

Im Rahmen der Debatte über plurale Elternschaft stellt sich auch die Frage nach der Bedeutung der faktischen Verantwortungsübernahme für ein Kind, das schon Eltern hat, also nach sozialer Elternschaft.<sup>13</sup> Typischerweise betrifft dies Stiefelternteile, Großeltern oder auch Pflegeeltern. Bei dieser Diskussion geht es jedoch meist nicht um Änderungen des Abstammungsrechts und darum, ob sozialen Eltern der Elternstatus zugeordnet werden kann, sondern ob sie an der elterlichen Sorge (Elternverantwortung) beteiligt werden können. Deshalb wird das Problem hier nicht weiter vertieft.

- 13 Vgl. Scheiwe, Kirsten: Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern: kann die Regelung der „parental responsibility“ im englischen Recht ein Modell für Reformen des deutschen Familienrechts sein?, in Hilbig-Lugani, Katharina u.a. (Hrsg.) Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2015, S. 205-222; Scheiwe, Kirsten: Mehr als nur zwei Sorgeberechtigte? Mehrelternsorge und soziale Elternschaft in England und Wales und in den Niederlanden aus rechtsvergleichender Perspektive, Recht der Jugend und des Bildungswesens 64 (2016), S. 227-240 sowie weitere Beiträge im Schwerpunkttheft „Soziale Elternschaft – Kindschaftsrecht“ 2/2016 der RdJB.

DOI: 10.5771/1866-377X-2019-1-9

## Abstammungsrecht international im Überblick – eine Herausforderung für das deutsche Recht

**Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens**

stellvertretende Vorsitzende des djb-Landesverbands Brandenburg, Rechtsanwältin, Potsdam

Die Herausforderung des Abstammungsrechts mit internationalen Bezügen besteht darin, rechtliche Lösungen für die Fälle zu finden, in denen eine Frau im Wege der künstlichen Befruchtung ein Kind zur Welt bringt, das sodann den Wunscheltern oder einem Wunsch-Elternteil übergeben wird. Wie mit der beschriebenen Fallkonstellation (rechtlich) umzugehen ist, ist umstritten und nicht abschließend gelöst. Vorrangig geht es um Abgrenzungsfragen zwischen dem Abstammungsrecht im internationalen Kontext einerseits und dem internationalen Adoptionsrecht andererseits.

1. Vorauszuschicken ist, dass die Durchführung oder auch Vermittlung einer Leihmutterschaft in Deutschland nach § 1 EmbryonenschutzG (ESchG) sowie den §§ 13c, d und 14b Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermG) verboten und strafbewehrt ist. Dies im Gegensatz zu anderen Staaten, in denen entweder die altruistische Leihmutterschaft – beispielsweise in England – oder auch die kommerzielle Leihmutterschaft – wie in der Russischen Föderation, der Ukraine und in Thailand sowie in knapp 20 Bundesstaaten der USA – erlaubt ist.

Der von dem Arbeitskreis „Abstammungsrecht“ am 04.07.2017 vorgelegte Abschlussbericht<sup>1</sup> hat im Hinblick auf abstammungsrechtlichen Fragen mit Auslandsbezug zwei Kernaussagen getroffen:

Die Experten haben sich zum einen für die Geburtsmutterschaft (§ 1591 BGB) ausgesprochen und zum anderen das Verbot der Leihmutterschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) und die Anwendung der §§ 13c, d und 14b AdVermG bekräftigt.

Die These 6 des AK formuliert es deutlich: „Für eine im Ausland rechtmäßig durchgeführte Leihmutterschaft soll geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen dem Kind im Inland der ihm nach ausländischem Recht zugeordnete Elternteil erhalten bleibt.“<sup>2</sup>

Damit sind die Probleme, die bei der Abstammung im internationalen Kontext bestehen, wie bisher Probleme des internationalen Verfahrensrechts und des materiellen internationalen Privatrechts.

2.

