

Leihmutterschaft – Rechtsvergleich in Europa und die Entscheidung des Bundesgerichts

Übersicht

A.	Einführung.....	1
B.	Rechtsvergleichende Umschau	2
I.	Gerichtliche Zustimmungsverfahren	3
1.	Vorweggenommene gerichtliche Erlaubnis	3
2.	Nachträgliche gerichtliche Feststellung.....	4
II.	Einfache Registrierung	5
III.	Unzulässigkeit der Leihmutterschaft	6
1.	Deutschland.....	6
2.	Frankreich.....	7
C.	Die Entscheidungen des EGMR in den Fällen <i>Mennesson</i> und <i>Labassee</i>	7
D.	Verbleibende ungeklärte Fragen	9
E.	Reaktionen in den Mitgliedstaaten des Europarats	11
I.	Überblick	11
II.	Frankreich	12
III.	Spanien	12
IV.	Irland	12
V.	England	12
VI.	Deutschland	13
VII.	Schweiz	17
F.	Ergebnis.....	21

A. Einführung

Das Thema Leihmutterschaft beschäftigt nicht nur die nationalen, sondern auch die europäischen und internationalen Gerichte. Mit dem technischen Fortschritt haben sich nicht nur die Möglichkeiten extrakorporaler Befruchtung – also der In-vitro-Fertilisation –, sondern auch die Nachfrage nach künstlicher Fortpflanzung exponentiell erweitert. Schätzungen zufolge sollen weltweit bereits mehr als 5 Millionen Babys durch künstliche Fortpflanzung zur Welt gekommen sein; jedes Jahr werden etwa 1,5 Millionen Befruchtungen durchgeführt, aus denen ca. 350.000 Babys geboren werden. Diese Zahlen steigen jährlich, und auch das Phänomen der Leihmutterschaft hat längst keinen Seltenheitswert mehr. Ursächlich dafür sind in erster Linie demographische und gesellschaftliche Entwicklungen, die dazu führen, dass die Akzeptanz und Verbreitung unverbindlicherer Formen des familiären Zusammenlebens steigen, Paare zunehmend später mit der Familienplanung beginnen und deshalb auch die Zahlen der Infertilität zunehmen. Einen Ausweg suchen viele Wunscheltern, die auf natürlichem Wege keine Kinder bekommen können, in der Reproduktionsmedizin. Da Leihmutterschaften jedoch in vielen Ländern, wie etwa in Deutschland und der Schweiz, verboten sind, beauftragen Wunscheltern immer häufiger eine ausländische Leihmutter in Ländern, die diese Möglichkeit erlauben. Dies wirft zahlreiche schwierige rechtliche Probleme auf, allen voran in Bezug auf die rechtliche Eltern-

schaft sowie die Staatsangehörigkeit des Kindes. Aber auch andere an die Abstammung anknüpfende Rechtsfragen, wie die Unterhaltspflicht, die elterliche Sorge und Erbrechte, stellen sich im Lichte von Leihmutterchaften neu. Nicht übersehen werden dürfen außerdem die Gefahren, die mit dem Fortpflanzungstourismus nicht selten einhergehen, namentlich der Missbrauch und die Ausbeutung von Leihmüttern. Leider existieren bisher auf internationaler Ebene keine Vorschriften, die sich diesen Fragen annehmen, insbesondere gibt es bisher keine Übereinkommen oder Abkommen zur Anerkennung einer (festgestellten) rechtlichen Abstammung eines Leihmutter-Kindes. Maßgeblich ist vielmehr das nationale Recht, das in vielen Ländern – nicht zuletzt in Folge der immer zahlreicher werdenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – reformbedürftig ist.

In der Praxis geraten Leihmutterchaften vor allem dann ins Blickfeld der Behörden, wenn die Wunscheltern mit „ihrem“ im Ausland geborenen Kind in ihr Heimatland zurückkehren wollen und für das Kind einen Reisepass oder Personalausweis, einen Nachweis über die (deutsche) Staatsangehörigkeit oder schlicht die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt beantragen. Dann stellt sich regelmäßig die Vorfrage, ob die Wunscheltern überhaupt die rechtlichen Eltern des Kindes sind, denn davon hängt jedenfalls im deutschen Recht die Staatsangehörigkeit des Kindes ab, die wiederum Voraussetzung für die Möglichkeit der Nachbeurkundung der ausländischen Geburt eines Kindes sowie die Berechtigung für einen deutschen Reisepass ist.

Gerade in den Ländern, in denen Leihmutterchaften nach wie vor verboten sind, stoßen Wunscheltern im Hinblick auf die Anerkennung ihrer rechtlichen Elternschaft auf erhebliche Schwierigkeiten. Dies liegt vor allem daran, dass das Leihmutterchaftsverbot von den Behörden und Gerichten als Bestandteil des nationalen *ordre public* angesehen wird, der sowohl zur Verweigerung der verfahrensrechtlichen Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung als auch zur Verweigerung der Anwendung ausländischen Sachrechts ins Feld geführt wird, wenn dieses nach dem nationalen Kollisionsrecht berufen ist. Diese bislang ganz überwiegend vertretene Ansicht in der Judikatur ist jedoch auf Gegenwind gestoßen, und zwar sowohl von Seiten des EGMR als auch von einigen nationalen Obersten Gerichten. Nur das schweizerische Bundesgericht ist überraschender Weise „standhaft“ geblieben.

Bevor ich jedoch auf die Entscheidungen des EGMR und deren Auswirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen eingehe, möchte ich zunächst einen kurzen rechtsvergleichenden Überblick über die Rechtslage in einigen Ländern geben.

B. Rechtsvergleichende Umschau

Die rechtlichen Regelungen zur Zulässigkeit von Leihmutterchaften fallen in den verschiedenen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich aus. Kommerzielle Vereinba-

rungen sind nur in wenigen nichteuropäischen Ländern erlaubt, während altruistische Vereinbarungen, bei denen die Leihmutter nur eine angemessene Aufwandsentschädigung, aber keine Vergütung für ihre Dienstleistung erhält, in einigen Ländern zulässig sind. Im Wesentlichen lassen sich dabei drei Regelungsmodelle ausmachen: Manche Länder sehen für Leihmutterschaftsfälle ein gerichtliches Zustimmungsverfahren vor, das teilweise schon vor der Geburt durchgeführt, teilweise aber auch erst nach der Geburt eingeleitet werden kann. In anderen Ländern genügt für die Erlangung der rechtlichen Elternstellung eine einfache Registrierung und Eintragung der Wunscheltern in die Personenstandsunterlagen, ohne dass eine gerichtliche Mitwirkung erforderlich ist. Schließlich gibt es noch etliche Länder, in denen Leihmutterschaften schlicht verboten sind.

I. Gerichtliche Zustimmungsverfahren

1. Vorweggenommene gerichtliche Erlaubnis

Schauen wir uns zunächst die gerichtlichen Zustimmungsverfahren etwas näher an: In denjenigen Rechtssystemen, in denen die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit von Leihmutterschaftsvereinbarungen von der vorherigen Genehmigung durch ein Gericht abhängt, wird den Wunscheltern häufig schon in der gerichtlichen Entscheidung sogleich die rechtliche Elternstellung für das – noch nicht geborene – Kind zugesprochen, in die sie dann unmittelbar mit der Geburt des Kindes einrücken. Werden die Wunscheltern nach der Geburt in ein Register oder die Geburtsurkunde eingetragen, so hat dies rein deklaratorische Funktion.

So ist dies etwa in einigen Bundesländern der USA.

