

Ursula Rölke

# Leihmutterschaft und Kinderrechte – eine Bestandsaufnahme

*Zwar ist die Durchführung von Leihmutterschaft in Deutschland verboten. Dennoch werden fast täglich Kinder deutscher Auftraggeber im Ausland durch Leihmütter geboren. Die deutsche Rechtssystematik überlässt gegenwärtig die Bewältigung dieser Situation der Rechtsprechung. Der Beitrag zeigt die Folgen für die betroffenen Kinder auf.*

## ► Zwei Kinder – zwei Lösungen?

*Konstellation A:* Sabine wird mit genetischem Material von Frau und Herrn A erzeugt und in der Ukraine durch eine Leihmutter geboren. Nach Verzichtserklärung der Leihmutter trägt der Standesbeamte in der Ukraine Herrn und Frau A als Eltern in die Geburtsurkunde ein.

*Konstellation B:* Sebastian wird mit genetischem Material von Herrn A sowie einer fremden Eizellspende in Kalifornien erzeugt und dort von einer Leihmutter geboren. Vor dem in Kalifornien zuständigen Gericht verzichtet die Leihmutter auf die Rechte an dem Kind. Daraufhin bestimmt das Gericht Herrn A und Herrn B, die verpartnert sind, als Eltern und ordnet die Erstellung einer entsprechenden Geburtsurkunde an.

Die Paare wenden sich jeweils an das Standesamt ihres Wohnortes in Deutschland zwecks Eintragung der Geburt und ihrer Elternschaft.

## 1. Einleitung

Am 20. März 2019 hat der Bundesgerichtshof (BGH) in Sachen Leihmutterschaft eine Entscheidung getroffen (BGH, Beschluss vom 20. März 2019, XII ZB 530/17), die oberflächlich Selbstverständlichkeiten benennt. Der Leitsatz der Entscheidung besagt, dass ein im Ausland von einer Leihmutter geborenes Kind, das nach dem Willen aller Beteiligten alsbald nach der Geburt rechtmäßig nach Deutschland gebracht wird, keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Geburtsland hatte, son-



**Ursula Rölke**

ist Leiterin des Arbeitsfeldes I – Grenzüberschreitende Sozialarbeit – Internationaler Sozialdienst (ISD) im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.

dern nur in Deutschland. Dementsprechend ist auf alle es betreffenden Fragen deutsches Recht anzuwenden. Einfach, aber bedeutsam für die Bestimmung der Abstammung dieses Kindes, die sich gemäß Art. 19 EGBGB nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes richtet: Nach deutschem Recht ist Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat, also die ukrainische Leihmutter, selbst wenn – wie im zu entscheidenden Fall – die Wunscheltern auch genetisch die Eltern sind. Anders als in der Ukraine, wo die Wunscheltern in der Geburtsurkunde eingetragen sind, ist nach deutschem Recht Mutter die Leihmutter und Vater der Wunschvater, der bereits vor der Geburt die Vaterschaft anerkannt hatte. Eine rechtliche Elternschaft der Ehefrau lässt sich nach deutschem Recht nur über eine Stiefkindadoption herstellen.

Aber gehen nicht seit Jahren Informationen durch die Medien, dass der BGH für in einzelnen Bundesstaaten der USA, häufig Kalifornien, durchgeführte Leihmutterschaften entschieden hatte, dass diese in Deutschland anzuerkennen seien?

Mit Beschluss vom 10. Dezember 2014 (XII ZB 463/13) hatte der BGH erstmals eine in Kalifornien durchgeführte Leihmutterschaft anerkannt. Im entschiedenen Fall war das Kind mit den Spermien eines Mannes und einer fremden Eizelle gezeugt

worden. In einem Gerichtsverfahren in Kalifornien hatte die Leihmutter noch vor der Geburt den Verzicht auf das Kind erklärt, und der leibliche Vater und sein Lebenspartner waren vom Gericht zu Eltern erklärt worden. Diese Linie hat der BGH in der Zwischenzeit bestätigt (BGH, Beschluss vom 5. September 2018, XII ZB 224/17). Allen diesen Entscheidungen gemeinsam war bisher, dass der Wunschvater auch genetischer Vater war. Mittlerweile hat das Kammergericht Berlin allerdings selbst die genetische Abstammung des Anerkennenden/Wunschvaters für entbehrlich gehalten (KG Berlin, Beschluss vom 21. Januar 2020 – 1 W 47/19).

Es drängen sich mehrere Fragen auf: Wo liegt der rechtliche Unterschied zwischen diesen beiden Familien? Und ist Leihmutterchaft in Deutschland nicht verboten? Wie kann es dennoch zur Anerkennung offensichtlicher Leihmutterchaften kommen?

## 2. Zur rechtlichen Einordnung

Der rechtliche Unterschied ist einfach erklärt: Prinzipiell geregelt ist die Bestimmung des auf die Abstammung anzuwendenden Rechtes in Art. 19 EGBGB, der als Regelfall den gewöhnlichen Aufenthalt als Kriterium bestimmt. Diese Regel kam in der Entscheidung zur Ukraine zum Tragen. Der Entscheidung über das anzuwendende Recht geht allerdings eine andere Frage voraus, die zu den Kalifornien betreffenden Entscheidungen führt: Liegt nämlich eine ausländische Entscheidung zur Abstammung bereits vor, ist diese nach § 108 FamFG anzuerkennen, sofern ihr nicht Anerkennungs hindernisse nach § 109 FamFG (hierzu unten 3.) entgegenstehen.

Rechtlich bedeutsam ist also, dass die positiven Entscheidungen sich auf solche Fälle bezogen, in denen die Leihmutterchaft in den USA in einem Bundesstaat – meist Kalifornien – stattfand, in dem ein Gericht über die Elternschaft entschieden hatte, nachdem die leibliche Mutter auf ihre Rechte am Kind verzichtet hatte.

Die Ukraine dagegen gehört zu den Staaten, in denen die Elternschaft im Fall der Leihmutterchaft anders geregelt ist: In der Geburtsurkunde werden von Anfang an die Bestelldertern als Eltern eingetragen und erscheinen damit als leibliche Eltern. Die Leihmutter taucht nach einer notariellen Erklärung dazu, dass sie das Kind für andere als Leihmutter bekommen hat, nicht mehr auf. Anders als im Fall Kalifornien, wo eine Urkunde auf der Basis einer Gerichtsentscheidung erstellt wird, wird hier also eine inhaltlich falsche Urkunde allein aufgrund von Angaben gegenüber dem Standesbeamten erstellt. Für die Anerkennung von Urkunden gelten aber nun einmal – wie der BGH feststellt – andere Regeln als für die Anerkennung von „Entscheidungen“ eines ausländischen Gerichtes. Im Ergebnis

kommen also Leihmutterchaften, die in Kalifornien oder anderswo nach einer Rechtsordnung durchgeführt werden, die die Feststellung der Elternschaft durch ein Gericht vorsieht, möglicherweise – denn auch hier wird noch auf vielen Ebenen über die Details gestritten – in den Genuss der Möglichkeit der Anerkennung der Wunscheltern als Mutter und Vater im Sinne unserer Rechtsordnung. Deutlich schwerer ist dies für die Leihmutterchaften, die in der Ukraine, Georgien oder einem anderen Staat durchgeführt werden, in dem die Eintragung der Wunscheltern ohne gerichtliches Verfahren erfolgt. Leider ist dies aber auch eine Frage des Geldes: Die Durchführung in den USA ist deutlich teurer als in der Ukraine oder Georgien: 2018 wurden für die Ukraine Kosten zwischen 30.000,- und 45.000,-, für Kalifornien zwischen 60.000,- und 150.000,- US-Dollar genannt (Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste 2018, 51, 63).

## 3. Aber ist Leihmutterchaft nicht in Deutschland verboten?

Erst im Frühjahr 2020, in der Phase des allgemeinen europäischen Lockdowns, gingen Bilder aus der Ukraine mit Reihen von Babybetten durch die Medien, in denen im Lockdown geborene Kinder lagen, die von ihren Bestellern im Ausland nicht abgeholt werden konnten (Deutschlandradio 2020). Unter den Bestellern dürften nicht wenige Deutsche gewesen sein. Wie ist das möglich? Leihmutterchaft ist in Deutschland nicht erlaubt. Eine Ärztin/ein Arzt würde sich strafbar machen, allerdings nicht die Eltern.

In Bezug auf die Frage der Anerkennung der Leihmutterchaft, die in Deutschland eigentlich nicht gewollt ist, hatte der BGH in seinen Entscheidungen sich natürlich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Verbot nicht die Anerkennung der ausländischen Entscheidung verhindert. Dies wäre gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG der Fall, wenn die Anerkennung „zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist“. In seinen Entscheidungen hat der BGH hier nach dem Grundsatz, dass die Anerkennung die Regel und deren Ablehnung auf Ausnahmefälle beschränkt sein sollte, zwar Fragen wie die genetische Verwandtschaft, die Freiwilligkeit auf Seiten der Leihmutter ebenso wie Fragen der Rechtswidrigkeit des Handelns und legaler Alternativen behandelt. Letztlich haben aber das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung durch zwei Elternteile und die rechtliche Zuordnung zu beiden (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG) und das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) den Ausschlag gegeben für eine Anerkennung.

Im Ergebnis steht also das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland neben der faktischen Durchführung im Ausland nach den dortigen Regeln mit der Folge, dass je nach Land unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden bei der Lösung der Frage, wie mit den aus den Leihmutterschaften entstandenen Kindern umzugehen ist. Denn Einigkeit lässt sich sicher am ehesten darüber herstellen: Für die Kinder müssen jeweils Lösungen gefunden werden, die ihrem Wohl – und dazu gehört es sicherlich, tatsächlich und rechtlich Eltern zu haben – entsprechen.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits einige Entscheidungen zum Thema getroffen und damit einen Rahmen insbesondere für solche Länder gesetzt, die – wie Deutschland – keine inländische Leihmutterschaft zulassen, aber – wie Deutschland – mit im Ausland zustande gekommenen Leihmutterschaften ihrer Staatsangehörigen konfrontiert sind.

Kurz gefasst hatte sich dabei herauskristallisiert, dass im Ausland durchgeführte Leihmutterschaften nicht akzeptiert werden müssen. Allerdings muss eine Lösung für die aus diesen Leihmutterschaften entstandenen Kinder möglich sein, um diese nicht unbegrenzt elternlos im zumindest rechtlich luftleeren Raum zu belassen.

Im NDV hat Valerie Schatz vor einigen Jahren den Diskussionsstand und den Stand der Rechtsprechung zum Thema dargestellt und die Problematik aus kinderrechtlicher Sicht beleuchtet (Schatz 2017). Die Liste der im Zusammenhang mit Leihmutterschaft und ihren Folgen berührten Artikel der UN-Kinderrechtskonvention war beachtlich – neben dem Recht auf Eltern seien hier insbesondere das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und das Recht, nicht gegen Geld gehandelt zu werden, aber auch das Recht auf Nichtdiskriminierung genannt.

Am Rande sei bemerkt, dass neben der Leihmutterschaft auch andere Varianten der Elternschaft offene Fragen aufwerfen: So hat das OLG in einem Fall von Samenspende im privaten Bereich aufgrund der Erklärung der beiden Mütter, dass der Vater anonym bleiben und nicht als Vater angesehen werden wolle, auf die Nennung des leiblichen Vaters, auf die Suche nach ihm und damit auf seine Einwilligung in die Adoption verzichtet (OLG Nürnberg, 9 UF 208/19, FamRZ 2020, 613 ff. m. Anm.).

Und nach Ansicht des Kammergerichtes hat der biologische Vater, der der Adoption zugestimmt hat, auch kein Umgangsrecht (Kammergericht, Beschluss vom 19. Dezember 2019, 13 UF 120/19, FamRZ 2020, 1271). Die Dokumentation und Rolle des leiblichen Vaters im Leben des Kindes sind in der Realität also – egal welche Verabredungen die Beteiligten auch immer anfangs getroffen haben – weitgehend abhängig von der Bereitschaft der Mutter und ihrer Ehefrau hierzu.

Aus verschiedenen Richtungen sind immer wieder Stimmen laut geworden, die eine Überprüfung der aktuellen Regelungen zur Leihmutterschaft fordern, so beispielsweise die Forderung der Leopoldina 2019.<sup>1</sup> Die Bundesregierung und mehrere ihrer Mitglieder haben immer wieder deutlich gemacht, dass sie an diesem Verbot festhalten wollen. Auch Anstalten, zumindest die Situation zu regeln, dass Leihmutterschaften durch deutsche Staatsangehörige im Ausland durchgeführt werden, um das Kind nach der Geburt nach Deutschland zu holen, sind nicht erkennbar, siehe z.B. die Aussagen in der BT-Drucksache 19/18511 vom 2. April 2020 mit dem Tenor, dass die Bundesregierung die wissenschaftliche Diskussion verfolge. Die Lösung des Problems bleibt also dem Einzelfall und der Entscheidung der Gerichte überlassen. Gerade die oben dargestellte Rechtsprechung gibt allerdings Anlass zu Zweifeln, ob dieser Weg den Rechten der Kinder – im Einzelfall wie im Allgemeinen – gerecht wird.

Eine Auflösung dieser Problematik steht also noch aus – sie wird allerdings nicht nur in Deutschland, sondern auch international diskutiert. Nach Ansicht der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, die das Thema ebenfalls seit mehreren Jahren auf der Agenda hat, sollte Adoption allerdings nicht die Lösung sein, lautete bereits die Empfehlung der Special Commission zum Haager Adoptionsübereinkommen im Jahr 2010 (Haager Konferenz 2010).<sup>2</sup> Eine Expertengruppe, die im Jahr 2015 eingerichtet wurde, arbeitet dort an Vorschlägen zu Abstammung und internationalen Leihmutterschaften (Haager Konferenz 2015). Und unter Federführung von International Social Service hat seit 2015 eine Expertengruppe Grundsätze zum Schutz der Kinderrechte im Zusammenhang mit Leihmutterschaft erarbeitet, die unter dem Namen „Verona-principles“ kürzlich der Öffentlichkeit zur weiteren Diskussion zugänglich gemacht worden sind (International Social Service 2021).

1 Zur Forderung der Leopoldina nach einem neuen Fortpflanzungsmedizinrecht siehe aber die kritische Reaktion der Initiative „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung“, in: ZKJ 2019, S. 357 ff.

2 „25. The Special Commission noted that the number of international surrogacy arrangements is increasing rapidly. It expressed concern over the uncertainty surrounding the status of many of the children who are born as a result of these arrangements. It viewed as inappropriate the use of the Convention in cases of international surrogacy. 26. The Special Commission recommended that the Hague Conference should carry out further study of the legal, especially private international law, issues surrounding international surrogacy.“ Vgl. [https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_en.pdf)

## Literatur

Deutschlandfunk (2020): Internetvideo löst Debatte über Leihmutter aus, [https://srv.deutschlandradio.de/dlf-audiothek-audio-teilen.3265.de.html?mdm:audio\\_id=832025](https://srv.deutschlandradio.de/dlf-audiothek-audio-teilen.3265.de.html?mdm:audio_id=832025) (14. April 2021); [https://www.tagesschau.de/ausland/leihmuetter-101.html?fbclid=IwAR3LEc\\_9CFJh3HiqyxcFPScaqV0Ir58NH4GAp0eeQ-do3KdFUSZetFQLjWsE](https://www.tagesschau.de/ausland/leihmuetter-101.html?fbclid=IwAR3LEc_9CFJh3HiqyxcFPScaqV0Ir58NH4GAp0eeQ-do3KdFUSZetFQLjWsE) (14. April 2021).

Deutscher Bundestag/Wissenschaftliche Dienste (2018): WD 9 – 3000 – 0039/18 vom 22. August 2018: Leihmutterchaft im europäischen Vergleich.

Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (2010), [https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_en.pdf) (14. April 2021).

Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (2015): <https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (14. April 2021).

International Social Service (2021): <https://www.iss-ssi.org/index.php/en/what-we-do-en/surrogacy>

Leopoldina (2019): Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften (Hrsg.): Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung Stellungnahme.

Schatz, Valerie (2017): Leihmutterchaft aus kinderrechtlicher Sicht, NDV, S. 272–276.



## Recht der Kinder- und Jugendhilfe SGB VIII mit anderen Gesetzen und Verordnungen

4. Auflage 2021; ca. 520 Seiten; kart., 12,90 €; für Mitglieder des Deutschen Vereins 9,90 €  
ISBN 978-3-7841-2787-3

Diese neu bearbeitete Ausgabe enthält den Text des Sozialgesetzbuches Aches Buch – Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) mit den Änderungen durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) und das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder.

Stand: Juli 2021

Bestellungen versandkostenfrei in unserem Online-Buchshop:  
[www.verlag.deutscher-verein.de](http://www.verlag.deutscher-verein.de)