In der Praxis geht es beispielsweise um folgenden Sachverhalt:

*Ein deutsches, verheiratetes heterosexuelles Paar – wir nennen sie Sabine N. und Frank N. – das keine Kinder bekommen kann und aus privaten Gründen Kontakte in die Russische Föderation hat, wendet sich an eine der vielen Leihmutterschaftsagenturen in der Russischen Föderation.*

*In Russland ist die kommerzielle Leihmutterschaft, wie auch die altruistische Leihmutterschaft, rechtlich zulässig. Die Leihmutterschaft und die Voraussetzungen, die an die potentielle Leihmutter gestellt werden, sind im Russischen Familiengesetzbuch geregelt.*

*In einer spezialisierten Klinik werden Spermien und/oder Eizellen hinterlegt und eine Leihmutter zum Austragen des Kindes gesucht. Da auch eine privat organisierte Leihmutterschaft erlaubt ist, ist von entscheidender Bedeutung, dass ein Vertrag vorgelegt werden kann, nach dem die Leihmutter zustimmt, das Kind an die deutschen Wunscheltern herauszugeben. Außerdem ist die Zustimmung zur Registrierung der Wunscheltern als Eltern des Kindes vorzulegen.*

*Bei Geburt des Kindes wird in der Geburtsklinik der Tag der Geburt des Kindes eingetragen und vermerkt, ob es männlichen oder weiblichen Geschlechts ist. Der Name der Geburtsmutter (Leihmutter) wird ebenfalls in der Geburtsklinik vermerkt. Das Originaldokument verbleibt in der Klinik. Eine Kopie wird weder an die Geburtsmutter noch an Dritte herausgegeben.*

1 Vgl. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/070417\\_AK\\_Abstammungsrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2017/070417_AK_Abstammungsrecht.html).

2 Arbeitskreises Abstammungsrecht, Abschlussbericht (2017), S. 90.

*In der nach zwei Tagen notwendigen Routineuntersuchung des Kindes wird bereits die Wunschkutter, also im vorliegenden Fall Sabine N., als Mutter des Kindes eingetragen. Die Eintragung eines Familiennamens, einschließlich des Namens des Vaters, ist nicht erforderlich.*

*Das Kind selbst wird (nur) bei der Registrierungsbehörde gemeldet. Um das Kind registrieren zu können, sind der Leihmutter-schaftsvertrag im Original sowie die Einwilligung der Leihmutter, dass die Wunschkutter als Mutter eingetragen wird und gegebenenfalls die Heiratsurkunde der Wunscheltern vorzulegen.*

*Alle diese Unterlagen verbleiben bei der Registrierungsbehörde und können nicht durch Dritte eingesehen werden, es sei denn, es liegt eine Entscheidung eines russischen Gerichts vor, nach der die Unterlagen herausgegeben sind. Kopien der eingereichten Unterlagen erhält keiner der Beteiligten.*

*Die Registrierungsbehörde stellt sodann eine (russische) Geburtsurkunde für das Kind aus. Aus dieser ergibt sich die Zuordnung des Kindes zu dem Ehepaar N. Das deutsche Konsulat in der Russischen Föderation erteilt dem Kind einen deutschen Kinderausweis bzw. trägt das Kind auf Antrag in den Pass der Eltern ein, und die Wunscheltern können mit dem Kind ausreisen.*

3.

Um die rechtliche Elternschaft auch in Deutschland zu erlangen, steht den Wunscheltern, hier den Eheleuten N., neben einem Antrag auf Nachbeurkundung der Auslandsgeburt beim zuständigen Standesamt auch ein förmliches Anerkennungsverfahren der Auslandsgeburt im Inland zur Verfügung, wenn – wie im Ausgangsfall – nach ausländischem Recht eine rechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern bereits erfolgt ist.

In diesen Fällen geht es dann „lediglich“ um die Frage, ob unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>3</sup> und des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.12.2014<sup>4</sup> die im Ausland getroffene Entscheidung im Inland anerkennungsfähig ist oder nicht. Der BGH hat im vorerwähnten Beschluss die Voraussetzungen der Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutter-schaft (hier in Kalifornien, USA) bejaht und keinen Verstoß gegen den ordre-public gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG gesehen. Dabei stellt der BGH auch klar, dass für die Frage der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht auf den nationalen (kollisionsrechtlichen) ordre public nach Art. 6 EGBGB abzustellen ist, den die deutschen Gerichte bei Anwendung ausländischen Rechts zu beachten haben, sondern auf den großzügigeren anerkennungsrechtlichen ordre public international des § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.

Die Konstellation, in der also zumindest ein Elternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist und keine genetische Verwandtschaft zur Leihmutter besteht, ist anerkennungsfähig.<sup>5</sup>

Denn die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern widerspricht nicht in solchen Maß den Grundsätzen des deutschen Rechts, dass eine Anerkennung im Ergebnis untragbar erscheint.

Vorstehendes gilt auch dann, wenn kraft richterlicher Entscheidung im Ausland eine rechtliche Zuordnung der Wunscheltern als Elternpaar bereits besteht (so in dem vom BGH entschiedenen Fall) oder kraft ausländischen Rechts die Leihmutter-schaft de lege lata erlaubt ist und die (ausländischen) Voraussetzungen

für eine rechtlichen Zuordnung der Wunscheltern als Eltern des Kindes gegeben sind (wie im obigen Beispielsfall).

