



Ivo Bach

International*Privatrechtliche Aspekte der Leihmutterschaft

Habilitationsvortrag

19. Januar 2016, Johannes Gutenberg-Universität Mainz

I. Einführung

Das ist Baby M, ein Mädchen. Sie kam vor ziemlich genau 30 Jahren, im März 1986 in New York zur Welt und hielt in den Wochen und Monaten nach ihrer Geburt die U.S.A. in Atem. Sie ist das Produkt einer der ersten Leihmutterschaften der Welt – und an ihr zeigte sich damals gleich das ganze Dilemma dieser Institution.

Von vorne:

1985 hatte das Ehepaar Bill und Betsy Stern beschlossen, eine Leihmutter zu suchen, um ihren Kinderwunsch zu erfüllen. Betsy Stern war an Multipler Sklerose erkrankt, was eine Schwangerschaft wohl unter Umständen lebensgefährlich gemacht hätte. Ein Kinderwunschzentrum vermittelte sie an Mary Whitehead, die mit ihrem Mann in New York lebte, bereits mehrere Kinder hatte und mit dem Austragen eines fremden Kindes schlicht und einfach Geld verdienen wollte.

Vertraglich wurde vereinbart, dass sich Mary Whitehead mit dem Sperma von Bill Stern künstlich inseminieren lassen, das Kind austragen, den Sterns übergeben und dann auf ihre Rechte als Mutter verzichten sollte, um so eine (Stiefkind-) Adoption durch Betsy Stern zu ermöglichen. Dafür sollte sie von den Sterns 10.000 \$ plus Spesen bekommen.

Schwangerschaft und Geburt verliefen auch tatsächlich reibungslos und schon drei Tage nach der Geburt übergab Mary Whitehead das Baby an die Sterns. Allerdings war sie über den Verlust des Kindes so unglücklich, dass sie schon am nächsten Tag darum bat, das Kind noch für ein paar Tage bei sich haben zu dürfen. Die Sterns entsprachen diesem Wunsch.

Mary Whitehead ihrerseits entschied sich in den folgenden Tagen, das Kind zu behalten und nicht noch einmal an die Sterns abzugeben. Die Sterns zogen daraufhin vor Gericht. Und tatsächlich wies das Gericht Mary Whitehead in einem Eilverfahren an, das Kind vorläufig – nämlich bis zur Entscheidung in der Hauptsache – an Bill Stern herauszugeben.

Allerdings scheiterte die Vollstreckung dieses Herausgabebetitels - und zwar filmreif (und übrigens später auch tatsächlich verfilmt): Als die Sterns in Polizeibegleitung bei Mary Whitehead auftauchten, schnappte die sich das Kind, brachte es zu einem Fenster und übergab es ihrem Ehemann Richard, der aus irgendeinem Grund draußen wartete und nun mit dem Baby floh. Die Whiteheads tauchten unter und wurden mehr als drei Monate lang – medienwirksam – von der Polizei gesucht.

Wie man inzwischen weiß, flüchteten sie nach Florida und zogen dort von Hotel zu Hotel. Ihre Flucht endete letztlich wohl nur deshalb, weil Mary ins Krankenhaus musste. Dort wurde sie erkannt – und die Polizei nahm Baby M in Gewahrsam. Die Sterns bekamen es wieder.

Was folgte, war das Verfahren in der Hauptsache. Und auch hier fiel die Entscheidung zugunsten der Sterns aus. Das erstinstanzliche Gericht übertrug Bill Stern das Sorgerecht und enthob Mary Whitehead ihrer Mutterstellung, damit Betsy Stern durch Adoption in diese Stellung eintreten konnte. Dabei stützte sich das Gericht ganz wesentlich auf Kindeswohlerwägungen. Über zig Seiten wird erörtert, wo das Kind es besser hat. Das Eheleben der Sterns sei harmonisch, bei den Whiteheads komme es oft zu Streit und mitunter sogar zu häuslicher Gewalt. Die Sterns seien beide promoviert, wohingegen Mary Whitehead die Schule vorzeitig verlassen habe. Und so weiter und so fort.

Mary Whitehead legte – natürlich – Berufung ein, und bekam in zweiter Instanz zumindest teilweise Recht: Sie behielt ihren Status als Mutter, musste das Kind also nicht zur Adoption freigeben. Allerdings war das letztlich nur ein Pyrrhussieg, denn auch das Berufungsgericht hielt es für das Beste, wenn das Kind bei den Sterns aufwache – und übertrug Bill Stern deshalb das alleinige Sorgerecht.

20 Jahre später verlor Mary Whitehead dann nach dem faktischen auch noch ihren rechtlichen Mutterstatus: Aus Baby M war die volljährige Melissa Stern geworden – und die beantragte umgehend eine Adoption durch ihre „Mutter“ Betsy Stern.

Wie eingangs erwähnt: Der Fall Baby M war das erste Mal, dass eine breite Öffentlichkeit mit dem Institut der Leihmutterschaft in Berührung kam – und auch für das Recht war die Leihmutterschaft damals noch Neuland. In der Folge reagierten dann die Gesetzgeber weltweit – allerdings in völlig unterschiedlicher Weise. Und genau darum soll es im Folgenden gehen.

Zunächst werde ich die aktuelle Rechtslage in Deutschland darstellen: Hier ist die Leihmutterschaft – so viel als Kurzzusammenfassung vorab – gewissermaßen indirekt verboten. Anschließend werde ich einen kurzen Überblick über die Regelungen anderer Länder geben, in denen die Leihmutterschaft – generell oder zumindest unter bestimmten Voraussetzungen – erlaubt ist. Und als drittes werde ich mich denjenigen Problemen widmen, die entstehen, wenn deutsche Wunscheltern sich eine Leihmutter in einem jener Länder suchen, in denen die Leihmutterschaft erlaubt ist.

Bevor ich mit der Darstellung der deutschen Rechtslage beginne, noch der kurze Hinweis, dass sich die Reproduktionsmedizin seit Baby M weiterentwickelt hat. Inzwischen ist es üblich, dass der Wunschmutter eine Eizelle entnommen, mit dem Samen des Wunschvaters befruchtet und dann der Leihmutter eingesetzt wird. Das Kind ist heute – anders als damals – also in aller Regel nicht mehr genetisch mit der Leihmutter verwandt.

I. Die Rechtslage in Deutschland

1. Medizinrecht

a) AdVermiG

Jetzt aber zur Rechtslage in Deutschland. Die Ausgangssituation bei uns ist mehr oder weniger simpel: Leihmutterschaft ist zwar nicht per se unzulässig. Aber die Wege, die zu ihr führen, sind durch strafbewehrte Verbote verstellt.

Verboten – und strafbar – ist dabei zunächst einmal das Zusammenführen von Wunscheltern und Leihmüttern. Das ist im Adoptionsvermittlungsgesetz geregelt. Dessen § 13c ist zwar schmallippig, aber deutlich: Die „Ersatzmuttervermittlung“ ist untersagt. § 14b enthält dann eine Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung: bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe bei gewerblichem Vermitteln; bis zu zwei Jahre bei bloß einmaligem, aber entgeltlichen Vermitteln; und sogar das rein altruistische Vermitteln kann noch eine einjährige Gefängnisstrafe nach sich ziehen.

Allerdings ist dieses Vermittlungsverbot im heutigen digitalen Zeitalter weitgehend zahllos geworden: Wer einmal bei Google den Begriff „Leihmutter“ eingibt, findet unzählige Seiten, auf denen Vermittlungsagenturen ihre Dienste anbieten. Sie haben ihren Sitz natürlich alle im Ausland, halten ihre Seiten aber in perfektem Deutsch.

