutschen

---

111 Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 189.

112 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 19-21.

113 Staudinger- Voltz, Art. 6, Rn. 21.

114 Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 110a.

Bestelleltern mit dem Kind dauerhaft in Deutschland leben wollen, ist der Inlandsbezug regelmäßig erheblich.

Art. 6 EGBGB ist eine Ausnahmegesetzvorschrift, von der nur behutsam Gebrauch gemacht werden soll. Ziel ist es nicht die bestehende Rechtsvielfalt auszugleichen, sondern die Vorschrift soll nur im Einzelfall zum Einsatz kommen, wenn gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstoßen wird oder eine Verletzung der Grundrechte vorliegt.<sup>115</sup>

Hier ist im Vergleich zur *ordre public*-Betrachtung bei der verfahrensrechtlichen Anerkennung einer Entscheidung nicht der großzügigere *ordre public international* anzuwenden, sondern der strengere kollisionsrechtliche nationale *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB.<sup>116</sup> Es besteht jedoch dasselbe Problem. Verstößt das Ergebnis der Anwendung des Abstammungsstatuts, das die Bestelleltern rechtlich dem Kind zuordnet, im Einzelfall gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts oder werden sogar Grundrechte verletzt, kann das ausländische Recht nicht angewandt werden. Dabei sind die gleichen Gründe anzuführen wie bei der verfahrensrechtlichen Anerkennung.<sup>117</sup>

Aber auch hier verstößt eine wirksame Vaterschaftsanerkennung nicht gegen den *ordre public national*, sodass das Hauptaugenmerk auf den weiteren Elternteil zu legen ist.

Für die Annahme eines *ordre public*-Verstoßes spricht, dass nach deutschem Recht ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis nur durch Abstammung gemäß §§ 1591 ff. BGB oder durch Annahme gemäß §§ 1741 ff. BGB entstehen kann. Der deutsche Gesetzgeber hat eine ablehnende Grundentscheidung bezüglich der Leihmutterschaft getroffen. Ziel ist es vor allem die Menschenwürde der Leihmutter und des Kindes als wesentliches Gut unseres Rechtssystems gemäß Art. 1 Abs. 1 GG zu schützen. Bezüglich der weiteren Begründung des Gesetzgebers wird auf Vorheriges Bezug genommen. Die Ablehnung der Leihmutterschaft ist also eine wesentliche Wertentscheidung unseres Rechtssystems. Des Weiteren wird durch eine nachträgliche Beurkundung der Geburt das Recht des Kindes auf Kenntnis der

---

115 Staudinger- Voltz, Art. 6, Rn. 20.

116 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

117 Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 192.

Abstammung, dass sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt verletzt, da eine solche Beurkundung dann keine Hinweise auf die Leihmutter enthalten würde.<sup>118</sup>

Für die ausführliche Begründung wird auf bereits Erwähntes verwiesen.

Für die Ablehnung des ordre public-Verstoßes spricht das Kindeswohl. In den Fällen der Leihmutterchaft treffen mehrere Grundrechte aufeinander. Seitens der Leihmutter der Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, seitens der Besteltern das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Schutz der Familie gemäß Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK und seitens des Kindes das Rechts auf elterliche Pflege und Erziehung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. GG, das Recht auf Achtung der Privatlebens gemäß Art 8 EMRK und der Vorrang des Kindeswohls bei jeder Maßnahme, der sich aus Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention ergibt.<sup>119</sup>

Die Menschenwürde der Leihmutter wird jedoch nicht verletzt, wenn sie die Leihmutterchaft freiwillig übernommen hat und sie das Kind freiwillig an die Besteltern herausgibt.<sup>120</sup>

Die teilweise als notwendig angesehene Adoption ist der gesetzlich vorgesehene Ort für eine umfassende Prüfung des Kindeswohls.<sup>121</sup> Jedoch würde die mit der individuellen Kindeswohlprüfung verbundene Stiefkindadoption, die zum tragen kommt, wenn die rechtliche Vaterschaft bereits wirksam anerkannt wurde, regelmäßig zu demselben Ergebnis führen wie die Anwendung des ausländischen Sachrechts. Daher spricht das übereinstimmende Ergebnis für eine Ablehnung des ordre public-Verstoßes.<sup>122</sup>

Ob die Besteltern ein verschiedengeschlechtliches Ehepaar oder eine gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaft sind, spielt für das

---

118 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

119 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12 ; EuGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525, 1525; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

120 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13; AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123.

121 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12.

122 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

Kindeswohl keine Rolle.<sup>123</sup>

Zu beachten ist aber auch hier, dass teilweise die genetische Abstammung des Kindes von mindestens einem Bestellelternteil im Gegensatz zur Leihmutter vorausgesetzt wird.<sup>124</sup>

Für die ausführliche Begründung dieser Ansicht wird auf bereits Erwähntes Bezug genommen.