In allen aufgezeigten Fallkonstellationen kann deshalb davon ausgegangen werden, dass weder ein Anerkennungs-hindernis nach § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG vorliegt, noch Grund- oder Menschenrechte verletzt werden. Insbesondere kann auch nicht Art. 8 EMRK bezogen auf das Kind beziehungsweise auf die Leihmutter, einer Anerkennung entgegenstehen. Außerdem entspricht eine Anerkennung der Entscheidung dem Kindeswohl, dem nicht „besser“ im Rahmen einer Adoption Rechnung getragen werden würde.<sup>6</sup>

4.

Über eine Adoption sind demgegenüber nachfolgende Fallkonstellationen zu lösen, da es an einer rechtlichen Zuordnung des Kindes zu beiden Wunscheltern im Ausland fehlt:

- Die Leihmutter bringt ein Kind zur Welt, ohne dass eine rechtliche Zuordnung des Kindes zu beiden Wunscheltern – nach ausländischem Recht – möglich ist. Dies gilt zunächst für die Fälle, in denen die nicht verheiratete intendierte Mutter (Wunschkutter) ein Kind durch eine Leihmutter austragen lässt, und zwar unabhängig von einer genetischen Verwandtschaft. Das Kind wird im Ausland der Mutter zugeordnet. In diesen Fällen muss die Vaterschaft durch den Vater im Ausland anerkannt und anschließend im Wege der Stiefkindadoption das Kind von seiner (nunmehr) Ehefrau im Inland adoptiert werden.
- Ein Kind kommt im Ausland zur Welt, wobei die Eizelle der Leihmutter mit dem Samen eines (homosexuellen) Mannes befruchtet wurde. Sowohl in der Russischen Föderation als auch in der Ukraine kann eine rechtliche Zuordnung des Kindes zu dem samenspendenden Mann und dessen deutschen bzw. in Deutschland lebenden Partner bzw. Ehemann nicht erfolgen. In diesem Fall muss der biologische Vater die Vaterschaft noch im Ausland anerkennen. Das Kind erhält sodann eine deutsche Ausreisebefugnis, und der Partner oder Ehemann adoptiert das im Ausland geborene Kind im Inland, nachdem die Einwilligungserklärung zur Adoption durch die Leihmutter und gegebenenfalls deren Ehemann vorliegt.
- In Konstellationen, in denen das deutsche Paar lediglich eine Geburtsurkunde erhält, die sie als Eltern des Kindes ausweist. Da die Geburtsurkunde als solche keine konstitutive Wirkung für die Abstammung des Kindes hat, beinhaltet sie auch keine anerkennungsfähige Entscheidung. Auf der anderen Seite kommt der ausländischen Geburtsurkunde für die Abstammung des Kindes Beweiskraft zu. Sind beide Elternteile deutsche Staatsangehörige gilt über Art. 19 EGBGB deutsches Recht als Abstammungsstatut, insbesondere auch dann, wenn das Kind kurz nach der Geburt in Deutschland seinen gewöhnlichen Aufenthalt nimmt.

3 EuGMR, *Labassee gegen Frankreich*, v. 26.6.2014; EuGMR, *Paradiso und Campanelli gegen Italien*, v. 24.1.2017.

4 BGHZ 203, 350; BGH, FamRZ 2015, 240; OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 1638.

5 So auch nunmehr BGH, Beschluss v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17 im Anschluss an o.g. Entscheidung; a.A. OLG Braunschweig, FamRZ 2017, 972.

6 Ausführlich zum Kindeswohl bei Leihmutter-schaft noch einmal BGH, Beschluss v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17.

Aus nationaler Sicht ist die Leihmutter (als Geburtsmutter) rechtlich die Mutter und – sollte diese verheiratet sein – deren Ehemann zudem rechtlicher Vater. Ein unbefriedigendes Ergebnis, denn die deutschen Wunscheltern können in diesem Fall nur mit Einwilligung der Leihmutter beziehungsweise auch der des Ehemannes in die Adoption zu rechtlichen Eltern des Kindes werden, da für die Adoption über Art. 22 EGBGB ebenfalls deutsches Recht zur Anwendung gelangt.

