



Marek Kneis

Die Anfechtbarkeit und die Feststellbarkeit der Mutterschaft de lege lata und de lege ferenda

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis

ISSN (print) 2199-9686

ISSN (online) 2199-9694

Herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.)

Prof. Dr. iur. Wolfgang Mitsch

Prof. Dr. iur. Thorsten Ingo Schmidt

Mitbegründet von

OKR i. R. Dr. iur. utr. Joachim Gaertner†

Band 6

Marek Kneis

**Die Anfechtbarkeit und die
Feststellbarkeit der Mutterschaft
de lege lata und de lege ferenda**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de/> abrufbar.

Universitätsverlag Potsdam 2019

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Dieses Werk ist unter einem Creative Commons Lizenzvertrag lizenziert:

Namensnennung 4.0 International

Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem

Hyperlink: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Dissertation, Universität Potsdam, 2018

Umschlagfoto: Karla Fritze, Universität Potsdam

Satz: Poli Quintana, www.interlinea.de

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISBN 978-3-86956-437-1

Zugleich online veröffentlicht

auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

<https://doi.org/10.25932/publishup-41384>

<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-413843>

Gliederungsübersicht

A.	Die Einleitung	23
B.	Die medizinischen Grundlagen	27
I.	Die Indikationslage	27
II.	Die medizinisch assistierte Reproduktion	28
C.	Die strafrechtlichen Folgen bei der Anwendung der therapeutischen Möglichkeiten und ihre Auswirkungen auf die Praxis	45
I.	Das Verbot der Eizellspende	45
II.	Das Verbot der Embryospende und der Spende von Eizellen im Pronukleusstadium	51
III.	Das Verbot der Spende von mitochondrialer DNA	58
IV.	Das Verbot der Ersatzmutterschaft	63
D.	Der Überblick über Regelungen zu Eizellspende und Ersatzmutterschaft im Ausland	77
I.	Die tatsächlichen Erkenntnisse	77
II.	Die Rechtslage in Belgien	77
III.	Die Rechtslage in Spanien	80
IV.	Die Rechtslage in Großbritannien	81
V.	Die Rechtslage in Griechenland	83
VI.	Die Zusammenfassung	85
E.	Die rechtliche Zuordnung der Mutterschaft	87
I.	Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform	87
II.	Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform	89
III.	Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Geburten vor dem 1. Juli 1998	91
IV.	Die verfahrensrechtliche Anerkennung von ausländischen Entscheidungen	92
V.	Die Bestimmung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung	100
VI.	Das Ergebnis	136

F.	Die Anfechtbarkeit der Geburtsmutterschaft und die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter.....	139
I.	Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform	140
II.	Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform.....	141
III.	Die Anfechtung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung.....	142
IV.	Das Zwischenergebnis.....	145
V.	Die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter	146
VI.	Das Ergebnis	155
G.	Die Feststellung der genetischen Mutterschaft.....	157
I.	Die Ansprüche auf Erteilung von Auskunft	157
II.	Der Anspruch aus § 1598a BGB	176
III.	Die statusfolgenre Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO.....	179
IV.	Das Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG	181
V.	Die Feststellungs- und Auskunftsansprüche in Fällen mit Auslandsbeteiligung	181
VI.	Das Ergebnis	183
H.	§ 1591 BGB im Spiegel der Verfassung	185
I.	Die Menschenwürde.....	185
II.	Die Rechte des Kindes und der Wunschmutter aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.....	203
III.	Art. 3 GG	240
IV.	Art. 8 EMRK.....	260
V.	Art. 7 GrCh EU	276
VI.	Das Ergebnis	277
I.	Das Bestehen einer gesetzgeberischen Verpflichtung zur Erweiterung von § 1598a BGB.....	279
I.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	279
II.	Art. 8 EMRK.....	338
J.	Die Zusammenfassung und das Ergebnis zur Rechtslage de lege lata.....	343
I.	Zur Leihmutterschaft	343
II.	Zur statusfolgenre Feststellung der genetischen Mutterschaft durch das Kind	346

K.	Die Rechtslage de lege ferenda.....	349
I.	Die Erweiterung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB um den einfachen Aufenthalt	349
II.	Die Neuregelung der Mutterschaftsanfechtung	350
III.	Die Erweiterung des in § 1598a BGB geregelten Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung	370
IV.	Nebenfragen.....	374
L.	Ergebnis und Ausblick.....	387

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	21
A. Die Einleitung.....	23
B. Die medizinischen Grundlagen.....	27
I. Die Indikationslage.....	27
II. Die medizinisch assistierte Reproduktion.....	28
1. Die In-Vitro-Fertilisation mit Embryotransfer.....	29
2. Die Intrazytoplasmische Spermieninjektion.....	29
3. Der Intratubare Gameten- und Zygotentransfer.....	30
4. Die Risiken der technisch assistierten Reproduktion.....	30
a. Das Verletzungsrisiko.....	30
b. Das ovarielle Überstimulationssyndrom.....	31
c. Die mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen Risiken.....	32
5. Die Spende von Eizellen und Embryonen.....	33
a. Die Eizellspende.....	34
b. Die Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium.....	34
c. Die Spende von Embryonen.....	36
d. Die Spende mitochondrialer DNA.....	38
6. Die Ersatz- und Leihmutterchaft.....	40
7. Die geteilte Mutterchaft und die Co-Mutterchaft.....	42
8. Das Auseinanderfallen der genetischen und der biologischen Mutterchaft.....	43
C. Die strafrechtlichen Folgen bei der Anwendung der therapeutischen Möglichkeiten und ihre Auswirkungen auf die Praxis.....	45
I. Das Verbot der Eizellspende.....	45
1. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG.....	45
2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.....	46
3. § 1 Abs. 2 ESchG.....	48
4. Täterschaft, Teilnahme und persönliche Strafausschließungsgründe.....	49
5. Das umfassende Verbot der Eizellspende.....	50

II. Das Verbot der Embryospende und der Spende von Eizellen im Pronukleusstadium	51
1. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	51
2. § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG	52
3. § 1 Abs. 2 ESchG	54
4. § 2 ESchG	54
5. Täterschaft, Teilnahme und persönliche Strafausschließungsgründe	55
6. Die erlaubten Fälle der Embryospende	56
7. Das Verbot der Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium	57
III. Das Verbot der Spende von mitochondrialer DNA	58
1. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG	58
2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG	58
3. § 1 Abs. 2 Nr. 1 ESchG	60
4. § 5 ESchG	60
5. § 6 ESchG	61
6. Das Ergebnis	63
IV. Das Verbot der Ersatzmutterschaft	63
1. Die Ersatzmutterschaft erfassende Vorschriften im ESchG	64
a. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und § 1 Abs. 2 ESchG	64
b. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG	65
c. Die nach dem ESchG erlaubte Fälle der Ersatzmutterschaft	67
2. Die Ersatzmutterschaft erfassende Vorschriften im AdVermiG	67
a. Die Definition der Ersatzmutterschaft	67
i. Die Wirksamkeit der Vereinbarung	68
(1) Die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB	68
(2) Die Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB	70
(3) Das Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Einigung	71
ii. Der Inhalt der Vereinbarung	73
b. Die Ersatzmuttervermittlung und deren Verbote	74
c. Die erlaubten Fälle der Ersatzmutterschaft	75
D. Der Überblick über Regelungen zu Eizellspende und Ersatzmutterschaft im Ausland	77
I. Die tatsächlichen Erkenntnisse	77
II. Die Rechtslage in Belgien	77

1. Die Eizell- und Embryospende.....	78
2. Die Leihmutterschaft.....	79
III. Die Rechtslage in Spanien.....	80
IV. Die Rechtslage in Großbritannien.....	81
V. Die Rechtslage in Griechenland.....	83
1. Die Eizell- und Embryospende.....	83
2. Die Leihmutterschaft.....	84
VI. Die Zusammenfassung.....	85
E. Die rechtliche Zuordnung der Mutterschaft.....	87
I. Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform.....	87
II. Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform.....	89
III. Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Geburten vor dem 1. Juli 1998.....	91
IV. Die verfahrensrechtliche Anerkennung von ausländischen Entscheidungen.....	92
1. Das Vorliegen einer ausländischen Entscheidung.....	93
2. Die Anerkennungshindernisse.....	94
a. § 109 Abs. 1 Nr. 1–3 FamFG.....	94
b. § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.....	95
V. Die Bestimmung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung.....	100
1. Der gewöhnliche Aufenthalt.....	101
a. Die allgemeinen Voraussetzungen.....	101
b. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes.....	102
c. Der Zeitpunkt der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts.....	102
d. Die Voraussetzungen im Einzelnen.....	103
i. Die physische Anwesenheit im Aufenthaltsstaat..	103
ii. Die Umstände.....	105
iii. Die Aufenthaltsdauer.....	106
iv. Die Zusammenfassung.....	109
2. Das Heimatrecht des Elternteils.....	110
3. Die allgemeinen Ehwirkungen.....	111
4. Das Bestehen der Ehe oder Lebenspartnerschaft als Erst- und Vorfrage.....	113
a. Die Erstfrage in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB.....	113
b. Die Vorfrage in Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB...	114
5. Die Qualifikation des Begriffs der Abstammung in Art. 19 Abs. 1 EGBGB.....	117
6. Das Verhältnis der Anknüpfungspunkte zueinander.....	120

a.	Gleichrangigkeit oder Vorrang des gewöhnlichen Aufenthalts.....	120
b.	Die allgemeine Auslegung des Günstigkeitsprinzips..	122
i.	Das Prioritätsprinzip.....	123
ii.	Die Wahrscheinlichkeitstheorie.....	124
c.	Die Auslegung des Günstigkeitsprinzips im Hinblick auf die Zuordnung der Mutterschaft.....	125
i.	Die Anwendung des Prioritätsprinzips als spezieller Ausprägung des Günstigkeitsprinzips..	125
ii.	Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips	126
(1)	Die übereinstimmende materielle Rechtslage nach allen Anknüpfungen	126
(2)	Das Problem der Mutterlosigkeit	127
(3)	Die abweichende materielle Rechtslage nach den einzelnen Anknüpfungen.....	130
7.	Die Vereinbarkeit der nach ausländischem Recht erfolgten Zuordnung der Mutterschaft mit dem ordre public.....	131
a.	Die Fälle der Leihmutterschaft.....	131
b.	Die Fälle der Co-Mutterschaft.....	133
8.	Der Vorrang des Brüsseler CIEC-Übereinkommens über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder.....	134
VI.	Das Ergebnis.....	136
F.	Die Anfechtbarkeit der Geburtmutterschaft und die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter	139
I.	Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform.....	140
II.	Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform.....	141
III.	Die Anfechtung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung.....	142
IV.	Das Zwischenergebnis.....	145
V.	Die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter.....	146
1.	Die Einwilligung in die Adoption.....	146
2.	Die Berücksichtigung des Kindeswohls.....	147
a.	§ 1741 Abs. 1 S. 1 BGB.....	147
b.	§ 1741 Abs. 1 S. 2 BGB.....	148
i.	Die Vermittlung des Kindes	149
ii.	Die Verbringung des Kindes	151

iii. Die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit der Vermittlung oder Verbringung	151
iv. Die Erforderlichkeit der Annahme	153
3. Die Anerkennung von im Ausland durchgeführten Adoptionen	154
VI. Das Ergebnis	155
G. Die Feststellung der genetischen Mutterschaft	157
I. Die Ansprüche auf Erteilung von Auskunft	157
1. Die Auskunftsansprüche gegen die rechtliche Mutter	157
a. Die Rechtsgrundlage	157
b. Die Abwägung der Interessen	159
c. Die Rechtsfolge	161
d. Die Vollstreckbarkeit	162
2. Die Auskunftsansprüche gegen den Vater und andere Familienmitglieder	163
3. Die Auskunftsansprüche gegen den Arzt der Geburtsmutter	163
a. Die Rechtsgrundlage	163
b. Die Voraussetzungen	164
i. Die Rechtsbeziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem	164
ii. Das konkrete Informationsbedürfnis des Kindes..	167
c. Die Abwägung der Interessen	168
d. Die Übertragbarkeit des gefundenen Ergebnisses auf Fälle der Eizell- und Embryospende	172
4. Der Anspruch aus § 630g BGB	173
5. Der Anspruch aus § 810 BGB	174
6. Die Dokumentationspflichten des behandelnden Arztes.	175
II. Der Anspruch aus § 1598a BGB	176
1. Die Grundlagen	176
2. Die Klärung der genetischen Mutterschaft	177
III. Die statusfolgenlose Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO ...	179
IV. Das Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG	181
V. Die Feststellungs- und Auskunftsansprüche in Fällen mit Auslandsbeteiligung	181
1. § 1598a BGB	181
2. Die Auskunftsansprüche	182
VI. Das Ergebnis	183

H. § 1591 BGB im Spiegel der Verfassung.....	185
I. Die Menschenwürde.....	185
1. Die Menschenwürde bei Leihmutterschaften.....	189
a. Die Menschenwürde des Kindes.....	189
i. Die Entgeltabrede.....	190
ii. Der Grundrechtsschutz durch Existenz- verhinderung.....	190
iii. Der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde.....	191
iv. Die Abwägung der mutmaßlichen Interessen des nondum conceptus.....	194
v. Die Zusammenfassung.....	195
b. Die Menschenwürde der Leihmutter.....	197
2. Exkurs: Die Menschenwürde bei Eizell- und Embryospenden.....	201
3. Das Ergebnis.....	202
II. Die Rechte des Kindes und der Wunschk Mutter aus	
Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.....	203
1. Art. 6 Abs. 1 GG.....	203
2. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.....	204
a. Das Gebot der Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft.....	204
b. Das Interesse der leiblichen Eltern, die rechtliche Stellung als Eltern einzunehmen.....	205
c. Das Interesse des Kindes, den leiblichen Eltern zugeordnet zu werden.....	207
d. Die Beeinträchtigung der sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden Rechte der leiblichen Mütter und Kinder durch § 1591 BGB.....	210
i. Die Fälle der Eizell- und Embryospende.....	211
ii. Die Fälle der Leihmutterschaft.....	211
e. Die Rechtfertigung.....	213
i. Der Rechtfertigungsmaßstab bei Grundrechts- beeinträchtigungen durch ausgestaltende gesetzliche Regelungen.....	213
ii. Die Verfolgung eines legitimen Zwecks.....	215
(1) Die Verhinderung der Feststellung der Eizellspenderin als Mutter.....	217
(2) Die Verhinderung von Leihmutterschaften ...	217
iii. Die Geeignetheit.....	220

(1) Der Schutz des Kindeswohls.....	220
(2) Der Schutz der Leihmutter.....	221
(3) Das Zwischenergebnis.....	222
iv. Die Erforderlichkeit.....	222
(1) Der Schutz des Kindeswohls und der sozialen Familie.....	223
(2) Der Schutz der Leihmutter vor im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft stehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen....	225
(a) Der Schutz von Leihmüttern im Inland...	225
(b) Der Schutz von ausländischen Leihmüttern im Ausland.....	227
(i) Die Reichweite der Grundrechte	227
(ii) Die Reichweite der sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten.....	229
(iii) Die Auswirkungen auf das mehrpolige Verfassungsrechtsverhältnis.....	230
(iv) Das Zwischenergebnis.....	231
(v) Das mildere Mittel.....	232
f. Das Ergebnis.....	238
III. Art. 3 GG.....	240
1. Die Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG	242
2. Die Rechtfertigung	244
3. Die Verletzung von Art. 3 GG durch § 1591 BGB.....	246
a. Die Ungleichbehandlung von Vaterschaft und Mutterschaft	246
b. Die Ungleichbehandlung von Kindern aus Eizell- und Samenspenden.....	247
c. Die Ungleichbehandlung von Eizell- bzw. Embryospenden und Leihmutterchaften	253
d. Die Ungleichbehandlung von leiblichen Vätern und Müttern in ihrem Interesse, die rechtliche Stellung als Eltern einnehmen zu können.....	255
e. Die Ungleichbehandlung von Kindern im Hinblick auf die Möglichkeit, im Fall der Leihmutterchaft die rechtliche Vater- und Mutterschaft anzufechten..	257
f. Die Ungleichbehandlung von Kindern, welche von verheirateten und unverheirateten Leihmüttern geboren werden.....	258

4. Das Ergebnis	259
IV. Art. 8 EMRK	260
1. Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK	261
a. Das Recht auf Achtung des Familienlebens	261
b. Das Recht auf Achtung des Privatlebens	264
2. Der Eingriff in den Schutzbereich	265
a. Das Familienleben	265
b. Das Privatleben	267
3. Die Rechtfertigung des Eingriffs	267
a. Gesetzlich vorgesehen	268
b. Verfolgung eines legitimen Ziels	268
c. In einer demokratischen Gesellschaft notwendig	268
i. Das Recht auf Achtung des Familienlebens	270
ii. Das Recht auf Achtung des Privatlebens	271
4. Das Ergebnis	273
V. Art. 7 GrCh EU	276
VI. Das Ergebnis	277
I. Das Bestehen einer gesetzgeberischen Verpflichtung zur Erweiterung von § 1598a BGB	279
I. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	279
1. Die Entwicklung und die dogmatischen Grundlagen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	281
2. Fallgruppen	284
3. Die Entwicklung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	286
4. Die Entwicklung von 1945 bis 1961	288
5. Die Entwicklung von 1961 bis 1979	291
6. Die Entwicklung nach 1980	295
a. Ablehnende Stimmen in der Literatur	297
b. Befürwortende Stimmen in der Literatur	298
7. Die Analyse der Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	300
a. Der Nichtannahmebeschluss des Bundes- verfassungsgerichts vom 18.1.1988	301
b. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989	302
i. Die Kritik an den beiden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts	303

ii.	Die Schlussfolgerungen für die Problematik der heterologen Insemination.....	307
c.	Weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.....	308
i.	Der Beschluss vom 26.4.1994.....	308
ii.	Der Beschluss vom 6.5.1997.....	310
iii.	Das Urteil vom 13.2.2007.....	312
iv.	Der Nichtannahmebeschluss vom 13.10.2008.....	314
v.	Der Beschluss vom 13.11.2008.....	315
vi.	Der Beschluss vom 18.8.2010.....	315
vii.	Der Beschluss vom 16.1.2013.....	316
viii.	Das Urteil vom 19.4.2016.....	317
(1)	Die Entscheidungsgründe.....	317
(2)	Die Kritik.....	321
8.	Die Auslegung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Lichte der analysierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	323
a.	Die Reichweite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung.....	324
i.	Die Kenntnis von der (nicht genetischen) Geburtsmutter.....	324
ii.	Die Kenntnis von der Spenderin mitochondrialer DNA.....	326
b.	Die Beschränkung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung.....	327
i.	Der Prüfungsmaßstab bei ausgestaltenden gesetzlichen Regelungen.....	328
ii.	Der Prüfungsmaßstab bei gesetzgeberischem Unterlassen.....	328
iii.	Die Erweiterung des in § 1598a BGB enthaltenen Klärungsanspruchs auf die vermuteten leiblichen Eltern in den Fällen der ärztlich unterstützten artifiziiellen Reproduktion..	330
(1)	Die medizinisch assistierte heterologe Insemination.....	330
(2)	Die Eizellspende.....	333
(3)	Die Embryospende.....	335
9.	Das Ergebnis.....	336

II. Art. 8 EMRK	338
1. Die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts	338
2. Die Abwägung unter Berücksichtigung der Vorgaben des EGMR	339
3. Das Ergebnis	342
J. Die Zusammenfassung und das Ergebnis zur Rechtslage de lege lata	343
I. Zur Leihmutterschaft	343
1. Die rechtliche Zuordnung des Kindes	343
2. Die Anfechtbarkeit der Mutterschaft	344
II. Zur statusfolgenlosen Feststellung der genetischen Mutterschaft durch das Kind	346
K. Die Rechtslage de lege ferenda	349
I. Die Erweiterung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB um den einfachen Aufenthalt	349
II. Die Neuregelung der Mutterschaftsanfechtung	350
1. Die grundsätzlichen Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung der Mutterschaftsanfechtung	350
a. Die gesetzestechnische Ausgestaltung der Vermutungsregelung	351
b. Zur Aufnahme einer Anerkennungsregelung in Fällen der Leihmutterschaft	351
c. Die zu beachtenden Rechte und Interessen des Kindes	353
d. Der Kreis der Anfechtungsberechtigten	353
i. Die Anfechtungsberechtigten bei der Eizell- und Embryospende	353
ii. Die Anfechtungsberechtigten bei der Leihmutterschaft	354
(1) Die Anfechtungsberechtigung von genetischer Wunschmutter und Kind	354
(2) Die Anfechtungsberechtigung der Geburtsmutter	355
(3) Die Anfechtungsberechtigung des rechtlichen Vaters	356
e. Die Anfechtungsfrist	358
f. Die Rechtsfolgen der Anfechtung	358

g.	Zur Möglichkeit der Anerkennung der rechtlichen Mutterschaft durch die Wunschmutter nach erfolgreicher Anfechtung der Geburtsmutterschaft der Leihmutter.....	359
h.	Zur gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft.....	361
i.	Die Antragsberechtigten.....	361
ii.	Die Feststellung der genetischen Mutter als rechtlicher Mutter.....	361
2.	Der Regelungsvorschlag.....	363
a.	§ 1591a Nichtbestehen der Mutterschaft.....	363
b.	§ 1591b Anfechtungsberechtigte.....	364
c.	§ 1591c Persönliche Anfechtung; Anfechtung bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit...	366
d.	§ 1591d Anfechtungsfristen.....	367
e.	§ 1591e Mutterschaftsvermutung im Anfechtungsverfahren.....	368
f.	§ 1591f Gerichtliche Feststellung der Mutterschaft...	368
g.	§§ 169–185 FamFG.....	370
III.	Die Erweiterung des in § 1598a BGB geregelten Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung.....	370
IV.	Nebenfragen.....	374
1.	Die Legalisierung der Eizellspende.....	374
a.	Die Position des Gesetzgebers.....	374
b.	Das Recht auf Fortpflanzung.....	375
c.	Die Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellspenden.....	376
d.	Die betroffenen Rechtsgüter und Interessen.....	377
i.	Die gesundheitlichen Risiken für die Eizellspenderin.....	377
ii.	Die Rechte des ungezeugten Kindes.....	378
iii.	Das kulturelle Selbstverständnis im Wandel.....	379
2.	Die Spende mitochondrialer DNA.....	380
3.	Die Ausgestaltung von Regelungen zur Embryospende...	380
4.	Die Legalisierung der Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium.....	382
5.	Die Legalisierung der Leihmutterschaft.....	383
L.	Ergebnis und Ausblick.....	387

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2018 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Sie spiegelt den wesentlichen Stand von Rechtsprechung und Literatur bis Dezember 2018 wider.

Im besonderen Maße danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.), nicht nur für die wertvollen Hinweise und Ratschläge zum Thema der Arbeit, sondern auch für die Zeit, in der ich als akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Potsdam tätig sein durfte. Der stets gewinnbringende akademische Gedankenaustausch war die Grundlage eines umfangreichen Erfahrungsschatzes, den ich in dieser Zeit anhäufen konnte.

Ein erheblicher Dank für erkenntnisreiche Diskussionen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gebührt daneben Frau Prof. Dr. Marianne Andrae.

Am Lehrstuhl habe ich von mehreren Seiten wertvolle Unterstützung erfahren. Frau Ass. iur. Winnie Stoltenberg und Herrn Dr. iur. Johannes Belling verdanke ich nützliche Ratschläge und konstruktive Kritik. Beide haben mit einem hohen Maß an Sorgfalt und trotz erheblicher eigener Belastungen in Beruf und Familie die Arbeit kritisch durchgesehen. Gleiches gilt für meinen Schwiegervater, Herrn apl. Prof. Dr. Gert Kneis. Als Mathematiker hat er die Arbeit aus einem anderen Blickwinkel betrachtet und dadurch zusätzliche gewinnbringende Anregungen gegeben.

Bei den Herausgebern möchte ich mich sehr für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam bedanken.

Ganz besonderer Dank gilt schließlich meiner Familie. Nicht unerhebliche Teile meiner Freizeit sind auf ihre Kosten in die Anfertigung der Dissertation geflossen. Ihre grenzenlose Geduld und ihr Rückhalt haben erheblich zum Gelingen der Dissertation beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Potsdam, Dezember 2018
Marek Kneis

A. Die Einleitung

Lange Zeit galt die Mutterschaft als sicher: Die Frau, welche das Kind geboren hatte, war zwangsläufig die genetische Mutter. Daran änderten auch frühe Formen der Ersatzmutterschaft, wie sie bereits in der Bibel¹ beschrieben wurden, nichts. Der Jahrtausende alte Grundsatz „mater semper certa est“² ist, gemessen an der gesamten Menschheitsgeschichte, erst seit kurzem im Zuge des medizinischen Fortschritts ins Wanken geraten. Vor mehr als 40 Jahren, am 25. Juli 1978, wurde das erste durch In-vitro-Fertilisation gezeugte „Retortenbaby“ geboren³. Die inzwischen erheblich weiterentwickelten Methoden assistierter Reproduktion verhalten nicht nur zahlreichen ungewollt kinderlosen Paaren⁴ zu einem eigenen Kind⁵, sie ermöglichen auch die Verwendung gespendeter Eizellen und Embryonen einschließlich ihrer Übertragung auf Frauen, von denen sie nicht abstammen. In Deutschland stehen die auf dieser Grundlage denkbaren, zu einer gespaltenen Mutterschaft führenden Einsatzfelder der Eizell- und Embryospende⁶ ebenso unter Strafe, wie die Vermittlung einer Ersatzmutter⁷ und die medizintechnisch assistierte Herbeiführung

¹ Sarah schickte Abraham zu ihrer Sklavin Hagar, als sie selbst nicht gebar (1. Mose 16) und Rahel gab Jakob ihre Magd Bilha zur Frau, damit sie durch sie zu Kindern komme (1. Mose 30).

² Vgl. Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 70; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591, Rn. 3; Bernat, MedR 1986, 245, Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; Mutschler, FamRZ 1994, 65, 66; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466; zurückgehend auf Iulius Paulus, Digesta Iustiniani: Liber 2 (Mommsen & Krueger) 2.4.5: „Quia (mater) semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant“ (<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-02.htm>; vgl. auch http://wiki-de.genealogy.net/Mater_semper_certa_est#_note-0, eingesehen am: 25.1.2018).

³ Eine Leistung, die durch den anglikanischen Erzbischof von Canterbury als „Werk des Teufels“ bezeichnet wurde, für die der britische Physiologe Robert G. Edwards aber im Jahr 2010 mit dem Nobelpreis für Medizin ausgezeichnet wurde (vgl. <http://www.sueddeutsche.de/wissen/medizin-nobelpreis-robert-edwards-vater-von-vier-millionen-kindern-1.1008118>, eingesehen am 25.1.2018).

⁴ In Deutschland sind mehr als 7,5% der Paare, in Zahlen: 850.000, ungewollt kinderlos (Kaiser in: Günther/Taupitz/Kaiser, Einf. A IV., Rn. 167). Nach den Zahlen des Deutschen IVF-Registers hat sogar jedes 6. bis 7. Paar Schwierigkeiten, ohne ärztliche Unterstützung schwanger zu werden (Gnoth et al., Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1 2016, 4, 10).

⁵ Im Jahr 2014 wurden in Deutschland über 2,5% aller Kinder nach einer Befruchtung außerhalb des Körpers geboren (Gnoth et al., Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1 2016, 4, 10).

⁶ Zu den auf die Embryospende bezogenen Ausnahmen vgl. unten C.II.6., S. 56.

⁷ Nach § 13a AdVermiG erfasst der Begriff alle Fälle, in denen sich eine Frau bereit erklärt, ein durch natürliche oder künstliche Befruchtung entstandenes Kind oder einen auf sie übertragenen Embryo nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen.

einer Leihmutterschaft⁸ (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und 7, Abs. 2 ESchG, §§ 13c, 13d, 14b AdVerMiG)⁹. Die bestehenden Verbote führen dazu, dass die ärztlichen Leistungen, welche für eine Eizellspende oder Leihmutterschaft erforderlich sind, in Deutschland legal nicht erlangt werden können. Dessen ungeachtet besteht für Paare mit Kinderwunsch die Möglichkeit, ins Ausland zu gehen. Eizellspenden sind in vielen europäischen Staaten erlaubt¹⁰ und auch die Leihmutterschaft ist teilweise zugelassen¹¹. Der mit Sterilität und Infertilität verbundene Leidensdruck der Betroffenen¹² lässt nicht Wenige auf die Angebote in anderen Staaten zurückgreifen: Etwa 4.000 Paare reisen jährlich zu einer Fruchtbarkeitsuntersuchung mit dem überwiegenden Ziel der Inanspruchnahme einer Eizellspende ins Ausland¹³. Auch Leihmütter werden im Ausland vermehrt in Anspruch genommen¹⁴. Inzwischen bewerben ausländische Kliniken sogar offen ihre Dienste für in Deutschland verbotene Verfahren, wie auf den mittlerweile jährlich stattfindenden „Kinderwunsch Tagen“ in Berlin und Köln¹⁵.

Das deutsche Abstammungsrecht muss deshalb, soweit es auf die Mutterschaft bezogen ist, nicht nur die im Inland zulässigen Konstel-

⁸ Zur Unterscheidung von Leih- und Ersatzmutterschaft s. unten B.II.6., S. 40 ff.

⁹ Zu den Verboten eingehend unten C., S. 45 ff.

¹⁰ Vgl. EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u. a.), NJW 2012, 207, Rn. 95; zur zwischenzeitlich erfolgten Legalisierung der Eizellspende in Österreich s. § 3 Abs. 3 Fortpflanzungsmedizinengesetz (vgl. das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015, abgedruckt in: StAZ 2015, 316, 317).

¹¹ So in Großbritannien, Griechenland, den Niederlanden und Rumänien, außerhalb der Europäischen Union etwa auch in: Russland, der Ukraine und fast allen Bundesstaaten der USA (vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 32–38 m.w.N.; Lagarde, ZEuP 2015, 233, 234; zur Rechtslage in Griechenland und Großbritannien s. auch unten D.IV. und V., S. 81 ff.).

¹² Giesen, JZ 1985, 652, 653; Weyerstahl/Stauber, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. D 3.1, S. 409.

¹³ Schewe, FamRZ 2014, 90, 92; vgl. auch bereits Leinmüller, DÄBl. 2007, 2558 und Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 370.

¹⁴ Vgl. allein die zu diesem Bereich ergangene Rechtsprechung: BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; OLG Celle, NZFam 2017, 658; OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382; KG, StAZ 2013, 348; OLG Stuttgart, StAZ 2012, 209; OLG Hamm, FamRZ 1986, 159; AG Neuss, FamRZ 2014, 1127; LG Frankfurt, StAZ 2013, 222; AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994; LG Düsseldorf, IPRspr 2012, 208; AG Hamm, FamFR 2011, 551; AG Gütersloh, FamRZ 1986, 718; AG Düsseldorf, Urt. vom 19.11.2010 – Az. 69 XVI 21/09; VG Berlin, StAZ 2012, 382; VG Köln, NJW 2013, 2617; vgl. weiter: EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3212; Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labasse), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz); Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941.

¹⁵ <https://www.kinderwunsch-tage.de/>, eingesehen am 25.1.2018; vgl. auch <https://www.welt.de/politik/deutschland/article161139605/Das-lukrative-Geschaefft-mit-dem-unerfuellten-Kinderwunsch.html>, eingesehen am 25.1.2018.

lationen abbilden, sondern auch in Rechnung stellen, dass Kinder unter Anwendung von in Deutschland verbotenen Methoden im Ausland gezeugt werden. Das birgt nicht nur kollisionsrechtliche Probleme¹⁶. Vor allem ist zu klären, ob das geltende materielle Recht, welches auch in Fällen mit Auslandsberührung zur Anwendung gelangen kann, die Grundrechte aller Beteiligten im ausreichenden Maß berücksichtigt. Aus Sicht der betroffenen Kinder stehen – je nach Sachverhalt – insoweit ganz unterschiedliche Interessen im Vordergrund, die unmittelbar mit der gegenwärtigen Regelung der Mutterschaft in § 1591 BGB verknüpft sind. Danach wird das Kind unanfechtbar und unabhängig von seiner genetischen Abstammung der Geburtsmutter zugeordnet.

Im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft¹⁷ geht es um die Frage, inwieweit die endgültige, unanfechtbare Zuordnung des Kindes zur Leihmutter mit seinen Grundrechten und denjenigen der genetischen Wunschmutter vereinbar ist. Untersucht werden muss vor allem, ob beiden – ebenso wie im Verhältnis zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater¹⁸ – ein durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse zusteht, einander zugeordnet zu werden und gegebenenfalls, ob der mit dem Anfechtungsausschluss verbundene Eingriff in dieses Interesse durch Grundrechte Dritter gerechtfertigt ist¹⁹.

Für Konstellationen der Eizell- und Embryospende stellt sich das Problem der Anfechtbarkeit nur unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten²⁰. Stattdessen steht der Bereich der eigenen Identitätsfindung durch das Kind stärker im Vordergrund; denn das Kind wächst bei der Wunschmutter und damit bei einer Frau auf, von der es nicht genetisch abstammt. Angesprochen ist damit das dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zugeordnete Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Erforderlich ist insoweit eine Analyse, ob die dem Kind de lege lata an die Hand gegebenen Mittel zur Durchsetzung dieses Rechts ausreichen²¹, oder ob die Schutzpflichten, welche ihm entspringen, eine Pflicht des Gesetzgebers begründen, tätig zu werden und zusätzliche Ansprüche zur Verfügung zu stellen²².

¹⁶ Dazu unten E.IV. und V., S. 92 ff. sowie F.III., S. 142 ff.

¹⁷ Näher zum Begriff: unten B.II.6., S. 40 ff.

¹⁸ Dazu BVerfGE 108, 82; zu dem korrespondierenden Recht des Kindes vgl. S. 108 des Urteils.

¹⁹ Eingehend unten H.II., S. 203 ff.

²⁰ Zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG: unten H.II.2.d.i., S. 211; zu Art. 3 GG: H.III.3.b., S. 247 ff.

²¹ Vgl. unten G., S. 157 ff.

²² Dazu unten I.I., S. 279 ff.

Nur mittelbar sind auch die lauter werdenden Forderungen nach einer Legalisierung von Eizellspende und Leihmutterschaft relevant, im Vordergrund stehen sie nicht²³. Zur Beantwortung der aufgeworfenen Probleme soll die geltende Rechtslage einschließlich des Strafrechts und des Kollisionsrechts eingehend erörtert werden. Vorangestellt wird ein Überblick über die medizinischen Grundlagen. Er dient nicht nur dem besseren Verständnis der rechtlichen Fragestellungen und der Klärung von Begrifflichkeiten, sondern vor allem der Darstellung von Risiken, welche mit der Anwendung assistierter Reproduktionsmethoden für die Betroffenen verbunden sind. Zusammen mit der geltenden Rechtslage bilden die medizinischen Grundlagen den Ausgangspunkt für die sich anschließende verfassungsrechtliche Analyse, deren Ergebnisse in einen Vorschlag für die Gesetzgebung münden.

²³ Dazu unten K.IV., S. 374 ff.

B. Die medizinischen Grundlagen

I. Die Indikationslage

Verschiedene Erkrankungen können dazu führen, dass es nicht zu einer Konzeption kommt²⁴ oder die Schwangerschaft nach erfolgreicher Konzeption nicht ausgetragen werden kann mit der Folge wiederholter Fehlgeburten²⁵. Betroffen sind in Deutschland mehr als 7,5% der Paare, in Zahlen: 850.000²⁶. Die in den letzten Jahren steigende Tendenz ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass sich das Alter der Erstgebärenden aufgrund längerer Ausbildungszeiten und Berufstätigkeit nach hinten verschoben hat und deshalb verstärkt Konzeptionshindernisse auftreten²⁷.

Ist die zugrundeliegende Erkrankung nicht mit Erfolg behandelbar, werden in der ausländischen Literatur Eizellspenden und Leihmutterchaften in Betracht gezogen. So werden etwa hypergonadotrope Ovarialinsuffizienzen unterschiedlicher Genese und der daraus resultierende vorzeitige Verlust von Ovarialfunktionen²⁸ ebenso als Indikation für eine Eizellspende gesehen wie genetische Erkrankungen, die nicht an den Nachwuchs weitergegeben werden sollen²⁹. Bei Endometriosen³⁰, Zervixinsuffizienzen³¹ und uterinen Störungen, wie dem Asherman-Syndrom³², kann im Fall ausbleibender Behandlungserfolge an die Leihmutterchaft gedacht werden³³.

Die Beweggründe, welche aus Sicht der Betroffenen für die Inanspruchnahme einer Leihmutter oder den Einsatz einer Eizellspende sprechen, sind demnach häufig medizinischer Natur, sie haben einen echten Krankheitswert³⁴. Mitunter werden Eizellspenden oder die Dienste einer Leihmutter im Ausland aber auch in Anspruch genommen, wenn die

²⁴ Sog. Sterilität Weyerstahl/Stauber, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. D 3.1, S. 409; Diedrich et al., Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6.1, S. 98; so auch die Definition der WHO (Strauß et al., Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2004, 7).

²⁵ Sog. Infertilität, Weyerstahl/Stauber, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. D 3.1, S. 409.

²⁶ Kaiser in: Günther/Taupitz/Kaiser, Einf. A IV, Rn. 167.

²⁷ Weyerstahl/Stauber, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. D 3.1, S. 409.

²⁸ Vgl. Diedrich et al., Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6.4.3, S. 103.

²⁹ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.3.4, S. 308.

³⁰ Diedrich et al., Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6.7, S. 114.

³¹ Vgl. auch zur Therapie: Fox/Chervenak, Obstetrical & Gynecological Survey 2008, 58.

³² Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6.3, S. 87.

³³ Zu weiteren Indikationen vgl. Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.3.4., S. 309.

³⁴ Giesen, JZ 1985, 652, 653.

Frauen zu alt sind, um das Kind zu empfangen³⁵ oder sie die Schwangerschaft selbst nicht übernehmen wollen³⁶.

II. Die medizinisch assistierte Reproduktion

Eizellspenden, Embryospenden und Leihmutterchaften erfordern den Einsatz derselben reproduktionsmedizinischen Verfahren, wie sie auch sonst zur Behandlung von Infertilität und Sterilität³⁷ eingesetzt werden. Im Hinblick auf die verfügbaren Methoden wird zwischen der assistierten Konzeption (artifizielle Insemination) und der assistierten Reproduktionstechnologie unterschieden³⁸. Nur letztere ermöglicht auch die Übertragung fremder Eizellen und Embryonen; die artifizielle Insemination ist für mit der Mutterchaft im Zusammenhang stehende Fragen nicht von Bedeutung.

Unter den Begriff der assistierten Reproduktionstechnologien fallen alle medizinischen Verfahren, bei denen die Eizellen der Frau aus ihren Ovarien entnommen werden. In den meisten, aber nicht allen Fällen findet die Befruchtung der Eizellen extrakorporal im Labor (in vitro) statt. Zu den Methoden der technisch assistierten Reproduktion gehören unter anderem die In-Vitro-Fertilisation, die Intrazytoplasmische Spermieninjektion (als Unterfall der In-Vitro-Fertilisation), der intratubare Gametentransfer (GIFT – Gamete-Intrafallopian-Transfer) und der intratubare Zygotentransfer (ZIFT – Zygote-Intrafallopian-Transfer)³⁹.