Aber auch in Griechenland gibt es eine ähnliche Regelung, die die Übertragung fremder befruchteter Eizellen in den Körper einer Leihmutter aufgrund einer vorangegangenen gerichtlichen Erlaubnis gestattet und den Wunscheltern unmittelbar mit der Geburt des Kindes die rechtliche Stellung als Eltern zuschreibt. Nach den einschlägigen Regelungen des griechischen Zivilgesetzbuchs kann die gerichtliche Erlaubnis zur Durchführung einer Leihmutterschaft auf Antrag der Wunschmutter erteilt werden, wenn zwischen den Wunscheltern, der Leihmutter und gegebenenfalls deren Ehemann eine schriftliche, unentgeltliche Vereinbarung getroffen wurde. Außerdem muss nachgewiesen werden, dass die Wunschmutter aus medizinischer Sicht selbst keine Kinder bekommen kann. Abweichend von dem Grundsatz, dass die Verwandtschaft einer Person mit ihrer Mutter durch die Geburt vermittelt wird, gibt es eine gesetzliche Vermutung, dass im Falle einer genehmigten künstlichen Befruchtung die Wunschmutter automatisch als rechtliche Mutter angesehen wird. – Die Vermutung kann sowohl von der Leihmutter als auch der Wunschmutter rückwirkend im Wege der Anfechtung der Mutterschaft widerlegt werden, wenn innerhalb von sechs Monaten

nach der Geburt der Nachweis erbracht wird, dass das Kind genetisch nicht von der Wunschmutter abstammt.

Als Vater des Kindes gilt der Ehemann der rechtlichen Wunschmutter; sind die Wunscheltern nicht verheiratet, kann der Wunschvater durch notarielle Anerkennung mit Zustimmung der Mutter die Stellung als rechtlicher Vater einnehmen.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften war früher, dass sowohl die Antragstellerin als auch die Leihmutter ihren Wohnsitz in Griechenland haben. Durch dieses Erfordernis sollte Fortpflanzungstourismus verhindert werden. Durch eine Gesetzesnovelle im Jahre 2014 wurden die maßgeblichen Normen jedoch dahingehend geändert, dass es ausreicht, wenn entweder die antragstellende Wunschmutter oder die Leihmutter ihren Wohnsitz oder ihren vorläufigen, d.h. ihren schlichten Aufenthalt in Griechenland hat. Dadurch wurden grenzüberschreitende Leihmutterschaften erheblich erleichtert, da nur noch eine der beiden Frauen entweder ihren Wohnsitz oder auch nur ihren Aufenthalt in Griechenland haben muss.

2. Nachträgliche gerichtliche Feststellung

Andere Länder, die die Leihmutterschaft gestatten, räumen den Wunscheltern zwar nicht automatisch mit der Geburt des Kindes die rechtliche Elternstellung ein, sehen aber die Möglichkeit vor, nach der Geburt eine dahingehende Feststellung bei Gericht zu beantragen.

Diese Rechtslage gilt etwa in England. Dort sind Vereinbarungen über eine Leihmutterschaft legal, solange sie nicht auf kommerzieller Basis erfolgen. Das kommerzielle Aushandeln von Leihmutterschaftsverträgen ist verboten und strafrechtlich sanktioniert, wobei die Leihmutter und die Wunscheltern von diesem Verbot ausgenommen sind. Allerdings sind Leihmutterschaftsvereinbarungen – auch soweit sie zulässig sind – weder für die Wunscheltern noch für die Leihmutter zivilrechtlich durchsetzbar. Vor der Geburt des Kindes können sich die Wunscheltern daher nicht dagegen absichern, dass die Leihmutter das Kind später doch nicht herausgeben will, und auch die Leihmutter hat keine Sicherheit, dass die Wunscheltern ihr das Kind später abnehmen. Vielmehr wird ein Kind, das von einer Leihmutter geboren wird, im Grundsatz unwiderleglich der gebärenden Frau als rechtliche Mutter zugewiesen. Für die Vaterschaft gelten gesetzliche Vermutungen zugunsten des Ehemannes oder des Lebenspartners der Leihmutter, die jedoch vom genetischen (Wunsch-)Vater widerlegt werden können.

Diese originäre gesetzliche Zuordnung des Kindes können die Wunscheltern jedoch ändern, indem sie bei Gericht eine „parental order“ beantragen, durch die ihnen die rechtliche Stellung als Eltern unter Ausschluss der Leihmutter (und gegebenenfalls deren Ehemanns) zugewiesen werden kann. Eine derartige „parental order“ ergeht

nur unter strengen Voraussetzungen, wobei ausschlaggebendes Kriterium für eine solche statusändernde Anordnung stets das Kindeswohl ist. Neben dem Erfordernis der Zustimmung der Leihmutter, die frühestens sechs Wochen nach der Geburt des Kindes erteilt aber – wie gesagt – nicht erzwungen werden kann, muss das Gericht außerdem davon überzeugt sein, dass die Leihmutter nicht mehr als eine angemessene Aufwandsentschädigung bekommen hat. Unter Berufung auf den Kindeswohlgedanken haben englische Gerichte in Fällen mit ausländischen Leihmüttern aber auch Zahlungen, die mehr als eine Aufwandsentschädigung darstellten, sehr weitgehend rückwirkend gebilligt und damit das Wohl des Kindes im Einzelfall zurecht über public policy Aspekte, also den englischen *ordre public*, gestellt.

II. Einfache Registrierung

Viele Rechtsordnungen erlauben Leihmutterschaften demgegenüber unabhängig von einer gerichtlichen Mitwirkung und schreiben lediglich vor, dass die Wunscheltern in die Geburtsurkunde des Kindes einzutragen sind. Diese Rechtslage trifft beispielsweise für Georgien, die Ukraine und Russland zu.

Auch in Indien wird seit langem eine Regelung im Parlament beraten, die Leihmutterschaftsvereinbarungen – sogar auf kommerzieller Basis (s. 34 (3)) – erlauben und das Kind unabhängig von einer gerichtlichen Genehmigung automatisch mit seiner Geburt den Wunscheltern zuweisen soll. Eine politische Einigung scheint jedoch schwierig zu sein, weshalb Leihmutterschaften in Indien bisher immer noch nicht gesetzlich geregelt sind. Das erscheint umso erstaunlicher, als sich dieses Land seit langem besonderer Beliebtheit bei ausländischen Wunscheltern erfreut. Grund für diese Beliebtheit ist, dass der indische Supreme Court zivilrechtliche Vereinbarungen über die Leihmutterschaft in einer Grundsatzentscheidung für legal befunden hat.

Auf einige medienwirksame Fälle, wie insbesondere der traurige Fall um den Zwillingenjungen Gammy, hat neben Thailand auch Indien mit einer sehr abrupten Änderung ihrer liberalen Haltung reagiert: Es wurden strengere Kontrollen und Vorsichtsmaßnahmen angeordnet sowie gesetzgeberische Maßnahmen auf den Weg gebracht. Das thailändische Interimparlament hat im Februar ein Gesetz verabschiedet, das Leihmutterschaftsvereinbarungen mit Beteiligung ausländischer Paare verbietet und unter Strafe stellt. Künftig werden Leihmutterschaften nur noch erlaubt sein, wenn die Leihmutter mindestens 25 Jahre alt ist und zumindest ein Wunschelternanteil Thailänder ist. Das Paar muss überdies in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe leben und nachweisen, dass es auf anderem Wege kein Kind bekommen kann. Ist nur ein Ehepartner Thailänder, so muss die Ehe seit mindestens drei Jahren bestehen.

In Indien wurde ein ähnlicher Vorschlag laut, der aber noch diskutiert wird; ob dieser angesichts der großen Nachfrage auf dem indischen Markt jedoch tatsächlich umgesetzt werden wird, mag ich bezweifeln, wird man aber abwarten müssen.

III. Unzulässigkeit der Leihmutterschaft

In zahlreichen Ländern, wie der Schweiz und vielen EU-Mitgliedstaaten, sind Leihmutterschaften demgegenüber generell verboten. Ein rechtliches Mutter-Kind-Verhältnis kann in diesen Ländern allenfalls durch Adoption erreicht werden. Ich gehe davon aus, dass Sie die schweizerische Rechtslage insofern ohnehin sehr viel besser kennen als ich, daher will ich mich hier auf zwei andere Beispiele, nämlich die Rechtslage in Deutschland und Frankreich beschränken.

1. Deutschland

In Deutschland ist die Leihmutterschaft zwar nicht als solche, wohl aber jede Art der Vermittlung von Ersatzmüttern sowie der medizinischen Assistenz verboten. Nach § 1591 BGB ist rechtliche Mutter eines Kindes ausnahmslos die Frau, die das Kind geboren hat, unabhängig davon, ob es sich um ein genetisch eigenes oder fremdes Kind handelt. Rechtliche Mutter ist also die Leihmutter. Die Wunschmutter ist demgegenüber trotz ihrer etwaigen genetischen Verbindung rechtlich mit dem Kind nicht verwandt. Die Mutterschaft kann weder angefochten, noch durch eine Vereinbarung zwischen der Wunschmutter und der Leihmutter zugewiesen werden. Deshalb könnte die Wunschmutter allenfalls im Wege der Adoption in die rechtliche Elternstellung einrücken. Rechtlicher Vater ist nach deutschem Recht primär der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der rechtlichen Mutter des Kindes, also der Leihmutter, verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB). Ist die Mutter ledig oder wurde die Vaterschaft ihres Ehemannes wirksam angefochten, kann der Wunschvater seine Vaterschaft – mit Zustimmung der Leihmutter – anerkennen oder – unabhängig von einer Zustimmung der Mutter – gerichtlich feststellen lassen. Solange allerdings eine Vaterschaft kraft Ehe besteht, scheidet sowohl die Anerkennung als auch die Feststellung der Vaterschaft aus. Ein Anfechtungsrecht steht dem genetischen Vater demgegenüber nur unter sehr engen Voraussetzungen zu. Diese Abstammungsregelungen führen in internationalen Leihmutterschaftsfällen nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen abhängig von dem doch eher zufälligen Umstand, ob die Leihmutter verheiratet ist oder nicht – dies ist nicht nur unbefriedigend, sondern wenig überzeugend. Ist sie ledig, kann die rechtliche Vaterstellung relativ einfach durch bloße Anerkennungserklärung erreicht werden; ist sie verheiratet, bleibt häufig nur der schwierige Weg über die internationale Adoption.

2. Frankreich

Auch in Frankreich ist die Leihmutterschaft strikt verboten. Nach Art. 16-7 Code Civil ist sowohl ein entgeltlicher als auch ein unentgeltlicher Vertrag über eine Leihmutterschaft nichtig, wobei diese Regelung explizit zum französischen *ordre public* gehört. Die Vermittlung von Leihmüttern ist darüber hinaus strafrechtlich sanktioniert. Die Wunscheltern und die Leihmutter bleiben jedoch straffrei. Rechtliche Mutter eines Kindes ist allein und unanfechtbar die Frau, die das Kind zur Welt bringt. Der Ehemann der Geburtsmutter wird kraft Gesetzes als Vater vermutet. Ist die Geburtsmutter nicht verheiratet, kann die Vaterschaft – auch durch den genetischen (Wunsch-)Vater – durch Anerkennung hergestellt werden. Im Übrigen können die Wunscheltern in Leihmutterschaftsfällen nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation auf keine Art und Weise in die rechtliche Elternrolle einrücken, weder durch Adoption noch durch die sonst mögliche Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses kraft Statusbesitzes. Die Cour de Cassation räumte general-präventiven Erwägungen im Einzelfall stets Vorrang vor den Kindesinteressen ein. Dem ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jedoch in zwei wegweisenden Entscheidungen vom 26. Juni 2014 entgegengetreten, die über die französische Rechtslage hinaus Bedeutung erlangen.

C. Die Entscheidungen des EGMR in den Fällen *Menesson* und *Labassee*

In den beiden Fällen *Menesson* und *Labassee* ging es um die Frage, ob die französischen Behörden die Anerkennung der rechtlichen Elternschaft von französischen Wunscheltern im Hinblick auf Kinder, die durch amerikanische Leihmütter zur Welt gebracht wurden, zu Recht verweigert haben, obwohl die rechtliche Elternstellung in den USA gerichtlich festgestellt worden war. In beiden Fällen waren die Wunschwäter auch die genetischen Väter, während mütterlicherseits eine Eizellspende verwendet wurde.

Der Gerichtshof hat in beiden Fällen einstimmig entschieden, dass die Verweigerung der Anerkennung im Hinblick auf beide Elternteile zwar keine Verletzung des Rechts der Wunscheltern und der Kinder auf Achtung ihres Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK sei, aber dass das Recht der Kinder auf Achtung ihres Privatlebens in seiner Ausprägung als Recht auf Kenntnis der eigenen Identität verletzt sei, das ebenfalls durch Art. 8 EMRK garantiert ist. Dabei waren für den Gerichtshof zwei Aspekte ausschlaggebend: Zum einen, dass nach französischem Recht für die Wunschwäter überhaupt keine Möglichkeit bestand, eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung aufzubauen, zum anderen, dass die genetische Verbindung der Väter zu den Kindern gänzlich unberücksichtigt blieb.

Der Gerichtshof betont zunächst, dass es zwar ein legitimes Ziel sei, dass Frankreich in internationalen Leihmutterchaftsfällen mit der Verweigerung der Anerkennung eines rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Wunscheltern und dem Kind seine Bürger davon abhalten wolle, im Ausland auf im Inland verbotene Reproduktionsmethoden zurückzugreifen, und dass es auch legitim sei, dass Frankreich dadurch sowohl die Kinder als auch die Leihmütter schützen wolle. Allerdings sei der Beurteilungsspielraum, der einem Staat bei der rechtlichen Verfolgung eines legitimen Ziels zur Verfügung stehe, eingeschränkt, wenn ein besonders wichtiger Aspekt einer persönlichen Existenz oder Identität einer Person auf dem Spiel stehe. Ein solcher Aspekt sei insbesondere die rechtliche Eltern-Kind-Beziehung. Außerdem müsse überprüft werden, ob mit den abstammungsrechtlichen Regelungen ein gerechter Ausgleich zwischen den staatlichen Interessen, einschließlich der *ordre public*-Regelungen, und den Interessen der unmittelbar Betroffenen geschaffen wurde. Dabei sei zu berücksichtigen, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl stets vorrangig ist.

Angesichts der Umstände, dass die Wunscheltern zusammen mit ihren Kindern ein halbwegs normales, gemeinsames Leben in Frankreich führen können und die Hindernisse nicht unüberwindlich sind, die ihnen durch die Versagung der Anerkennung des ausländischen Statusurteils in Frankreich entstanden sind, verneinte der Gerichtshof eine Verletzung des Rechts auf Familienleben.

Dafür bejahte er aber eine Verletzung des Rechts der Kinder auf Achtung ihres Privatlebens und führte dabei mehrere Aspekte an: Dieses Recht sei zum einen dadurch beeinträchtigt, dass die Kinder in Frankreich erheblicher Rechtsunsicherheit ausgesetzt seien, wem sie abstammungsrechtlich zugeordnet sind. In Amerika seien sie zwar den französischen Wunscheltern zugeordnet, diese Rechtsbeziehung werde in Frankreich aber nicht anerkannt. Dementsprechend würden den Kindern auch alle an ein Abstammungsverhältnis anknüpfenden Rechte, wie insbesondere das gesetzliche Erbrecht, vorenthalten; die Möglichkeit einer Einsetzung als Vermächtnisnehmer sei schon deshalb nicht gleichwertig, weil dies erbschaftsteuerrechtlich deutliche Nachteile gegenüber einer gesetzlichen Erbnachfolge mit sich bringe. Auch dies sei eine Komponente der Identität der Kinder in Bezug auf ihre Abstammung, die Leihmütterkindern vorenthalten werde. Des Weiteren berücksichtigte der Gerichtshof, dass es nach französischer Rechtslage ungewiss war, ob die Kinder die französische Staatsbürgerschaft erlangen können, obwohl ihr genetischer Vater Franzose war; auch die Staatsbürgerschaft sei ein wesentliches Element, mit dem sich eine Person identifiziere. Außerdem hob der EGMR hervor, dass sich das Fehlverhalten der Wunscheltern keineswegs zulasten der Kinder auswirken dürfe.

Besonders wichtig erschien dem Gerichtshof aber der Aspekt, dass hier in beiden Fällen immerhin zu einem Wunschelternanteil, nämlich dem Wunschvater, eine biologische Verbindung bestand, die nach französischer Rechtslage gänzlich unberücksichtigt blieb. Die biologische Abstammung sei von besonderer Bedeutung für die Identität des Einzelnen; deshalb widerspreche es dem Wohl des Kindes, wenn dem nachweislich als genetischer Vater feststehenden Mann die rechtliche Elternstellung verwehrt werde. Diesbezüglich habe Frankreich daher den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Regelung des schwierigen Themas der Leihmutterschaft überschritten.

Unter Abwägung all dieser Gesichtspunkte kam der EGMR zu dem Ergebnis, dass Art. 8 EMRK im Hinblick auf das Recht der Kinder auf Achtung ihres Privatlebens verletzt sei.

Obwohl mit diesen Entscheidungen einige wichtige Fragen geklärt wurden, bleiben so manche weiterhin offen. Klargestellt hat der EGMR in jedem Fall, dass konkrete Kindeswohlgesichtspunkte im Einzelfall general-präventiven Erwägungen vorgehen. Geklärt sein dürfte nunmehr außerdem, dass in all jenen Fällen, in denen die Wunscheltern zugleich die genetischen Eltern sind, eine verfahrensrechtliche Anerkennung nicht mehr unter Berufung auf den nationalen *ordre public* verwehrt werden kann. Interessant wird dieser Aspekt aus deutscher Sicht in zukünftigen Fällen, in denen auch das in vitro befruchtete Ei von der deutschen Wunschmutter stammt, so dass beide Wunscheltern die genetischen Eltern des Leihmutterkindes sind. In solchen Fällen haben deutsche Gerichte bisher angesichts der Regelung in § 1591 BGB der Wunschmutter die rechtliche Stellung als Mutter verwehrt; diese Sichtweise ist nicht nur mit dem Wohl des Kindes, sondern – wie der EGMR klargestellt hat – auch mit dessen Recht aus Art. 8 EMRK unvereinbar.

In einem nachfolgenden belgischen Fall hat der EGMR außerdem klargestellt, dass nationale Behörden nicht gegen Art. 8 EMRK verstoßen, wenn sie einem durch Leihmutterschaft geborenen Kind vorübergehend die Einreise verweigern, bis sie überprüft haben, ob die Voraussetzungen für eine legale Leihmutterschaft nach dem ausländischen Recht eingehalten wurden, auch wenn damit zwangsläufig eine zeitweise Trennung des Kindes von den Wunscheltern einhergeht.

D. Verbleibende ungeklärte Fragen

Weiterhin ungeklärt ist hingegen, ob sich die Entscheidungen auch auf Fallkonstellationen übertragen lassen, in denen kein Wunschelternanteil genetisch mit dem Kind verwandt ist. Außerdem lässt sich den Entscheidungen *Mennesson* und *Labassee* nicht unmittelbar entnehmen, ob das Ergebnis anders ausgefallen wäre, wenn ein Eltern-Kind-Verhältnis zwischen den französischen Wunscheltern und dem Kind zu-

mindest auf anderem Wege als durch die Anerkennung der kalifornischen Entscheidungen, etwa über die Adoption, hätte begründet werden können.

Der erste Aspekt war bereits am Rande Gegenstand einer weiteren Entscheidung des EGMR im Fall *Paradiso und Campanelli v. Italien*, über den der Gerichtshof dann allerdings nicht unmittelbar entschieden hat. In diesem Fall hatten zwei Italiener in Russland eine Leihmutterchaft durchführen lassen und das Kind unter Umgehung des nationalen Abstammungs- und Adoptionsrechts nach Italien gebracht, wo die Eintragung des Kindes im Geburtenregister verweigert wurde. Später stellte sich heraus, dass infolge von Unregelmäßigkeiten im russischen Klinikum keiner der beiden Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt ist. Die italienischen Behörden haben den Wunscheltern das Kind im Alter von 6 Monaten weggenommen, weil sie die Eltern wegen der versuchten Umgehung des nationalen Leihmutterchaftsverbots und der Regelungen zum Adoptionsrecht für ungeeignet hielten, und haben das Kind zunächst in einem Kinderheim und später in einer Pflegefamilie untergebracht. Da die Wunscheltern gegen die Verweigerung der Eintragung im Geburtenregister den nationalen Rechtsweg nicht voll ausgeschöpft haben, blieb ihre Beschwerde im Hinblick auf die Verweigerung der Anerkennung des im Ausland festgestellten Statusverhältnisses erfolglos. Lediglich die hoheitliche Wegnahme des Kindes aus der Obhut der Wunscheltern wurde erfolgreich angefochten, da der EGMR insofern einen Verstoß gegen das Recht der Wunscheltern auf Achtung ihres Familien- und Privatlebens gemäß Art. 8 EMRK bejahte. Er betonte, dass die öffentlichen Interessen, auf die die italienischen Behörden ihre Entscheidung stützten, keinen Vorrang vor dem Kindeswohl genießen, und zwar unabhängig davon, dass das Kind nicht genetisch mit den Wunscheltern verwandt ist und nur kurze Zeit bei diesen gelebt hat. Außerdem beanstandete der Gerichtshof, dass das Kind erst nach zwei Jahren eine neue Identität bekommen hat und bis dahin praktisch „nicht existent“ gewesen ist. Er stellte klar, dass sichergestellt sein müsse, dass ein Kind nicht allein deshalb Nachteile erleide, weil es durch eine Leihmutter zur Welt gekommen sei, insbesondere nicht was seine Staatsangehörigkeit und Identität anbelangt.

In einem sehr ähnlich gelagerten Fall sah sich der Italienische Oberste Gerichtshof jedoch mangels genetischer Verbindung zu mindestens einem Wunscheltern nicht an die Entscheidungen in den Fällen *Menesson* und *Labassee* gebunden. Der Italienische Gerichtshof urteilte, dass eine ukrainische Geburtsurkunde, in der die italienischen Wunscheltern als rechtliche Eltern eines in der Ukraine geborenen Leihmutterkindes ausgewiesen wurden, in Italien nicht anerkannt werden könne, weil keiner der Wunscheltern genetisch mit dem Kind verwandt sei. Das mittlerweile 3 Jahre alte Kind wurde daraufhin den Wunscheltern weggenommen, einem Vormund überlassen und zur Adoption freigegeben. Ob die Wegnahme des Kindes rechtmäßig war, erscheint angesichts der nachfolgenden Entscheidung des EGMR im Fall *Paradiso* ä-

berst zweifelhaft. Auf Bedenken stößt die italienische Entscheidung mE aber auch im Hinblick auf die abstammungsrechtlichen Fragen, auch wenn der EGMR dazu für den Fall, dass keinerlei genetische Verbindung zwischen den Wunscheltern und dem Kind besteht, noch nicht entschieden hat. Der Fall verdeutlicht aber sehr schön, dass auch nach *Mennesson* und *Labassee* noch einige Rechtsfragen ungeklärt sind und für Rechtsunsicherheit sorgen, was wir auch noch bei der Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts sehen werden.

In Bezug auf die Frage, ob sich die Entscheidungen des EGMR auch auf Fälle übertragen lassen, in denen ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis zumindest über eine Adoption begründet werden kann, mehren sich zu Recht die Stimmen, die eine Gleichwertigkeit des Adoptionsverfahrens mit einer abstammungsrechtlichen Zuordnung des Kindes durch eine verfahrensrechtliche Anerkennung eines ausländischen Urteils verneinen und das Adoptionsverfahren in Leihmutterchaftsfällen für ungeeignet halten. Ein Adoptionsverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen ist nicht nur kompliziert und mit erheblichem Zeitaufwand verbunden, sondern auch mit Rechtsunsicherheiten behaftet. Insbesondere birgt die Adoption im Vergleich zu einer gleich bei der Geburt erfolgenden abstammungsrechtlichen Zuordnung für das Kind die Gefahr, dass die Wunscheltern sich nachträglich anders entscheiden und das Kind – z.B. im Falle einer Behinderung, einer Trennung der Wunscheltern oder eines Gesinnungswandels – doch nicht als eigenes annehmen wollen. Die Wunscheltern wären aus der Verantwortung entlassen, obwohl das Kind nur auf ihre Veranlassung hin gezeugt worden ist. Im schlimmsten Fall kann dies dazu führen, dass das Kind im Hinblick auf seine abstammungsrechtliche Zuordnung auf unbestimmte Zeit einem Schwebestadium ausgesetzt ist, und im Geburtsland sowohl staaten- als auch elternlos zurückbliebe. Dieser Ansicht hat sich Ende letzten Jahres für das deutsche Recht erfreulicher Weise auch der Bundesgerichtshof angeschlossen. Aber auch in anderen Staaten gibt es bereits erste Reaktionen auf die Entscheidungen des EGMR in der nationalen Judikatur sowie auf politischer Ebene.

E. Reaktionen in den Mitgliedstaaten des Europarats

I. Überblick

Die Auswirkungen, die die Entscheidungen *Mennesson* und *Labassee* in einzelnen Mitgliedstaaten des Europarats bereits zeitigen, sind durchaus bemerkenswert, vor allem in solchen Staaten, die bislang eine sehr restriktive Haltung vertreten haben. Das geht zwar nicht so weit, dass diese Staaten ihre interne Haltung und damit ihr nationales Abstammungsrecht im Hinblick auf Leihmutterchaften geändert hätten oder dies auch nur in Betracht ziehen, im Gegenteil haben manche Staaten nach den Entscheidungen des EGMR explizit betont, dass sie an dem nationalen Verbot der Leihmutterchaft festhalten wollen. Dennoch lassen sich durchaus schon erste An-

zeichen für einen Trend dahingehend erkennen, dass nunmehr in vielen Staaten zumindest eine im Ausland ergangene Statusentscheidung unter bestimmten Voraussetzungen im Inland verfahrensrechtlich anerkannt wird, ohne dass darin noch ein Verstoß gegen den nationalen *ordre public* gesehen wird.

II. Frankreich

Frankreich hat gleich nach Veröffentlichung der Entscheidungen des EGMR klargestellt, dass es die Entscheidungen nicht anfechten werde, sondern sich die Zeit nehmen werde, um über die Probleme im Zusammenhang mit internationalen Leihmutterchaftsfällen nachdenken und beraten zu können. Dies ist auch ratsam, denn derzeit sind noch drei weitere Leihmutterchaftsfälle aus Frankreich in Straßburg anhängig: In allen drei Fällen geht es darum, dass die Eltern-Kind-Beziehung zwischen den Wunscheltern und den von Leihmüttern in der Ukraine bzw. Indien geborenen Kindern in Frankreich nicht anerkannt wird. Das letzte Wort in Sachen Leihmutterchaft ist daher noch lange nicht gesprochen und der Ausgang dieser Verfahren darf mit Spannung erwartet werden.

III. Spanien

In Spanien hat der Justizminister im Juli 2014 erklärt, dass eine Änderung zu dem derzeit diskutierten spanischen Gesetzentwurf zu den Personenstandsregistern eingebracht werden wird, um zu gewährleisten, dass die Vorschriften über die Registrierung der Geburt eines Leihmutterkindes mit den Entscheidungen des EGMR konform gehen. In der Zwischenzeit wurden alle Behörden durch einen Erlass angehalten, entgegen einer Anfang 2014 ergangenen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs bei der Anerkennung ausländischer Urteile in Leihmutterchaftsfällen eine liberale Haltung einzunehmen.

IV. Irland

In Irland hat das Parlament in Reaktion auf eine bedauerliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom Juli 2014 in einem nationalen Leihmutterchaftsfall angekündigt, sobald als möglich eine gesetzliche Regelungen zu schaffen, mit der die Themen Abstammung, Leihmutterchaft, Ei- und Samenspende geregelt werden sollen. Der Gerichtshof hatte es abgelehnt, in einem Leihmutterchaftsfall die Wunschmutter als rechtliche Mutter anzuerkennen, da weder das Gesetzesrecht noch das Common Law dies vorsähen und es Aufgabe des Gesetzgebers sei, diese Gesetzeslücke insbesondere zum Schutz der Rechte der Kinder zu schließen.

V. England

Der High Court in England hat jüngst entschieden, dass eine „parental order“, mit der den Wunscheltern die rechtliche Elternstellung in Bezug auf ein Leihmutterkind nach dessen Geburt übertragen wird, auch dann ergehen kann, wenn die Sechs-

Monatsfrist für die Beantragung einer solchen Anordnung an sich abgelaufen war. Da die Übertragung der rechtlichen Elternschaft die fundamentalsten Aspekte des familienrechtlichen Status und der Identität eines Menschen betreffe, dürften die nationalen Vorschriften mit Blick auf Art. 8 EMRK nicht so ausgelegt werden, dass der Kerngehalt dieser Gewährleistung leer laufen würde. Deshalb hat er trotz Fristablaufs den Wunscheltern die rechtliche Elternstellung in Bezug auf das Kind zugesprochen.

VI. Deutschland

In Deutschland hat der BGH in einer lange erwarteten Entscheidung im Dezember 2014 entgegen der bislang h.M. in der Judikatur entschieden, dass ein kalifornisches Gerichtsurteil, welches zwei deutsche eingetragene Lebenspartner als rechtliche Eltern eines Leihmutterkindes ausweist, im Hinblick auf beide Wunschväter anzuerkennen ist.

In dem Verfahren ging es um die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt eines Kindes, das in Kalifornien von einer Leihmutter geboren wurde. Die Wunscheltern, zwei deutsche eingetragene Lebenspartner, hatten mit einer unverheirateten kalifornischen Leihmutter vereinbart, dass diese ein Kind für sie austragen solle und dass die Lebenspartner die alleinigen rechtlichen Eltern sein sollten. Das Kind wurde mit Hilfe einer anonymen Eizellspende sowie dem Sperma eines der Lebenspartner gezeugt. Der genetische Vater erkannte mit Zustimmung der Leihmutter seine Vaterschaft vor dem deutschen Generalkonsulat in San Francisco an. Auf Antrag beider Lebenspartner erging noch vor der Geburt des Kindes ein kalifornisches Gerichtsurteil, das im Tenor die Wunscheltern als rechtliche Eltern ausweist und feststellt, dass die Leihmutter nicht gesetzlicher Elternteil des Kindes sei. Da das Kind kraft Geburt die US-amerikanische Staatsangehörigkeit erworben hat, konnte es zusammen mit seinen Wunscheltern nach Deutschland reisen. In Deutschland begehrten die Lebenspartner und das Kind sodann die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt mit der Maßgabe, dass das Kind – wie in der kalifornischen Entscheidung festgestellt – das gemeinschaftliche Kind der Lebenspartner sei. Das Standesamt hat diesen Antrag jedoch abgelehnt, weil es davon ausgegangen ist, dass eine Anerkennung der Entscheidung im Hinblick auf den Wunsch-Co-Vater, der nicht genetisch mit dem Kind verwandt war, gegen den deutschen *ordre public* verstoßen würde.

Der BGH ist dem überraschender-, aber erfreulicherweise entgegengetreten und hat einen *ordre public*-Verstoß durch die Anerkennung der kalifornischen Entscheidung auch in Bezug auf den Wunsch-Co-Vater verneint. Eine Anerkennung der Entscheidung in Bezug auf den genetischen Vater bejahte der BGH wie die Vorinstanzen ganz zu Recht, weil auch nach deutschem Recht eine Vaterschaftsanerkennung möglich ist und insofern kein Unterschied zwischen den Wirkungen der ausländischen Entscheidung und der deutschen Rechtslage besteht. In Bezug auf den

Wunsch-Co-Vater zeigt der BGH zwar auf, dass die kalifornische Entscheidung vom deutschen Recht abweiche, weil danach allein die Leihmutter die verbleibende Elternstellung neben dem die Vaterschaft anerkennenden Vater einnehmen würde. Der nicht mit dem Kind genetisch verwandte Lebenspartner könne demgegenüber an sich nur durch eine Stiefkindadoption in die rechtliche Elternstellung einrücken. Darin liegt nach Ansicht des BGH aber noch kein Unterschied von solchem Gewicht, dass der deutsche *ordre public* durch eine Anerkennung des kalifornischen Urteils im Hinblick auf den Wunsch-Co-Vater verletzt sei; allein der Umstand, dass ein deutscher Richter aufgrund des zwingenden deutschen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, genüge dafür nicht.