Über eine Adoption sind gegenwärtig auch die Fallkonstellationen zu lösen, in denen eine rechtliche Zuordnung des Kindes aus dem Ausland besteht, aber keine genetische Abstammung vorliegt. So liegt der Fall dann, wenn der Samen anonym gespendet und die Eizelle der Leihmutter genutzt wurde oder eine anonyme Eizellenspende und auch eine anonyme Samenspende vorliegen und das Kind von einer Leihmutter ausgetragen wurde. In den genannten Fällen ist – selbst wenn im Ausland eine rechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern erfolgt ist – davon auszugehen, dass die Anerkennung der Zuordnung dieses Kindes zu den Wunscheltern im Inland versagt werden wird.

Im inländischen Adoptionsverfahren stellt sich jedoch die (Rechts-)Frage, ob eine internationale Zuständigkeit für das durchzuführende Adoptionsverfahren gemäß § 101 FamFG besteht, wenn das Kind rechtlich im Ausland den Wunscheltern bereits zugeordnet wurde.

5.

Schließlich sind die lesbischen Ehepaare bzw. verpartnerten lesbischen Paare anzusprechen, die in Deutschland leben und deren Kind mittels Samenspende (in der Regel von einem ho-

mosexuellen Mann, der im Ausland lebt) gezeugt wurde. Die Stiefkindadoption steht diesen Paaren zur Verfügung. Dass sich die lesbischen Ehepaare aber seit Langem wünschen, dass die Ehefrau der Mutter bei der Geburt eines Kindes von Gesetzes wegen zur „Zweitmutter“ wird, ist bekannt.

Nachdem der BGH jüngst eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB auf die Ehefrau der Mutter verneint hat<sup>7</sup> und damit nach Auffassung des BGH – jedenfalls bis zu einer Änderung des Abstammungsrechts – die direkte oder entsprechende Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht möglich ist, kann die Ehefrau der Mutter nicht „automatisch“ Miternteil des Kindes werden.

Es bleibt in dieser Konstellation – jedenfalls zurzeit – nur die Stiefkindadoption. In die Adoption hat der Vater des Kindes nach § 1747 BGB einzuwilligen.<sup>8</sup> Anders nur, wenn das Kind in einer Klinik mit einer anonymen Samenspende gezeugt wurde.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Der Gesetzgeber wird sich im Rahmen der Reform des Abstammungsrechts damit zu beschäftigen haben, inwieweit es eine gesetzliche Regelung geben kann, die die Zuordnung des Kindes zu seinen Eltern in allen beschriebenen Konstellationen selbst bei Inanspruchnahme einer Leihmutter ermöglicht oder ob die Eltern-Kind-Zuordnung wie bisher der Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des deutschen Internationalen Verfahrensrechts und materiellen Internationalen Privatrechts obliegen soll. Dabei wird der Gesetzgeber jedoch zu beachten haben, dass auch das künftige Abstammungsrecht dem Kindeswohl verpflichtet ist.

7 BGH, Beschluss vom 10.10.2018 – XII ZB 231/18.

8 Dazu BGH, FamRZ 2015, 828.

DOI: 10.5771/1866-377X-2019-1-11

## Praxisgespräch: „Neue Familienformen in der (Beratungs-) Praxis: Adoptionen, Erbrecht, Queer Families, Elternvereinbarungen und psychologischer Beratungsbedarf“

im Rahmen des Familienrechtlichen Kolloquiums „Von der Eizellspende bis zur Elternverantwortung – Reformbedarf im Familien- und Abstammungsrecht“, 22. bis 23. Juni 2018, Hagen

### Brigitte Meyer-Wehage

Vorsitzende der djB-Kommission Zivil-, Familien-, Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften, Direktorin des Amtsgerichts Brake

Neben einem rechtswissenschaftlichen Diskurs sollte das Kolloquium auch den Blick dafür schärfen, dass in der Praxis die Folgeprobleme, die sich aus der lex lata ergeben, längst angekommen sind.

Wie geht also die Praxis, insbesondere in der Beratung, mit neuen Lebensformen und Lebenszuschnitten um? Dieser Diskussion stellten sich

- Dipl. Psych. und Rechtsanwältin *Dr. iur. Anja Kannegießer*, Projektleitung Kompetenzzentrum für Gutachten, Münster,

- Rechtsanwältin, Notarin und zertifizierte Testamentsvollstreckerin *Birgit Kemming*, Hannover,
- Rechtsanwältin, Fachanwältin für Familienrecht, Fachanwältin für Erbrecht, zertifizierte Unternehmensnachfolgeberaterin und Testamentsvollstreckerin *Renate Maltry* und
- Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht *Irene Schmitt*, beide München.

Die Moderation übernahm Direktorin des Amtsgerichts *Brigitte Meyer-Wehage*, Vorsitzende der Kommission für Zivil-, Familien- und Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften.