

Martin Löhnig

## Leihmütter

### *Zusammenfassung*

Heterosexuelle Paare, deren weiblicher Teil ein Kind nicht austragen kann bzw. nicht austragen will, können ein fremdes Kind adoptieren oder als „Wunscheltern“ ein Kind bei einer Ersatzmutter austragen lassen, obwohl dies in den meisten Ländern, so auch in Deutschland, bisher verboten ist. Das gilt auch für zwei in eingetragener Partnerschaft lebende Männer oder nun auch für diejenigen, die jetzt nach deutschem Recht seit 1.10.2017 miteinander verheiratet sind. Ob zu dem Anliegen der Wunscheltern eine genetische Verbindung zwischen ihnen und dem Kind hinzukommt oder nicht, ist für die rechtliche Würdigung des gesamten Vorgangs der Schwangerschaft und die Zeit nach der Geburt des Kindes vor allem für das Kind von erheblicher Bedeutung.

**Schlüsselwörter:** Genetische bzw. nicht genetische Verwandtschaft des Embryos im Leib der Leih- bzw. Ersatzmutter; Hetero- und homosexuelle Wunscheltern; Verbot der Leih- bzw. Ersatzmutterschaft; Kindeswohl und Ersatzmutterschaft; Problematik der das Kindeswohl beeinträchtigenden abstammungsrechtlichen gesetzlichen Regelungen.

### *Abstract*

Heterosexual couples, whose female partner is not able to or does not want to carry out a baby, can either adopt a foreign child or become intended parents by letting a surrogate mother carrying out a baby. Up to now, latter opportunity is prohibited in Germany as well as in most other countries. This prohibition applies also for two men living in a registered partnership and for all those, who are married according to German law since 1.10.2017.

The possibility of genetic relatedness between the intended parents and the child is an added concern. It's also a significant importance for the legal evaluation of the course of events during pregnancy, around birth and especially for the child itself.

**Keywords:** genetic or non-genetic relatedness of the embryo in the womb of the surrogate mother; Hetero- and homosexual intended parents; prohibition of surrogacy motherhood; best interests of the child and surrogate motherhood; problem of legal regulations regarding descent right interfere best interest of the child.

DOI: 10.5771/2365-1083-2018-1-55

## I. Ausgangslage

### 1. Verbot der Leihmutterschaft nach deutschem Recht

Wollen zwei Männer gemeinsam Eltern eines Kindes werden, können sie entweder ein fremdes Kind adoptieren oder als „Wunscheltern“ die Dienste einer Frau in Anspruch nehmen, die anbietet als „Leihmutter“ (neuerer Terminus „Ersatzmutter“) ein Kind auszutragen. Gleiches gilt für heterosexuelle Paare, deren weiblicher Teil ein Kind nicht austragen kann oder möchte. In aller Regel wird dann durch In-vitro-Fertilisation eine von einer anderen Frau – oftmals anonym – gespendete Eizelle befruchtet und der Leihmutter eingesetzt. Dadurch wird erreicht, dass die Leihmutter tatsächlich nur „Tragemutter“ und nicht zudem auch genetische Mutter des Kindes ist; so soll verhindert werden, dass allzu viele Gesichtspunkte für eine dann möglicherweise auch juristisch relevante enge Verbindung des Kindes zur Leihmutter sprechen. Die Eizelle wird häufig mit dem Samen eines/des männlichen Wunschelterns befruchtet, so dass ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist; zum Teil erfolgt jedoch auch eine Befruchtung mittels Spendersamen, so dass keine genetische Verwandtschaft zwischen Wunscheltern und Kind besteht. Ob zu dem voluntativen Element eine genetische Verbindung hinzutritt oder nicht, ist für die rechtliche Würdigung von erheblicher Bedeutung – dazu später.

In vielen europäischen Staaten ist Leihmutterschaft verboten, so auch in Deutschland, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c, 14b AdVermiG. Allerdings ist dieses Verbot nicht mehr unumstritten. So fordert beispielsweise die FDP, der Staat solle sich aus intimen Angelegenheiten heraushalten und freie Entscheidungen ermöglichen, die ethisch vertretbar sind; Eizellspenden und nichtkommerzielle Leihmutterschaft sollten deshalb unter Auflagen erlaubt werden.<sup>1</sup> Nachdem gleichgeschlechtlichen Paaren seit 1. Oktober 2017 die Eheschließung offensteht, ist zu erwarten, dass nunmehr die Forderung nach gleichen Fortpflanzungsmöglichkeiten für alle Ehepaare erhoben werden wird.

### 2. Kriterien für die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung

#### 2.1 Voluntative Elemente im Abstammungsrecht

Bislang jedoch läuft der Fortpflanzungsvorgang nicht im Heimatstaat der deutschen Wunscheltern, sondern in einem Staat, dessen Rechtsordnung die Leihmutterschaft zulässt, ab. Die gewählte Rechtsordnung muss jedoch über die Zulassung der Leihmutterschaft hinaus noch weitere Voraussetzungen erfüllen: Sie muss bei der Begründung der Elternschaft für ein Kind voluntativen Elementen einen hohen Stellenwert zumessen und dadurch eine gewisse Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Abstammung eines Kindes ermöglichen. Nur dann können die Wunscheltern originäre rechtliche El-

1 <https://www.fdp.de/forderung/121-2> (Abgerufen am 6. Dezember 2017).

tern des Kindes werden, ohne dass zuvor die Leihmutter auch nur eine juristische Sekunde lang als rechtliche Mutter anzusehen gewesen wäre. Diese Entscheidungsfreiheit muss nicht nur für eigene Staatsbürger, sondern auch für fortpflanzungsmedizinische Touristen bestehen.

## 2.2 Anerkennungsfähige Entscheidung

Außerdem sollte die Entscheidung der Beteiligten über die Elternschaft im Wege einer nach § 108 FamFG anerkennungsfähigen gerichtlichen oder vergleichbaren Entscheidung gebilligt werden müssen, weil andernfalls nicht sichergestellt ist, dass das anwendbare Sachrecht diese als rechtliche Eltern des Kindes anerkennt. Denn Schwierigkeiten treten in aller Regel dann auf, wenn die Wunschelternteile mit dem Kind nach Deutschland einreisen möchten oder, falls die Einreise gelungen ist, das Kind in Deutschland als ihr rechtliches Kind eintragen lassen wollen.

Bei der Ermittlung der rechtlichen Elternschaft des Kindes durch deutsche Behörden oder Gerichte wird wegen Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB häufig deutsches Recht einschlägig sein. Dann ist die Leihmutter als Geburtsmutter unwandelbar rechtliche Mutter des Kindes, § 1591 BGB. Ist die Leihmutter verheiratet, ist ihr Ehemann rechtlicher Vater des Kindes, § 1592 Nr. 1 BGB, wobei ein männlicher Wunschelternteil – vorausgesetzt, er ist genetischer Vater des Kindes – diese Vaterschaft anfechten kann. Ist die Leihmutter nicht verheiratet, kann ein männlicher Wunschelternteil im Wege der Anerkennung, § 1592 Nr. 2 BGB, unabhängig davon, ob er auch genetischer Vater ist oder nicht, in die Position des rechtlichen Vaters einrücken. Die rechtliche Elternschaft des anderen Wunschelternteils kann dann im Wege der Stiefkindadoption begründet werden, § 1742 Abs. 2 Satz 3 BGB, soweit eine wirksame Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen den Wunscheltern besteht.

Dieses umständliche und für alle Beteiligten belastende Procedere (ggf. kommt schon eine legale Einreise des Kindes nach Deutschland nicht in Betracht, weil dieses nicht deutscher Staatsbürger ist) können die Wunschelternteile jedoch verhindern, indem sie deutschen Behörden anerkennungsfähige Urkunden über die rechtliche Elternschaft vorlegen, welche dann vorrangig zu berücksichtigen sind, § 51 Abs. 1 PStG, § 108 Abs. 1 FamFG. Anerkennungsfähig sind gerichtliche oder gerichtsähnliche<sup>2</sup> ausländische Entscheidungen, weshalb die Abstammungsdokumente nicht nur eine gesetzgeberische Entscheidung umsetzen dürfen, sondern – wie dies bei einer Gerichtsentscheidung der Fall ist – auf einer Einzelfallentscheidung nach präziser Sachverhaltsprüfung beruhen müssen. Liegt eine derartige Entscheidung vor, so erfolgt die Anerkennung, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf, soweit kein Hindernis nach § 109 FamFG vorliegt; hier kommt insbesondere der *ordre public*-Vorbehalt aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG in Betracht.

Allerdings besteht eine zweifache Unsicherheit: Erstens ist noch nicht abschließend geklärt, welche Akte ausländischer Behörden im Bereich des Abstammungsrechts als

2 Vgl. MünchKomm/Rauscher § 108 FamFG Rn. 10 ff.

gerichtliche oder vergleichbare Entscheidung im Sinne des § 108 FamFG anzusehen sind. Zweitens besteht auch in Fällen des Vorliegens einer gerichtlichen oder vergleichbaren Entscheidung für die Beteiligten bislang keine Rechtssicherheit, weil der Umgang der Gerichte mit dem *ordre-public*-Vorbehalt uneinheitlich ist. In den letzten Jahren haben sich zwar sowohl verschiedene deutsche Gerichte, als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit Leihmutterfällen befasst, so dass sich inzwischen gewisse Rechtsprechungslinien ziehen lassen. Allerdings ist, wie die zuletzt ergangenen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen zeigen, noch immer keine sichere Prognose über den Ausgang eines Verfahrens möglich. Das liegt daran, dass sich Leihmutterfälle stets im Spannungsverhältnis zwischen der Durchsetzung des nationalen Verbots der Leihmutterschaft einerseits und dem Wohl des betroffenen Kindes andererseits, aber auch auf der Grenze zwischen den divergierenden abstammungsrechtlichen und adoptionsrechtlichen Wertungen bewegen, und unterschiedliche Gerichte dieses Spannungsverhältnis bislang unterschiedlich auflösen.

## II. Der konventionsrechtliche Rahmen

Dem EGMR lagen in den letzten Jahren mehrere Leihmutterfälle vor.<sup>3</sup> Aus den Entscheidungen lässt sich der konventionsrechtliche Rahmen ermitteln, innerhalb dessen sich die Behörden und Gerichte der Mitgliedsstaaten zu bewegen haben, wenn sie nicht eine Verurteilung ihres Staates durch den Gerichtshof riskieren wollen. Besonders bedeutsam ist hierbei die jüngste Entscheidung, die vom 24. Januar 2017<sup>4</sup> datiert und italienische Wunscheltern betrifft; hier scheint das Gericht nach zwei leihmutterchaftsfreundlichen Entscheidungen auf den ersten Blick leihmutterchaftsfeindlich entschieden zu haben.

Ein italienisches Gericht hatte die Herausnahme des Kindes aus dem Haushalt der Wunscheltern angeordnet. Mangels genetischer Verbindung zu den Wunscheltern liege keine Leihmutterschaft vor. Die Wunscheltern hätten gegen zwingende Regelungen des italienischen Adoptionsrechts ebenso verstoßen wie gegen das Recht des Leihmutterlandes (Russland), das die genetische Abstammung des Kindes von mindestens einem Wunschelternteil fordere; hieraus leitet das Gericht die mangelnde Elterneignung der Wunscheltern her.<sup>5</sup> Das Kind werde zwar höchstwahrscheinlich unter der Trennung von den Wunscheltern leiden, dieses Trauma sei jedoch aufgrund des geringen Alters des Kindes (acht Monate) reparabel, zumal das Kind alsbald an Adoptiveltern vermittelt werden könne; tatsächlich lebte das Kind 15 Monate in einem Heim,

3 EGMR Ur. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden); EGMR Ur. v. 26.6.2014 – 65192/11, NJW 2015, 3211 = FamRZ 2014, 1525 (Frank); EGMR Ur. v. 26.6.2014 – 65941/11, BeckRS 2014, 16292.

4 EGMR Ur. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden).

5 EGMR Ur. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 156, 189.

bevor es in eine Pflegefamilie vermittelt werden konnte<sup>6</sup> und dürfte bei der Herausnahme aus dem Heim im Alter von nunmehr nahezu zwei Jahren erneut traumatisiert worden sein.

Der EGMR führt aus, dass vorliegend allein eine Verletzung des Privatlebens, Art. 8 EMRK, in Betracht komme, nicht hingegen eine Verletzung des Familienlebens.<sup>7</sup> Ein faktisches Familienleben lehnt der Gerichtshof nämlich ab, weil es an der genetischen Verwandtschaft fehlte, obschon eine enge emotionale Beziehung zwischen Wunscheltern und Kind bestanden habe und die Wunscheltern die tatsächliche Elternverantwortung übernommen hätten – eine neue<sup>8</sup> und immerhin fragwürdige Tendenz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens der Wunscheltern sei es vereinbar, wenn ein im Ausland von einer Leihmutter zur Welt gebrachtes Kind in einem Konventionsstaat von den Wunscheltern getrennt werde, wenn – wie vorliegend – die Leihmutterschaft im Heimatstaat der Wunscheltern verboten ist, beide Wunscheltern nicht genetische Eltern des Kindes sind und das Kind sich erst kurze Zeit bei den Wunscheltern aufgehalten hat (im entschiedenen Fall immerhin acht Monate). Angesichts der ethischen Brisanz des ganzen Themas stehe den Vertragsstaaten ein weiterer Einschätzungsspielraum zu.<sup>9</sup>

Die Entscheidung lässt einen bitteren Nachgeschmack zurück, weil sich der Gerichtshof nicht zur Prüfung von Menschenrechten auch des betroffenen Kindes veranlasst fühlte und sich dabei auf das formale Argument zurückgezogen hat, die Wunscheltern hätten mangels Vertretungsbefugnis keine Beschwerde<sup>10</sup> für das Kind einlegen können. Nachdem die zuständige italienische Fürsorgebehörde kaum in Vertretung des Kindes Beschwerde gegen die Fürsorgemaßnahmen des italienischen Staates einlegen wird, war das Kind damit de facto nicht in der Lage, eine Verletzung seiner Menschenrechte zu rügen.

Diese Entscheidung ist deshalb sehr bedeutsam, weil sie im Gegenschluss die Ableitung derjenigen Voraussetzungen ermöglicht, unter denen eine Beschwerde gegen konventionsstaatliche Eingriffe vor dem EGMR Erfolg haben wird, und somit die Absteckung des konventionsrechtlichen Rahmens ermöglicht.<sup>11</sup>

6 Vgl. EGMR Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 49 f.

7 EGMR Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 146 ff., 159 ff.

8 Sanders NJW 2017, 925, 926 f.

9 EGMR Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 179 ff.

10 Vgl. EGMR Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 208.

11 Zutreffend Duden FamRZ 2017, 445.

Erforderlich sein dürfte:

1. ein Handeln der Wunscheltern in Konformität zum Recht des Leihmutterstaates und
2. eine genetische Verwandtschaft des Kindes zu mindestens einem Wunschelternteil (bei gleichzeitigem Fehlen genetischer Verwandtschaft mit der Leihmutter).