³⁵ <https://www.welt.de/vermishtes/article139428177/Berliner-Lehrerin-erwartet-mit-65-Jahren-Vierlinge.html>, eingesehen am 25.1.2018.

³⁶ <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/leihmuetter-kinder-ueberraschung-1575038.html> und <https://www.msn.com/de-de/unterhaltung/celebrity/kim-kardashian-so-sah-der-harte-vertrag-mit-der-leihmutter-aus/ar-AAv4rDw?li=AAaxdRI&ocid=spartandhp>, beide eingesehen am 25.1.2018.

³⁷ Allgemein zur Behandlungsbedürftigkeit: Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology (Warnock Report), Cmnd. 9314, 1984, Kap. 2.2 und 2.4, S. 8 f.; Giesen, JZ 1985, 652, 653.

³⁸ Vgl. Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.1.1, S. 300; zum Teil werden alle verfügbaren Methoden einfach unter dem Begriff der assistierten Reproduktion zusammengefasst – vgl. Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBI 2006, 1392, 1393.

³⁹ Vgl. Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.1.1, S. 300.

1. Die In-Vitro-Fertilisation mit Embryotransfer

Seit 1978 wird die In-Vitro-Fertilisation mit Embryotransfer erfolgreich eingesetzt⁴⁰. Bei dem zunehmend vereinfachten⁴¹, wesentlich verbesserten Verfahren⁴² werden heute nach medikamentöser Stimulation der Ovarien und Ovulationsauslösung⁴³ mehrere Eizellen durch transvaginale ultrashallgesteuerte Punktion gewonnen⁴⁴. Die Eizellen werden für drei bis sechs Stunden in vitro kultiviert, bevor sie mit dem Sperma des Manns im Kulturmedium zusammengebracht werden⁴⁵. 16–20 Stunden nach der Befruchtung werden die Eizellen mikroskopisch daraufhin untersucht, ob sich zwei Vorkerne aus den weiblichen und männlichen Genomen gebildet haben. In frischem Medium werden dann maximal drei Eizellen zu Embryonen weiterentwickelt⁴⁶. Nach frühestens 40 bis 48 Stunden erfolgt der Transfer der sich im Vier- bis Achtzellstadium befindenden Embryonen in den Uterus der behandelten Frau (Embryotransfer)⁴⁷.

2. Die Intrazytoplasmische Spermieninjektion

In Fällen schwerer männlicher Subfertilität⁴⁸ kann die Befruchtung der Eizelle auch dadurch herbeigeführt werden, dass ein einzelnes Spermium mittels einer Injektionspipette direkt in das Zytoplasma der Eizelle injiziert wird (Intra-Cytoplasmic-Sperm-Injection, ICSI)⁴⁹. Diese medizinisch aufwendige, erst seit 1994 verfügbare Methode ist in Deutschland die derzeit am häufigsten angewandte Technik der künstlichen Befruchtung⁵⁰. Sie hat zu einem Rückgang der heterologen Insemination mit Spendersamen geführt, weil sich mit der Verfügbarkeit der ICSI viele

⁴⁰ Vgl. oben A., S. 23 ff.; Bormann in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 18.1, S. 318.

⁴¹ Weyerstahl/Stauber, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. D.3.7.3, S. 428.

⁴² Vgl. Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.5, S. 97.

⁴³ Dazu Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.3.1, S. 303 f.

⁴⁴ Weyerstahl/Stauber, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. D.3.7.3, S. 428.

⁴⁵ Weyerstahl/Stauber, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. D.3.7.3, S. 429.

⁴⁶ Weyerstahl/Stauber, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. D.3.7.3, S. 429.

⁴⁷ Weyerstahl/Stauber, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. D.3.7.3, S. 429; Neulen/Neises in: Kiechle, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 12.5, S. 157; Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.5, S. 98.

⁴⁸ Vgl. Diedrich et al., *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.10, S. 118; Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.5, S. 99.

⁴⁹ Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.5, S. 99.

⁵⁰ Bertelsmann et al., *DÄBl.* 2008, 11.

Paare für Kinder entscheiden, die genetisch von beiden Partnern abstammen⁵¹.

3. Der Intratubare Gameten- und Zygotentransfer

Beim intratubaren Gametentransfer (Gamete-Intrafallopian-Transfer – GIFT) werden Ei- und Samenzellen unmittelbar nach der Entnahme der Eizelle aus dem Ovar laparoskopisch in einen der beiden Eileiter transferiert. Die Befruchtung findet erst im Körper der Frau statt. Im Unterschied dazu werden beim intratubaren Zygotentransfer (Zygote-Intrafallopian-Transfer – ZIFT) Zygoten⁵² in den Eileiter transferiert. Daneben ist auch der Transfer von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium⁵³ (Pronuclear-Stage-Tubal-Transfer – PROST) oder Embryos im Zwei- bis Achtzellstadium (Tubal-Embryo-Stage-Transfer – TEST) möglich⁵⁴. Voraussetzung für die Anwendung dieser Verfahren ist die Existenz zumindest eines funktionierenden Eileiters. Sie werden heute wegen der Risiken, welche mit einer Laparoskopie verbunden sind, kaum noch angewendet⁵⁵.

4. Die Risiken der technisch assistierten Reproduktion

Mit der technisch assistierten Reproduktion gehen Risiken für die behandelten Frauen und die auf diese Weise gezeugten Kinder einher.

a. Das Verletzungsrisiko

Bei der IVF/ICSI kann die für die Entnahme der Eizellen aus den Ovarien erforderliche transvaginale Punktion zu Verletzungen führen. Oft sind die Verletzungen so gering, dass sie nicht bemerkt werden oder durch

⁵¹ Diedrich et al., Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6. 10, S. 120.

⁵² Zygoten sind einzelne befruchtete Eizellen, bei denen der weibliche und der männliche Zellkern bereits miteinander verschmolzen sind, weitere Zellteilungen aber noch nicht stattgefunden haben.

⁵³ Eizellen im Pronukleusstadium sind Eizellen, die mit einer Samenzelle imprägniert wurden, bei denen der weibliche und der männliche Vorkern aber noch nicht zu einem Zellkern verschmolzen sind.

⁵⁴ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 3.

⁵⁵ Yu/Vrees/Frushman in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 12.4.4, S. 238; Diedrich et al., Gynäkologie und Geburtshilfe, Kap. 6.10, S. 120.

Druckausübung leicht wieder verschlossen werden können. Nur in Ausnahmefällen kommt es zu stärkeren Blutungen oder Infektionen, die eine Behandlung erforderlich machen⁵⁶. Lebensbedrohliche Komplikationen sind extrem selten⁵⁷.

b. Das ovarielle Überstimulationssyndrom

Eine häufiger auftretende Komplikation ist das ovarielle Überstimulationssyndrom (OHSS). Es kann durch die medikamentöse Hyperstimulation der Ovarien vor Entnahme der Eizellen verursacht werden und tritt bei bis zu 30 Prozent der behandelten Patientinnen auf. Die Symptome beschränken sich in den meisten Fällen auf mildes abdominelles Unwohlsein und leichte Übelkeit, die nach einigen Tagen wieder abklingen⁵⁸. Nur wenige Patientinnen entwickeln eine schwere Verlaufsform⁵⁹, die unter Umständen auch den Abbruch des Behandlungszyklus bzw. den Verzicht auf den Embryotransfer⁶⁰ erforderlich machen kann. Das OHSS ist insoweit selbstbeschränkend. Es endet bei Nichteintritt der Schwangerschaft von allein⁶¹. Obwohl auch Eizellspenderinnen an einem schweren Hyperstimulationssyndrom erkranken können⁶², sind sie damit zumindest zeitlich nur einem beschränkten Risiko ausgesetzt.

⁵⁶ Govaerts et al., *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology* 1998, 239, 240 f.: Das Risiko von Blutungen liegt bei 0,2 Prozent, das Infektionsrisiko bei 0,4 Prozent; vgl. auch Breckwoldt/Kaufmann/Pfleiderer, *Gynäkologie und Geburtshilfe*, Kap. 6.5, S. 99.

⁵⁷ Gnoth et al., *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, Sonderheft 1 2016, 4, 37: In den Jahren 2014 und 2015 traten bei 58.170 Eizellentnahmen in 401 Fällen (0,7 %) Komplikationen auf, in 10 Fällen war eine stationäre Behandlung erforderlich, in 27 Fällen eine operative Versorgung.

⁵⁸ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 310.

⁵⁹ In Deutschland in den Jahren 2014 und 2015: 180 von 62.717 Fällen (0,29%): Gnoth et al., *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, Sonderheft 1 2016, 4, 11 und 37; vgl. auch Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 310 f.

⁶⁰ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 311.

⁶¹ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 310.

⁶² Opsahl et al., *Obstetrics Gynecology* 2001, 201, 203.

c. Die mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen Risiken

Die häufigsten und mit den weitreichendsten Folgen verbundenen Komplikationen von IVF und ICSI ergeben sich aus Mehrlingsschwangerschaften. Sie ziehen sowohl Gefahren für die Mutter als auch die betroffenen Kinder nach sich und gelten als „Crux der Reproduktionsmedizin“⁶³. Zu Mehrlingsschwangerschaften kommt es vor allem, weil zur Erhöhung von Schwangerschafts- und Lebendgeburtsraten vielfach zwei oder sogar drei Embryonen übertragen werden⁶⁴.

Bei Müttern sind alle mit der Schwangerschaft verbundenen Risiken erhöht. Wegen der erhöhten Frühgeburtsraten⁶⁵ bestehen die damit assoziierten Risiken. Zusätzlich treten in vermehrtem Maße Präeklampsie, Schwangerschaftsdiabetes, Anämie, vorzeitiger Blasensprung, Blutungen nach der Geburt und eine akute Fettleber auf⁶⁶.

Kinder sind durch Mehrlingsschwangerschaften folgenden Risiken ausgesetzt: Durch die erhöhten Frühgeburtsraten sind sie bei Geburt unreif und haben ein zu geringes Geburtsgewicht, was aufwendige Behandlungen auf neonatalen Intensivstationen erforderlich machen kann und trotz zwischenzeitlich gestiegener Überlebensraten von Frühgeborenen auch die Kindersterblichkeit signifikant erhöht⁶⁷. Sie sind für ihr Schwangerschaftsalter zu klein, mit der Folge, dass die perinatale Mortalitätsrate ansteigt. Aufgrund dieser beiden Faktoren treten außerdem in vermehrtem Maße Behinderungen auf⁶⁸. Vor allem höhergradige Mehrlingsschwangerschaften gilt es deshalb zu vermeiden⁶⁹.

⁶³ Griesinger, *Der Gynäkologe* 2009, 487, 488.

⁶⁴ Griesinger, *Der Gynäkologe* 2009, 487, 488; Gnoth et al., *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, Sonderheft 1 2016, 4, 41 f.

⁶⁵ Einlinge werden nach IVF im Durchschnitt nach 39 Schwangerschaftswochen, Zwillinge nach 36 Schwangerschaftswochen geboren; das durchschnittliche Geburtsgewicht liegt bei 3.360g für Einlinge und 2.500g für Zwillinge; Drillinge sind fast immer Frühgeborene und benötigen zu 99% eine intensivmedizinische stationäre Behandlung (Griesinger, *Der Gynäkologe* 2009, 487, 491).

⁶⁶ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 311; Devine et al., *American Journal of Perinatology* 2001, 225, 228; vgl. auch Hoppe/Scriba (Hrsg.), *Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, DÄB1 2006, 1392, 1397.

⁶⁷ Vgl. Luke/Brown, *Pediatrics* 2006, 2488.

⁶⁸ Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, *Clinical Reproductive Medicine and Surgery*, Kap. 17.4.2, S. 311.

⁶⁹ Gnoth et al., *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, Sonderheft 1 2016, 4, 11 und 43 f.

5. Die Spende von Eizellen und Embryonen

Die erläuterten Verfahren der technisch assistierten Reproduktion ermöglichen sowohl Eizell- als auch Embryospenden⁷⁰. Eine Abgrenzung zwischen diesen beiden Begriffen erfolgt sinnvollerweise danach, ob der Gewahrsam an den Eizellen von der Spenderin auf die Wunschmutter oder ihren behandelnden Arzt vor oder nach der Befruchtung übertragen wird⁷¹. Maßgeblich ist also auf den Zeitpunkt der Befruchtung abzustellen. Dabei handelt es sich allerdings um einen Prozess, der mehrere Stunden in Anspruch nimmt. Er beginnt mit der Imprägnation der Eizelle durch ein Spermium. Nach der Imprägnation wird die zweite Reifeteilung der Eizelle (Meiose II), die mit der Abtrennung des zweiten Polkörpers einhergeht, vollendet⁷². Im Anschluss bilden die in der Eizelle getrennt vorhandenen haploiden Chromosomensätze aus der Ei- und der Samenzelle jeweils einen von einer Membran umgebenen Vorkern aus; in diesem Stadium werden die Zellen als imprägnierte Eizellen im Pronukleus- oder Vorkernstadium bezeichnet⁷³. Etwa 22 Stunden nach dem Eindringen des Spermiums lösen sich diese Membranen wieder auf und es kommt zur Verschmelzung der Vorkerne⁷⁴. Erst zu diesem Zeitpunkt liegt nach der in § 8 Abs. 1 ESchG enthaltenen Begriffsbestimmung ein Embryo vor⁷⁵. Ausgehend von dem dargestellten Befruchtungsvorgang ist nicht nur zwischen der Eizellspende und der Embryospende zu unter-

⁷⁰ Z.T. wird auch der Begriff „Embryooption“ verwendet, weil eine Vergleichbarkeit mit der Blut- oder Organspende insoweit nicht gegeben ist, als es sich nicht nur um die Spende einer biologischen Substanz handelt, sondern um ein menschliches Lebewesen. Mit Blick auf die Nichtanwendbarkeit des Adoptionsrechts, das lediglich geborene Kinder erfasst (vgl. § 1747 Abs. 2 BGB), und die Tatsache, dass die Wunschmutter das Kind auch selbst austrägt, hat sich der Begriff der Embryooption aber nicht vollständig etablieren können. Er wird dennoch – abhängig davon, auf wessen Blickwinkel es ankommt (Perspektive der weitergebenden Eltern: Embryospende, Perspektive der Wunscheltern: Embryooption) – vom Deutschen Ethikrat verwendet (Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 12 f.).

⁷¹ Vgl. die Modalität der Abgabe aus § 2 Abs. 1 ESchG: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 28.

⁷² Welche Gene der Embryo von Seiten der Mutter erhält, steht erst nach Abschluss der zweiten Reifeteilung endgültig fest.

⁷³ Der Deutsche Ethikrat verwendet den Begriff „imprägnierte Eizellen im Vorkernstadium“ und als Abkürzung „Vorkernstadien“ (Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 12, Fn. 5 und S. 15.).

⁷⁴ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 15; vgl. auch https://de.wikipedia.org/wiki/Meiose#C3.84quationsteilung_.E2.80.93_Meiose_II, eingesehen am 25.1.2018.

⁷⁵ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 15 f.

scheiden, als dritte Variante kommt eine Spende von Eizellen im Pronukleusstadium in Betracht.

a. Die Eizellspende

Um eine Eizellspende handelt es sich, wenn der Gewahrsam an der Eizelle auf die Wunscheltern übergeht, bevor sie von einer Samenzelle imprägniert wurde. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eizelle durch einen GIFT⁷⁶ im unbefruchteten Zustand in einen Eileiter der Wunschmutter übertragen wird oder ob sie – wie regelmäßig bei der IVF und ICSI⁷⁷ – erst nach einer extrakorporalen Befruchtung in den Uterus eingebracht wird, so dass von einem Embryotransfer auf die Wunschmutter gesprochen werden kann. Maßgeblich ist allein, dass die Wunschmutter oder die Wunscheltern vor der Implantation selbst entscheiden können, von wem die Samenzellen stammen, die zur Befruchtung der Eizelle eingesetzt werden sollen.

b. Die Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium

Um eine Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium handelt es sich dagegen, wenn (eingefrorene) Eizellen übertragen werden sollen, die zwar von einer Samenzelle imprägniert wurden, bei denen der Befruchtungsvorgang aber vor der Verschmelzung der beiden Vorkerne durch Kryokonservierung unterbrochen wurde.

Fälle von im Pronukleusstadium eingefrorenen Eizellen gibt es in Deutschland – anders als im Ausland⁷⁸ – viele. Denn hierzulande dürfen wegen des sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG ergebenden Verbots nur so viele Eizellen befruchtet werden, wie der behandelten Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ist der Transfer von maximal drei Embryonen zulässig. Die zur Zeit der Entstehung des ESchG und noch einen langen Zeitraum fortbestehenden Schwierigkeiten bei der Kryokonservierung von unbefruchteten Ei-

⁷⁶ Dazu oben B.II.3., S. 30.

⁷⁷ Dazu oben B.II.1. und 2., S. 29 f.

⁷⁸ Im Ausland werden häufig alle in einem Zyklus nach hormoneller Hyperstimulation und Punktion gewonnenen Eizellen befruchtet und die überzähligen Embryonen, welche im aktuellen Zyklus nicht verwendet werden sollen, eingefroren (Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 16).

zellen führten dazu, dass im Inland zwar alle im Rahmen der hormonellen Hyperstimulation gewonnenen Eizellen (häufig mehr als drei) imprägniert wurden, der Befruchtungsvorgang dann aber bei denjenigen Eizellen durch Kryokonservierung unterbrochen wurde, welche nicht unmittelbar im ersten Zyklus auf die behandelte Frau übertragen werden sollten. Dadurch wurde eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 und 1 Abs. 2 ESchG vermieden⁷⁹, die im Rahmen der Behandlung gewonnenen Eizellen mussten aber auch nicht verworfen werden, sondern konnten für spätere Behandlungszyklen, sollte sich ein Erfolg nicht sogleich einstellen, weiterverwendet werden, ohne dass eine nochmalige hormonelle Hyperstimulation und Entnahme von Eizellen notwendig wurde. Ziel dieser Vorgehensweise war und ist es nach wie vor, die behandelten Frauen nicht unnötig den Risiken, welche mit mehreren aufeinanderfolgenden Hormonbehandlungen und Punktionen verbunden sind, auszusetzen. Inzwischen ist durch die Entwicklung einer schonenden Schnellgefrieremethode, der Vitrifikation, auch die Kryokonservierung von unbefruchteten Eizellen erfolgversprechend⁸⁰. Dennoch ist die sofortige Imprägnation der entnommenen Eizellen in Deutschland nach wie vor weit verbreitet, weil die damit einhergehende erhöhte strukturelle Stabilität der Eizellen dazu führt, dass diese bei der Kryokonservierung am wenigsten Schaden nehmen⁸¹. Stellt sich ein Behandlungserfolg ein, ohne dass bereits alle eingefrorenen, sich im Pronukleusstadium befindlichen Eizellen verwendet wurden oder scheidet eine Übertragung der imprägnierten Eizellen auf die genetische Mutter aus anderen Gründen (etwa einer Erkrankung) aus, stehen diese grundsätzlich für eine Spende zur Verfügung. Ob eine derartige Spende in Deutschland zulässig ist, erscheint vor allem vor dem Hintergrund von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zweifelhaft⁸².

⁷⁹ Eine Strafbarkeit ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 2 ESchG, das Verfahren ist in Deutschland grundsätzlich erlaubt (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG, Rn. 3).

⁸⁰ Argyle/Harper/Davies, Human Reproduction Update 2016, 1; Potdar/Gelbaya/Nardo, Reproductive BioMedicine Online 2014, 159; Bündgen/Diedrich/Griesinger, Gynäkologische Endokrinologie 2010, 213, 214; Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.3.4, S. 309.

⁸¹ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 15.

⁸² Näher zu dem Problem der Strafbarkeit unten C.II.7., S. 57.

c. Die Spende von Embryonen

Von einer Embryospende kann dagegen gesprochen werden, wenn es zu einer Übertragung des Gewahrsams erst nach der Vollendung der Befruchtung i.S.v. § 8 Abs. 1 ESchG, also der Verschmelzung des genetischen Materials aus den beiden Vorkernen, kommt. Ebenso wie bei der Spende von Eizellen im Pronukleusstadium kann die Wunschmutter bei dieser Variante nicht mehr über die Art und Weise der Befruchtung und vor allem auch nicht darüber entscheiden, von wem die Spermazellen stammen, die zur Befruchtung eingesetzt werden. Die Entscheidungsgewalt darüber liegt noch bei der Spenderin bzw. den Spendereltern.

Überzählige Embryonen entstehen in Deutschland bei weitem nicht in demselben Ausmaß, wie überzählige imprägnierte Eizellen im Pronukleusstadium. Grund ist der soeben erwähnte § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG, der die Befruchtung von mehr Eizellen verbietet, als der Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen. Die Vorschrift hat zur Folge, dass überzählige Eizellen, wie dargestellt, zwar imprägniert werden, dann aber durch Kryokonservierung im Vorkernstadium eine Unterbrechung des Befruchtungsprozesses erfolgt. Inzwischen wird § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG allerdings erweiternd so ausgelegt, dass dem behandelnden Arzt ein Prognosespielraum zugestanden wird. Es dürfen so viele Eizellen imprägniert werden, wie aufgrund einer sich aus der Qualität der Eizellen (die primär durch das Alter der Eizellspenderin bestimmt wird) ergebenden Prognose erforderlich sind, um die anvisierte für die Übertragung vorgesehene Anzahl von befruchteten Eizellen zu erhalten. Der Arzt darf also eine von den Umständen des Einzelfalls abhängige Ausfallrate mit in Rechnung stellen⁸³. Dabei können entgegen der ursprünglichen Erwartung mehr entwicklungsfähige Embryonen entstehen, als der Frau innerhalb des Behandlungszyklus übertragen werden sollen⁸⁴. Überzählige Embryonen

⁸³ Neidert, MedR 2007, 279, 283; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, S. 11.

⁸⁴ Im Ausland werden vielfach, anders als in Deutschland, alle imprägnierten Eizellen zunächst weiterkultiviert, um unter mehreren entwicklungsfähigen Embryonen den besten auszuwählen. Nur dieser wird implantiert. Diese als „elective single embryo transfer“ (eSET) bezeichnete Methode ist in Deutschland nicht zulässig. Sie bietet den Vorteil, Mehrlingsschwangerschaften und die damit verbundenen Komplikationen (oben B.II.4.c.) weitgehend zu vermeiden und vermag gleichzeitig hohe Schwangerschaftsraten sicherzustellen (vgl. dazu und auch zum ebenfalls praktizierten „dual embryo transfer“: Baruffi et al., *Reproductive Biology and Endocrinology* 2009, 36). Von der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG) wird deshalb vorgeschlagen, das geltende Recht dahingehend zu ändern, dass ein eSET zulässig wird. Zu diesem Zweck soll § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG wie folgt geändert werden: „Mit Freiheits-

entstehen auch, wenn die behandelte Frau sich umentscheidet und nach der Kultivierung von drei oder zwei Embryonen doch nur einen implantieren lassen möchte⁸⁵. Soweit diese Embryonen eingefroren werden⁸⁶, ist grundsätzlich eine Spende denkbar, wenn die Fertilisationsbehandlung erfolgreich abgeschlossen ist oder aus anderen Gründen ein Transfer auf die genetische Mutter ausscheidet.

Zu dem Zweck der Vermittlung von zur Spende freigegebenen Embryonen und Eizellen im Pronukleusstadium an Paare, die ungewollt kinderlos geblieben sind, haben sich im Jahr 2013 mehrere fortpflanzungsmedizinische Zentren zu einem Netzwerk zusammengeschlossen⁸⁷. Ist die Familienplanung eines Paares, das in einem der angeschlossenen Zentren behandelt wurde, erfolgreich beendet und werden ihre eingefrorenen Embryonen oder imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium deshalb nicht mehr benötigt, ist für den Fall einer Kündigung des Lagervertrags durch das Paar eine Belehrung über die Möglichkeit der Spende vorgesehen. Den Spendern soll ein Ausweg aus dem Dilemma geboten werden,

strafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer es unternimmt, mehr Eizellen zu befruchten, als zum Zweck einer erfolgreichen Behandlung unter Vermeidung von Mehrlingsschwangerschaften nach dem Stand der Wissenschaft erforderlich ist.“ (vgl. zum Entwurf: Neidert, ZRP 2006, 85, 86; vgl. auch Gnöth et al., Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1 2016, 4, 43).

⁸⁵ Ein dennoch gegen den Willen der behandelten Frau erfolgreicher Transfer aller entstandenen Embryonen zöge eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes aus § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nach sich; dem Selbstbestimmungsrecht wird insoweit Vorrang vor dem Lebensrecht des Embryos eingeräumt, weil eine Implantationspflicht letztlich auf einen Verstoß gegen die Menschenwürde der betroffenen Frau hinausliefe – Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 4 ESchG, Rn. 18; Hufen, MedR 2001, 440, 444. Allerdings besteht in solchen Fällen bisher keine Pflicht zur Kryokonservierung überzähliger Embryonen, der Arzt kann sie straffrei absterben lassen; denn eine Strafbarkeit nach § 2 Abs. 1 ESchG in der Form des Verwendens durch Unterlassen würde eine Garantenpflicht auf Seiten des Arztes voraussetzen, die nach der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht existiert (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, Vor § 1 ESchG, Rn. 80).

⁸⁶ Die Kryokonservierung erfüllt als aktives Verhalten zwar grundsätzlich den Tatbestand von § 2 Abs. 1 ESchG in der Variante des Verwendens. Gibt es aber keine bessere Alternative für das Überleben eines Embryos, darf er kryokonserviert werden, ohne dass darin ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 ESchG liegt (vgl. zum grundsätzlichen Verbot der Kryokonservierung von Embryonen: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 30; zu den Fällen, in denen die Kryokonservierung erlaubt ist: § 2 ESchG, Rn. 45; eingehend zur Kryokonservierung auch: Adam, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, S. 34–37, danach sollen nur kurzfristige Kryokonservierungen zulässig sein, in langfristigen Kryokonservierungen liege dagegen eine schwerwiegende Integritätsverletzung).

⁸⁷ <http://www.netzwerk-embryonenspende.de/index.html>, eingesehen am 25.1.2018; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryoadoption und elterliche Verantwortung, S. 11.

die Embryonen entweder auf Dauer eingefroren oder absterben zu lassen. Gleichzeitig sollen ungewollt kinderlose Paare, die aufgrund ihres körperlichen und medizinischen Zustands auf Hilfe angewiesen sind, selbstlos unterstützt werden⁸⁸. Die Embryospende erfolgt nach den Vorgaben des Netzwerks zunächst anonym. Die Ausweispapiere der Spender werden aber zusammen mit der Geburtsurkunde des Kindes bei einem Notar hinterlegt, der eine notarielle Urkunde erstellt und die Daten für mindestens 30 Jahre, gerechnet ab der Geburt des Kindes, aufbewahrt. Die Kosten dafür tragen die Empfänger⁸⁹. Im Rahmen der damit verbundenen Vermittlungstätigkeit wurden bis zum Ende des Jahres 2015 57 Spenden realisiert, aus denen im Ergebnis neun Kinder entstanden sind⁹⁰.

d. Die Spende mitochondrialer DNA

Eine relativ neue und bisher nur wenig verbreitete Möglichkeit liegt in der Spende mitochondrialer DNA⁹¹. Mitochondrien sind Zellorganellen, die sich im Zellplasma befinden. Als „Kraftwerke der Zellen“ sind sie primär für die Energieproduktion zuständig. Sie enthalten ihre eigene DNA und vermehren sich unabhängig von ihrer Mutterzelle⁹². Der Anteil mitochondrialer DNA im Verhältnis zur DNA des Zellkerns liegt bei weniger als 0,001 Prozent⁹³. Kodiert sind in den Mitochondrien 37 Gene mit 16.537 Basenpaaren⁹⁴. Enthalten sind in diesen Erbinformationen nur Gene für die Enzyme der Atmungskette und solche, die für die Struktur

⁸⁸ Vgl. § 2 der Satzung des Netzwerks Embryonenspende (http://www.netzwerk-embryonenspende.de/ziele/satzung_netzwerk_embryonenspende.pdf, eingesehen am 25.1.2018; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 18.

⁸⁹ Insgesamt belaufen sich die Kosten bei erfolgreicher Vermittlung auf 950 Euro, medizinische Leistungen, welche nicht unmittelbar mit der Embryospende im Zusammenhang stehen, werden allerdings separat abgerechnet (vgl. http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 5, eingesehen am 25.1.2018).

⁹⁰ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 18.

⁹¹ Vgl. Schütze, Embryonale Humanstammzellen, S. 35.

⁹² Schütze, Embryonale Humanstammzellen, S. 14; <http://www.biologie-schule.de/mitochondrium.php>, eingesehen am 25.1.2018.

⁹³ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 5 ESchG, Rn. 14; BT-Drs. 13/11263, S. 10: 0,01 – 0,02 Prozent.

⁹⁴ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 5 ESchG, Rn. 14.

und Reproduktion der Mitochondrien selbst verantwortlich sind⁹⁵. Vererbt wird die mitochondriale DNA ausschließlich über die Eizelle der Mutter; denn durch die Spermazellen werden Mitochondrien nicht übertragen⁹⁶. Gendefekte in der mitochondrialen DNA können zu verschiedenen Erkrankungen führen, unter ihnen das Leigh-Syndrom, welches die Lebenserwartung der Betroffenen auf wenige Jahre begrenzt⁹⁷. Die Behandlungsmöglichkeiten beschränken sich gegenwärtig auf die Linderung der auftretenden Symptome⁹⁸. Ob Erkrankungen auftreten und welches Ausmaß die klinischen Symptome annehmen, ist davon abhängig, wie hoch der Anteil von Mitochondrien mit mutierter DNA ist. Frauen mit einem geringen Anteil mutierter DNA können selbst symptomfrei bleiben, dennoch können ihre Kinder erkranken, wenn sie im Verhältnis einen höheren Anteil von Mitochondrien mit krankmachender DNA erben⁹⁹.

Zur Verhinderung der Weitergabe dieser Erkrankungen von der Mutter an den Nachwuchs besteht die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Spende mitochondrialer DNA. Rechtlich ausdrücklich zugelassen ist diese Möglichkeit bisher nur in Großbritannien¹⁰⁰. Eingesetzt werden können zwei unterschiedliche Techniken, der Vorkern- und der Spindel-Transfer. In beiden Fällen wird von der Spenderin zunächst eine vollständige Eizelle zur Verfügung gestellt. Beim Vorkern-Transfer werden dann sowohl die Eizelle der Wunschmutter als auch diejenige der Spenderin imprägniert. Im Anschluss werden die beiden Vorkerne¹⁰¹ der Spendereizelle entfernt und durch die Vorkerne der imprägnierten Eizelle der Wunschmutter ersetzt. Beim sog. Spindel-Transfer findet im Unter-

⁹⁵ Auch wenn sich die Gene für den Großteil der Proteine, aus denen ein Mitochondrium besteht, im Zellkern und nicht im Mitochondrium selbst befinden – vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Mitochondriale_DNA, unter 1., eingesehen am 25.1.2018; s. auch Palacios-González, *Monash Bioethics Review* 2016, 37, 38.

⁹⁶ Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 407; Schütze, *Embryonale Humanstammzellen*, S. 14; https://de.wikipedia.org/wiki/Mitochondriale_DNA, unter 3., eingesehen am 25.1.2018.

⁹⁷ Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 408; <https://de.wikipedia.org/wiki/Leigh-Syndrom>, eingesehen am 25.01.2017; zu weiteren Mitochondriopathien vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Mitochondriopathie>, eingesehen am 25.1.2018; zu den Auswirkungen der Mitochondriopathien vgl. auch Palacios-González, *Monash Bioethics Review* 2016, 37, 38.

⁹⁸ Palacios-González, *Monash Bioethics Review* 2016, 37, 38; Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 409.

⁹⁹ Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 408.

¹⁰⁰ Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 411 f.; vgl. *Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015* (http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/572/pdfs/uksi_20150572_en.pdf, eingesehen am 25.1.2018); s. auch bereits Schütze, *Embryonale Humanstammzellen*, S. 35.

¹⁰¹ Vgl. zum Ablauf des Befruchtungsvorgangs oben B.II.5., S. 33.

schied zum Vorkern-Transfer der Austausch der Zellkerne vor der Imprägnation der Eizelle statt. Befruchtet wird im weiteren Verlauf nur die gespendete Eizelle, welche nunmehr mit dem ausgetauschten Zellkern der Wunschmutter versehen ist¹⁰². In beiden Fällen hat das so gezeugte Kind zwei genetische Mütter: Es erbt die in den Mitochondrien der Eizellspenderin enthaltene DNA und die im Zellkern enthaltene DNA der Wunschmutter. Auf diese Weise kann die Wunschmutter ein genetisch (ganz überwiegend) eigenes Kind zur Welt bringen, ohne dass die Gefahr des Auftretens mitochondrialer Erkrankungen beim Kind besteht.

In der Presse wird das Verfahren überaus kritisch gesehen („Kritiker sind entsetzt“¹⁰³). Ob die Kritik berechtigt ist, muss im Zusammenhang mit den betroffenen Grundrechten, vor allem dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung¹⁰⁴, untersucht werden, wobei das Ergebnis aufgrund der verschiedenen zur Verfügung stehenden Methoden durchaus unterschiedlich ausfallen kann. An dieser Stelle soll zunächst der Hinweis genügen, dass mit der Verhinderung mitochondrialer Erkrankungen durchaus ein erstrebenswertes Ziel verfolgt wird¹⁰⁵.

6. Die Ersatz- und Leibmutterchaft

Ist eine Frau aufgrund einer der oben näher beschriebenen organischen Störungen nicht in der Lage, eine Schwangerschaft auszutragen (Infertilität¹⁰⁶) ohne dass die Erkrankung gleichzeitig auch zur Sterilität führt, besteht aus medizinischer Sicht die Möglichkeit, ihr nach ovarieller Hyperstimulation Eizellen zu entnehmen und diese – nach entsprechender Befruchtung mit dem Samen des Wunschvaters (oder eines Samenspenders) – auf eine andere Frau zu übertragen, welche die Schwangerschaft

¹⁰² Eingehend: Craven et al., *Nature* 2010, 82; Varvaštian, *European Journal of Health Law* 2015, 405, 410 f.; vgl. auch: <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> und <http://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/ukraine-baby-mit-drei-eltern-geboren-a-1130489.html>, beide eingesehen am 25.1.2018.

¹⁰³ <http://www.spiegel.de/gesundheit/schwangerschaft/ukraine-baby-mit-drei-eltern-geboren-a-1130489.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁰⁴ Unten I.I.8.a.ii., S. 326 f.; vgl. auch K.IV.2., S. 380.

¹⁰⁵ Die Eltern des ersten Kindes, welches durch die Spende mitochondrialer DNA zur Welt kam, hatten zuvor zwei Kinder, die am Leigh-Syndrom verstorben sind (<https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>), eingesehen am 25.1.2018).

¹⁰⁶ Vgl. oben B.I., S. 27 f.

für die Wunschmutter austrägt¹⁰⁷. Genetisch stammt das Kind in solchen Fällen von der Wunschmutter ab, Geburtsmutter ist die sich zur Verfügung stellende Leihmutter. Diese Konstellation, welche der Legaldefinition nach auch unter den Terminus der Ersatzmutterchaft fällt (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG; § 13a AdVermiG), wird in der Literatur und Rechtsprechung klarstellend als Leihmutterchaft, Tragemutterchaft, Mietmutterchaft oder Ammenmutterchaft bezeichnet, wobei sich der erstgenannte Begriff inzwischen durchgesetzt hat¹⁰⁸.

Seltener ist die zur Infertilität führende Erkrankung gleichzeitig Ursache für das Vorliegen anovulatorischer Zyklen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass mehrere, voneinander unabhängige Erkrankungen gleichzeitig zu einer Infertilität und Sterilität der Frau führen. Kann die Wunschmutter deshalb weder eine Schwangerschaft austragen noch die zur Befruchtung notwendigen Eizellen zur Verfügung stellen, kommen zwei Varianten in Betracht:

i. Die Eizelle stammt von der Ersatzmutter und damit der Frau, die auch die Schwangerschaft austrägt. In solchen Fällen stimmen genetische und Geburtsmutterchaft überein, die Ersatzmutter ist auch rechtlich Mutter des Kindes; abstammungsrechtliche Probleme ergeben sich nicht¹⁰⁹. In der wissenschaftlichen Diskussion wird vor allem für diese Konstellation der Begriff der „Ersatzmutterchaft“ verwendet¹¹⁰. Die Wunschmutter kann nur durch eine Adoption rechtlich Mutter des Kindes werden¹¹¹.

ii. Die Eizelle wird von einer dritten Frau, etwa von einer Verwandten oder Freundin oder auch einer Spenderin bereitgestellt und das Kind wird von einer Leihmutter ausgetragen¹¹². Da bei dieser Konstellation

¹⁰⁷ Vgl. auch Deutsch, MDR 1985, 177, 182.

¹⁰⁸ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 75; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1244; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 18; Harder, JuS 1986, 505, 510; Kolhossler, JA 1985, 553, 555; Taupitz in: Schlegel, FuR 1996, 116; Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 8; Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 94; vgl. auch BT-Drs. 11/5460, S. 8; Deutsch, MDR 1985, 177, 182; Bruder Müller in: Palandt, Einf v § 1591 BGB Rn. 21; Koch verwendet den Begriff „Schwangerschaftsspende“ (Koch, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 44, 49).

¹⁰⁹ Kolhossler, JA 1985, 553, 555; Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 631.

¹¹⁰ Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 75; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1244; Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 631; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 13 f.

¹¹¹ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 7; Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 632.

¹¹² Vgl. dazu auch Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 18.

wiederum genetische Abstammung und Geburtsmutterschaft auseinanderfallen, treten ähnliche abstammungsrechtliche Probleme, wie bei der einfachen Leihmutterschaft, auf¹¹³.

7. Die geteilte Mutterschaft und die Co-Mutterschaft

Unabhängig von medizinischen Indikationen wurde inzwischen ein neues Modell der geteilten Mutterschaft für lesbische Paare entwickelt, die es beiden Partnern ermöglichen soll, biologisch an der Existenz des Kindes beteiligt zu sein: Eine Partnerin ist die genetische Mutter und stellt ihre Eizelle zur Verfügung, welche durch IVF (mit Spendersamen) befruchtet wird. Die andere Partnerin trägt das Kind nach einem Embryotransfer aus¹¹⁴. Diese als „ROPA“ (Reception of Oocytes from Partner) bezeichnete Methode ist gegenwärtig in Spanien zulässig. Es gibt einen ersten Erfahrungsbericht über ihre Anwendung an 14 Paaren. Durchschnittlich zwei Embryonen wurden auf die jeweils andere Partnerin transferiert, in zwei Fällen sogar drei Embryonen. Die 13 Embryotransfers führten zu sechs Schwangerschaften, von denen zwei mit einer Fehlgeburt endeten. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Berichts wurde bereits ein gesundes Mädchen geboren, eine der vier noch andauernden Schwangerschaften war eine Zwillingschwangerschaft. Der Bericht sieht durch die Anwendung der Methode keine ethischen Grundprinzipien der Ärzteschaft verletzt¹¹⁵.