### **c) Zwischenergebnis**

Führt beispielsweise der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zur Anwendung des ausländischen Rechts, so hat bezüglich des Ergebnisses eine ordre public-Kontrolle zu erfolgen. Eine pauschale Annahme eines ordre public-Verstoßes im Fall der Leihmutterschaft ist nicht angebracht, vielmehr muss eine Einzelfallbetrachtung erfolgen. Ist die Menschenwürde der Leihmutter gewahrt und stammt das Kind genetisch von mindestens einem Bestellelternteil ab und ist im Gegensatz dazu aber nicht mit der Leihmutter genetisch verwandt, so kann auch bei Betrachtung des strengeren nationalen ordre public der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>125</sup> gefolgt werden und ein ordre public-Verstoß ablehnt werden.<sup>126</sup>

### **3) Adoption als letzte Lösung**

Problematisch und von der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>127</sup> nicht erfasst, sind die Fälle, in denen weder eine ausländische Entscheidung anerkannt werden kann noch die kollisionsrechtliche Betrachtung zum ausländischen Sachrecht führt. Dann ist die Leihmutter gemäß §1591 BGB rechtliche Mutter des Kindes.

In diesen Fällen bleibt den Bestelleltern nur eine Adoption um das gewünschte Statusverhältnis zu erreichen. Diese Lösung wird auch durch die ordre public-

---

123 BVerfG, Urteil v. 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09; BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13.

124 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13; MünchKom- Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58; Staudinger- Henrich, Art. 19, Rn. 123; genetische Abstammung auch bei AG Friedberg, Beschluss v. 01.03.2013, 700 F 1142/12 und AG Neuss, Beschluss v. 13.05.2013, 45 F 74/13 vorliegend.

125 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

126 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

127 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

Verstoß annehmende Meinung angeführt.<sup>128</sup>

Gelang den Bestelletern mit dem Kind die Ausreise nach Deutschland, ist die Durchführung der Adoption zeitaufwendig und kompliziert. Es wird die Zustimmung der im Ausland lebenden Leihmutter und gegebenenfalls ihres Ehemannes benötigt, die aber aus deren Sicht keine rechtliche Verbindung zu dem Kind haben. Das Kind ist in diesem Fall einem Schwebezustand ausgesetzt, der sich verlängern oder sogar zu einem Dauerzustand werden kann.<sup>129</sup>

Befindet sich das Kind allerdings noch im Ausland ohne dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt zu haben, ist eine Adoption kaum realisierbar, da aus Sicht der ausländischen Behörden die Bestelletern bereits die rechtlichen Eltern des Kindes sind.<sup>130</sup> "So haben die bisherigen Erfahrungen gezeigt, dass der Adoptionsmechanismus in Fällen des Leihmutterstourismus nicht funktioniert, solange sich das Kind noch im Ausland befindet und die Behörden ihm die Einreise ins Inland verweigern."<sup>131</sup>

Um solche Situationen zu vermeiden sind weitere Auslegungen des Gesetzes oder Reformen nötig. So fordert Prof. Dr. Rainer Frank, Freiburg, in der Anmerkung zu der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>132</sup>, dass dem weiteren Elternteil im Fall der Stiefkindadoption die angestrebte Adoption nicht unnötig erschwert werden soll. Prof. Dr. Tobias Helms, Marburg, geht in der Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshof<sup>133</sup> sogar noch weiter und fordert eine "Reform des Art. 19 Abs. 1 EGBGB [um] sicher[z]ustellen, dass in Fällen der Leihmuttertschaft stets das leihmutterchaftsfreundliche Recht des Geburtsstaates zur Anwendung kommt oder speziell für Fälle einer im Ausland (nach dortigen Maßstäben rechtmäßig) durchgeführten Leihmuttertschaft eine Einschränkung von § 1591 BGB vor[z]usehen."<sup>134</sup>

---

128 KG Berlin, Beschluss v. 01.08.2013, 1 W 413/12; VG Berlin, Beschluss v. 05.09.2012, 23 L 283.12.

129 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

130 MünchKomm-Helms, Band 10, Art. 19, Rn. 58.

131 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

132 EuGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525 ff..

133 Helms, FamRZ 2015, 240 ff..

134 Helms, FamRZ 2015, 240, 246.

## V. Ergebnis

Die Leihmutterschaft ist nach deutschem Recht verboten. Dagegen ist sie in anderen Ländern durchaus erlaubt und wird auch von deutschen Paaren im Ausland durchgeführt.

Gibt es eine ausländische Gerichtsentscheidung, die die deutschen Bestellertern als rechtliche Eltern des Kindes feststellt, kann nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>135</sup> diese ausländische Entscheidung verfahrensrechtlich anerkannt werden, wenn ein Bestellerternteil im Gegensatz zur Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist und die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt wurde. Das setzt die Freiwilligkeit der Übernahme der Schwangerschaft und der Herausgabe des Kindes voraus. Nicht entscheidend ist dagegen, ob die ausländische Entscheidung eine rechtsbegründende oder lediglich eine feststellende Wirkung hat und ob die Leihmutterschaft durch ein gleichgeschlechtliches oder ein verschiedengeschlechtliches Paar initiiert wurde. Zu unterscheiden ist jedoch bei Registereintragungen bezüglich der Wirkung. Eine konstitutive Registereintragung wird durchaus für anerkennungsfähig erachtet, wohingegen eine rein deklaratorische Registereintragung der verfahrensrechtlichen Anerkennung nach § 108 FamFG nicht zugänglich ist.

Ähnlich verhält es sich bei der kollisionsrechtlichen Betrachtung. Führt Art. 19 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung des leihmutterschaftsfreundlichen Rechts, so ist das Ergebnis der Anwendung unter denselben Voraussetzungen, dass ein Bestellerternteil im Gegensatz zur Leihmutter genetisch mit dem Kind verwandt ist und die Menschenwürde der Leihmutter gewahrt wurde, mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vereinbar.

Führt Art. 19 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung deutschen Rechts oder liegt im konkreten Fall ein ordre public-Verstoß vor, so bleibt als letzte Möglichkeit nur eine Adoption um ein rechtliches Statusverhältnis zwischen dem Kind und den Bestellertern zu begründen, auch wenn sich dies oft als schwierig erweist. Hier wären weitergehende Auslegungen des Gesetzes oder Reformen nötig, um auch in diesen Fällen das Kindeswohl zu sichern.

---

135 BGH, Beschluss v. 10.12.2014, XII ZB 463/13.

## **Literaturverzeichnis**

Alexander Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Frankfurt am Main, 2014

zitiert: Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Seite

Bergmann/ Ferid/ Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, mit Staatsangehörigkeitsrecht

zitiert: Bergmann/ Ferid/ Henrich- Bearbeiter, Land, Lieferung, Seite

Münchener Kommentar BGB, herausgegeben von: Roland Rixecker, Franz Jürgen Säcker und Hartmut Oetker, 6. Auflage, 2012 bzw. 2015

zitiert: MünchKom- Bearbeiter, Band, § bzw. Art, Rn

Palandt BGB, bearbeitet von: Peter Bassenge, Gerd Brudermüller, Jürgen Ellenberger, Isabell Götz, Christian Grüneberg, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Walter Weidenkaff und Dietmar Weidlich, 74. Auflage, 2015

zitiert: Palandt- Bearbeiter, §, Rn

Rainer Frank, Freiburg, Anmerkung zu Nr. 1011 EUGHMR vom 26.06.2014, FamRZ 2014, 1525 ff.

zitiert: Frank, FamRZ 2014, 1525, genaue Seite

Tobias Helms, Marburg, Anmerkung zum BGH, Beschluss vom 10.12.2014, XII ZB 463/13, FamRZ 2015, 240 ff.

zitiert: Helms, FamRZ 2015, 240, genaue Seite

Staudinger BGB- EGBGB/ IPR, begründet von Julius von Staudinger, Neubearbeitung 2013 bzw. 2014

zitiert: Staudinger- Bearbeiter, Art, Rn

Die Bibel, Einheitsübersetzung

## **Entscheidungsverzeichnis**

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 31.01.1989, 1 BvL 14/87  
nach juris

Amtsgericht Nürnberg, Beschluss vom 14.12.2009, UR III 0264/09, UR III 264/09  
nach juris

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 30.03.2011, XII ZB 300/10  
nach juris

Verwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 05.09.2012, 23 L 283.12  
nach juris

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09  
nach juris

Amtsgericht Friedberg (Hessen), Beschluss vom 01.03.2013, 700 F 1142/12  
nach juris

Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 26.04.2013, I-3 Wx 211/12, 3 Wx  
211/12  
nach juris

Amtsgericht Neuss, Beschluss vom 13.05.2013, 45 F 74/13  
nach juris

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 01.08.2013, 1 W 413/12  
nach juris

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Nr. 1011 EuGHMR, Urteile vom  
26.06.2014, Beschwerde Nr. 65192/11 und Nr. 65941/11  
FamRZ 2014, 1525 ff.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10.12.2014, XII ZB 463/13  
nach juris

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bzw.	beziehungsweise
Dr.	Doktor
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamGB	ukrainisches Familiengesetzbuch
ff.	folgende
GG	Grundgesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
Nr.	Nummer
PassG	Passgesetz
Prof.	Professor
PStG	Personenstandsgesetz
u. a.	unter anderem
UN	Vereinte Nationen
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
vgl.	vergleiche
ZGB	griechisches Zivilgesetzbuch

Impressum

Herausgeber der Reihe  
Dekan Fachbereich Rechtspflege

Druck  
HWR Berlin

Berlin, August 2015

[www.hwr-berlin.de](http://www.hwr-berlin.de)