Wunscheltern und Leihmütter können diese Vermittlungsdienste übrigens risikolos in Anspruch nehmen. Ihnen gegenüber enthält das AdVermiG ausdrücklich keine Strafandrohung.

b) ESchG

Deutlich effektiver ist da dieses Verbot hier. § 1 Abs. 1 Nr. 7 des Embryonenschutzgesetzes bedroht denjenigen mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, der „es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“

In Deutschland ist also die Herbeiführung einer Leihmutterschaft verboten – bzw. genauer gesagt: die künstliche Herbeiführung einer Leihmutterschaft. Eine natürliche Herbeiführung ist rechtlich ohne Weiteres zulässig – allerdings scheint diese Möglichkeit nicht allzu beliebt zu sein. Jedenfalls hat sie soweit ersichtlich nur ein einziges Mal die deutschen Gerichte beschäftigt – und das war Ende der 80er.

Aber den Parteien steht auch noch ein anderer Weg offen: nämlich der ins Ausland. Auch dieser Weg bedeutet kein Risiko. Zum einen ist das deutsche Strafrecht ohnehin grundsätzlich auf Inlandstaten beschränkt; zum anderen werden im ESchG wiederum die Leihmutter und die Wunscheltern ausdrücklich nicht mit Strafe bedroht.

Übrigens genügt ein Kurztrip ins Ausland. Dort muss nur die Schwangerschaft herbeigeführt werden. Die weiteren medizinischen Tätigkeiten, also vor allem die Schwangerschaftsbegleitung und die Geburtshilfe, sind dann auch in Deutschland zulässig.

Es bleibt also Folgendes festzuhalten. Wunscheltern und Leihmutter können sich in Deutschland ohne Weiteres vom Wohnzimmer aus finden; das Internet macht es möglich. Um die Leihmutterschaft dann tatsächlich herbeizuführen, müssen sie sich allerdings ins Ausland begeben – jedenfalls dann, wenn sie dazu auf Methoden der Reproduktionsmedizin zurückgreifen wollen.

2. Familienrecht

a) Rechtliche Elternschaft

Dass dieser Weg einer kurzen Auslandsreise wohl nicht allzu häufig gewählt wird, dürfte unter anderem daran liegen, dass die beiden strafrechtlichen Verbote nicht alleine stehen, sondern von familienrechtlichen Regelungen flankiert werden – und diese Regelungen schieben dem Institut der Leihmutterschaft gewissermaßen einen faktischen Riegel vor:

Nach § 1591 BGB ist ausschließlich die Geburtsmutter als rechtliche Mutter des Kindes anzusehen, nicht aber die Wunschmutter. Das gilt selbst dann, wenn das Kind genetisch von der Wunschmutter abstammt, wenn es also ihre Eizelle war, die der Leihmutter eingesetzt wurde. Die Wunschmutter ist also auf den dornigen und unsicheren Weg der Adoption angewiesen, auf den ich heute aber nicht näher eingehen möchte.

Deutlich besser sieht die Situation allerdings für den Wunschvater aus: Für die Vaterschaft eines Mannes sieht das BGB drei Möglichkeiten vor. Nach § 1592 ist – erstens – derjenige Mann Vater eines Kindes, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (Nr. 1), zweitens derjenige, der die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) und drittens derjenige, dessen Vaterschaft vom Familiengericht festgestellt wurde. (Nr. 3).

Das heißt: Der Wunschvater kann in der Tat Vater des Kindes werden, nämlich schlicht und einfach dadurch, dass er die Vaterschaft anerkennt – § 1592 Nr. 2. Allerdings ist eine solche Anerkennung nur dann unproblematisch möglich, wenn die Leihmutter ledig ist. Ist sie verheiratet wird es schwieriger. Zwischen den drei Möglichkeiten des § 1592 besteht nämlich eine strenge Hierarchie. Vorrang genießt die Nr. 1: Wenn die Mutter des Kindes verheiratet ist, dann ist ihr Ehemann automatisch Vater des Kindes. Diese Vaterschaft muss erst im Wege der Anfechtung aufgehoben werden, bevor ein anderer Mann durch Anerkennung nach Nr. 2 in die freigewordene Vaterrolle einrücken kann.

Mutter des Kindes ist wie gesagt nach § 1591 die Leihmutter; ihr Ehemann ist also automatisch rechtlicher Vater des Kindes. Bevor der Wunschvater seine Vaterschaft anerkennen kann, muss also erst einmal die Vaterschaft des Leihvaters angefochten werden.

Anfechtungsberechtigt ist grundsätzlich zunächst einmal der rechtliche Vater (hier also: der Leihvater) selbst (§ 1600 I Nr. 1). Allerdings ist diese Möglichkeit für den Fall der Leihmutterschaft gesperrt: § 1600 Abs. 5 schließt das Anfechtungsrecht nämlich dann aus, wenn „das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden [ist].“

Dieser Tatbestand umfasst wohl nicht nur die heterologe Insemination, sondern auch die In-vitro-Fertilisation. Auch hier kommt es zu einer künstlichen Befruchtung der Eizelle, eben nur außerhalb des Körpers der Mutter.

Abs. 5 schließt jedoch nur ein Anfechtungsrecht des Leihvaters aus. Daneben steht aber wohl auch dem Wunschvater selbst ein Anfechtungsrecht zu, nämlich nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2: Er hat der Leihmutter zwar nicht „beigewohnt“, wie es das Gesetz eigentlich voraussetzt. Der BGH hat aber vor ein paar Jahren – m.E. zu Recht – entschieden, dass auch der Samenspender nach dieser Vorschrift anfechten kann, wenn – ich zitiere: „der Zeugung des Kindes keine auf die (ausschließliche) Vaterschaft eines Dritten als Vater gerichtete Vereinbarung [...] vorausgegangen ist“. Der Samenspender ist also nur dann von einer Anfechtung ausgeschlossen, wenn vereinbart war, dass ausschließlich ein anderer Mann – in der Regel der Ehemann der Mutter – Vater des Kindes werden soll. Das ist bei Leihmutterschaftsfällen aber gerade nicht der Fall. Im Gegenteil: Hier ist vereinbart, dass der Samenspender selbst Vater werden soll. Ihm steht das Anfechtungsrecht nach Nr. 2 also zu.

Jedenfalls grundsätzlich. Zu beachten ist dann nämlich noch § 1600 Abs. 2: Das Anfechtungsrecht steht unter dem Vorbehalt, dass zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind keine sozial-familiäre Bindung besteht. Praktisch bedeutet das: Das Kind darf nach seiner Geburt nicht über einen längeren Zeitraum bei den Leiheltern verbleiben, weil ansonsten eine sozial-familiäre Bindung zum Leihvater entsteht. Das heißt aber eben auch: Wenn die Wunscheltern das Kind mehr oder weniger von Geburt an bei sich aufnehmen, kann der Wunschvater die Vaterschaft des Leihvaters anfechten und dann seine eigene Vaterschaft anerkennen.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten: Der Wunschvater kann nach deutschem Recht Vater werden, die Wunschmutter kann aber nicht Mutter werden. Ob dieses Ergebnis mit Art. 3 GG in Einklang zu bringen ist, sei an dieser Stelle offengelassen. Gewisse Zweifel bestehen und werden wohl derzeit auch von einer Kommission untersucht, die eine Reform des Abstammungsrechts vorbereiten soll. Immerhin – das will ich Ihnen nicht verschweigen – profitiert die Wunschmutter gewissermaßen mittelbar von der Möglichkeit des Wunschvaters zur Vaterschaftsanerkennung: Eine Adoption des Kindes wird dadurch für sie zu einer reinen Stiefkindadoption, die deutlich schneller und einfacher zu haben ist als eine normale.

b) Rechtslage, wenn die Leihmutter das Kind behalten will

Vor dem Hintergrund der Geschichte von Baby M möchte ich das Augenmerk vielmehr – zumindest kurz – auf solche Fallgestaltungen richten, in denen die Leihmutter das Kind nach der Geburt behalten will.