Dass die anzuerkennende Entscheidung die Elternstellung zwei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern statt einem Ehepaar zugesprochen habe, hält der BGH zu Recht für unerheblich, da es angesichts der in Deutschland zulässigen Sukzessivadoption keine hinreichende Grundlage für eine dahingehende Differenzierung gibt.

Ausführlich legt der BGH dar, dass bei der Beurteilung, ob ein *ordre public*-Verstoß vorliegt, vor allem die Grund- und Menschenrechte der Leihmutter und des Kindes zu berücksichtigen seien, die nicht nur gegen, sondern auch für eine Anerkennung sprechen könnten. Während das gesetzliche Verbot der Leihmutterschaft sowie die darauf beruhende Vorschrift zur Mutterschaft (§ 1591 BGB) vorwiegend auf generalpräventiven Erwägungen beruhen, sei in der konkreten Einzelfallentscheidung zu beachten, dass im Ausland bereits eine Leihmutterschaft in erlaubter Weise durchgeführt worden sei und nunmehr auch das Kind als Träger von eigenen Rechten in die Betrachtung einbezogen werden muss.

Laut BGH könnte die Leihmutter zwar unter Umständen in ihrer Menschenwürde beeinträchtigt sein; dies sei jedoch nicht der Fall, sofern gewährleistet sei, dass die Leihmutterschaftsvereinbarung und deren Durchführung nach dem maßgeblichen ausländischen Recht unter Anforderungen stehen, die sicherstellen, dass die Leihmutter das Kind freiwillig ausgetragen und den Wunscheltern aus freien Stücken nach der Geburt überlassen hat. – Dem ist jedenfalls in solchen Fällen zuzustimmen, in denen die Leihmutterschaft in einem nach unserem Verständnis rechtsstaatlichen Verfahren durchgeführt wird. In solchen Ländern ist regelmäßig durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen sichergestellt, dass nicht nur die Wirksamkeit der Leihmutterschaftsvereinbarung überprüft wird, sondern auch die Frage, ob die Leihmutter das Kind den Wunscheltern freiwillig überlassen hat.

Nach Ansicht des BGH ist die Situation der Leihmutter vergleichbar mit der Situation einer Mutter, die in eine Adoption einwilligt. Außerdem weist er darauf hin, dass es einer Mutter auch nach deutschem Recht durch die neu eingeführte Möglichkeit der

vertraulichen Geburt nicht verwehrt ist, sich von der Elternverantwortung jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht einseitig zu lösen. Deshalb verstoße die Anerkennung der ausländischen Entscheidung nicht gegen die Grund- und Menschenrechte der Leihmutter und damit auch nicht gegen den deutschen *ordre public*.

In Bezug auf die Rechte des Kindes steht nach Ansicht des BGH einer Anerkennung der ausländischen Gerichtsentscheidung das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht entgegen, weil dieses Recht nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten sei. Dieses dokumentiere lediglich die rechtliche Elternschaft, sei aber nicht dazu bestimmt, Informationen über die biologischen oder genetischen Eltern bereit zu halten. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, die Argumentation überzeugt allerdings nicht. Das verfassungsrechtlich garantierte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung verleiht zwar keinen Anspruch auf Verschaffung solcher Kenntnisse, schützt aber vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe; insofern ist der Staat verpflichtet, dem Kind die Erlangung der relevanten Informationen über seine genetische und biologische Abstammung soweit als möglich zu gewährleisten (z.B. durch Auskunftsansprüche oder ein gerichtliches Feststellungsverfahren, vgl. § 1598a BGB). Dass das Personenstandsregister dazu bisher keine Auskunft gegeben hat, bedeutet nicht, dass angesichts des relativ neuen Phänomens der Leihmutterschaft keine verfassungsrechtlichen Gründe dafür sprechen könnten, in Zukunft solche Informationen im Personenstandsregister festzuhalten, um das Grundrecht des Kindes hinreichend zu gewährleisten. Die Identität der biologischen Mutter, also der Leihmutter, konnte hier unproblematisch aus der kalifornischen Entscheidung entnommen werden, nur die genetische Mutter war unbekannt, da es sich um eine anonyme Eizellenspenderin handelte. Sofern das Kind mithilfe einer anonymen Eizellspende im Ausland gezeugt worden ist, wird das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung jedoch schon von den Wunscheltern verletzt, nicht erst durch ein deutsches Gericht, indem die ausländische Statusentscheidung anerkannt wird. Die bereits bei der Zeugung erfolgte Rechtsverletzung kann nachträglich nicht mehr rückgängig gemacht oder korrigiert werden. Auch die Versagung der Anerkennung hilft dem Kind in einem solchen Fall nicht bei der Aufklärung seiner genetischen Herkunft. Dass im Ausland in dieser Hinsicht andere Standards bestehen, die nicht in jedem Fall eine Aufklärung garantieren, lässt sich aus deutscher Sicht nicht ändern, rechtfertigt es aber nicht, der ausländischen Statusentscheidung deshalb die Anerkennung zu versagen – das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung kann so oder so in Deutschland nachträglich nicht (mehr) gewährleistet werden.

Auf Seiten des Kindes berücksichtigte der BGH außerdem gestützt auf die Rechtsprechung des BVerfG sowie des EGMR, dass das Kind ein Recht hat, unter bestimmten Umständen ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis zu den Wunscheltern zu

begründen. Er wies darauf hin, dass die Versagung einer rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung durch die nationale Rechtsordnung die Identität des Kindes innerhalb der Gesellschaft untergrabe. Diesen Aspekt hat der EGMR in der Tat in seinen Entscheidungen *Menesson* und *Labassee* betont, allerdings beruhten seine Judikate maßgeblich auf dem Umstand, dass die Eltern-Kind-Beziehung in Frankreich auch zum genetischen Vater verweigert wurde, obwohl die biologische Abstammung ein wesentlicher Teil der Identität des Einzelnen ist. Auf den BGH-Fall, in dem „nur“ zum nicht genetischen Wunschelternteil die Anerkennung versagt wurde, lassen sich die Entscheidungen des EGMR daher nicht unmittelbar übertragen. Der BGH hat diese Problematik jedoch nicht näher thematisiert, und ist sogar noch einen Schritt weitergegangen, indem er die Anerkennungsfähigkeit auch in Bezug auf den nicht genetischen Lebenspartner bejahte.

Denkt man die Entscheidungen des EGMR unter Berücksichtigung der nachfolgenden Judikate jedoch konsequent weiter, so dürfte mE auch im BGH-Fall durch die Nichtanerkennung des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zum Wunsch-Co-Vater das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Identität verletzt sein, auch wenn hier nicht die genetische Abstammung in Rede steht. Es sind zwar insofern nicht alle Aspekte einschlägig, die der Gerichtshof in seine Abwägung einbezogen hat, aber dennoch hinreichend viele, die angesichts der vorrangigen Bedeutung des Kindeswohls eine Anerkennung auch im Hinblick auf den Wunsch-Co-Vater gebieten: Der EGMR betonte, dass ein wesentlicher Aspekt der Identitätsfindung die verlässliche rechtliche Zuordnung des Kindes zu seinen (Wunsch-)Eltern sei. Eine Versagung der Anerkennung würde auch hier zu erheblicher Rechtsunsicherheit in Bezug auf die rechtliche Abstammung des Kindes führen, da mütterlicherseits ein hinkendes Rechtsverhältnis entsteht: Im Inland würde das Kind zwar rechtlich der ausländischen Leihmutter zugeordnet; diese Rechtsbeziehung würde im Geburtsland aufgrund der entgegenstehenden Gerichtsentscheidung jedoch keine Wirkung entfalten, da danach die deutschen Wunscheltern die alleinigen rechtlichen Eltern sind. Nach deutschem Recht hätte das Kind in der Folge weder Unterhaltsansprüche noch gesetzliche Erbrechte nach dem Wunsch-Co-Vater mit entsprechenden Nachteilen im Steuer- sowie Pflichtteilsrecht. Diese Rechtsunsicherheit tangiert mithin nicht nur die persönlichen, sondern auch die finanziellen Interessen des Kindes, so dass letztlich das Kind die negativen Konsequenzen aus dem (gesetzeswidrigen) Handeln seiner Wunscheltern tragen muss. Dass das Kind in Leihmutterchaftsfällen dafür nicht verantwortlich gemacht werden darf, hat der EGMR jedoch unmissverständlich deutlich gemacht.