Der EGMR markiert damit bei näherem Hinsehen allerdings nicht Eingriffsgrenzen bei der Leihmutterschaft, sondern vielmehr Grenzen der Kategorie der Leihmutterschaft überhaupt. Wenn der EGMR in seiner Entscheidung ausführt, vorliegend hätten die Wunscheltern gegen adoptionsrechtliche Vorschriften verstoßen,<sup>12</sup> die zum Schutz von Kindern vor Menschenhandel dienen, dann wird damit deutlich, dass er bei fehlender genetischer Verwandtschaft grundsätzlich den Bereich des Abstammungsrechts verlassen und den Bereich des Adoptionsrechts betreten sieht, dessen Kautelen dann einzuhalten sind, andernfalls von Kinderhandel zu sprechen ist. In einem solchen Fall muss dann der Beschwerdeführer die Vermutung, dass Kinderhandel vorliege, widerlegen, was nur gelingen kann, wenn von Anfang (also bevor die befruchtete Eizelle in die Gebärmutter der Leihmutter eingesetzt wird) an überzeugende Beweismittel geschaffen werden – in Kalifornien zum Beispiel muss die Leihmutterschaftsvereinbarung schon vor Befruchtung der Eizelle bei Gericht hinterlegt werden.

### *III. Die Ausfüllung des Rahmens durch deutsche Gerichte*

Nach dem Maßstab des deutschen Rechts kommt es für die Anerkennung ausländischer gerichtlicher Abstammungsentscheidung allein darauf an, ob man einen Verstoß gegen den *ordre public*-Vorbehalt annimmt oder nicht; an diesem Punkt, in § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, ist das oben geschilderte Spannungsverhältnis aufzulösen. Der Bundesgerichtshof<sup>13</sup> hat einen derartigen Verstoß angelehnt (dazu sogleich).

#### 1. Exkurs: Der Standpunkt des schweizerischen Bundesgerichts

Die Annahme eines solchen Verstoßes gegen den *ordre public*-Vorbehalt ist allerdings keineswegs fernliegend. Dies zeigt eine Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, das 2015<sup>14</sup> in einem Leihmutterfall beschlossen hatte, die Anerkennung kalifornischer Abstammungsdokumente sei aufgrund der Umgehung des verfassungsrechtlich verankerten Verbotes der Leihmutterschaft mit dem *ordre public* unvereinbar. Allerdings bestand in diesem Fall keine genetische Verwandtschaft zwischen dem Wunschelternehepaar und dem Kind, weshalb das Bundesgericht die funktionale Nähe zur Adoption betonte, auch hier findet sich also bereits das vom EGMR angewendete Dif-

12 EGMR Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941 (Sanders) = FamRZ 2017, 444 (Duden), Rn. 131 ff. und 200 ff.

13 BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms).

14 Urt.v. 14.9.2015 – 5A\_443/2014.

ferenzierungskriterium. Dieses hat jedoch nicht den Ausschlag gegeben: Bereits kurz zuvor hatte das Gericht<sup>15</sup> entschieden, dass auch im Falle zweier männlicher Wunscheltern eine Anerkennung der kalifornischen Entscheidung nicht in Betracht komme, obschon einer der Männer mit dem Kind genetisch verwandt war; nur diesen Mann erkannte das Gericht als rechtlichen Vater an. Entscheidend für das Gericht war, dass das nationale Verbot der Leihmutterschaft behauptet werden müsse.

Das Gericht löst also das Spannungsverhältnis zwischen der Durchsetzung des nationalen Verbots der Leihmutterschaft einerseits und dem Wohl des betroffenen Kindes andererseits zugunsten des Verbotes auf und sieht sich nicht im Abstammungsrecht, sondern im Adoptionsrecht. Die Konsequenzen für das Kind sind erheblich: Sind beide Wunscheltern mit dem Kind nicht genetisch verwandt, steht es in ihrem Belieben, ob sie das Kind als eigenes annehmen oder – etwa wegen einer Behinderung des Kindes oder einer Veränderung ihrer Lebensplanung – von ihrem Kinderwunsch Abstand nehmen. Das Kind hat in diesem Fall elternlos im Geburtsland zu verbleiben, weil eine Einreise in die Schweiz nicht in Betracht kommt und das Recht des Geburtslandes – vorliegend Kalifornien – in Leihmutterfällen die Geburtsmutter nicht als rechtliche Mutter des Kindes ansieht; dass dies nach schweizerischem Recht anders zu sehen ist, interessiert dann nicht. Trennen sich die Wunscheltern, so wäre es jedenfalls dem genetisch nicht verwandten Wunschelternteil möglich, das Einrücken in die rechtliche Elternrolle zu verweigern. Nach schweizerischem Recht kann dann der Fall eintreten, dass Leihmutter und mit dem Kind genetisch verwandter Wunschvater als rechtliche Eltern des Kindes anzusehen sind.

## 2. Die Leitentscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs

Nahezu zeitgleich hatte der deutsche Bundesgerichtshof einen ähnlichen Fall zu entscheiden, wobei er ausdrücklich betonte, dass bei der Entscheidung die von der EMRK verbürgten Menschenrechte berücksichtigt werden müssten.<sup>16</sup> Das Gericht kam zum gegenteiligen Ergebnis, löste das Spannungsverhältnis also ganz anders auf als das Schweizerische Bundesgericht: Allein der Umstand, dass die ausländische – vorliegend wiederum kalifornische – Entscheidung die rechtliche Elternschaft den Wunscheltern zuweist, begründe keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public*, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt sei, die Leihmutter, welche das Kind freiwillig übergeben hat, hingegen nicht.<sup>17</sup> Nichts anderes ergibt sich für das Gericht daraus, dass die Elternstellung neben dem genetischen Vater auch dessen eingetragenen Lebenspartner (oder jetzt auch Ehemann) zugewiesen wird.

<sup>15</sup> Urt.v. 21.5.2015 – 5A\_748/2014.

<sup>16</sup> BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms), Rn. 42.

<sup>17</sup> BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms), Ls. 3.



Den gerade im Zuge des Verbotes der Leihmutterschaft ins Gesetz aufgenommenen § 1591 BGB, der die Geburtsmutter unabänderlich als rechtliche Mutter eines Kindes bestimmt, setzt der Bundesgerichtshof unter Berufung auf die Besonderheiten des internationalen Rechtsverkehrs auf diese Weise freilich de facto außer Kraft. Man müsse beachten, dass nach kalifornischem Recht die Leihmutter aus der Verantwortung entlassen werde.<sup>18</sup> Den anderen, mit dem Kind nicht genetisch verwandten Wunschelternteil auf die Adoption zu verweisen, sei nicht stets Kindeswohlgerecht.<sup>19</sup> Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hob durch seinen Beschluss eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin auf, welches ausgeführt hatte, auch die Behandlung der Frage des ordre public-Verstoßes nach dem Kindeswohl erfordere keine Anerkennung der ausländischen Gerichtsentscheidung, denn das Kindeswohl erfordere es nicht, ein Eltern-Kind-Verhältnis außerhalb des Adoptionsverfahrens herzustellen. Der Bundesgerichtshof gewichtet das Kindeswohl also höher als die Behauptung des nationalen Verbotes der Leihmutterschaft und arbeitet folgerichtig mit abstammungsrechtlichen und nicht mit adoptionsrechtlichen Wertungen.

Im Gefolge dieser höchstrichterlichen Entscheidung sind Entscheidungen verschiedener Obergerichte ergangen. Das OVG Münster<sup>20</sup> entschied beispielsweise im Juli 2016, eine ausländische gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, die im Fall der Leihmutterschaft die rechtliche Vaterstellung den Wunscheltern zuweist, verstoße als solche nicht gegen den ordre public, wenn einer der Wunschväter leiblicher Vater des Kindes ist. Das OLG Düsseldorf<sup>21</sup> entschied im März 2017, die Annahme eines auf Veranlassung der Wunscheltern unter Verwendung einer anonymen Eizellenspende von einer Leihmutter geborenen Kindes durch den anderen, nicht mit dem Kind genetisch verwandten Wunschelternteil setze nicht gemäß § 1741 Abs. 1 Satz 2 BGB voraus, dass die Annahme zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Es reiche vielmehr aus, dass die Annahme dem Kindeswohl diene, § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Gericht macht auf diese Weise deutlich, dass Leihmutterschaft nichts mit Praktiken des Kinderhandels zu tun habe. Eine Adoption des Kindes war in diesem Fall deshalb erforderlich, weil keine nach § 108 FamFG anzuerkennende ausländische Entscheidung vorlag, so dass deutsches Recht anzuwenden war. Der genetische Wunschvater des Kindes hatte die Vaterschaft für das Kind unter Zustimmung der Leihmutter bereits pränatal zur Niederschrift des deutschen Generalkonsuls in Miami anerkannt.

Das Amtsgericht hatte demgegenüber zuvor ausgeführt, die Adoption sei für das Kindeswohl nicht erforderlich. Dieses gebiete nicht allgemein die Übereinstimmung von sozialer und rechtlicher Elternschaft. Wenn nur ein rechtlicher Elternteil zur Verfügung stehe, sei dies nicht schlechthin Kindeswohlwidrig. Dem trat das OLG Düsseldorf mit deutlichen Worten entgegen: Es gehöre regelmäßig zum Kindeswohl, dass das

18 Vgl. BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms), Rn. 55.

19 BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms), Rn. 57 ff.

20 OVG Münster BeckRS 2016, 48534.

21 OLG Düsseldorf NZFam 2017, 404 (Biermann).



Kind auch dem zweiten Wunschernteil rechtlich zugeordnet wird; das bereits in häuslicher Gemeinschaft auch mit dem zweiten Wunschernteil lebende Kind müsse auch von Rechts wegen in eine harmonische und lebensstüchtige Familie aufgenommen werden und ein beständiges Zuhause bekommen.<sup>22</sup> Die Prävention von Leihmutter-schaft dürfe nicht auf dem Rücken der betroffenen Kinder ausgetragen werden.<sup>23</sup>

Auf der kindeswohlorientierten Linie liegt auch eine Entscheidung des OLG Celle.<sup>24</sup> Hier hatte ein Ehepaar die Eintragung als gemeinschaftliche Eltern eines Kindes begehrt. Die Besonderheit dieses Falles liegt darin, dass es sich um ein nicht von einer kalifornischen, sondern von einer ukrainischen Leihmutter geborenes Kind handelt, welches mit beiden Wunscherntern genetisch verwandt ist. Es bestehen zwar keine Zweifel daran, dass die Entscheidung eines kalifornischen Distriktsgerichts über die Abstammung eines Kindes eine im Sinne des § 108 FamFG anerkennungsfähige Entscheidung darstellt, vorliegend aber hatte ein ukrainisches Standesamt (und nicht etwa ein ukrainisches Gericht) die Eintragung der Wunscherntern bewilligt; die Zustimmung der Leihmutter lag in notariell beglaubigter Form vor. Das deutsche Amtsgericht hatte die Verweigerung der begehrten Eintragung durch das deutsche Standesamt bestätigt. Die Eintragung der genetischen Mutter und des Kindesvaters durch das Standesamt in Kiew sei keine der Anerkennung nach § 108 FamFG zugängliche Entscheidung. Demgegenüber hat das OLG Celle ausgeführt, die Eintragung der genetischen Mutter und des Kindesvaters als gemeinsame Eltern des Kindes durch das Standesamt in Kiew gehe über eine bloße Registrierung hinaus. Das Standesamt habe nicht lediglich den aus der Tatsache der Geburt und den Erklärungen zur Leihmutterschaft sowie der genetischen Abstammung des Kindes bestehenden Sachverhalt beurkundet. Vielmehr habe das Standesamt eine Entscheidung unter Anwendung des dort geltenden Sachrechts getroffen, für die das Standesamt anhand der notariellen Erklärung der Austragenden auch Feststellungen zur genetischen Abstammung des Kindes getroffen habe. Es sei nicht erkennbar, weshalb es einen Unterschied begründen sollte, dass die ukrainische Rechtsordnung diese Entscheidung auf die Standesämter übertragen hat. In der Tat nehmen das kalifornische Distriktsgericht und das ukrainische Standesamt jeweils eine inhaltlich identische Sachprüfung vor.

Das OLG Celle greift für seine Entscheidung zutreffend auf den Normzweck des § 108 FamFG zurück und nimmt dabei letztlich das Kindeswohl in den Blick. § 108 FamFG soll sogenannte „hinkende Rechtsverhältnisse“ vermeiden helfen. Was dies bedeutet, lässt sich an dem entschiedenen Fall gut zeigen:<sup>25</sup> Aufgrund der in Kiew beurkundeten Geburt und der damit verbundenen Eintragung der genetischen Mutter und des Kindesvaters als Eltern ist für die ukrainischen Behörden festgestellt, dass die Leihmutter nicht die rechtliche Mutter des Kindes ist. Würde daher die Mutterschaft der mit dem Kind genetisch verwandten Wunschemutter in Deutschland nicht anerkannt,

22 OLG Düsseldorf NZFam 2017, 404 (Biermann), Rn. 15 f.

23 OLG Düsseldorf NZFam 2017, 404 (Biermann), Rn. 21.

24 OLG Celle NZFam 2017, 658 (Biermann) = FamRZ 2017, 1496 (Unger).

25 OLG Celle NZFam 2017, 658 (Biermann) = FamRZ 2017, 1496 (Unger) Rn. 19.

so hätte das Kind im Ergebnis keine rechtliche Mutter. Deshalb war die Entscheidung der ukrainischen Behörden, die nach zutreffender Auffassung des Gerichts auch nicht gegen den *ordre public*-Vorbehalt verstößt, anzuerkennen. Nur so lässt sich nämlich der gerade in Statusfragen besonders bedeutsame internationale Gleichklang im Einzelfall verwirklichen.

### 3. Der abweichende Standpunkt des Oberlandesgerichts Braunschweig

Im April 2017 verweigerte demgegenüber das OLG Braunschweig<sup>26</sup> einer Entscheidung des District Court in Colorado die Anerkennung. Zwei Kinder waren von einer Leihmutter geboren worden, die Eizellen stammten von einer anonymen Spenderin und wurden mit dem Samen eines der Antragsteller befruchtet. Das Gericht fühlte sich zu grundlegenden Aussagen veranlasst, die nach Ergehen der einschlägigen BGH-Entscheidung nicht mehr zu erwarten waren: Die rechtliche Elternschaft könne nach nationalem deutschen Recht allein auf Abstammung und Adoption, nicht aber auf vertragliche Vereinbarungen gestützt werden. Deswegen führe eine Anerkennung zu einem Ergebnis, das mit wesentlichen Grundsätzen des nationalen Rechts offensichtlich unvereinbar sei.<sup>27</sup> Die Anerkennung der Entscheidung könne auch nicht teilweise, nur bezogen auf die Elternschaft des wohl genetisch mit den Kindern verwandten Antragstellers erfolgen.<sup>28</sup> Warum „wohl“? Weil sich die Abstammungslage aus einem von den Antragstellern eingeholten Gutachten ergibt, das ohne rechtlich wirksame Vertretung der Kinder in Auftrag gegeben worden war und deswegen nicht verwertet werden konnte. Das Gericht zitiert im weiteren Verlauf seiner Begründung die eingangs referierte Entscheidung des EGMR, die es allein deshalb heranziehen kann, weil die genetische Abstammung des Kindes von einem Wunschelternteil bislang nicht verwertbar nachgewiesen war (während sie in dem italienischen Fall nachweisbar nicht bestand).<sup>29</sup> Zudem habe der deutsche Gesetzgeber den Schutz der betroffenen Frauen und der gezeugten Kinder vor Gefahren kommerziellen Handelns über die Wünsche der Auftraggeber gestellt.<sup>30</sup>

Um sich abzusichern, führt das Gericht zuletzt aus, die Anerkennung der rechtlichen Elternschaft sei auch nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten.<sup>31</sup> Abweichend von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs gehe der Senat nicht davon aus, dass das Kindeswohl grundsätzlich die rechtliche Zuordnung zu den Wunscheltern gebiete. Es sei nicht erkennbar, inwieweit die Anerkennung der nach ausländischem Recht erworbenen Elternschaft zur Sicherstellung der Förderung des Heranwachsenden erforderlich oder auch nur dienlich sein könnte. Die Antragsteller lebten mit den Kindern seit deren Geburt in einem familiären Verbund, die Beziehung untereinander werde von

26 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276.

27 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276, Rn. 19.

28 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276, Rn. 27.

29 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276, Rn. 23 f.

30 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276, Rn. 25.

31 OLG Braunschweig BeckRS 2017, 107276, Rn. 28 ff.

Seiten des Jugendamtes als uneingeschränkt positiv geschildert. Den Antragstellern sei es uneingeschränkt möglich, die Belange der Kinder umfassend wahrzunehmen, weil die Wunschmutter zum Vormund der Kinder bestellt worden sei; auch eine ergänzende Vormundschaft des Wunschvaters sei nicht erforderlich. Sollte die genetische Vaterschaft des Wunschvaters rechtsverbindlich festgestellt sein, könne eine Adoption durch die Wunschmutter erfolgen. Anhaltspunkte dafür, dass sie seelische Entwicklung der Kinder durch die fehlende Anerkennung der rechtlichen Elternschaft der Antragsteller beeinträchtigt werden könnte, lägen nicht vor. Da die Kinder mit Erziehungsberechtigten aufwachsen, die mit dem derzeitigen Alter von bereits 67 und 64 Jahren der Großelterngeneration angehören, würden sich die Kinder voraussichtlich bereits im frühen Kindesalter mit den psychischen Herausforderungen ihrer nicht eindeutig geklärt genetischen Identität und den Umständen ihrer Zeugung auseinanderzusetzen haben. Es sei nicht erkennbar, dass angesichts dieser Gegebenheiten im rechtlichen Status der Elternschaft bei der Identitätsfindung der Kinder überhaupt eine wesentliche Bedeutung zukommen kann.

Freilich gibt das Gericht den Kindern, die ja nichts für ihre Abstammung können, jedenfalls auf finanzieller Ebene Steine statt Brot: Unterhaltsansprüche? Erbansprüche? Die Kinder bleiben (jedenfalls vorerst) rechtlich elternlos. Hinzu kommt: Die Anerkennung des Kindes durch seinen genetischen Vater, gefolgt von einer Stiefkindadoption durch die Wunschmutter, auf die das OLG Braunschweig die Beteiligten verweist, kann am Ende zu einem mit der Anerkennung der ausländischen Gerichtsentcheidung identischen Ergebnis führen – wozu also all die hehren Ausführungen des Gerichts zu den Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung? Der vom Gericht aufgezeigte Weg ist aber mit erheblichen Gefahren für das Kind verbunden, obschon die Wahrung des Kindeswohls jedenfalls zu den hehren Grundsätzen gehört, deren Wahrung sich das Gericht verschrieben hat: Es stünde nämlich im Belieben der Wunscheltern, ob sie das Kind als eigenes annehmen oder – etwa wegen einer Behinderung des Kindes – von ihrem Kinderwunsch Abstand nehmen. Trennen sich die Wunscheltern oder reut sie ihre Entscheidung, so wäre es jedenfalls dem genetisch nicht verwandten Wunschelternteil möglich, eine rechtliche Elternschaft dauerhaft nicht zur Entstehung kommen zu lassen.<sup>32</sup> Das Kind bliebe letztendlich im Geburtsland insoweit elternlos und könnte dort auch einer in Deutschland vorgenommenen Zuordnung zur Leihmutter keine Geltung verschaffen.<sup>33</sup> Diese Gefahren hatte der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung ebenso aufgezeigt wie die Unterschiede zur Adoption: Die Wunscheltern – oder zumindest ein Wunschelternteil – wären damit aus der Verantwortung entlassen, obwohl sie die Initiatoren der medizinisch assistierten Zeugung waren und das Kind ihrer Entscheidung seine Existenz zu verdanken hat. Die Lage unterscheidet sich insoweit von der Adoption, als das Kind ohne die Leihmutterchaftsvereinbarung nicht gezeugt und geboren worden wäre. Im Unterschied zu Adoptiveltern nehmen

32 Vgl. auch Engel ZEuP 2014 538, 554.

33 BGH NJW 2015, 112 (Heiderhoff) = NZFam 2015, 112 (Zwißler) = FamRZ 2015, 240 (Helms), Rn. 59.

die Wunscheltern im Fall der Leihmutterschaft für die spätere Identitätsfindung des Kindes als für dessen Entstehung (mit-)verantwortliche Personen zweifellos eine zentrale Rolle ein, die sich indessen nicht in einer entsprechenden rechtlichen Elternverantwortung widerspiegeln würde. Damit stellt sich das OLG Braunschweig nicht nur gegen die erwähnte Entscheidung des BGH, sondern auch gegen die Rechtsprechung des EGMR<sup>34</sup>, nach der eine rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung nicht deswegen ohne Bedeutung ist, weil das Kind auch ohne eine solche in der Obhut der Wunscheltern verbleiben kann.

#### IV. Fazit

Man muss die Erzeugung von Kindern im Wege der Leihmutterschaft oder anderen Verfahren medizinisch assistierter Reproduktion nicht für eine erstrebens- oder billigenwerte Art menschlicher Fortpflanzung halten. Die betroffenen Kinder können jedoch nichts zu ihrer Entstehung. Es hat Jahrhunderte gedauert, bis sich die Einsicht durchgesetzt hat, dass man außerehelich geborene Kinder nicht für ein als amoralisch oder ordnungswidrig empfundenen Verhalten ihrer Eltern bestrafen darf, indem man sie zahlreichen rechtlichen Nachteilen aussetzt. Es wäre schön, wenn sich diese Einsicht mit Blick auf Kinder, die auf in Deutschland verbotenen Wegen erzeugt worden sind, etwas schneller verbreiten würde und sich nicht immer wieder Rechtsanwender dazu bereitefinden, Kinder dem Gedanken der Generalprävention zu opfern. Auf Ebene der Gesetzgebung wäre zur Beseitigung der Kindeswohlrisiken eine abstammungsrechtliche Regelung zur Wunschelternschaft ein deutliches Signal.<sup>35</sup>

#### Literatur

Duden, K. (2017). Kindschaftsrecht - Anmerkung zum Urteil des EuGHMR vom 24.01.2017. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 64 (6), S. 444 – 446.

Engel, M. (2014). Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 25 (3), S. 538-561.

Löhnig, M. & Runge-Rannow, M.-V. (2015). Einwilligung = Zeugung? Gleichstellung nichtehelicher Kinder bei heterologer künstlicher Befruchtung. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 68 (52), S. 3757-3759.

Sanders, A. (2017). Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 70 (13), S. 925-927.

Uerpmann-Witzack, R. (2016). Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Familienrecht seit 2014. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 63 (22), S. 1897-1905.

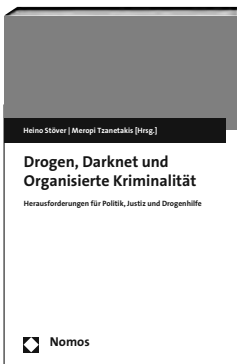
34 Eingehend hierzu Uerpmann-Witzack FamRZ 2016, 1897 ff.

35 Hierzu Löhnig/Runge-Rannow NJW 2015, 3757.

*Korrespondenzadresse*

Prof. Dr. jur. Martin Löhnig  
 Universität Regensburg  
 Fakultät für Rechtswissenschaft  
 Lehrstuhl Löhnig  
 93040 Regensburg  
[martin.loehnig@jura.uni-regensburg.de](mailto:martin.loehnig@jura.uni-regensburg.de)

## Drogen im Darknet – Organisierte Kriminalität 2.0



### Drogen, Darknet und Organisierte Kriminalität

Herausforderungen für Politik,  
Justiz und Drogenhilfe

Herausgegeben von Prof. Dr. Heino Stöver und  
Dr. Meropi Tzanetakis

2018, ca. 240 S., brosch., ca. 44,– €

ISBN 978-3-8487-3998-1

eISBN 978-3-8452-8283-1

Erscheint ca. April 2018

[nomos-shop.de/29310](http://nomos-shop.de/29310)

Die Beiträge des dieses Bandes basieren auf sozialwissenschaftlichen Forschungserkenntnissen, juristischen Analysen sowie Erfahrungen aus der Praxis und stellen die erste umfassende deutschsprachige Publikation zur komplexen Thematik „Drogen, Darknet und Organisierte Kriminalität“ dar.



Bestellen Sie jetzt telefonisch unter (+49)7221/2104-37.  
 Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)  
 Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**