Klar ist in diesen Fällen zunächst einmal eines: Die Wunschmutter hat überhaupt keine Möglichkeit, Mutter zu werden. Für eine Adoption ist nämlich selbstredend die Einwilligung der rechtlichen Mutter notwendig (§ 1747 I).

Rechtlich interessant ist daher vor allem der Blick auf den Wunschvater. Bei ihm ist wieder danach zu differenzieren, ob die Leihmutter verheiratet ist oder nicht.

Ist sie verheiratet, stehen die Chancen schlecht: Um Vater werden zu können, müsste der Wunschvater zunächst einmal die Vaterschaft des Leihvaters anfechten. Und eine solche Anfechtung scheitert – wegen der sozial familiären Bindung zwischen Kind und Leihvater – an der Sperre des § 1600 Abs. 2.

Ist die Leihmutter hingegen unverheiratet, bedarf es einer solchen Anfechtung nicht, weil kein anderer Mann die rechtliche Vaterrolle eingenommen hat. Zwar kann der Wunschvater seine Vaterschaft trotzdem nicht einfach nach § 1592 Nr. 2 anerkennen, weil auch hierfür eine Zustimmung der Mutter notwendig ist (steht in § 1595). Für den Wunschvater bleibt aber der Weg nach § 1592 Nr. 3, also der Weg zum Familiengericht. Und hier dürfte es ihm nicht schwerfallen, seine Vaterschaft zu beweisen.

Als Zwischenergebnis bleibt also festzuhalten: Die Leihmutter kann eine Vaterschaft des Wunschvaters nur dann verhindern, wenn sie verheiratet ist. Aus Sicht der Wunscheltern gilt also: Sicherer fährt, wer sich eine unverheiratete Leihmutter sucht.

Allerdings ist die rechtliche Vaterschaft natürlich ohnehin nur ein Zwischenziel. Das eigentliche Ziel des Wunschvaters besteht darin, das Kind tatsächlich bei sich zu haben. Ziel ist es also, das Sorgerecht zu bekommen – wie es den Sterns bei Baby M gelungen ist.

In Deutschland gilt aber bei unverheirateten Eltern nach wie vor der Grundsatz, dass das Sorgerecht allein bei der Mutter liegt (in unserem Fall also bei der Leihmutter). Allerdings hat der Gesetzgeber vor ein paar Jahren – auf freundlichen Hinweis des Verfassungsgerichts – eine Möglichkeit für den Vater geschaffen, eine gemeinsame Sorge zu erreichen. Ein entsprechender Antrag beim Familiengericht hat nach § 1626a Abs. 2 BGB immer dann Erfolg, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Im konkreten Einzelfall dürfte Vieles davon abhängen, ob der Streit um das Kind zwischen den Wunscheltern und der Leihmutter zivilisiert abgelaufen ist oder ob unüberwindbare persönliche Abneigungen entstanden sind. Letzterenfalls dürfte eine gemeinsame Sorge aus Kindeswohlgründen kaum in Betracht kommen.

Dann bliebe für den Vater nur der Antrag auf Übertragung der alleinigen Sorge nach § 1671 Abs. 2. Voraussetzung dafür ist jedoch, „dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht“. Das Gericht wäre also nach deutschem Recht letztlich in derselben Lage wie seinerzeit das amerikanische Gericht in Sachen Baby M. Kein schöner Gedanke.

Ich kann mir aber vorstellen, dass die deutschen Gerichte hinsichtlich einer Übertragung des Sorgerechts auf den Wunschvater große Zurückhaltung üben werden – gewissermaßen mit generalpräventiver Zielsetzung. Denn die Übertragung der Sorge auf den Vater liefe ja letztlich auf eine Durchführung der Leihmutterschaft hinaus, die das deutsche Recht eben gerade ablehnt.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass es für die Wunscheltern schwer wird, gegen den Willen der Leihmutter ein Sorgerecht für das Kind zu bekommen. Immerhin haben sie dann, wenn die Leihmutter ledig ist, überhaupt eine Chance; ist sie verheiratet, haben die Wunscheltern gar keine Chance.

c) Zusammenfassung

Will man die familienrechtliche Situation in drei Sätzen zusammenfassen, dann wohl in den Folgenden: Die Wunschmutter kann nur durch Adoption Mutter des Kindes werden. Für den Wunschvater besteht demgegenüber die Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung, die allerdings nur dann funktioniert, wenn die Leihmutter unverheiratet ist oder das Kind bei den Wunscheltern lebt. Gibt die Leihmutter das Kind nicht freiwillig heraus, sind die Chancen der Wunscheltern äußerst gering; gegen eine verheiratete Leihmutter haben sie überhaupt keine Chance.

2. Vertragsrecht

Immer dann, wenn die Leihmutter sich weigert, das Kind an die Wunscheltern abzugeben, stellt sich die Frage, ob den Wunscheltern zumindest ein schuldrechtlicher Anspruch zusteht. Immerhin dürften die Parteien ja in aller Regel einen Vertrag über die Leihmutterschaft geschlossen haben. Allerdings hält die ganz herrschende Meinung diesen Vertrag für unwirksam.

Vielfach wird diese Unwirksamkeit auf § 134 BGB gestützt. Danach sind solche Verträge nichtig, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Aber tut das der Leihmuttervertrag wirklich? Ich meine Nein. Als Verbotsgesetz kommt ja einzig und allein § 1 des ESchG in Betracht. Und diese Vorschrift richtet sich gerade nicht – wie § 134 das verlangt – an die beiden Vertragsparteien, sondern ausschließlich an einen Dritten, nämlich an den Reproduktionsmediziner.

Hinzu kommt noch der folgende Aspekt: Der Leihmuttervertrag dürfte in aller Regel darauf gerichtet sein, dass die Schwangerschaft der Leihmutter im Ausland herbeigeführt wird - nämlich schlicht und einfach deshalb, weil sich im Inland wegen des Embryonenschutzgesetzes kein Arzt finden dürfte, der das macht. Da das Embryonenschutzgesetz aber wie gesagt territorial auf Deutschland beschränkt ist, kommt es bei einer Behandlung im Ausland nicht mal durch den Arzt zum Verstoß gegen das Verbotsgesetz.

Wenn § 134 nicht greift, bleibt aber natürlich immer noch § 138. Das Institut der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich flexibel genug, um all diejenigen Fallgestaltungen zu erfassen, die erfasst werden sollen. Aber ist es wirklich sittenwidrig, wenn eine Frau zwei Menschen hilft, die sich ihren Kinderwunsch nicht selbst erfüllen können? Was würde wohl herauskommen, wenn man eine Meinungsumfrage unter allen billig und gerecht denkenden Bewohnern unseres Landes machte? Wahrscheinlich zumindest ein differenzierteres Bild als eine pauschale Ablehnung. Immerhin ist das Konzept der Leihmutter ja auch keine Erfindung der modernen Fortpflanzungsmedizin, sondern weist ein – im wahrsten Sinne des Wortes – biblisches Alter auf: Vier der 12 Söhne Jakobs verdanken ihr Leben einer Leihmutter – und auch Jakobs Onkel Ismael, also der älteste Sohn Abrahams war das Kind einer Leihmutter.

Allerdings ist im Rahmen von § 138 nicht nur das Rechtsgefühl des Staatsvolks ausschlaggebend, sondern auch – und wohl sogar primär – dasjenige der Staatsgewalt: Nach ganz h.M. muss sich das Sittenwidrigkeitssurteil stets nach „den tragenden Gedanken der bestehenden Gesetze“ richten. Und diesbezüglich gibt es wohl kein

Vertun: Die Regelungen im ESchG und im AdVermiG werden ohne jeden Zweifel von dem Gedanken getragen, dass Leihmutterschaften etwas Sittenwidriges sind. Das kommt in jeder Zeile der Gesetzesbegründung mehr als deutlich zum Ausdruck.

Man wird also nicht umhin kommen, die Leihmutterschaft als sittenwidrig, und damit den Leihmuttervertrag als unwirksam einzuordnen

Allerdings hat die Unwirksamkeit auch eine Kehrseite, von der ich nicht weiß, ob der Gesetzgeber sie bedacht hat: Sie zeigt sich, wenn man einmal nicht den klassischen Baby-M-Fall betrachtet, in dem sich Wunsch- und Leihmutter um das Kind streiten, sondern den umgekehrten Fall: den Fall, dass die Leihmutter bereit ist, das Kind abzugeben, die Wunscheltern es aber nicht mehr haben wollen. Dass dieses Szenario nicht ganz unrealistisch ist, zeigt der Fall „Gammy“ aus Thailand, der weltweit Empörung ausgelöst hat: Eine thailändische Leihmutter hatte Zwillinge zur Welt gebracht: ein gesundes Mädchen und einen Jungen, der am Down-Syndrom litt. Die australischen Wunscheltern hatten nur das Mädchen mitgenommen, den Jungen hingegen bei der Leihmutter zurückgelassen.

Was, wenn in einem solchen Fall die Leihmutter finanziell nicht in der Lage ist, für das Kind zu sorgen? Hier könnte der Vertrag als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch der Leihmutter herhalten – und damit letztlich mittelbar als Grundlage für einen Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine abtrünnigen Wunscheltern. Hält man den Vertrag aber für unwirksam, wird es mit so einem Anspruch eng.

Denken könnte man allenfalls an einen Anspruch aus GoA. Auf die greift der BGH in Fällen nichtiger Verträge ja durchaus gerne mal zurück. Und ganz so fernliegend erscheint es in der Tat nicht, die Leihmutterschaft als Auch-fremdes-Geschäft einzustufen. Zwar nicht das Aufziehen des Kindes – das ist wohl wegen § 1591 ein eigenes Geschäft der Leihmutter –, wohl aber die Zeugung und Geburt des Kindes. Die Kosten für das Aufziehen sind dann gewissermaßen Folgeaufwendungen.

An dieser Stelle möchte ich jetzt aber nicht in die Tiefe gehen. Fest steht jedenfalls: Aus dem Leihmuttervertrag wird man keinen Schadensersatzanspruch ableiten können. Denn so wünschenswert ein solcher Anspruch in der konkreten Situation auch erscheinen mag; er ist eben nur um den Preis zu haben, dass man den Vertrag insgesamt für wirksam hält – und dann würden auch Primäransprüche auf Herausgabe bzw. Abnahme des Kindes bestehen. Dieser Preis ist für die deutsche Rechtsordnung aber sicherlich zu hoch.

Im Ergebnis wird man also festzuhalten haben: Es führt kein Weg daran vorbei, den Leihmutterschaftsvertrag nach § 138 als unwirksam anzusehen.

III. Rechtsvergleichender Überblick

1. Verbot der Leihmutterschaft

Ich möchte jetzt den Fokus von der deutschen Rechtslage lösen und Ihnen einen kurzen Überblick über die rechtliche Situation im Rest der Welt geben. In den meisten anderen europäischen Ländern ist die Leihmutterschaft auch gesetzlich verboten –

nämlich in denen, die hier auf der Karte rotbraun gefärbt sind. Frankreich geht dabei übrigens sogar noch weiter als Deutschland: Hier droht auch den Wunscheltern und der Leihmutter eine Strafe. Auch in Frankreich gilt aber, dass das Strafrecht territorial beschränkt ist. Wunscheltern, die ins Ausland gehen, um dort – legal – eine Leihmutter zu engagieren, machen sich also nicht strafbar. Allerdings ist in diesen Fällen auch das französische Familienrecht strenger als das deutsche: In Frankreich wird den Wunscheltern nicht gestattet, das Kind zu adoptieren; und sogar eine Vaterschaftsanerkennung durch den Wunschvater ist ausgeschlossen.

Außerhalb Europas ist die Leihmutterschaft vor allem in China und Japan und in der Türkei und Saudi-Arabien gesetzlich verboten. Außerdem in einigen wenigen Bundesstaaten der USA und Kanadas, unter anderem – was mich erstaunt hat und auf dieser Karte so auch nicht verzeichnet ist – in dem eigentlich doch so liberalen New York.

2. (Beschränkte) Zulässigkeit der Leihmutterschaft

In vielen Ländern der Welt sind Leihmutterschaften jedoch erlaubt, allerdings in unterschiedlichem Umfang. Viele Staaten erlauben nur eine altruistische Leihmutterschaft. Es darf also kein Geld fließen, bzw. jedenfalls nicht mehr als eine Erstattung von Auslagen. Diese Staaten sind hier blau gefärbt. In Europa sind das Belgien und die Niederlande, England und – das ist auf der Karte nicht verzeichnet: Griechenland. Außerhalb Europas sind es vor allem Australien sowie die meisten Bundesstaaten Kanadas; und auch in den U.S.A. finden sich einige blaue Staaten. In den grünen Ländern ist auch die kommerzielle Leihmutterschaft erlaubt. Das sind zum Beispiel Indien, Russland und die Ukraine, aber auch einige Bundesstaaten der U.S.A., insbesondere Kalifornien und Illinois und – für mich wieder erstaunlich – Texas und Florida.

Sowohl in den blauen als auch in den grünen Staaten ist die Leihmutterschaft aber nicht per se zulässig, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen. In nahezu allen Ländern gilt beispielsweise ein Mindestalter für die Leihmutter. In einigen U.S.-Bundesstaaten – wie etwa in Texas – wird zusätzlich verlangt, dass sie bereits ein eigenes Kind geboren hat. Florida verlangt darüber hinaus, dass die Leihmutter verheiratet ist. Das ist im Hinblick darauf bemerkenswert, dass das deutsche Familienrecht die Wunscheltern ja wie gesagt geradezu dazu drängt, eine unverheiratete Leihmutter zu engagieren.

Mitunter werden zusätzlich Anforderungen an die Wunscheltern gestellt. Insbesondere wird vielfach verlangt, dass sie auf die Leihmutter angewiesen sein müssen, dass die Wunschmutter also nicht selbst ein Kind austragen kann. Verbreitet ist auch eine Art Eignungstest für die Wunscheltern, so ähnlich wie bei einer Adoption. Vielfach wird darüber hinaus verlangt, dass das Kind zumindest mit einem Wunschelternteil verwandt ist. Und selbst diejenigen Staaten, die das nicht verlangen, wie z.B. Kalifornien, Russland und die Ukraine, setzen zumindest voraus, dass die Eizelle nicht von der Leihmutter stammt. Das Kind soll also zumindest nicht genetisch mit der Leihmutter verwandt sein.

Bemerkenswert ist noch eine weitere Einschränkung, für die Thailand ein prominentes Beispiel ist. Das Land erlebte noch bis vor einem halben Jahr einen regelrechten Reproduktionstourismus. Dann kam der eben schon erwähnte Fall Gammy. Und als kurz darauf noch ein Japaner aufflog, der bereits 16 Kinder von Leihmüttern hatte austragen lassen und nach Angaben einer Leihmutter-Agentur weitere „100-1000 Kinder zeugen wollte“, zog Thailands Militärregierung die Reißleine und sperrte Anfang 2015 den Leihmutterschaftsmarkt für ausländische Wunscheltern. Zumindest eine kommerzielle Leihmutterschaft ist also nur thailändischen Wunscheltern erlaubt.

Auch England, Griechenland und Texas verlangen übrigens, dass die Wunscheltern eine gewisse Zeit dort wohnhaft sind, bevor sie ihnen eine Leihmutterschaft erlauben. In Griechenland wird das aber wohl nicht allzu streng kontrolliert...

3. Familienrechtliche Folgen einer Leihmutterschaft

Ganz gleich, welche Bedingungen ein Land für eine Leihmutterschaft aufstellt. Die Gretchenfrage muss jedes der blauen und grünen Länder auf dieser Karte beantworten, nämlich: Wie hast Du's mit der Mutterschaft?

Und diese Frage wird in der Tat unterschiedlich beantwortet. In den wohl meisten Ländern erhält grundsätzlich zunächst einmal die Leihmutter den Status als rechtliche Mutter des Kindes – beispielsweise in Belgien und den Niederlanden, in England, aber auch in Russland. Die Wunschmutter kann zwar rechtliche Mutter werden, ist dafür aber auf die Zustimmung der Leihmutter angewiesen – und diese Zustimmung muss nach der Geburt erteilt werden.

Die technischen Wege zu einem Wechsel der Mutterschaft unterscheiden sich dabei. Den einfachsten Weg geht Russland. Hier genügt es, wenn die Wunscheltern die Eintragung ins Geburtenbuch beantragen und die Leihmutter zustimmt. Etwas komplizierter ist das Verfahren in England: Hier ist ein Gerichtsbeschluss notwendig, die sog. parental order. Die Wunscheltern müssen den Antrag spätestens sechs Monate nach der Geburt des Wunschkindes stellen und die Leihmutter darf ihre Zustimmung frühestens sechs Wochen nach der Geburt erteilen. In Belgien und den Niederlanden ist sogar eine „echte“ Adoption des Kindes durch die Wunscheltern notwendig.

Bei Wunscheltern beliebter sind verständlicherweise diejenigen Länder, in denen sie unmittelbar den rechtlichen Status als Eltern des Kindes erhalten – ohne dass es einer nachträglichen Zustimmung der Leihmutter bedürfte. Das ist beispielsweise in Indien und in der Ukraine der Fall. Außerdem, wenn ich es recht sehe, in allen „grünen“ U.S.-Bundesstaaten. Allerdings gibt es auch hier Unterschiede im Detail: In Texas und in Florida etwa bedarf es einer gerichtlichen Genehmigung der Leihmutterschaft bzw. genauer: des Leihmutterschaftsvertrags. Hier wird also gewissermaßen vorab kontrolliert, ob die Voraussetzungen eingehalten wurden. In Kalifornien und Illinois gibt es ein solches gerichtliches Genehmigungserfordernis dagegen nicht. In Indien und der Ukraine übrigens auch nicht. Wenig überraschend werden daher diese vier Staaten besonders häufig von Wunscheltern angesteuert – auch und gerade von deutschen.

Das führt mich zum Schwerpunkt meines Vortrags, nämlich zu der Frage, was gilt, wenn die deutschen Wunscheltern mit ihrem Wunschkind aus Kalifornien oder Indien nach Deutschland zurückkehren. Wirkt die vom kalifornischen bzw. indischen Recht statuierte Elternschaft in Deutschland fort? Oder gelten hier die deutschen §§ 1591 und 1592 BGB? Praktisch gefragt: Wird der deutsche Standesbeamte die Wunscheltern ins Geburtenregister eintragen oder wird er sich weigern?

IV. Rechtsfolgen einer ausländischen Leihmutterschaft in Deutschland

Mit dieser Frage bin ich bei den internationalprivatrechtlichen Aspekten der Leihmutterschaft angekommen. Es stellt sich die klassische IPR-Frage nach dem anwendbaren Recht. Dieser Frage ist allerdings vielfach noch eine weitere IPR-Frage vorgeschaltet, nämlich die Frage, ob der deutsche Standesbeamte überhaupt eine eigene Entscheidung treffen darf. Das ist nämlich immer dann nicht der Fall, wenn ein ausländisches Gericht oder eine ausländische Behörde bereits eine Entscheidung getroffen hat und diese Entscheidung in Deutschland anzuerkennen ist. Dann ist der deutsche Standesbeamte an die ausländische Entscheidung gebunden.

1. Anwendbares Recht

Ich möchte aber mit der klassischen IPR-Frage beginnen, also der Frage nach dem anwendbaren Recht. Tun wir also bitte zunächst einmal so, als gebe es keine ausländische Entscheidung und müsste der deutsche Standesbeamte eine Entscheidung treffen.

Dazu zunächst folgender Beispielfall, der vor ein paar Jahren das VG Berlin beschäftigt hat, und der auch durch die Presse ging: Ein deutsches Paar hatte in Indien eine Leihmutter engagiert, die ihrerseits verheiratet war. Die Leihmutter brachte tatsächlich Zwillinge zur Welt, wobei in der indischen Geburtsurkunde nicht sie, sondern die beiden Wunscheltern als Eltern vermerkt wurden.

Gehen wir der mal der Einfachheit halber zunächst davon aus, die Wunscheltern hätten sich mit den Zwillingen in den nächsten Flieger zurück nach Deutschland gesetzt und hier nun eine Eintragung ins Geburtenregister beantragt. Bei der indischen Geburtsurkunde – das sei vorab noch klargestellt – handelte es um eine bloße Registrierung, also nicht um eine „Entscheidung“ einer ausländischen Behörde, die hier anzuerkennen wäre. Der deutsche Standesbeamte konnte – und musste – also selbst entscheiden.

Welches Recht wendet er nun an? Grundlage für seine Entscheidung ist Art. 19 Abs. 1 EGBGB. Der enthält drei verschiedene Anknüpfungsregeln – also Regeln zum anwendbaren Recht. Nach S. 1 unterliegt die Frage der Abstammung dem Recht desjenigen Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach S. 2 kann die Abstammung im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht desjenigen Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Und nach Satz 3 kann die Abstammung dann, wenn die Mutter verheiratet ist, zusätzlich nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen der Ehe unterliegen. Gehen wir die Anknüpfungsalternativen des Art. 19 einmal durch:

Erste Anknüpfungsalternative: gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes. Nach der ganz h.M. ist der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes selbständig zu bestimmen, also unabhängig von demjenigen seiner Eltern. Ob nun die Wunscheltern oder die Leiheltern rechtlich als Eltern einzustufen sind, ist an dieser Stelle also noch unerheblich; es kommt nur darauf an, wo das Kind tatsächlich seinen Lebensmittelpunkt hat. Und das ist im Beispielsfall bei den Wunscheltern in Deutschland. Dass die Kinder und ihre Wunscheltern zunächst einmal ein paar Tage in Indien waren, ist unschädlich, weil sie dort nur einen vorübergehenden einfachen Aufenthalt hatten, aber keinen „gewöhnlichen“. Ein solcher gewöhnlicher Aufenthalt setzt eine gewisse Dauer voraus. Man sagt als Faustregel: so etwa sechs Monate. Also: gewöhnlicher Aufenthalt der Kinder in Deutschland; deutsches Recht anwendbar: Mutter nach § 1591 die Leihmutter, Vater nach § 1592 Nr. 1 ihr Ehemann.

Zweite Anknüpfungsalternative: Heimatrecht des jeweiligen Elternteils. Da beide Wunscheltern deutsche Staatsangehörige sind, führt auch diese Anknüpfungsmöglichkeit zu deutschem Recht und damit zu §§ 1591 und 1592 BGB.

Dritte Anknüpfungsalternative: das sog. Ehwirkungsstatut, also das Recht, das auf die allgemeinen Ehwirkungen anwendbar ist. Welches Recht das ist, bestimmt Art. 14 EGBGB. Ich will es kurz machen: Bei zwei deutschen Eheleuten ist es das deutsche Recht. Auch hier also wieder: kein Glück für die Wunscheltern.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten: Bei deutschen Wunscheltern führt Art. 19 EGBGB in aller Regel zu einer Anwendbarkeit des deutschen Rechts – und damit zu einer Elternschaft der Leiheltern. Allerdings haben die Wunscheltern eine Chance, nämlich indem sie am Geburtsort einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes begründen. Dann ist nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB das dortige Recht anwendbar.

Und in der Tat haben die Wunscheltern aus dem Beispielsfall genau das getan – wenn auch unfreiwillig. Sie konnten nämlich in Wirklichkeit nicht in den nächsten Flieger steigen, weil sie keinen Pass für ihre Kinder bekamen. Die deutsche Botschaft weigerte sich, weil Voraussetzung für einen deutschen Pass natürlich die deutsche Staatsangehörigkeit ist – und die haben grundsätzlich nur Kinder deutscher Eltern. Wie im Ausgangsbeispiel: der deutsche Standesbeamte kam, aber natürlich auch die deutsche Botschaft über Art. 19 EGBGB zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts und damit zu einer Elternschaft der indischen Leiheltern. Also: kein deutscher Pass.

Nun versuchten die Eltern einen indischen Pass zu bekommen (um dann zumindest ein Visum für Deutschland zu beantragen). Aber auch dieser Versuch schlug fehl. Die indischen Behörden wendeten indisches Recht an und danach waren nicht die Leiheltern, sondern die Wunscheltern Eltern – die Zwillinge also nicht indisch, sondern deutsch. Also: auch kein indischer Pass. Übrigens stand den Eltern nicht einmal der rettende Anker einer Adoption der Zwillinge zur Verfügung. Denn aus Sicht der (zuständigen) indischen Behörden waren sie ja ohnehin die Eltern der Kinder.

Während die Mutter allein nach Deutschland zurückflog, um Geld zu verdienen und Gerichtsprozesse zu führen, musste der Vater tatsächlich mit den Kindern in Indien zurückbleiben – und zwar für mehr als zwei Jahre. Dann erst fanden indische Gerichte

und Behörden eine Lösung, allerdings eine recht unkonventionelle: Man änderte die Geburtsurkunde: Dort wurde nun der Name der Leihmutter eingetragen. Damit konnte den Kindern ein indischer Pass ausgestellt werden. Und sie konnten von ihren Wunscheltern adoptiert werden. Für diese Adoption bekamen sie dann von deutscher Seite ein Visum bewilligt.

Warum man diesen Weg ging, ist mir – um ehrlich zu sein – nicht ganz klar. Denn dadurch, dass die Kinder nach der Geburt nicht ausreisen durften, wurde aus einem vorübergehenden einfachen Aufenthalt in Indien irgendwann ein gewöhnlicher Aufenthalt. Damit hätte die Botschaft auf die Frage der Abstammung gem. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB indisches Recht anwenden müssen – und danach wären die deutschen Wunscheltern als Eltern anzusehen gewesen. Dementsprechend wären die Kinder deutsche Staatsangehörige gewesen, hätten also einen deutschen Pass bekommen müssen.

Klar: Ab dem Zeitpunkt, in dem sie den Pass ausgestellt bekommen hätten, wäre ihr gewöhnlicher Aufenthalt in Indien beendet gewesen, weil sie nach Deutschland gezogen wären. Und damit wäre ab diesem Zeitpunkt wieder deutsches Recht anwendbar gewesen – und als Eltern hätten wieder die indischen Leiheltern gegolten. Aber das wäre m.E. unschädlich gewesen. Zwar ändert sich mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts tatsächlich auch das anwendbare Recht (der IPRler spricht von einem Statutenwechsel). Es ist aber eigentlich anerkannt, dass mit einem solchen Statutenwechsel nicht der Verlust wohlerworbener Rechte einhergehen darf. Für die Abstammung heißt das: Wenn das zunächst anwendbare Recht eine Abstammung bejaht, dann bleibt diese Abstammung bestehen, auch wenn das später anwendbare Recht sie eigentlich verneint.

Vielleicht war der deutschen Botschaft aber die Zirkelschluss-Situation unheimlich. Denn letztlich hing alles von ihr ab: Verweigert sie den Pass, führt das zu einem gewöhnlichen Aufenthalt in Indien, weswegen ein Pass dann eigentlich auszustellen gewesen wäre. Stellt sie den Pass aus, führt das zu einem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, weswegen der Pass an sich zu verweigern gewesen wäre. Das ist in der Tat eine absurde Situation, in der sich die Botschaft hier befand.

Hinzu kam, dass die Botschaft wahrscheinlich davon ausging, dass eine Anwendung des indischen Rechts gegen den deutschen ordre public verstoßen würde: Nach Art. 6 EGBGB muss eine ausländische Vorschrift nämlich unangewendet bleiben, „wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.“

In der Tat ging seinerzeit die ganz h.M. in Deutschland davon aus, dass es gegen den deutschen ordre public verstoße, wenn man Wunschkinder rechtlich nicht der Leihmutter, sondern den Wunscheltern zuordnen würde. Aber dann stellte sich vor mittlerweile etwa einem Jahr der BGH dieser herrschenden Ansicht entgegen. Seine Entscheidung betraf allerdings nicht die Frage nach dem anwendbaren Recht, sondern die andere IPR-Frage, nämlich die nach der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung. Ich möchte daher an dieser Stelle die Frage nach dem anwendbaren

Recht erst einmal verlassen und mich der Anerkennungsfrage widmen. Auf das anwendbare Recht werde ich aber nachher noch einmal kurz zurückkommen.

2. Anerkennung einer ausländischen Entscheidung

Hier zunächst einmal der Sachverhalt der BGH-Entscheidung:

Zwei Berliner Männer, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft zusammenlebten, erfüllten sich ihren Kinderwunsch durch eine – Achtung: ledige – Leihmutter in Kalifornien. Die Samenzelle stammte von einem der beiden Männer, die Eizelle von einer anonymen Spenderin. Das Kind wurde geboren und die Männer reisten mit dem Kind zurück nach Deutschland. Das ist von den USA aus kein Problem, denn wer in den USA geboren wird, bekommt automatisch die US-Staatsbürgerschaft. Und US-Staatsbürger dürfen sogar ohne Visum nach Deutschland einreisen. In Deutschland beantragten die beiden Wunschväter eine Nachbeurkundung der Geburt – natürlich mit der Maßgabe, sie als Eltern einzutragen.

Vor ihrer Heimreise – genauer gesagt: sogar noch vor der Geburt des Kindes – hatten sie bereits bei einem kalifornischen Gericht einen Antrag auf Feststellung ihrer Elternschaft gestellt, und das kalifornische Gericht hatte diesem Antrag entsprochen. Dennoch lehnte das Standesamt die beantragte Eintragung ins Geburtenregister ab. Es war nämlich der Ansicht, die kalifornische Entscheidung sei in Deutschland nicht anzuerkennen und entfalte dementsprechend hierzulande keine Rechtskraftwirkung. Die Männer klagten, aber sowohl das AG Berlin-Schöneberg, als auch – in der Berufungsinstanz – das Kammergericht gaben dem Standesamt recht. Erst die Revision zum BGH hatte letztlich Erfolg – und zwar, um das gleich vorweg zu sagen: m.E. zu Recht.

Aber langsam: Rechtsgrundlage für die Frage der Anerkennung des kalifornischen Urteils sind die §§ 108 und 109 FamFG. § 108 normiert den Grundsatz, § 109 die Ausnahmen. Der Grundsatz lautet: „Ausländische Entscheidungen [werden] anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf.“ Die – hier im Raum stehende – Ausnahme lautet: Eine Anerkennung ist dann ausgeschlossen, wenn sie „zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“ – also letztlich derselbe ordre-public-Vorbehalt wie in Art. 6 EGBGB.

Dieser Ordre-public-Vorbehalt wird gemeinhin enger ausgelegt, als sein Wortlaut es vermuten lässt. Der BGH verlangt seit jeher, dass „das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint.“ Selbst ein Grundrechtsverstoß ist nicht ohne Weiteres als ordre-public-widrig anzusehen. Vielmehr müssen – in den Worten des BGH – „elementare Bestandteile“ des betroffenen Grundrechts verletzt sein.

Und das verneinte der BGH in dem Fall der beiden Berliner Wunschväter. Im Fall des samenspendenden Wunschvaters sogar in nur einem Absatz: Dieser Mann hätte

nämlich auch nach deutschem Recht Vater werden können, und zwar durch Anerkennung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2. Die Leihmutter war, wie gesagt, nicht verheiratet.

Der Fall des anderen Wunschvaters zwang den BGH hingegen zu einer ausführlichen Abwägung, die ich nur in ihren groben Zügen nachzeichnen möchte: Ausgangspunkt war gewissermaßen eine abstrakte Betrachtung. Der BGH rezipiert im Wesentlichen diejenigen Überlegungen, mit denen der Gesetzgeber die Verbote im ESchG und im AdVermiG begründet hat: Das Institut der Leihmutterschaft verletze zum einen die Menschenwürde der Leihmutter, die möglicherweise während der Schwangerschaft eine Bindung zum Kind aufbaue und nach der Geburt in einen – wie der BGH es nennt – menschenunwürdigen Konflikt gerate. Zum anderen verletze das Institut der Leihmutterschaft aber auch die Persönlichkeitsrechte des Kindes, Stichwort gestörte Identitätsfindung. Zwischenergebnis also: Das deutsche Verbot der Leihmutterschaft basiert auf elementaren grundrechtlichen Wertungen.

Und dennoch kam der BGH am Ende zu dem Ergebnis, dass eine Anerkennung der kalifornischen Entscheidung nicht am ordre-public-Vorbehalt scheitern dürfe. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war letztlich ein Perspektivwechsel. Der BGH verlässt die abstrakte Betrachtungsebene und fokussiert den konkreten Fall. In diesem Fall hat die Leihmutter das Kind bereits konfliktfrei geboren und abgegeben.

Zwar drohen dem Kind nun möglicherweise Störungen in seiner Identitätsfindung. Das würde aber nur dann gegen eine Anerkennung der kalifornischen Entscheidung sprechen, wenn gerade diese Anerkennung die Identitätsfindungsstörungen auslösen oder zumindest verstärken würde. Das ist aber natürlich nicht der Fall. Im Gegenteil: Nur durch eine Anerkennung konnten weitere Identitätsstörungen verhindert werden. Nur durch eine Anerkennung konnte das Kind nämlich eine rechtliche Verbindung zu derjenigen Person bekommen, die auch im tatsächlichen Leben die Vaterrolle einnahm.

Und genau dieser Aspekt des Kindeswohls war für den BGH letztlich entscheidend. Das Kind habe aus Art. 2 I und 6 II GG ein Recht auf eine Eltern-Kind-Beziehung zu seinen sozialen Eltern. Mehr noch: Das Kind hat ein Recht darauf, überhaupt rechtliche Eltern zu haben. Würde man die ausländische Entscheidung hierzulande nicht anerkennen, hieße das nämlich in letzter Konsequenz, dass das Kind elternlos wäre: Hierzulande würden die Wunscheltern nicht als Eltern gelten, und die Leiheltern würden in ihrem Heimatstaat (nämlich in Kalifornien) nicht als Eltern eingestuft. Diese Situation wäre in der Tat unter Kindeswohlgesichtspunkten nur schwer erträglich.

Wie eingangs gesagt: Ich stimme der Entscheidung des BGH an sich vollumfänglich zu. Allerdings hat sie zwei Pferdefüße, die benannt werden müssen.

Erstens bereitet der BGH mit seiner Entscheidung natürlich gewissermaßen eine rechtliche Grundlage für den künftigen Reproduktionstourismus. In der Tat hatte die früher h.M. eine Anerkennung ausländischer Entscheidungen immer vor allem aus generalpräventiven Gesichtspunkten abgelehnt: Je schwerer man es Wunscheltern nach einer Leihmutterschaft im Ausland macht, umso weniger Leihmutterschaften

wird es geben, so die nicht ganz unberechtigte These. Dieser erste Pferdefuß ist aber hinzunehmen. Denn der BGH hat völlig recht: Entscheidend muss das Wohl des konkret betroffenen Kindes sein. Generalpräventive Ziele dürfen nicht auf dem Rücken dieses Kindes verfolgt werden.

Schwerer wiegt jedoch der zweite Pferdefuß, der in der allgemeinen Diskussion bisher erstaunlicherweise noch keine Rolle spielt. Wenn der BGH die Anerkennung der Entscheidung ausdrücklich mit den Gesichtspunkten des Kindeswohls in der konkreten Situation begründet: Was passiert dann, wenn sich diese Situation ändert? Stellen wir uns einmal vor, der BGH wäre nicht im Rahmen einer Klage der beiden Wunscheltern auf Nachbeurkundung der Kindesgeburt mit der Anerkennungsfrage konfrontiert worden, sondern im Rahmen einer Klage des Kindes gegen seine Leiheltern auf Unterhalt. Nehmen wir einfach mal an, die beiden Wunscheltern seien kurz nach der Ankunft in Deutschland tödlich verunglückt. Hätte der BGH jetzt dieselbe Entscheidung getroffen und die kalifornische Entscheidung anerkannt? Ich behaupte mal einfach: Wahrscheinlich nicht. Seine Begründung hätte jedenfalls in dieser veränderten Fallgestaltung nicht gegriffen. Noch mal: Der BGH hat letztlich gesagt: Leihmutterschaften verstoßen eigentlich schon gegen den deutschen ordre public; aber Kindeswohlinteressen können diese grundsätzliche Wertung durchbrechen. Das heißt letztlich: Dort wo die Kindeswohlinteressen nicht auf eine Durchbrechung gerichtet sind, bleibt es beim Grundsatz der ordre-public-Widrigkeit einer Leihmutterschaft.

Kann es aber tatsächlich sein, dass eine so grundlegende Frage wie die Abstammung von Entwicklungen im Leben des Kindes abhängig ist? Kann es wirklich sein, dass das Kind aus rechtlicher Sicht mal diese Eltern hat und mal jene, je nachdem, was seinem Wohl gerade am besten entspricht? Ich tendiere dazu, diese Fragen mit einem Nein zu beantworten, auch wenn das natürlich bedeutet, unter Umständen eine Entscheidung treffen zu müssen, die dem Kindeswohl im konkreten Fall zuwiderläuft. In statusrechtlichen Fragen, wie der Abstammung muss das konkrete Kindeswohl aber m.E. hinter dem Ziel der Rechtssicherheit zurücktreten.

Natürlich darf das Kindeswohl nicht unberücksichtigt bleiben. Es ist aber gewissermaßen in einer generalisierenden Weise in den Blick zu nehmen. Und generell entspricht es dem Kindeswohl am besten, denjenigen Personen rechtlich zugeordnet zu werden, die auch tatsächlich die Elternrolle einnehmen. Das muss dann im Einzelfall unabhängig davon gelten, ob dem Kind ausnahmsweise gerade einmal eine andere Abstammung besser helfen würde.

3. Reprise: Anwendbares Recht

Ich möchte zum Schluss meines Vortrags noch einmal auf das Fundament der BGH-Entscheidung zurückkommen: Das Grundrecht des Kindes aus Art. 2 I und 6 II GG auf eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zu seinen sozialen Eltern. Dieses Grundrecht hatte knapp sechs Monate vor der BGH-Entscheidung auch schon der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der EGMR, betont. Er hatte über zwei Beschwerden gegen Urteile der französischen Cour de Cassation zu befinden, denen ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag wie der BGH-Entscheidung. Leihmutterschaft in den USA,

dort gerichtliche Entscheidung über die Abstammung, hier dann Frage der Anerkennung. Die Cour de Cassation hatte diese Frage anders beantwortet als der BGH und eine Anerkennung des U.S.-Urteils verweigert, weil die Leihmutterschaft gegen den französischen ordre public verstoße.

Der EGMR sah hierin einen Verstoß gegen das Recht des Kindes auf Privatleben aus Art. 8 EMRK. Dieses Recht umfasse das Kindschaftsverhältnis als Teil der Identität des Kindes. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Obwohl Frankreich sehr wohl weiß, dass das Kind anderswo als Kind der Wunscheltern anerkannt wurde, will es dem Kind diese Anerkennung in seiner eigenen Rechtsordnung nicht zugestehen. Der Gerichtshof ist der Meinung, dass ein solcher Widerspruch einen Angriff auf die Identität des Kindes in der französischen Gesellschaft darstellt.“

Sie fragen sich jetzt vielleicht, warum ich diese Passage extra zitiere. Der BGH hat doch alles richtig gemacht und das kalifornische Urteil anerkannt. Hat er auch. Aber die deutsche Botschaft in Indien hat es nicht. Und darauf möchte ich zum Abschluss meines Vortrags noch einmal kurz zurückkommen. Ich möchte also noch einmal einen Schritt in meiner Gliederung zurückgehen und unter dem Eindruck der Entscheidungen von BGH und EGMR die Rechtslage noch einmal in den Blick nehmen, wie sie für den Fall besteht, dass die Wunscheltern im Geburtsland keine gerichtliche Entscheidung erwirkt haben.

Kommen wir also noch einmal zu Art. 19 EGBGB zurück. Sie erinnern sich: Ob deutsche Gerichte oder Behörden eine Abstammung des Wunschkindes von seinen Wunscheltern bejahen, hängt davon ab, ob man den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes von vornherein in Deutschland lokalisiert oder ob man ihn zumindest zeitweilig ins Geburtsland verlegt. Nur im letztgenannten Fall findet das ausländische Recht Anwendung und ist dementsprechend eine Abstammung des Kindes von den Wunscheltern zu bejahen.

Ist diese Rechtslage mit Art. 8 EMRK bzw. mit Art. 2 I und 6 II Grundgesetz zu vereinbaren? Ich meine: Ganz klar Nein. Vielmehr muss sich Deutschland in dem Fall der in Indien geborenen Zwillinge genau denselben Vorwurf gefallen lassen, wie der EGMR ihn Frankreich gemacht hat: Die deutsche Botschaft wusste ganz genau, dass das indische Recht die Kinder nicht der Leihmutter, sondern den Wunscheltern zuordnete. Wenn die Botschaft dann im Widerspruch zur indischen Rechtslage eine Abstammung von den Wunscheltern verneint und die Kinder stattdessen der Leihmutter zuordnet (ergänze: die sie gar nicht haben will), dann stellt das genau den vom EGMR kritisierten „Angriff auf die Identität der Kinder“ dar.

Die Frage, die sich nun stellt, lautet: Lässt sich dieser grund- bzw. menschenrechtswidrige Zustand de lege lata vermeiden? In dem konkreten Botschafts-Fall hätte man wie gesagt spätestens nach sechs Monaten einen gewöhnlichen Aufenthalt in Indien annehmen können – damit wäre indisches Recht anwendbar gewesen, das eine Abstammung der Kinder von den Wunscheltern begründet.

Allerdings ist diese Situation natürlich alles andere als befriedigend: Sie erzwingt völlig ohne Not einen sechsmonatigen Aufenthalt der Kinder (und ihrer Wunscheltern) im Geburtsland. Wünschenswert wäre es also, wenn sich das Ergebnis auch dann erzielen ließe, wenn das Kind unmittelbar nach der Geburt nach Deutschland verbracht wird. Das ist de lege lata zwar schwierig, aber es gibt durchaus Ansatzpunkte, nämlich zwei.

Erstens eine sehr großzügige Auslegung des gewöhnlichen Aufenthalts. Man könnte etwa sagen: Wenn ein Säugling die ersten drei Tage seines Lebens in einem indischen Krankenhaus verbringt – also gewissermaßen 100 % seines gesamten bisherigen Lebens – dann liegt auch dort sein gewöhnlicher Aufenthalt. Das ist – zugegebenermaßen – ein wenig Trickerei. Andererseits: die Wortlautgrenze des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ wird nicht gesprengt und damit ist Raum für eine grundrechtskonforme Auslegung.

Die zweite Möglichkeit liegt darin, die Anknüpfungsalternative in Satz 3, also die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut, anders auszulegen als ich es vorhin getan habe. Vorhin habe ich sie gewissermaßen so ausgelegt, wie es bei Satz 2 vom Gesetz vorgegeben ist: Ich habe die Abstammung für jedes Elternpaar nach dem jeweils für dieses Paar geltenden Ehwirkungsstatut bestimmt – für das deutsche Ehepaar also nach deutschem Recht, für das indische nach indischem Recht. Man kann das aber theoretisch auch anders handhaben. Man kann davon ausgehen, dass das Gesetz mit dem Begriff der Mutter diejenige Mutter meint, die es auch § 1591 BGB meint, also die Geburtsmutter. Dann würde sich die Abstammungssituation insgesamt nach ihrer Ehwirkungsstatut bemessen. Mutter nach 1591 ist die indische Leihmutter, ihr Ehwirkungsstatut ist indisches Recht – und nach indischem Recht stammen die Kinder von den deutschen Wunscheltern ab. Zugegeben: Gemeint hat der Gesetzgeber das so wahrscheinlich nicht. Aber die Wortlautgrenze sprengt diese Auslegung sicher auch nicht.

Ich halte fest: De lege lata stehen zwei Wege zur Verfügung, um das grundrechtliche gebotene Ziel zu erreichen. Beide sind zwar etwas holprig, aber letztlich ohne Weiteres gangbar. Dennoch halte ich es de lege ferenda für wünschenswert, Art. 19 EGBGB zu ergänzen, um Rechtssicherheit herzustellen. Sinnvoll erscheint mir dazu eine Regelung, die für Fälle einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft schlicht auf das dort geltende Recht verweist. Sicherheitshalber vielleicht unter der Bedingung, dass dort die Leihmutter ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat bzw. zum Zeitpunkt der Geburt hatte.

Wie erwähnt beschäftigt sich derzeit ein Ausschuss im Justizministerium mit einer Reform des Abstammungsrechts. Ob dabei auch die internationalprivatrechtlichen Regelungen in den Blick genommen werden, weiß ich nicht. Es wäre aber durchaus wünschenswert. Mit diesem Appell an den Gesetzgeber möchte ich meinen Vortrag beenden – allerdings nicht ohne das IPR in Schutz zu nehmen und den schwarzen Peter dem öffentlichen Recht zuzuschieben. Denn die Wurzel allen Übels liegt im Aufenthaltsrecht. Hätten die Kinder nach Deutschland reisen dürfen, wäre alles kein Problem gewesen. Der Wunschvater hätte dann hier die Vaterschaft des Leihvaters anfechten können, um anschließend seine eigene Vaterschaft anzuerkennen. Das

Verfahren hätte zwar sicher ein Weilchen gedauert. Aber das wäre alles nicht schlimm gewesen, wenn die Familie nur hätte zu Hause sein können.