Schließlich berücksichtigte der BGH bei seinen Überlegungen auch noch, dass selbst das deutsche Recht im Hinblick auf die väterliche Abstammung die unmittelbare Zuordnung der rechtlichen Elternschaft zu einem genetisch nicht verwandten Vater kennt, namentlich durch die Regelung der Vaterschaft kraft Ehe sowie der Vater-

schaft kraft Anerkennung. Im Fall der konsentierten heterologen Insemination durch Samenspende eines Dritten schließt das Gesetz sogar die Vaterschaftsanfechtung durch den Wunschvater und die Mutter aus, wodurch eine dauerhafte abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zum nicht genetischen Wunschvater als Konsequenz der zwischen der Mutter, dem Wunschvater und dem Samenspender getroffenen Vereinbarung erreicht werde.

Jedenfalls dann, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist, verstößt eine unmittelbare Zuordnung des Kindes (auch) zu einem nicht genetisch verwandten Wunschelternteil durch die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung deshalb nach Ansicht des BGH nicht gegen den deutschen *ordre public*.

Unter Einbeziehung all dieser Umstände kam der BGH zu dem richtigen Schluss, dass eine Anerkennung des kalifornischen Urteils auch im Hinblick auf den mit dem Kind nicht genetisch verwandten Lebenspartner nicht zu einem Ergebnis führt, das mit den Grundgedanken der deutschen Rechtsordnung in untragbarem Widerspruch steht.

VII. Schweiz

Das Bundesgericht der Schweiz war in einem – vom Sachverhalt her identisch gelagerten Fall – jedoch anderer Ansicht als der BGH.

Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen kam in der Vorinstanz noch zu dem Ergebnis, dass die zwei Wunschväter in Übereinstimmung mit der amerikanischen Geburtsurkunde als rechtliche Väter des in den USA geborenen Kindes im Geburtsregister einzutragen sind, da dies dem Kindeswohl am besten entspreche. Dies sei nicht nur geboten, um ein hinkendes rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis zu verhindern, sondern auch um die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen des Kindes ausreichend zu schützen. Die Versagung einer abstammungsrechtlichen Verbindung des Kindes zu dem Wunsch-Co-Vater hätte die nachteilige Konsequenz, dass das Kind weder Unterhalts- noch Erbansprüche gegen diesen geltend machen könne. Neben der Anerkennung des rechtlichen Status des Kindes zu den Wunscheltern müsse allerdings auch die genetische Herkunft und die Identität der Leihmutter im Geburtsregister festgehalten werden, soweit dies möglich ist, um das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu achten.

Auf die Beschwerde des Bundesamtes für Justiz kam das Bundesgericht jedoch nach sorgfältiger Analyse des bisherigen Meinungsstandes in der Rechtsprechung des EGMR und anderer oberster Gerichte sowie der Literatur zu dem Ergebnis, dass die kalifornische Entscheidung zwar in Bezug auf den genetischen Wunschvater anerkannt werden könne, nicht hingegen in Bezug auf den Wunsch-Co-Vater, der mit

dem Kind nicht genetisch verwandt ist, da insofern ein Verstoßes gegen den nationalen *ordre public* vorliege.

Entscheidende Frage war also auch für das Bundesgericht, ob der Anerkennung des kalifornischen Urteils ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG entgegensteht. Nach dieser Norm wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen *ordre public* offensichtlich unvereinbar wäre. Ein Rückgriff auf den *ordre-public* Vorbehalt ist auch in der Schweiz nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Auswirkungen der Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Entscheidung mit den rechtlichen und ethischen Wertvorstellungen schlechthin unvereinbar ist.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass das kalifornische Urteil von der schweizerischen Rechtsordnung abweicht, da danach eine Statusbeziehung einzig zur austragenden Mutter besteht. Die schweizerische Verfassung verbietet ausdrücklich alle Arten der Leihmutterschaft. Begründet wird dieses Verbot mit dem Schutz der Leihmütter vor Instrumentalisierung und mit dem Schutz des Kindeswohls: Die biologische Mutter soll nicht dem Konflikt zwischen der psychischen Bindung an ihr Kind und der Zusage gegenüber den Wunscheltern ausgesetzt werden und das Kind soll davor geschützt werden, dass es zur Ware degradiert wird, die man bei Dritten bestellen könne. Andererseits betont das Bundesgericht zu Recht, dass auch das Kindeswohl von der Verfassung geschützt sei, das durch die Nichtanerkennung eines im Ausland festgestellten Eltern-Kind-Verhältnisses beeinträchtigt sein könne, insbesondere wenn dies zur Elternlosigkeit des Kindes führe. Eine solche Situation könne die Grundrechte des Kindes verletzen, welche – als grundlegende Werturteile des schweizerischen Rechts – ihrerseits zum Schutzobjekt des nationalen *ordre public* gehören.

Allein eine Abweichung des ausländischen Urteils vom nationalen Recht reicht für die Annahme eines *ordre public* Verstoßes aber nicht aus. Auch der Umstand, dass das kalifornische Urteil ein Eltern-Kind-Verhältnis zu zwei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern herstellt, begründet nach Ansicht des Bundesgerichts noch keine *ordre public*-Widrigkeit, denn es könne in der Schweiz auch eine im Ausland ausgesprochene Stiefkindadoption eingetragener Lebenspartner im Grundsatz anerkannt werden; abgesehen davon, wird die Einführung einer Stiefkindadoption in der Schweiz bereits im Parlament diskutiert, was ebenfalls dagegen spricht, einen Verstoß gegen grundlegende Wertvorstellungen des schweizerischen Rechts anzunehmen.

Allerdings müsse – so das Bundesgericht – bei der Beurteilung, ob eine Anerkennung der ausländischen Entscheidung gegen den *ordre public* verstößt, die Art und Weise der Entstehung des Kindesverhältnisses im konkreten Einzelfall berücksichtigt werden. Unstreitig lag in dem zu beurteilenden Fall eine Leihmutterschaft zugrunde,

die unter bewusster Umgehung des nationalen Leihmutterverbots in Kalifornien durchgeführt wurde, ohne dass die schweizer Wunscheltern engeren Bezug zu den USA hatten. Diese zielgerichtete Rechtsumgehung rechtfertige nach Ansicht des Bundesgerichts die Annahme eines *ordre public* Verstoßes. Dem stehe nicht entgegen, dass das Kind am Vorgehen seiner Wunscheltern kein Vorwurf treffe und eine Anerkennung des ausländischen Urteils möglicherweise im Interesse des Kindes sei. Sicher sei nämlich jedenfalls, dass der Schutz des Kindes vor einer Degradierung zur Ware sowie der Schutz der Leihmutter vor einer Kommerzialisierung ihres Körpers bedeutungslos wären, wenn die Rechtsumgehung der Wunscheltern nachträglich für gültig erklärt würde.

Diese Argumente überzeugen meines Erachtens nicht: Sie rechtfertigen zwar das generell-präventive Leihmutterverbot als solches, nicht hingegen die Versagung der Anerkennung des gerichtlich festgestellten Eltern-Kind-Verhältnisses im konkreten Fall. Berücksichtigt man, dass auch der anerkannten Vaterstellung des genetischen Wunschvaters ein und dieselbe kommerzielle Leihmuttervereinbarung zugrunde liegt, so erscheint es wenig stringent, die Anerkennung des kalifornischen Urteils nur in Bezug auf den Wunsch-Co-Vater zu versagen. Wenn das Kind im Verhältnis zum genetischen Vater nicht zum bloßen Objekt bzw. zur Ware eines Handelsgeschäfts degradiert wird, kann m.E. im Verhältnis zu einem weiteren Vertragspartner derselben Vereinbarung nichts anderes angenommen werden. – Und den durchaus bestehenden Gefahren der Ausbeutung der Leihmutter lässt sich im Einzelfall durch entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen vorbeugen, indem die Freiwilligkeit der Entscheidung der Leihmutter sowohl im Hinblick auf die Durchführung der Leihmutterchaft als auch der Aushändigung des Kindes an die Wunscheltern überprüft wird. Entscheidet sie sich aus freien Stücken für eine Mitwirkung, dann grenzt es an unsachgemäße staatliche Bevormundung, wenn man ihr diese Mitwirkung unter Verweis darauf verbietet, dass sie vor einer Kommerzialisierung ihres Körpers geschützt werden müsse.

Nicht zu leugnen ist allerdings, dass – wie das Bundesgericht richtig feststellt – „die Verneinung der *ordre public*-Widrigkeit ... die rechtsanwendenden Behörden zwingen (würde), ein durch Rechtsumgehung erreichtes Kindesverhältnis als *fait accompli* zu akzeptieren, womit der Fortpflanzungstourismus gefördert würde und das inländische Leihmutterverbot weitgehend wirkungslos wäre.“ Meines Erachtens ist dieses Ergebnis jedoch bei Abwägung der konkret-individuellen Kindeswohlbelange einerseits mit dem rein general-präventiv wirkenden Verbot der Leihmutterchaft andererseits durchaus gerechtfertigt, zumal wenn man bedenkt, dass auch das Kindeswohl Verfassungsrang genießt und Teil des schweizerischen *ordre public* ist. Im konkreten Fall hat das general-präventive Verbot versagt und ist ein Kind mit eigenen Rechte zur Welt gekommen; meinetwegen können die Eltern für ihr gesetzeswidriges

Verhalten belangt werden, aber die Interessen des Kindes genießen fortan Priorität. Wollen Staaten Leihmutterschaften verhindern, dann müssen sie von vornherein zu unterbinden versuchen, dass derartige Verfahren von ihren Staatsangehörigen im Ausland in Anspruch genommen werden.

Rechtlich nicht zu beanstanden sind hingegen die Ausführungen des Bundesgerichts, mit denen es sein Ergebnis am Maßstab der bisherigen Entscheidungen des EGMR überprüft. Der EGMR hat bisher nur entschieden, dass es mit Art. 8 EMRK unvereinbar ist, die Anerkennung eines rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Kind und einem genetischen Wunschelternteil zu verweigern. Es lässt sich deshalb durchaus mit dem Bundesgericht vertreten, dass es gemessen an den Garantien der EMRK zulässig sei, wenn ein durch Leihmutterschaft begründetes Kindesverhältnis zu einem Elternteil, der nicht genetisch mit dem Kind verwandt ist, aus *ordre public* Gründen nicht anerkannt wird. Durch die anerkannte Abstammung von dem genetischen Wunschvater erlangt das Kind neben der amerikanischen auch die schweizerische Staatsangehörigkeit – es ist also weder eltern- noch staatenlos –, und da die schweizerischen Behörden nicht mit einer Wegnahme des Kindes drohen, ist auch die von Art. 8 EMRK geschützte Familiengemeinschaft zwischen den Wunscheltern und dem Kind gewährleistet.

Dennoch mag ich für meinen Teil, wie schon ausgeführt, bezweifeln, ob die Verweigerung der Anerkennung der vom kalifornischen Gericht festgestellten rechtlichen Vaterschaft des nichtgenetischen Wunschvaters EMRK-konform ist. Meines Erachtens gebieten die aus der EMRK fließenden Rechte des Kindes in Leihmutterschaftsfällen auch eine Anerkennung des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses zum genetisch nicht verwandten Wunschelternteil. Nach schweizerischem Recht hat das Kind rechtlich nur einen Elternteil, während in Bezug auf die weitere rechtliche Abstammung erhebliche Rechtsunsicherheit für das Kind besteht. Eine Stiefkindadoption durch den eingetragenen Lebenspartner ist in der Schweiz noch nicht möglich und wird den Interessen des Kindes auch nur bedingt gerecht. Die vom Bundesgericht erwähnten subsidiären Betreuungsrechte und –pflichten des Wunsch-Co-Vaters ändern nichts daran, dass das Kind weder Unterhaltsansprüche noch gesetzliche Erbrechte nach dem Wunsch-Co-Vater hat und damit in wesentlichen Punkten die negativen Konsequenzen aus dem gesetzeswidrigen Handeln seiner Wunscheltern tragen muss. Die Frage, ob dem Kind die Folgen auferlegt werden können, wenn sich seine Wunscheltern für eine „nicht akzeptable“ Leihmutterschaft entscheiden, hat das Bundesgericht explizit unerörtert gelassen; mir erscheint das mit der Rechtsprechung des EGMR unvereinbar, der immer wieder betont, das Kind dürfe für etwaiges Fehlverhalten der Wunscheltern nicht büßen müssen. Ich bezweifle deshalb die EMRK-Konformität der Entscheidung des Bundesgerichts. Letztlich wird dies jedoch der EGMR zu beurteilen haben.

F. Ergebnis

Ich glaube, es ist aufgrund der vorgestellten Entscheidungen und jüngsten Entwicklungen deutlich geworden, dass die aktuelle Situation in Leihmutterschaftsfällen für alle Beteiligten sehr unbefriedigend ist und die Gesetzgeber und Gerichte gleichermaßen vor schwierige Aufgaben stellt. Dabei gilt es nicht nur die Frage nach der abstammungsrechtlichen Zuordnung von Leihmutterkindern zu klären, sondern es müssen darüber hinaus auch die weiteren Rechte der Kinder (insb. auf Kenntnis ihrer genetischen und biologischen Abstammung) und die Rechte der Leihmütter gewährleistet werden. Insofern stellt sich die Frage, inwieweit ein nationales Gericht etwa das ausländische Verfahren zur Durchführung der Leihmutterschaft auf die Einhaltung gewisser (welcher?) Standards überprüfen darf? Wie geht man mit Fällen um, in denen es zu Vertauschungen des genetischen Materials gekommen ist? Soll und darf es in Leihmutterschaftsfällen wirklich darauf ankommen, dass mindestens zu einem Wunschernteil eine genetische Verbindung besteht? Werden dadurch nicht Paare, die beide unfruchtbar sind, unsachgemäß benachteiligt, und das noch dazu auf Kosten des Kindes?

Es ist unverkennbar, dass eine einheitliche Lösung zu all diesen Fragen auf internationaler Ebene längst überfällig ist, denn gerade das Fehlen einheitlicher Vorgaben und Standards führt zu Rechtsunsicherheit, Umgehungsmöglichkeiten, Missbrauch und kostenintensiven Rechtsstreitigkeiten. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht ambitioniert daran arbeitet, eine Expertengruppe einzusetzen. Bis eine Einigung auf internationaler Ebene gefunden ist, werden jedoch noch Jahre vergehen. Deshalb sind auch die nationalen Gesetzgeber gefragt, aktiv zu werden. In Deutschland hat das Justizministerium bereits einen Arbeitskreis „Abstammungsrecht“ ins Leben gerufen, der in zweieinhalb Jahren der Frage nachgehen soll, ob das geltende Abstammungsrecht den aktuellen Lebensrealitäten noch gerecht wird. Letztlich soll damit aber nur ausgelotet werden, ob überhaupt gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, was meines Erachtens nicht zweifelhaft ist und keine zweieinhalbjährige Untersuchung erfordert, die letztlich nur politische Stimmungsmache ist, ohne den ernsthaften Willen, zugunsten der Betroffenen eine sachgerechte gesetzliche Regelung zu schaffen.

Bis gesetzliche Regelungen auf nationaler oder internationaler Ebene geschaffen sind, werden sich die mit Leihmutterschaftsfällen in der täglichen Arbeit konfrontierten Behörden und Gerichte an den Entscheidungen des EGMR zu orientieren haben mit der Folge, dass die verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Statusentscheidung jedenfalls bei einem genetischen Bezug nicht mehr ohne weiteres unter Berufung auf den nationalen *ordre public* verweigert werden darf, wenn

dadurch eine unmittelbare rechtliche Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern erreicht wird.