Von der soeben beschriebenen Konstellation der geteilten Mutterschaft zu unterscheiden sind Fälle der sog. Co- oder Mitmutterschaft, bei denen das Kind (nach Inanspruchnahme einer Samenspende) nur von einer der beiden Frauen abstammt und von dieser auch geboren wird. Im Ausland wird der Lebenspartnerin die rechtliche Elternschaft vielfach allein auf der Grundlage einer zur Geburtsmutter bestehenden Ehe oder Lebenspartnerschaft zugewiesen, ohne dass es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf¹¹⁶. Im Inland kann die Elternstellung nur im Wege der

¹¹³ In der Praxis tritt diese Konstellation vor allem im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland durch zwei in einer Partnerschaft lebende Männer auf – BGHZ 203, 350; vgl. aber auch: BGH, NZFam 2018, 983.

¹¹⁴ Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 228; vgl. auch McCandles/Sheldon, *The Modern Law Review* 2010, 175, 194.

¹¹⁵ Marina et al., *Human Reproduction* 2010, 938.

¹¹⁶ Frie, *FamRZ* 2015, 889 f. mit einer Übersicht der Staaten, in denen eine mit § 1592 Nr. 1 BGB vergleichbare Elternschaftsvermutung für Mitmütter existiert; vgl. auch BGHZ 210, 59; KG, *StAZ* 2015, 180; OLG Celle, *NJW-RR* 2011, 1157.

Stiefkindadoption erlangt werden¹¹⁷. Obwohl der Begriff der Co-Mutterschaft z.T. so gebraucht wird, dass die geteilte Mutterschaft mit erfasst ist¹¹⁸, sind die Konstellationen der Klarheit halber terminologisch voneinander zu trennen; denn genetische Mutterschaft und Geburtsmutterschaft fallen bei der Co-Mutterschaft nicht auseinander.

Aus rechtlicher Sicht ist für beide Fallgruppen aber gleichermaßen von Interesse, ob eine nach ausländischem Recht begründete Elternschaft beider Mütter eine Verpflichtung deutscher Standesämter nach sich zieht, die Geburt des Kindes auch in Deutschland entsprechend zu beurkunden und beide Frauen als Mütter in die Geburtsurkunde aufzunehmen¹¹⁹. Konsequenz wäre, dass es keiner Annahme als Kind nach § 9 Abs. 7 LPartG oder § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB durch die Lebenspartnerin oder Ehegattin der Geburtsmutter¹²⁰ mehr bedarf.

8. Das Auseinanderfallen der genetischen und der biologischen Mutterschaft

Aus abstammungsrechtlicher Sicht sind für die weitere Untersuchung vor allem die Eizellspende, die Embryospende, die Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium, die angesprochene Methode der geteilten Mutterschaft und die Leihmutterschaft relevant. In allen Fällen sind die genetische Mutter und die Geburtsmutter nicht identisch. Ob gleichzeitig eine Samenspende vorliegt oder es sich statt einer Eizellspende um eine Spende von Eizellen im Pronukleusstadium bzw. eine Embryospende handelt, spielt für die mit der Mutterschaft zusammenhängenden Probleme keine Rolle. Die Ersatzmutterschaft, bei der die Eizelle von der Ersatzmutter selbst stammt, zieht dagegen keine abstammungsrechtlichen Fragen nach sich; denn genetische Mutter und Geburtsmutter fallen zusammen¹²¹.

¹¹⁷ BGH, FamRZ 2018, 1919; Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 8; kritisch deshalb und für die Änderung der Rechtslage dahingehend, dass der Co-Mutter die rechtliche Elternstellung auf der Grundlage ihrer Mitverantwortung für die Entstehung des Kindes eingeräumt wird: Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19, 24 f.

¹¹⁸ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 53.

¹¹⁹ Vgl. dazu unten E.V.5., S. 117 ff. und 7.b., S. 133 f.

¹²⁰ Vgl. zum Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: BGBl. I 2017, 2787; BT-Drs. 18/6665.

¹²¹ Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 76.

C. Die strafrechtlichen Folgen bei der Anwendung der therapeutischen Möglichkeiten und ihre Auswirkungen auf die Praxis

Sowohl das ESchG als auch das AdVermiG begrenzen in Deutschland hinsichtlich Eizell- und Embryospende sowie Ersatzmutterschaft den Rahmen des rechtlich Erlaubten. Das ESchG ist ein strafrechtliches Nebengesetz, welches dem Ziel dient, die missbräuchliche Verwendung von Reproduktionsmedizin und Humangenetik zu verhindern¹²². Eines der mit dem Gesetz verfolgten Teilziele ist die Unterbindung von Fällen einer gespaltenen Mutterschaft¹²³. Das AdVermiG regelt dagegen vorrangig die – grundsätzlich zulässige – Adoptionsvermittlung, enthält in seinem 1989 eingefügten¹²⁴ zweiten Abschnitt (§§ 13a-13d AdVermiG) aber auch Verbote hinsichtlich der Vermittlung von Ersatzmutterschaften und der damit verbundenen Werbetätigkeiten¹²⁵.

1. Das Verbot der Eizellspende

Das Verbot der Eizellspende ist auf mehrere Vorschriften des ESchG verteilt, die unterschiedliche Tathandlungen unter Strafe stellen.

1. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG verbietet die Übertragung einer fremden unbeeinträchtigten Eizelle auf eine Frau. Er dient allein der Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften, bei denen austragende und genetische Mutter nicht identisch sind, und damit nach den Vorgaben des Gesetzgebers primär dem Schutz des Kindeswohls¹²⁶.

Der Begriff „fremd“ ist anders zu definieren als in den §§ 242, 246, 303 StGB. Er knüpft nicht an das Eigentum an der Eizelle an, weil ansonsten durch Eigentumsübertragung der Schutzzweck der Vorschrift

¹²² Übersicht der verbotenen Handlungen bei: Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, Einf B, Rn. 21.

¹²³ Übersicht der mit dem ESchG verfolgten Ziele bei: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, Vor § 1 ESchG, Rn. 4.

¹²⁴ Vgl. das Gesetz zur Änderung des AdVermiG vom 27.11.1989 (BGBl. I 2014).

¹²⁵ Frank in: Staudinger, Vorbem zu §§ 1741 ff. BGB Rn. 98.

¹²⁶ Näher: BT-Drs. 11/5460, S. 7.

unterlaufen werden könnte. Fremd ist deshalb jede Eizelle, die nicht von der Empfängerin stammt¹²⁷. Die Eizelle muss außerdem unbefruchtet sein¹²⁸. Das ist nicht nur der Fall, wenn noch keine Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen ist. Als unbefruchtet gelten Eizellen auch, solange der Befruchtungsvorgang noch nicht abgeschlossen ist, d.h. noch keine Verschmelzung der beiden sich nach Eindringen der Samenzelle bildenden Vorkerne stattgefunden hat (*arg e cont* § 8 ESchG)¹²⁹. Die Vorschrift hat dennoch nur eine geringe Praxisrelevanz, weil sie eine Übertragung der unbefruchteten Eizelle auf die Empfängerin voraussetzt und deshalb vor allem den Bereich des heute nur noch wenig angewendeten intratubaren Gametentransfers¹³⁰ und des Transfers von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium (PROST)¹³¹ abdeckt¹³². Allein, d.h. ohne gleichzeitigen Transfer auch der zur Befruchtung notwendigen Spermien, werden einzelne unbefruchtete Eizellen in der Regel nicht übertragen. Die vom Gesetzgeber ebenfalls ins Auge gefasste Transplantation von ganzen Eierstöcken¹³³ wurde inzwischen zwar erfolgreich durchgeführt, wegen der kurzen Lebensdauer des transplantierten Gewebes, des Erfordernisses der Einnahme von immunsuppressiven Medikamenten und den bisher nicht näher bekannten Auswirkungen auf die so gezeugten Kinder befindet sie sich nach wie vor in einem experimentellen Stadium und wird kontrovers diskutiert¹³⁴.

2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Ein weiteres Verbot ist in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG enthalten. Die Vorschrift stellt die künstliche Befruchtung einer Eizelle unter Strafe, wenn damit ein anderer Zweck verfolgt wird als die Herbeiführung einer Schwangerschaft der Frau, von der die Eizelle stammt. Sie verfolgt damit

¹²⁷ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 17.

¹²⁸ Vgl. dazu oben B.II.5., S. 33.

¹²⁹ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 18 f.

¹³⁰ BT-Drs. 11/5460, S. 7.

¹³¹ Vgl. oben B.II.3., S. 30.

¹³² Bei der heute üblichen In-Vitro-Fertilisation werden in der Regel Embryonen im Blastozystenstadium übertragen (Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 16).

¹³³ BT-Drs. 11/5460, S. 7.

¹³⁴ Gearbeitet wird aber an einer homologen Transplantation, bei der z.B. vor einer für die Ovarien schädlichen Chemotherapie Ovarialgewebe entnommen und kryokonserviert wird, das nach Abschluss der Therapie auf die Frau zurücktransplantiert werden kann (Bedaiwy/Shahin/Falcone, *Fertility and Sterility* 2008, 2031 m.w.N.).

mehrere Ziele. Neben gespaltenen Mutterschaften sollen auch künstliche Befruchtungen zu jedem anderen Zweck als der Herbeiführung von Schwangerschaften – gemeint sind vor allem Forschungszwecke – verhindert werden. Schutzgüter sind damit nicht nur das Kindeswohl des auf diese Weise gezeugten Kindes, sondern vor allem das Recht des Embryos auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und seine Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)¹³⁵.

Tathandlung ist die künstliche Befruchtung einer Eizelle. Künstlich ist jede Befruchtung, „die nicht durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt wird und zu deren Erreichung technische Hilfsmittel eingesetzt werden“¹³⁶. Darunter fallen nicht nur die In-Vitro-Fertilisation, die Intrazytoplasmische Spermieninjektion und die artifizielle Insemination, sondern auch der bereits durch Nr. 1 erfasste intratubare Gametentransfer. Die Befruchtung ist erst mit der Verschmelzung der beiden Vorkerne abgeschlossen (§ 8 Abs. 1 ESchG). Dennoch ist der Tatbestand bereits mit der Einleitung des Befruchtungsversuchs (bei der IVF z.B. mit Vermischen der Keimzellen in der Petrischale) vollendet, weil es sich um ein Unternehmensdelikt handelt¹³⁷.

Subjektiv muss zumindest bedingter Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen¹³⁸. Zum subjektiven Tatbestand gehört außerdem die Absicht, die Befruchtung zu einem anderen Zweck vorzunehmen, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Diese Absicht muss zum Zeitpunkt des Unternehmens der Befruchtung gegeben sein¹³⁹. Darunter fallen zwei Modalitäten: Zum einen die Absicht, den Embryo überhaupt nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft zu verwenden. Dadurch soll vor allem die bereits oben erwähnte künstliche Befruchtung zu Forschungszwecken verhindert werden. Die zweite Modalität ist erfüllt, wenn der Täter die Absicht hat, den Embryo nach der Befruchtung auf eine Frau zu übertragen, von der die für die Befruchtung verwendete Eizelle nicht stammt. Durch diese Variante werden unter anderem Fälle der Eizellspende erfasst. Der Ge-

¹³⁵ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 2 f.

¹³⁶ BT-Drs. 11/5460, S. 8.

¹³⁷ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 22.

¹³⁸ Daran fehlt es, wenn der Täter die Eizelle vor Verschmelzung der Vorkerne kryokonservieren und damit keine vollendete Befruchtung bewirken will. Taut er sie später wieder auf, um den Befruchtungsvorgang nunmehr zu vollenden, verwirklicht er bei entsprechender Absicht – dazu sogleich – den Tatbestand der Nr. 2 (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 17).

¹³⁹ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 16.

setzgeber spricht in der Gesetzesbegründung zwar von Embryospende¹⁴⁰. Nach der oben herausgearbeiteten Terminologie, die danach unterscheidet, zu welchem Zeitpunkt der Gewahrsam an der (unbefruchteten/befruchteten) Eizelle auf die Empfängerin oder ihren behandelnden Arzt übertragen wird¹⁴¹, greift die Vorschrift aber vor allem in den Fällen der Eizellspende, selbst wenn im Rahmen der gegenwärtig angewandten Verfahren (IVF/ICSI) letztlich immer ein Embryo auf die Wunschmutter übertragen wird. Denn vor allem, wenn die Befruchtung erst nach der Übertragung des Gewahrsams an der Eizelle auf die Wunschmutter erfolgt, steht zum Zeitpunkt des Unternehmens der Befruchtung bereits fest, dass sie nicht mehr mit dem Ziel vorgenommen wird, die Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Die typischen Fälle der Embryospende, in denen die Spendereltern den Gewahrsam an einer bereits befruchteten Eizelle auf die Wunscheltern übertragen, etwa weil sie ihn selbst aufgrund des erfolgreichen Abschlusses ihrer eigenen Behandlung nicht mehr benötigen, sind von der Vorschrift gerade nicht erfasst, weil zu dem Zeitpunkt, in dem die Befruchtung eingeleitet wurde, noch intendiert war, den aus der Eizelle entstehenden Embryo auch auf die Frau zu übertragen, von der die Eizelle stammt¹⁴². Anwendbar ist § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG dagegen auch auf Fälle der Leihmutterschaft¹⁴³ und der geteilten Mutterschaft¹⁴⁴, soweit bereits bei der Durchführung der Befruchtung der Zweck, die Schwangerschaft einer anderen Frau herbeizuführen, verfolgt wird.

3. § 1 Abs. 2 ESchG

§ 1 Abs. 2 ESchG ergänzt § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und dehnt dessen Schutz auf Vorstadien der Entstehung menschlichen Lebens aus. Objektiv setzt der Tatbestand das künstliche Bewirken der Imprägnation einer Eizelle durch IVF (Nr. 1) oder ICSI (Nr. 2) voraus. Für die Vollendung ist ausreichend, dass die Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen ist, die Befruchtung darf anders als bei § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

¹⁴⁰ BT-Drs. 11/5460, S. 8.

¹⁴¹ Oben B.II.5., S. 33 ff.

¹⁴² Eingehend zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Embryospenden s. C.II.1., S. 51 f. und 6., S. 56; zu Leihmutterschaftsfällen vgl. unten C.IV.1.a., S. 64 f.

¹⁴³ Näher unten C.IV.1.a., S. 64 f.

¹⁴⁴ Dazu oben B.II.7., S. 42 f.

nicht abgeschlossen sein¹⁴⁵. Zur Anwendung kommt die Norm deshalb vor allem, wenn der Befruchtungsvorgang vor der Verschmelzung der Vorkerne durch Kryokonservierung unterbrochen wird¹⁴⁶.

Subjektiv fordert § 1 Abs. 2 ESchG zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands sowie die bereits aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG bekannte Absicht, nicht eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Er dient damit ebenso wie Abs. 1 Nr. 2 nicht nur dem Schutz vor verbrauchender Embryonenforschung, sondern auch der Verhinderung von Eizellspenden¹⁴⁷. Soweit zunächst nur der Tatbestand von § 1 Abs. 2 ESchG verwirklicht wird, im weiteren Verlauf die imprägnierten und kryokonservierten Eizellen wieder aufgetaut werden und der Befruchtungsvorgang durch Verschmelzung der Vorkerne abgeschlossen wird, tritt § 1 Abs. 2 ESchG hinter § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG als mitbestrafte Vortat zurück¹⁴⁸. Auch insoweit entsteht in Fällen, in denen die Absicht nicht zeitgleich mit der Tathandlung gegeben ist, und die Übertragung der Eizelle im Pronukleusstadium aufgrund äußerer Umstände erst im Nachhinein ins Auge gefasst wird, keine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift.

Fälle der Eizellspende werden von der Vorschrift dagegen regelmäßig erfasst, weil bei der Eizellspende die Übertragung des Gewahrsams auf die Wunschmutter nach der oben herausgearbeiteten Definition vor der Imprägnation liegt und die sich anschließende Imprägnation mit dem Ziel vorgenommen wird, die Schwangerschaft der Wunschmutter herbeizuführen.

4. Täterschaft, Teilnahme und persönliche Strafausschließungsgründe

Täter von § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und Abs. 2 ESchG kann jedermann sein. Da die Durchführung der Verfahren medizinisches Fachwissen voraussetzt, kommen primär Ärzte als Täter in Betracht¹⁴⁹. Soweit behandelnde Ärzte

¹⁴⁵ Vgl. Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 9–12.

¹⁴⁶ Wird die im Vorkernstadium befindliche Eizelle später wieder aufgetaut, um den Befruchtungsvorgang zum Abschluss zu bringen, ist § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG einschlägig (Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 17); das gleiche gilt, wenn es ohne Unterbrechung des Befruchtungsvorgangs zum Abschluss der Befruchtung kommt (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 11).

¹⁴⁷ Zu Leihmutterchaften vgl. unten C.IV.1.a., S. 64 f.

¹⁴⁸ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 24.

¹⁴⁹ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 24; Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 24; BT-Drs. 11/5460, S. 8.

ihren Patientinnen den Weg ins Ausland empfehlen, kann sich eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe ergeben, selbst wenn die Tat im Ausland nicht mit Strafe bedroht ist (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB). Inländische Ärzte sehen deshalb häufig davon ab, ihre Patienten über die Möglichkeiten im Ausland zu informieren¹⁵⁰. Spenderin und Empfängerin der Eizelle bleiben aber aufgrund des in § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG enthaltenen persönlichen Strafausschließungsgrunds straffrei¹⁵¹. Seinem Wortlaut nach erstreckt sich § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG zwar nur auf § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 6 ESchG. Gleichwohl wird er auf § 1 Abs. 2 ESchG analog angewandt; denn es wäre widersprüchlich, den Strafausschließungsgrund lediglich Frauen zu gewähren, die einer fremdnützigen Zwecken dienenden Befruchtung zustimmen, während die Teilnahme an Handlungen im Vorfeld der Befruchtung für sie weiter strafbar bleibt¹⁵². Gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB enthaltene Analogieverbot verstößt die entsprechende Anwendung von § 1 Abs. 3 ESchG nicht; denn bei Regelungen, welche den Täter begünstigen, sind Analogien zulässig¹⁵³. Dem Wortlaut nach ist von dem sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG ergebenden persönlichen Strafausschließungsgrund auch der Wunschvater nicht erfasst¹⁵⁴. Dennoch soll das Bereitstellen von Samen in den Fällen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG als notwendige Teilnehmehandlung nicht bestraft werden, wenn auch die Empfängerin nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG straffrei bleibt¹⁵⁵.

5. Das umfassende Verbot der Eizellspende

Aus den besprochenen Vorschriften ergibt sich ein umfassendes Verbot der Eizellspende. Nicht nur die Übertragung fremder unbefruchteter Eizellen auf eine Frau ist strafbar, von den Vorschriften des ESchG werden auch alle praktisch relevanten Fälle erfasst, in denen nach der Übertragung des Gewahrsams an der Eizelle auf die Wunschmutter und ihren

¹⁵⁰ Leinmüller, DÄBl. 2007, 2558.

¹⁵¹ Die Vorschrift greift nicht, wenn die Frau, von der die Eizelle stammt, den behandelnden Arzt darüber täuscht, sich diese nach erfolgreicher Befruchtung wieder einsetzen lassen zu wollen, obwohl sie den Embryo auf eine andere Frau übertragen möchte. In solchen Fällen kommt eine Strafbarkeit der Spenderin als mittelbare Täterin in Betracht – Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 24.

¹⁵² Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 20.

¹⁵³ Esser/Hecker in: Schöнке/Schröder, § 1 StGB, Rn. 25, 30–34.

¹⁵⁴ Für eine Teilnahmestrafbarkeit deshalb: Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369.

¹⁵⁵ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 27.

behandelnden Arzt eine Befruchtung oder wenigstens Imprägnation der Eizelle – sei es *in vitro* oder wie bei einem GIFT *in vivo* – mit dem Ziel vorgenommen wird, die Schwangerschaft der Wunschmutter (und nicht der Spenderin) herbeizuführen. Trotz der persönlichen Strafausschlussgründe für Eizellspenderin und Empfängerin ist es in Deutschland aufgrund der für die erfolgreiche Durchführung der Eizellspende erforderlichen ärztlichen Hilfe in der Regel nicht möglich, Eizellen zu spenden oder mit gespendeten Eizellen Schwangerschaften herbeizuführen.

II. Das Verbot der Embryospende und der Spende von Eizellen im Pronukleusstadium

Anders als die Eizellspende ist die Embryospende nicht in jedem Fall verboten, auch insoweit sind die vorhandenen Verbote aber auf mehrere Vorschriften verteilt.

1. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Der Tatbestand des bereits besprochenen § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfasst nicht nur Tathandlungen im Zusammenhang mit einer Eizellspende, sondern für den Fall, dass der Wunschmutter oder ihrem behandelnden Arzt eine bereits befruchtete Eizelle übergeben wird, auch Fälle der Embryospende. Voraussetzung für die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift ist aber, dass bereits zum Zeitpunkt des Unternehmens der Befruchtung die entsprechende Übertragung beabsichtigt war, also die Absicht vorlag, die Befruchtung zu einem anderen Zweck vorzunehmen, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Lag die erforderliche Absicht zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht vor, bleibt die im Nachfeld erfolgende Übertragung des Embryos auf eine andere Frau – jedenfalls nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG – straffrei¹⁵⁶. Denkbar ist das vor allem in Fällen, in denen ursprünglich im Rahmen einer homologen IVF-Behandlung Embryonen erzeugt wurden, eine Übertragung auf die Frau, von der die hierfür verwendeten Eizellen stammen, aber deshalb nicht mehr möglich ist, weil sie aufgrund äußerer Umstände – sei es wegen einer bereits eingetretenen Schwangerschaft, einer Erkrankung oder

¹⁵⁶ Vgl. oben C.I.2., S. 46 ff.; zur möglichen Strafbarkeit nach § 2 ESchG vgl. unten C.II.4., S. 54 f.

eines Unfalls – nicht mehr dazu in der Lage ist, den Embryo auszutragen oder sie die Übertragung schlicht ablehnt¹⁵⁷.

2. § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG

§ 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG stellt die Entnahme eines Embryos vor Abschluss seiner Einnistung in die Gebärmutter unter Strafe, wenn sie dem Ziel dient, ihn auf eine andere Frau zu übertragen oder ihn zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden. Dadurch soll bereits im Vorfeld Embryospenden, Ersatzmutterchaften und der fremdnützigen Verwendung des Embryos, vor allem der verbrauchenden Embryonenforschung, Einhalt geboten werden¹⁵⁸.

Der objektive Tatbestand setzt die Entnahme des Embryos aus dem Mutterleib, gleich ob aus den Tuben oder dem Uterus, voraus¹⁵⁹. Die Entnahme muss vor der Nidation des Embryos in den Uterus erfolgen, ab diesem Zeitpunkt greifen ausschließlich die Regeln über den Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB)¹⁶⁰. Medizinisch kann die Entnahme durch Ausspülung des Uterus erfolgen¹⁶¹. Diese Methode ist mit verschiedenen Risiken für die Spenderin verbunden. Dazu gehört die Gefahr, dass der Embryo trotz Spülung im Uterus verbleibt und eine Schwangerschaft eintritt. Beobachtet wurden auch Eileiterschwangerschaften und Infektionen. Deshalb gilt das Verfahren heute auch dort, wo es rechtlich erlaubt ist, medizinisch nicht mehr als akzeptabel¹⁶². Stattdessen werden nach ovarieller Hyperstimulation der Spenderin Eizellen entnommen und in vitro befruchtet, um Embryos zu gewinnen¹⁶³. § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG ist damit zwar nicht obsolet, dient aber ebenso wie § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG primär der Vermeidung von Strafbarkeitslücken.

Subjektiv setzt § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie die Absicht voraus, den Embryo auf eine andere Frau zu übertragen oder ihn für einen nicht seiner Erhaltung

¹⁵⁷ Näher unten 6; vgl. auch Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245 f.; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 9. Eine gegen den Willen der behandelten Frau erfolgende Übertragung des Embryos zöge eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG nach sich.

¹⁵⁸ BT-Drs. 11/5460, S. 9.

¹⁵⁹ Vgl. Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 10.

¹⁶⁰ BT-Drs. 11/5460, S. 9.

¹⁶¹ Sauer/Bustillo/Gorill/Louw/Marshall/Buster, *Obstetrics and Gynecology* 1988, 804.

¹⁶² Schenker, *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 1995, 499, 502.

¹⁶³ Dieses Verfahren wird bereits von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfasst, s.o. C.I.2., S. 46 ff.

dienenden Zweck zu verwenden. Eine „andere Frau“ i. S. d. Vorschrift ist jede Frau, von welcher der Embryo nicht genetisch abstammt¹⁶⁴. In seiner ersten Variante dient die auf die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften ausgerichtete Vorschrift damit dem Schutz des Kindeswohls¹⁶⁵. Von der zweiten, hier nicht relevanten Variante, wird jeder Zweck erfasst, der den Gesundheitszustand und/oder die Überlebenschancen des Embryos verschlechtert¹⁶⁶ und damit vor allem die verbrauchende Embryonenforschung.

Die Entnahme des Embryos mit dem Ziel, ihn auf eine andere Frau zu übertragen, kann ausnahmsweise nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, wenn die genetische Mutter nicht mehr fähig ist, die Schwangerschaft auszutragen, sei es aufgrund eines Unfalls oder einer Erkrankung. Die nachfolgende Übertragung auf eine andere Frau ist aber nur zulässig, wenn diese das Kind nach der Geburt nicht wieder Dritten (und damit auch der genetischen Mutter) überlassen will, ansonsten greift § 1 Abs. 1 Nr. 7 Fall 2 ESchG. Erlaubt ist also nur die rettende Embryospende¹⁶⁷. Besonders häufig dürften Fälle dieser Art in der Praxis allerdings nicht vorkommen. Denkbar sind sie praktisch nur, wenn die betroffene Frau vor der Nidation sicher weiß, dass sie einen Embryo in sich trägt. Das ist lediglich nach einem Embryotransfer im Rahmen einer IVF/ICSI oder eines PROST/TEST der Fall¹⁶⁸; selbst dann ist das Zeitfenster bis zur Einnistung sehr klein¹⁶⁹. Nur wenige werden in dieser Situation (Unfall, Erkrankung) überhaupt an eine Embryospende denken, so dass es sich eher um eine nur in der Theorie vorstellbare Konstellation handelt.

¹⁶⁴ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 16.

¹⁶⁵ Kritisch deshalb: Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 4.

¹⁶⁶ Eingehend: Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 17. Ob darunter wegen der regelmäßig eintretenden Verschlechterung seiner Entwicklungschancen bereits die Entnahme des Embryos selbst fällt (so Taupitz, ebd.) erscheint zweifelhaft, da dem Wortlaut der Vorschrift nach die Entnahme und die Verwendung zu einem nicht der Erhaltung des Embryos dienenden Zweck voneinander zu trennen sind.

¹⁶⁷ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 17; vgl. auch Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 44.

¹⁶⁸ Denn ein Schwangerschaftstest zeigt die Schwangerschaft erst nach der Einnistung des Embryos an (vgl. https://en.wikipedia.org/wiki/Pregnancy_test, eingesehen am 25.1.2018).

¹⁶⁹ Die Nidation erfolgt am fünften oder sechsten Tag nach der Befruchtung (<http://de.wikipedia.org/wiki/Nidation>, eingesehen am 25.1.2018).

3. § 1 Abs. 2 ESchG

Der schon im Zusammenhang mit der Eizellspende erläuterte, sich aus § 1 Abs. 2 ESchG ergebende Auffangtatbestand verbietet die Imprägnation einer Eizelle mit der Absicht, nicht eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Fälle der Embryospende werden von ihm nur erfasst, wenn bereits zum Zeitpunkt der Imprägnation die soeben angesprochene Absicht¹⁷⁰ vorlag. Auch insoweit tritt § 1 Abs. 2 ESchG als mitbestrafte Vortat hinter § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zurück, wenn im Anschluss durch Auftauen und Weiterkultivieren die Vollendung des Befruchtungsvorgangs bewirkt wird¹⁷¹.

4. § 2 ESchG

§ 2 Abs. 1 ergänzt als Auffangtatbestand § 1 ESchG¹⁷². Tatobjekt der Vorschrift ist ausweislich des Gesetzeswortlauts der extrakorporal erzeugte¹⁷³ oder der Frau vor Abschluss seiner Einnistung in die Gebärmutter entnommene Embryo. Der Embryo muss also bereits extrakorporal verfügbar sein. Befindet er sich noch im Körper der Frau, gilt § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG¹⁷⁴. Imprägnierte Eizellen, bei denen der Befruchtungsvorgang noch nicht zum Abschluss gekommen ist, sind ebenfalls kein taugliches Tatobjekt der Vorschrift (*arg e cont* § 8 Abs. 1 ESchG)¹⁷⁵.

§ 2 Abs. 1 ESchG enthält vier Tatmodalitäten: die Veräußerung, die Abgabe, den Erwerb und die Verwendung von Embryonen. Bei den drei zuletzt genannten Tathandlungen muss auf subjektiver Seite neben dem Vorsatz die Absicht hinzutreten, den Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu nutzen¹⁷⁶. Ebenso wie bei § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG sind damit alle Zwecke gemeint, die zur Verschlechterung der Gesundheit oder der Überlebenschancen des Embryos führen¹⁷⁷. Da die

¹⁷⁰ Vgl. oben C.I.3., S. 48 f.

¹⁷¹ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 24.

¹⁷² Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 7.

¹⁷³ Extrakorporal erzeugt werden können Embryonen nicht nur im Rahmen einer IVF oder ICSI, sondern auch durch Abspaltung einer totipotenten Zelle von einem bereits existierenden Embryo – Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 17.

¹⁷⁴ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 18.

¹⁷⁵ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 10.

¹⁷⁶ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 39.

¹⁷⁷ Das Merkmal soll in beiden Fällen aber unterschiedlich ausgelegt werden – näher: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 40 f.

Übertragung des bereits extrakorporal verfügbaren Embryos auf eine andere Frau, und damit sowohl auf eine Leihmutter als auch die Wunschmutter bei der Embryospende, die Überlebenschancen des Embryos nicht verschlechtert, fällt diese nicht unter die benannten Tatmodalitäten des § 2 Abs. 1 ESchG. Die Übertragung des Embryos auf eine Leihmutter zöge allerdings eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG nach sich, so dass letztlich nur die rettende Embryospende zulässig bleibt¹⁷⁸.

Die Übertragung des Embryos auf eine andere Frau, die den Embryo austragen möchte, kann also lediglich in der Variante der Veräußerung nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbar sein; denn der Verkauf von Embryonen ist mit Blick auf die in der Kommerzialisierung liegende Verletzung der Menschenwürde des Embryos¹⁷⁹, unabhängig von der Art der beabsichtigten Verwendung, verboten. Eine entgeltliche Veräußerung ist gegeben, wenn der Täter für den Embryo eine „in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB) erhält. Der Ersatz von im Zusammenhang mit der Übergabe stehenden Aufwendungen, wie Verdienstausschlag, Material- und Reisekosten, reicht hierfür nicht aus; wird aber eine den Aufwendersersatz übersteigende Vergütung gezahlt, ist der Tatbestand erfüllt¹⁸⁰.

Die unentgeltliche Übertragung des Gewahrsams am Embryo auf eine andere Person (Abgabe) und die unentgeltliche wie entgeltliche Erlangung des tatsächlichen Gewahrsams am Embryo (Erwerb)¹⁸¹ bleiben damit nach § 2 Abs. 1 ESchG straffrei, wenn der Embryo auf eine andere als diejenige Frau, von welcher er genetisch abstammt, zu dem Zweck übertragen werden soll, eine Schwangerschaft dieser Frau herbeizuführen¹⁸².

5. Täterschaft, Teilnahme und persönliche Strafausschließungsgründe

Jedermann kann Täter der in diesem Abschnitt erwähnten Straftatbestände (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 6 und Abs. 2 ESchG sowie § 2 ESchG) sein. Da die Durchführung der in § 1 ESchG genannten Verfahren medizinisches

¹⁷⁸ Kritisch deshalb: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 44.

¹⁷⁹ Zum Ganzen: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 5, 25; eingehend zur Menschenwürde unten H.I.

¹⁸⁰ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 27.

¹⁸¹ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 29.

¹⁸² Will die Empfängerin das Kind selber großziehen, ist die Embryospende damit strafrei (Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 370; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 13).

Fachwissen voraussetzt, kommen primär Ärzte als Täter in Betracht¹⁸³. Das gilt nicht in gleichem Maße für die durch § 2 ESchG erfassten Tatmodalitäten, so dass der Kreis möglicher Täter weiter zu ziehen ist. Der in § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG enthaltene persönliche Strafausschlussgrund ist ausweislich seines Wortlauts auch auf § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG anwendbar, mit der Folge, dass die Frau, welche auf dem in Nr. 6 ESchG beschriebenen Weg einen Embryo spendet, straffrei bleibt¹⁸⁴. Gleiches gilt für die Frau, auf welche der Embryo übertragen wird¹⁸⁵. Eine (analoge) Anwendung auf § 2 ESchG scheidet aber aus¹⁸⁶. Auch eine Strafbarkeit des Wunschvaters wegen seiner Teilnahme an einem der aufgeführten Delikte wird durch § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG nicht ausgeschlossen¹⁸⁷. Etwas anderes gilt lediglich für das Bereitstellen von Samen durch den Wunschvater, was – soweit es im Rahmen von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG erfolgt – als notwendige Teilnahmehandlung eingestuft werden kann¹⁸⁸.

6. Die erlaubten Fälle der Embryospende

Aus den besprochenen Strafvorschriften ergibt sich, dass die Embryospende auch in Deutschland nicht in allen Konstellationen verboten ist. Überzählige Embryonen, die bei der Behandlung unfruchtbarer Paare entstehen, können nach erfolgreichem Abschluss der Behandlung oder wenn ein Transfer auf die genetisch eigene Mutter des Embryos aus anderen Gründen ausscheidet¹⁸⁹, gespendet werden¹⁹⁰.

¹⁸³ BT-Drs. 11/5460, S. 8; Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 24; Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG, Rn. 18.

¹⁸⁴ Zur Anwendbarkeit von § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG auf § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und Abs. 2 ESchG vgl. oben C.I.4., S. 49 f.

¹⁸⁵ Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369.

¹⁸⁶ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 2 ESchG, Rn. 64.

¹⁸⁷ Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369.

¹⁸⁸ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 27.

¹⁸⁹ Vgl. zu diesen Konstellationen B.II.5.c., S. 36 ff.

¹⁹⁰ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 41 f.; vgl. auch Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245 f. und Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 370.

*7. Das Verbot der Spende von imprägnierten
Eizellen im Pronukleusstadium*

Bereits dargelegt wurde, dass aufgrund der Beschränkungen von § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG und den zumindest bisher bestehenden Schwierigkeiten bei der Kryokonservierung unbefruchteter Eizellen, alle nach einer ovariellen Hyperstimulation entnommenen Eizellen zunächst imprägniert werden. Der Befruchtungsvorgang wird dann aber bei denjenigen Zellen durch Kryokonservierung unterbrochen, die nicht im gleichen Zyklus auf die Frau übertragen werden sollen¹⁹¹.

Tritt eine Schwangerschaft der behandelten Frau im ersten oder zweiten Behandlungszyklus ein, sind zum Teil noch überzählige kryokonservierte Eizellen im Pronukleusstadium vorhanden, die theoretisch für eine Spende zur Verfügung stünden. Anders als bei kryokonservierten Embryonen ist die Spende von Eizellen im Pronukleusstadium aber nicht straffrei für die behandelnden Ärzte. Zwar fällt die Übertragung nicht unter § 2 Abs. 1 ESchG, weil die imprägnierten Eizellen schon kein taugliches Tatobjekt im Sinne der Vorschrift sind¹⁹²; die mit dem Auftauen verbundene Vollendung des Befruchtungsvorgangs in der Absicht, die Schwangerschaft einer anderen Frau herbeizuführen als derjenigen, von der die Eizelle stammt, fällt aber unter § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG¹⁹³. Anders als kryokonservierte Embryonen bleiben kryokonservierte Eizellen im Pronukleusstadium damit von einer Spende ausgenommen. Angesichts der Tatsache, dass inzwischen auch die Kryokonservierung von unbefruchteten Eizellen ohne Auswirkungen auf die mit diesen Eizellen erzielbaren Schwangerschaftsraten möglich¹⁹⁴ ist, wird diese Fallgruppe in Zukunft möglicherweise etwas an praktischer Relevanz verlieren.

¹⁹¹ Oben B.II.5.b., S. 34 f.

¹⁹² Oben C.II.4., S. 54 f.

¹⁹³ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 15; Müller-Terpitz in: Spickhoff, § 1 ESchG, Rn. 10; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 11 f., 37 ff.

¹⁹⁴ Potdar/Gelbaya/Nardo, Reproductive BioMedicine Online 2014, 159; Bündgen/Diedrich/Griesinger, Gynäkologische Endokrinologie 2010, 213, 214; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 15.

III. Das Verbot der Spende von mitochondrialer DNA

1. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG

§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG erfasst die Spende mitochondrialer DNA nicht; denn unabhängig von der angewandten Methode¹⁹⁵ wird eine befruchtete Eizelle übertragen.

2. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG

Hinsichtlich des Eingreifens von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG kann zwischen den zur Verfügung stehenden Methoden differenziert werden.

Der Vorkern-Transfer, bei dem zunächst sowohl die gespendete Eizelle als auch diejenige der Wunschmutter imprägniert werden und erst im Anschluss die entstandenen Vorkerne aus der Eizelle der Wunschmutter in diejenige der Spenderin transferiert werden, erfüllt den Tatbestand in der ersten Phase (Imprägnation der Spendereizelle) nicht. Denn die Befruchtung ist erst abgeschlossen, wenn sich die beiden Vorkerne vereinigt haben (Kernverschmelzung, § 8 Abs. 1 ESchG). Soll der Vereinigungsvorgang von vornherein unterbrochen werden, scheidet das Unternehmen einer Befruchtung mangels Vorsatzes aus¹⁹⁶. Das gilt nicht nur für die Unterbrechung durch Kryokonservierung¹⁹⁷, sondern muss konsequenterweise auch auf die beabsichtigte Entkernung der imprägnierten Spendereizelle übertragbar sein; denn dadurch wird die Befruchtung ebenfalls unterbrochen.

Allerdings wird der Befruchtungsvorgang nach Entkernung und Übertragung der Vorkerne aus der ebenfalls zuvor imprägnierten Eizelle der Wunschmutter doch noch vollendet. Da die Reaktivierung einer kryokonservierten imprägnierten Eizelle und die damit einhergehende Fortsetzung des Befruchtungsvorgangs mit in den Kreis der von der Tatbehandlung erfassten Befruchtungstechniken gehört¹⁹⁸, fällt auch die Vollendung der Befruchtung nach dem Transfer der Vorkerne in eine Spen-

¹⁹⁵ Vgl. oben B.II.5.d., S. 38 ff.

¹⁹⁶ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 11.

¹⁹⁷ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 11.

¹⁹⁸ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 15; Müller-Terptitz in: Spickhoff, § 1 ESchG, Rn. 10; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 11 f., 37 ff.

dereizelle unter § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Unklar ist lediglich, ob es sich unter diesen Umständen noch um die Befruchtung zu einem anderen Zweck handelt, als die Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Denn die DNA des Zellkerns stammt nach dem Transfer der Vorkerne nunmehr von der Frau, auf welche die Eizelle übertragen werden soll. Der Rest der Zelle einschließlich der Mitochondrien und der in ihnen enthaltenen mitochondrialen DNA stammt aber weiterhin von der Spenderin.

Telos der Norm ist unter anderem die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften, primär zum Schutz des Kindeswohls¹⁹⁹. Die Spende mitochondrialer DNA weist insoweit eine Nähe zur Eizellspende auf. Der Anteil mitochondrialer DNA, welche in der gespendeten Eizelle verbleibt, ist im Verhältnis zur DNA des ersetzten Zellkerns (genauer: des weiblichen Vorkerns) allerdings sehr gering²⁰⁰. Auswirkungen auf Charaktereigenschaften, das Aussehen oder andere individualitätsstiftende Eigenschaften haben die in den Mitochondrien enthaltenen Gene nicht. Die Folgen der Spende beschränken sich auf das Vorhandensein oder Fehlen der Krankheit, deren Entstehung verhindert werden soll. Die Individualitätsfindung des Kindes wird nicht beeinträchtigt²⁰¹. Die mit dem Kerntransfer einhergehende nahezu hundertprozentige Abstammung von der Wunschmutter steht damit einer Anwendung von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG auf die Fälle der Spende mitochondrialer DNA entgegen. Für diese Sichtweise spricht zusätzlich ein Vergleich mit dem Verbot des Klonens (§ 6 ESchG); denn auch insoweit wird davon ausgegangen, dass es für die genetische Identität zwischen zwei menschlichen Lebewesen (nur) auf die DNA im Zellkern ankommt und die sich in den Mitochondrien befindende DNA vernachlässigt werden kann²⁰². Eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG scheidet demnach bei Durchführung des Vorkern-Transfers aus.

¹⁹⁹ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 1, 5.

²⁰⁰ Oben B.II.5.d., S. 38 ff.

²⁰¹ Näher: unten I.I.8.a.ii., S. 326 f.

²⁰² Von Bülow, DÄBl 1997, A-718, A-720; vgl. Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls des Europarats zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12.1.1998 in: Honnefelder/Streffer, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 332. Zweifel können sich auch dadurch ergeben, dass die entkernte Eizelle gar nicht mehr als solche, sondern als „Reste einer Keimzelle“ angesehen wird (BT-Drs. 13/11263, S. 16). Viel spricht aber dafür, dass sie durch das Einfügen eines neuen Zellkerns ihre Qualität als Keimzelle zurückerlangt, weil nunmehr die biologischen Funktionen der Zelle wieder aufleben und aus ihr im Fall ihrer Befruchtung menschliches Leben entstehen kann.

Gleiches gilt auch für den Spindel-Transfer. Es findet ebenfalls eine Übertragung der mütterlichen DNA aus dem Zellkern in die Spendereizelle statt. Von der Spenderin stammt das Kind – jedenfalls soweit identitätsstiftende Merkmale betroffen sind – nicht ab.

3. § 1 Abs. 2 Nr. 1 ESchG

Die für den Vorkern-Transfer erforderliche Imprägnation der Spendereizelle, welche der Übertragung der Vorkerne vorausgeht, erfüllt aber den Tatbestand von § 1 Abs. 2 Nr. 1 ESchG. Denn dafür ist es anders als bei § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ausreichend, dass die Samenzelle in das Zytoplasma der Eizelle eingedrungen ist, die Befruchtung muss nicht abgeschlossen sein²⁰³. Die subjektiv erforderliche Absicht, nicht eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, ist ebenfalls gegeben; denn die Spendereizelle soll vor Vollendung des Befruchtungsvorgangs entkernt werden.

Eine vergleichbare Imprägnation vor dem Kerntransfer ist bei Anwendung der Spindelmethode nicht vorgesehen. Sie bleibt deshalb auch nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 ESchG straffrei.

4. § 5 ESchG

Umstritten ist die Rechtslage im Hinblick auf § 5 ESchG. Die Vorschrift verbietet die künstliche Veränderung menschlicher Keimbahnzellen. Von diesem Begriff erfasst sind gemäß § 8 Abs. 3 ESchG nicht nur Ei- und Samenzellen, sondern auch befruchtete und imprägnierte Eizellen, so dass sich sowohl für das Verfahren des Vorkern-Transfers als auch dasjenige des Spindel-Transfers die Frage stellt, ob die mit beiden Methoden verbundene vollständige Entfernung des Zellkerns der (imprägnierten oder unbefruchteten) Eizelle und der Ersatz des Kernmaterials mit dem der Wunschmutter (oder der Wunscheltern im Fall der Entkernung einer imprägnierten Eizelle) eine Veränderung oder einen kompletten Austausch der Erbinformationen darstellt. Nur im ersten Fall wäre § 5 Abs. 1 ESchG tatbestandlich erfüllt. Der Streit entfacht sich letztlich an dem Zweck, zu dem der Kerntransfer bei der Spende mitochondrialer DNA

²⁰³ Vgl. oben C.I.3., S. 48 f. und Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 2 ESchG, Rn. 9–12.

vorgenommen wird; denn die in den Mitochondrien enthaltene DNA der Spenderin bleibt in der ursprünglichen Eizelle zurück, so dass aufgrund der damit verbundenen Kombination von DNA verschiedener Menschen eine Veränderung gegeben zu sein scheint. Nach der bereits dargelegten Auffassung zum Klonen kommt es für die Identität zwischen zwei Lebewesen aber lediglich auf die DNA im Zellkern an. Deshalb kann nicht mehr von einer Veränderung der DNA ausgegangen werden: Die DNA der ursprünglichen Eizelle wird entfernt, es verbleiben nur noch Reste der Eizelle; eine Veränderung setzt aber deren Fortbestand voraus. Das Einfügen eines neuen Zellkerns kann damit nach vorzugswürdiger Auffassung nicht als Veränderung der Keimbahnzelle angesehen werden²⁰⁴. Andere wollen den Begriff des Veränderns freilich nicht derart eng auslegen. § 5 Abs. 1 ESchG soll danach mit Blick auf die in der Eizelle verbleibende mitochondriale DNA auch in Fällen des Kerntransfers anwendbar sein²⁰⁵. Allerdings greift selbst unter Zugrundelegung dieser Auffassung der in § 5 Abs. 4 Nr. 1 ESchG enthaltene Tatbestandsausschluss, weil durch die Bestimmung der Spendereizelle zum Zellkernaustausch ausgeschlossen ist, dass sie zur Befruchtung verwendet wird²⁰⁶. Dieses Argument spricht im Übrigen auch im Zusammenhang mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG gegen dessen Anwendbarkeit auf die Fälle der Spende mitochondrialer DNA. Denn ist die Spendereizelle zur Entkernung vorgesehen und kann sie deshalb nicht mehr zur Befruchtung verwendet werden, ist auch ausgeschlossen, dass sie noch als taugliches Tatobjekt für eine künstliche Befruchtung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG infrage kommt.

5. § 6 ESchG

§ 6 ESchG verbietet das Klonen, d.h. das Bewirken, dass ein menschlicher Embryo mit den gleichen Erbinformationen wie ein anderer Embryo, Mensch oder Verstorbener entsteht. Einschlägig kann diese Vorschrift von vornherein nur in den Fällen des Vorkern-Transfers sein, in denen die Vorkerne der imprägnierten Eizelle der Wunschmutter auf diejenige der Spenderin übertragen werden. Die Anwendbarkeit der Vorschrift

²⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 13/11263, S. 16; Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 5 ESchG, Rn. 14; von Bülow, DÄBl 1997, A-718, A-724; a.A. Schütze, Embryonale Humanstammzellen, S. 305 f.

²⁰⁵ Schütze, Embryonale Humanstammzellen, S. 305 f.

²⁰⁶ BT-Drs. 13/11263, S. 16; Eser et al. in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 2, S. 357, 369 f.

auf mittels Zellkerntransplantation erzeugte Embryonen ist spiegelbildlich zu § 5 ESchG ebenfalls umstritten. Legt man den Schwerpunkt der Betrachtung auf die Frage einer qualitativen Abweichung des Genoms, kann wegen der in den Mitochondrien enthaltenen DNA der Spenderin nicht von der Identität des so erzeugten Embryos ausgegangen werden²⁰⁷. Der Wortlaut der Vorschrift, welcher lediglich verlangt, dass der Embryo mit den „gleichen“, nicht aber „denselben“ Erbinformationen ausgestattet ist, lässt es aber zu, die in den Mitochondrien enthaltene DNA, die nach aktuellem Kenntnisstand lediglich 0,001 Prozent der gesamten Erbinformationen ausmachen²⁰⁸, zu vernachlässigen²⁰⁹ und von einer Strafbarkeit in Fällen des Kerntransfers auszugehen. Diese Auffassung entspricht den Vorgaben des Europarats, wonach ein menschliches Lebewesen, das mit einem anderen menschlichen Lebewesen identisch ist, dasselbe Kerngenom hat²¹⁰. An der Erfüllung des Tatbestands kann im Fall des Vorkern-Transfers auch nicht etwa deshalb gezweifelt werden, weil die Ursprungsezelle bei dem Verfahren durch die Entkernung vernichtet wird, so dass letztlich nur noch ein Lebewesen mit der entsprechenden DNA existiert; denn § 6 ESchG verbietet auch das Klonen Verstorbener. Dieser Begriff ist weit auszulegen und umfasst selbst tote Embryonen, weil der Gesetzgeber das Erstellen von Kopien menschlicher Individuen generell verhindern wollte²¹¹. Damit sollten auch imprägnierte Eizellen im Pro-nukleusstadium von der Vorschrift erfasst sein; denn das genetische Programm steht bei ihnen ebenfalls bereits fest, so dass von der Existenz eines Individuums ausgegangen werden kann.

²⁰⁷ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 6 ESchG, Rn. 16. Nicht recht nachvollziehbar ist es, einerseits im Zusammenhang mit § 5 ESchG davon auszugehen, dass trotz der in den Mitochondrien verbleibenden DNA keine „Veränderung“ der Erbinformationen gegeben sei (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 5 ESchG, Rn. 14) und dann im Zusammenhang mit § 6 ESchG gerade aufgrund der mitochondrialen DNA zu behaupten, dass keine Identität zwischen den Embryonen bestehe (Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 6 ESchG, Rn. 16). Entweder spielt die mitochondriale DNA bei der Auslegung beider Vorschriften eine Rolle, oder sie kann, was überzeugender ist, aufgrund der geringen Menge bei der Anwendung beider Normen vernachlässigt werden.

²⁰⁸ Vgl. Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 5 ESchG, Rn. 14.

²⁰⁹ Von Bülow, DÄBl 1997, A-718, A-720; Schütze, Embryonale Humanstammzellen, S. 307 ff.

²¹⁰ Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls des Europarats zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12.1.1998 in: Honnefelder/Streffer, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 332.

²¹¹ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 6 ESchG, Rn. 18.

6. Das Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Strafbarkeit der Spende mitochondrialer DNA von der verwendeten Methode abhängig ist. Während der Vorkern-Transfer Strafbarkeiten nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 ESchG und § 6 ESchG auslöst, ist der Spindel-Transfer von beiden Straftatbeständen nicht erfasst. Eine Strafbarkeit nach § 5 ESchG scheidet jedenfalls an dem in Abs. 4 Nr. 1 ESchG enthaltenen Tatbestandsausschluss.

IV. Das Verbot der Ersatzmutterschaft

Die Strafvorschriften, welche die Ersatzmutterschaft erfassen, sind auf das ESchG und das AdVermiG verteilt. Beide Gesetze definieren den Begriff der Ersatzmutterschaft unterschiedlich. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG ist Ersatzmutter eine Frau, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen. § 13a AdVermiG definiert die Ersatzmutter dagegen als eine Frau, die aufgrund einer Vereinbarung bereit ist, sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen²¹². Mit Blick auf die Tatsache, dass eine rechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung nicht gefordert wird²¹³, besteht aber kein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Definitionen²¹⁴.

Für das Verbot der Ersatzmutterschaft werden verschiedene Gründe angeführt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass sich die Ersatzmutterschaft pränatal negativ auf die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes auswirken könne; denn betrachtet die Ersatzmutter die Schwangerschaft als Dienstleistung, könne sie eine innere Distanz zum Kind aufbauen und ihm dadurch die für seine Entwicklung wesentliche enge persönliche Beziehung verweigern²¹⁵. Postnatal bestehe die Gefahr einer gestörten Identitätsfindung²¹⁶. Auch Ersatz- und Leihmütter sollen geschützt werden. Entwickelt sich eine gefühlsmäßige Bindung zwischen der Ersatz-

²¹² Näher zur sich aus § 13a AdVermiG ergebenden Definition: unten C.IV.2.a., S. 67 f.

²¹³ C.IV.2.a.i., S. 68 ff.

²¹⁴ Coester in: FS Jayme, S. 1243; vgl. auch Liermann, FamRZ 1991, 1403.

²¹⁵ BT-Drs. 11/4154, S. 6; BGHZ 203, 350, 361 (Rn. 39); so auch bereits Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 75 f.

²¹⁶ BT-Drs. 11/4154, S. 6.

mutter und Kind, sollen die daraus resultierenden Streitigkeiten um die Herausgabe des Kindes vermieden werden²¹⁷. Daneben seien auch (eventuell vorhandene) Partner und Kinder der Ersatzmutter von negativen Auswirkungen der Ersatzmutterchaft betroffen – der Partner, weil die Ersatzmutter das Kind eines anderen Mannes austrage, die Kinder, weil sich bei ihnen Ängste davor, weggegeben zu werden, entwickeln könnten²¹⁸. Außerdem bestehe die Gefahr, dass die Wunschmutter aufgrund der nicht erlebten Schwangerschaft zumindest Schwierigkeiten bei der Beziehungsaufnahme zu dem Kind haben kann²¹⁹. Schließlich wird die Menschenwürde des mit Transferabsicht gezeugten Kindes²²⁰ und der als „Gebärmachine“ eingesetzten Ersatzmutter als verletzt angesehen²²¹. Real existent ist jedenfalls die Gefahr, dass die Wunscheltern das Kind im Fall seiner Behinderung nicht abnehmen²²², wie der Fall von australischen Wunscheltern, welche ein unter dem Down-Syndrom leidendes Kind bei der thailändischen Leihmutter zurückließen, eindrucksvoll zeigt²²³.

1. Die Ersatzmutterchaft erfassende Vorschriften im ESchG

a. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und § 1 Abs. 2 ESchG

Im ESchG lässt sich das Verbot der Ersatzmutterchaft, oder genauer, der Leihmutterchaft, aus § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 sowie § 1 Abs. 2 ESchG ableiten. Der bereits besprochene § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG²²⁴ verbietet die Übertragung von fremden unbefruchteten Eizellen auf eine Frau und richtet sich damit neben der Eizellspende auch gegen Leihmutterchaften. Gleiches gilt für die §§ 1 Abs. 1 Nr. 2 und 1 Abs. 2 ESchG²²⁵, welche

²¹⁷ BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.; BGHZ 203, 350, 361 f. (Rn. 39); vgl. dazu auch den 1988 vom Supreme Court of New Jersey entschiedenen Fall des „Baby M“ – besprochen von: Coester-Waltjen, FamRZ 1988, 573.

²¹⁸ Maier, Forpflanzungsmedizin in Deutschland 2001, 86, 92.

²¹⁹ Maier, Forpflanzungsmedizin in Deutschland 2001, 86, 92.

²²⁰ KG, StAZ 2013, 348, 350; OLG Hamm, FamRZ 1986, 159, 160 f.; AG Hamm, FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Kolhossler, JA 1985, 553, 556; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 232 f.

²²¹ KG, StAZ 2013, 348, 350; vgl. weiter: AG Hamm FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 232 f.; näher zu beiden Problemen unten: H.I.1.

²²² BT-Drs. 11/5460, S. 8; BGHZ 203, 350, 361 f. (Rn. 39).

²²³ <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-08/leihmutter-thailand-empoe-rung> und <http://www.spiegel.de/panorama/gammy-leihmutter-will-jungen-mit-downs-yndrom-bei-sich-behalten-a-984324.html>, beide eingesehen am: 25.1.2018.

²²⁴ Oben C.I.1., S. 45 f.

²²⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 8.

die künstliche Befruchtung einer Eizelle (Abs. 1 Nr. 2) und das künstliche Bewirken der Imprägnation einer Eizelle durch IVF (Abs. 2 Nr. 1) oder ICSI (Abs. 2 Nr. 2) unter Strafe stellen, wenn damit ein anderer Zweck verfolgt wird als die Herbeiführung einer Schwangerschaft der Frau, von der die Eizelle stammt²²⁶. Schließlich soll auch der eher der Vermeidung von Strafbarkeitslücken dienende § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG Leihmutterchaften verhindern. Er verbietet die (zeitlich vor der Einnistung liegende) Entnahme von Embryonen aus dem Uterus unter anderem, wenn sie mit dem Ziel erfolgt, ihn auf eine andere Frau zu übertragen²²⁷. Zwar kann die Entnahme eines Embryos mit dem Ziel, ihn auf eine andere Frau zu übertragen, nach § 34 StGB gerechtfertigt sein, wenn die betroffene Frau so erkrankt oder verunglückt ist, dass sie das Kind selbst nicht austragen kann. Zulässig ist aber lediglich die Übertragung auf eine Frau, die das Kind nicht nur austragen, sondern später auch bei sich aufnehmen will. Erlaubt ist dementsprechend lediglich die rettende Embryospende²²⁸.

b. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG

Ausschließlich gegen Ersatz- bzw. Leihmutterchaften richtet sich § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG. Die Vorschrift stellt die Durchführung einer künstlichen Befruchtung bei einer Frau, die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen, unter Strafe (Var. 1). Das gleiche gilt für die Vornahme eines Embryotransfers auf eine Frau mit der entsprechenden Bereitschaft (Var. 2). Gerichtet ist sie primär an Ärzte, Biologen und andere Angehörige der Heilberufe, welche über die erforderlichen medizinischen Fähigkeiten verfügen, erfasst werden aber auch Beihilfe- und Anstiftungshandlungen anderer Personen. Wegen des in § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG enthaltenen persönlichen Strafausschlussgrundes bleiben die Ersatzmutter und die Wunscheltern selbst aber straffrei²²⁹.

In seiner ersten Variante setzt die Norm als Tathandlung die Durchführung einer künstlichen Befruchtung bei der Ersatzmutter voraus. Dazu zählen die Insemination, GIFT und PROST²³⁰, nicht aber die IVF, weil

²²⁶ Oben C.I.2. und 3., S. 46 ff.

²²⁷ Zur Vorschrift vgl. oben C.II.2., S. 52 f.

²²⁸ Vgl. auch oben C.II.2., S. 52 f.

²²⁹ Der persönliche Strafausschlussgrund gilt trotz des Wortlauts („...Person, die das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will“) für beide Wunschelternanteile – Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 30–32.

²³⁰ Vgl. zu den Verfahren oben B.II.3., S. 30.

die Befruchtung dann nicht „bei“ der Ersatzmutter erfolgt. Befruchtung durch Beischlaf ist nicht künstlich und damit ebenfalls nicht tatbestandsmäßig²³¹. Tathandlung der zweiten Variante ist die Übertragung eines menschlichen Embryos auf die Ersatzmutter. Nicht erforderlich ist, dass es sich um einen durch IVF erzeugten Embryo handelt. Tatobjekt können auch Embryonen sein, die einer anderen Frau vor der Einnistung entnommen wurden²³².

Beide Varianten erfordern im objektiven Tatbestand außerdem die zum Tatzeitpunkt vorliegende Bereitschaft der Frau, das Kind nach der Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen. Zu welchem Zeitpunkt die Abgabe erfolgen soll, ist nicht relevant²³³. Als Dritte kommen vor allem die Wunscheltern in Betracht. Sie sind auch dann Dritte i.S.d. Vorschrift, wenn das Kind genetisch von ihnen abstammt. Ihre Identität muss zum Zeitpunkt der Tathandlung anders als bei § 13a AdVerMiG noch nicht feststehen²³⁴.

Subjektiv ist *dolus eventualis* hinsichtlich des objektiven Tatbestands erforderlich. Der Vorsatz muss sich auch auf die Bereitschaft der Frau, das Kind nach Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen, erstrecken. Nahm der behandelnde Arzt oder Biologe an, die Frau wolle das Kind nach der Geburt behalten, unterliegt er einem den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB)²³⁵. Wegen des in § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG enthaltenen persönlichen Strafausschließungsgrunds sollen die Ersatzmutter und die Wunscheltern selbst dann straffrei bleiben, wenn sie den behandelnden Arzt über ihre wahren Absichten im Dunkeln lassen²³⁶.

²³¹ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 27.

²³² Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 28.

²³³ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 23.

²³⁴ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 24.

²³⁵ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 29.

²³⁶ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 32. Im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG geht Günther (Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2, Rn. 24) allerdings davon aus, dass der persönliche Strafausschließungsgrund nicht greift, wenn der behandelnde Arzt durch die Eizellspenderin getäuscht wird; dann soll eine Strafbarkeit derselben als mittelbare Täterin in Betracht kommen. Auch im Zusammenhang mit § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG sollte deshalb über eine Strafbarkeit der Ersatzmutter und der Wunscheltern als mittelbare Täter zumindest in solchen Fällen nachgedacht werden, in denen diese den behandelnden Arzt aktiv täuschen.

c. Die nach dem ESchG erlaubte Fälle der Ersatzmutterschaft

Das ESchG untersagt lediglich die medizinische Assistenz bei der Herbeiführung von Ersatzmutterschaften und richtet sich an die praktizierenden Ärzte und Biologen. Dementsprechend ist nicht jede Herbeiführung einer Ersatzmutterschaft von den Verboten des ESchG erfasst. Das gilt vor allem für die durch natürliche Zeugung herbeigeführte Ersatzmutter-schaft und Fälle von Inseminationen, welche die Ersatzmutter selbst bei sich vornimmt²³⁷. Die abstammungsrechtlich interessante Konstellation der Leihmutter-schaft, bei der genetische Mutter und Geburtsmutter von-einander verschieden sind, macht allerdings in jedem Fall das Eingreifen von Medizinern erforderlich und wird allenfalls dann straffrei in Deutsch-land durchgeführt werden können, wenn Wunscheltern und Leihmutter den behandelnden Arzt über ihre tatsächlichen Absichten nicht aufklären und ihm etwa einen Fall der erlaubten Embryospende vorspiegeln.

2. Die Ersatzmutter-schaft erfassende Vorschriften im AdVerMiG

Die sich aus dem ESchG ergebenden strafrechtlichen Sanktionen, wel-che die Ersatzmutter-schaft betreffen, werden durch Vorschriften aus dem AdVerMiG ergänzt. Das Gesetz wurde ursprünglich als „Leistungsgesetz im Rahmen der Jugendhilfe“ ausgestaltet, weshalb die 1989 in das Gesetz aufgenommenen Vorschriften über die Ersatzmutter-schaft, vor allem die darin enthaltenen strafrechtlichen Sanktionen, teilweise als Fremdkörper aufgefasst wurden²³⁸. Die Regelungen sind im zweiten Abschnitt (§§ 13a – 13d) des AdVerMiG enthalten.

a. Die Definition der Ersatzmutter-schaft

Nach § 13a AdVerMiG ist Ersatzmutter eine Frau welche aufgrund einer Vereinbarung dazu bereit ist, ein durch natürliche oder künstliche Befruchtung gezeugtes Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen. Gleiches gilt

²³⁷ Diese sind zwar verboten, vgl. § 9 Nr. 1 ESchG, für die betreffende Frau aber wegen § 11 Abs. 2 ESchG nicht strafbar (Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245; Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 370).

²³⁸ Bach, FamRZ 1990, 574.

für den Fall, dass die Frau einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen lässt oder ihn sonst austrägt.

i. Die Wirksamkeit der Vereinbarung

Vereinbarung im Sinne dieser Vorschrift bedeutet nicht, dass es zu einem rechtlich bindenden Vertrag zwischen den Parteien gekommen sein muss²³⁹. Zu Recht wird nämlich ein solcher Vertrag zwischen den Wunscheltern und der Ersatzmutter für unwirksam gehalten.

(1) Die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB

Zum Teil wird aus den Vorschriften des AdVermiG und des ESchG selbst ein gesetzliches Verbot von Verträgen über die Ersatzmutterchaft abgeleitet, so dass entsprechende Vereinbarungen bereits gemäß § 134 BGB nichtig sein sollen²⁴⁰. Dem kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Ein Verbotsgesetz ist gegeben, wenn es seinem Sinn und Zweck nach den Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts verbietet²⁴¹. Wendet sich das Verbot nicht gegen das Rechtsgeschäft als solches, sondern nur gegen die Art und Umstände seines Zustandekommens, handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift²⁴². Inhalt der sich aus dem AdVermiG ergebenden Verbote ist – wie noch im Detail zu zeigen sein wird – das Verhindern einer bestimmten Art und Weise des Zustandekommens von Verträgen über die Ersatzmutterchaft. Ausdrücklich gegen den Abschluss eines solchen Vertrags richten sich die Verbote nicht. Anders als bisweilen vertreten, ergibt sich ein derartiges Verbot auch nicht aus dem Schutzzweck der §§ 13b, 13c AdVermiG²⁴³. Zwar wendet sich der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung auch gegen die Ersatzmutterchaft als solche. Ziel der Regelungen des AdVermiG sei, „dazu beizutragen, dass Ersatzmutterchaften unterbleiben“²⁴⁴. Das Vermittlungsverbot diene dazu, schon im

²³⁹ Coester in: FS Jayme, S. 1243 f.

²⁴⁰ AG Hamm, FamFR 2011, 511, Rn. 15–22; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1251; Liermann, MDR 1990, 857, 839 ff; Woitge, Jura 2015, 496, 497; zur alten Rechtslage vor Änderung des AdVermiG schon auf § 134 BGB abstellend: Giesen, JZ 1985, 1055, 1057.

²⁴¹ BGHZ 78, 263, 265; Armbrüster in: MüKo⁸, § 134 BGB, Rn. 41.

²⁴² Armbrüster in: MüKo⁸, § 134 BGB, Rn. 42.

²⁴³ So aber: Liermann, MDR 1990, 857, 860 f.

²⁴⁴ BT-Drs. 11/4154, S. 6.

Vorfeld Ersatzmuttertschaften zu verhindern²⁴⁵. Dennoch wird das rein private Zusammenfinden von Wunsch- und Ersatzmutter nicht sanktioniert²⁴⁶. Der Gesetzgeber bringt durch die im ESchG und AdVermiG enthaltenen Regelungen zwar seine Missbilligung der Ersatzmuttertschaft zum Ausdruck, wendet sich aber nicht unmittelbar gegen die Ersatzmuttertschaft als solche²⁴⁷. Der Abschluss der Vereinbarung über eine Ersatzmuttertschaft wird vom Wortlaut der Regelungen nicht erfasst. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Sperrwirkung des im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, § 3 OWiG) auch bei § 134 BGB Beachtung finden muss: Über ihren Tatbestand hinaus darf eine strafrechtliche Norm nicht als Verbotsgesetz angewendet werden²⁴⁸. Eine Erstreckung des Vermittlungs- und Anzeigenverbots auf den Abschluss der Vereinbarung über die Durchführung einer Ersatzmuttertschaft ist damit ausgeschlossen²⁴⁹. Die im AdVermiG enthaltenen Verbote stellen also bloße Ordnungsvorschriften dar, welche die Art und Umstände des Zustandekommens von Ersatzmutterchaftsverträgen sanktionieren. Ein gesetzliches Verbot besteht lediglich hinsichtlich des Abschlusses von Verträgen, welche auf die Ersatzmuttervermittlung²⁵⁰ oder das Schalten von entsprechenden Anzeigen gerichtet sind.

Etwas anderes hat grundsätzlich für Ersatzmutterverträge zu gelten, welche die Vornahme von Verstößen gegen das ESchG zum Gegenstand haben²⁵¹; denn Verträge mit strafgesetzwidrigem Inhalt sind gemäß § 134 BGB nichtig²⁵². Soweit die Vereinbarung der Ersatzmutterchaft aber nicht auf Verstöße gegen das ESchG gerichtet ist²⁵³, steht § 134 BGB ihrer Wirksamkeit damit nicht entgegen, und zwar unabhängig davon, ob sie durch eine verbotswidrige Vermittlung nach §§ 13b, 13c AdVermiG oder einen Verstoß gegen das Anzeigenverbot (§ 13d AdVermiG) zustande gekommen ist oder nicht²⁵⁴.

²⁴⁵ BT-Drs. 11/4154, S. 9.

²⁴⁶ Näher: C.IV.2.b., S. 74 f.; Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 371.

²⁴⁷ Schlegel, FuR 1996, 116.

²⁴⁸ Behm, NJW 1990, 1822, 1823; Armbrüster in: MüKo⁸, § 134 BGB, Rn. 51.

²⁴⁹ Gegen die Anwendung von § 134 BGB auch: Schlegel, FuR 1996, 116; Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369, 371.

²⁵⁰ Vgl. LG Osnabrück, NdsRpfl 1991, 93 zu § 5 AdVermiG.

²⁵¹ Rauscher in: Staudinger, Anhang zu § 1592 BGB, Rn. 21; insoweit richtig: Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1251; Liermann, FamRZ 1991, 1403; vgl. zu den möglichen Verstößen gegen das ESchG: oben C.IV.1., S. 64 ff.

²⁵² Armbrüster in: MüKo⁸, § 134 BGB, Rn. 53.

²⁵³ Fälle oben bei C.IV.1.c., S. 67.

²⁵⁴ Für eine entsprechende Differenzierung aber: Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1251.

(2) Die Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB

Für die verbleibenden, nicht unter § 134 BGB fallenden Konstellationen wird deshalb auf § 138 Abs. 1 BGB abgestellt. Die Vorschrift setzt einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden voraus²⁵⁵ und verweist insoweit auf sich aus der Sittenordnung ergebende Verhaltensgebote, vor allem rechtsethische Werte und Prinzipien, die der Rechtsordnung immanent sind. Im Grundgesetz enthaltene Wertentscheidungen, an erster Stelle diejenigen, welche sich aus den Grundrechten ergeben, stellen einen entscheidenden Anteil des Wertesystems dar. Die Grundrechte bestimmen deshalb im Wege der mittelbaren Drittwirkung ganz wesentlich die Auslegung des Begriffs der guten Sitten²⁵⁶.

Im Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB wird, bezogen auf Ersatzmutterverträge, nach wie vor geltend gemacht, dass das Kind aufgrund von Entgeltvereinbarungen zur Handelsware degradiert und dadurch in seiner Menschenwürde verletzt werde²⁵⁷. Das ist bei näherer Betrachtung aber nicht der Fall; denn das Kind kann durch einen Vorgang, dem es seine Existenz überhaupt erst verdankt, nicht gleichzeitig in seiner Menschenwürde verletzt sein²⁵⁸. Andernfalls ginge der (vorwirkende) Schutz

²⁵⁵ RGZ 80, 219, 221; BGHZ 10, 228, 232; 69, 295, 297.

²⁵⁶ Ellenberger in: Palandt, § 138 BGB, Rn. 4; vgl. auch BVerfGE 7, 198, 206; zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten eingehend: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 81 ff.

²⁵⁷ OLG Hamm, FamRZ 1986, 159, 160f; AG Hamm, FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Kolhossler, JA 1985, 553, 556; Schlegel, FuR 1996, 116; wer von der unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde ausgeht (zum Streit: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 54, Fn. 8 und S. 76, Fn. 148), müsste bereits die Verletzung eines gesetzlichen Verbots bejahen und von der Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 134 BGB ausgehen (vgl. Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 74 und 78). Neben einer Menschenwürdeverletzung auf Seiten des Kindes zusätzlich auch auf die Kommerzialisierung der Gebärfähigkeit der Ersatzmutter abstellend: Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 232; noch weitergehend: Rauscher in: Staudinger, Anhang zu § 1592 BGB, Rn. 21, der das Kindeswohl auch bei unentgeltlichen Vereinbarungen als verletzt ansieht und deshalb von einer Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB ausgeht; generell Sittenwidrigkeit bejahend: Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 75; vgl. zur Nichtigkeit von Ersatzmutterchaftsvereinbarungen aus rechtsvergleichender Sicht auch den vom Supreme Court of New Jersey entschiedenen Fall „Baby M“ – besprochen von Coester-Waltjen, FamRZ 1988, 573.

²⁵⁸ Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 46; BGHZ 203, 350, 366 (Rn. 49); BGH, NZFam 2018, 983, 986 (Rn. 24); Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 42; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 104; Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157.

der Menschenwürde so weit, dass er die Existenz des Subjekts, welches er schützen soll, verhindert²⁵⁹.

Neben der Verletzung der Menschenwürde des Kindes wird im Einzelfall auch eine Verletzung der Menschenwürde der Ersatz- bzw. Leihmutter diskutiert²⁶⁰. Allein die Durchführung der Ersatzmutterchaft genügt dafür aber nicht²⁶¹. Es müssen weitere Umstände hinzukommen, wie Unklarheiten in Bezug auf wesentliche Punkte der Ersatz- bzw. Leihmuttervereinbarung, etwa im Hinblick auf die Austragungsbedingungen. Auch mangelnde Freiwilligkeit der Mitwirkung auf Seiten der Ersatzmutter sind Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ihre Menschenwürde²⁶². Lediglich in solchen Fällen ist die Vereinbarung sittenwidrig und damit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig²⁶³.

Im Übrigen kann sich die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung bei einem Verstoß gegen herrschende sozioethische Wertvorstellungen auch ohne Verletzung der Menschenwürde ergeben. Vor allem entgeltliche Vereinbarungen werden nach wie vor von der herrschenden Rechts- und Sozialmoral missbilligt²⁶⁴. Soweit die Vereinbarung unentgeltlich ist und altruistische Motive vorherrschen, kann die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung aber zumindest in Zweifel gezogen werden²⁶⁵.

(3) Das Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Einigung

Besser und auch dogmatisch stringenter erscheint es deshalb, mit *Lüderitz* davon auszugehen, dass die Zusage, sich befruchten zu lassen und ein Kind auszutragen, eine höchstpersönliche und jederzeit widerrufliche Entscheidung ist. Die entsprechende Zusage ist deshalb unverbindlich.

²⁵⁹ Eingehend zur Problematik der Menschenwürdeverletzung des Kindes im Zusammenhang mit der Durchführung von Leih- und Ersatzmutterchaften: unten H.I.1.a., S. 189 ff. Gegen eine Verletzung der Menschenwürde des Kindes auch: Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 41 f.; derselbe in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 97; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 104.

²⁶⁰ Dafür: KG, StAZ 2013, 348, 350; OLG Hamm, FamRZ 1986, 159, 160 f.; AG Hamm, FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Kolhossler, JA 1985, 553, 556.

²⁶¹ Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 41 f.; BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157.

²⁶² BGHZ 203, 350, 366 f. (Rn. 51); BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 18 f.).

²⁶³ Ausführlich auch zur Gegenauffassung, die einen Menschenwürdeverstoß selbst bei freiwilliger Übernahme der Leihmutterchaft bejaht, unten H.I.1.b., S. 197 ff.

²⁶⁴ Schlegel, FuR 1996, 116.

²⁶⁵ Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157.

Gleiches gilt für die Zusage, das Kind nach dessen Geburt den Wunscheltern zu überlassen²⁶⁶. Diese Wertung ergibt sich auch aus dem Vergleich mit einem im Jahr 1986 vom BGH entschiedenen Fall, der eine Vereinbarung über den Gebrauch empfängnisverhütender Mittel zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum Gegenstand hatte. Der BGH hatte erhebliche Zweifel daran, dass auf Seiten der den Gebrauch von Verhütungsmitteln zusagenden Frau mit Blick auf den Vertragsgegenstand überhaupt ein nach außen erkennbarer Rechtsbindungswille gegeben war²⁶⁷. Er ging aber jedenfalls von der Unwirksamkeit der Vereinbarung aus. Grund dafür war die Tatsache, dass der engste persönliche Freiheitsbereich vertraglichen Regelungen entzogen ist. Zu diesem Bereich gehört nicht nur die in der personalen Würde und dem Persönlichkeitsrecht verankerte Freiheit, „sich immer wieder neu und frei für ein Kind entscheiden zu können“²⁶⁸, sondern auch die Freiheit einer Frau, im Wege der natürlichen oder artifiziellen Reproduktion die Ersatz- oder Leihmutterchaft für eine andere Frau zu übernehmen. Beide Bereiche der Entscheidungsfreiheit betreffen den engsten Kern der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung in Selbstbestimmung²⁶⁹. Eines Rückgriffs auf § 138 Abs. 1 BGB bedarf es somit nicht mehr²⁷⁰. Eine wirksame Vereinbarung kann, unabhängig vom Bestehen gesetzlicher Verbote oder Verstößen gegen herrschende Sozial- und Moralvorstellungen, nicht wirksam zustande kommen.

Mit Blick auf die Zweifel des BGH²⁷¹ hinsichtlich des Rechtsbindungswillens ist es nicht sachgerecht, für die Definition des Begriffs der Vereinbarung i.S.v. § 13a AdVermiG darauf abzustellen, ob – unabhängig vom Nichtigkeitsgrund – zumindest ein entsprechender Rechtsbindungswille der Parteien gegeben war²⁷². Ausreichend ist vielmehr das tatsächliche Einverständnis, sich befruchten zu lassen, verbunden mit der tatsächlichen Absicht, das Kind fortzugeben²⁷³.

²⁶⁶ Lüderitz, NJW 1990, 1633, 1635.

²⁶⁷ BGHZ 97, 372, 377 f.

²⁶⁸ BGHZ 97, 372, 379.

²⁶⁹ Vgl. BGHZ 97, 372, 379.

²⁷⁰ Lüderitz, NJW 1990, 1633, 1635, Fn. 15; trotz Bejahung der freien Widerruflichkeit der Vereinbarung weiter auf §§ 134, 138 Abs. 1 BGB abstellend aber: Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1251; Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 95.

²⁷¹ BGHZ 97, 372, 379.

²⁷² So aber: Liermann, MDR 1990, 857, der den Rechtsbindungswillen nur in Fällen für entbehrlich hält, in denen die Zusage ausschließlich aus Gründen enger Freundschaft oder Verwandtschaft gegeben wird.

²⁷³ Lüderitz, NJW 1990, 1633, 1635; Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 95.

ii. Der Inhalt der Vereinbarung

§ 13a AdVermiG enthält zwei Varianten: Die Ersatzmutter muss entweder bereit sein, sich einer natürlichen oder künstlichen Befruchtung zu unterziehen (Nr. 1) oder auf sich einen nicht von ihr stammenden Embryo übertragen zu lassen oder sonst auszutragen (Nr. 2). Variante 1 erfasst primär Fälle, in denen die Ersatzmutter ein genetisch eigenes Kind austrägt²⁷⁴. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Kind durch natürliche oder künstliche Befruchtung (artifizielle Insemination, IVF, ICSI) entstehen soll²⁷⁵ oder der zu verwendende Samen vom Wunschvater, Partner der Ersatzmutter oder einem Dritten stammt²⁷⁶. Variante 2 regelt dagegen die Fälle, in denen die Ersatzmutter sich bereit erklärt, ein genetisch nicht von ihr abstammendes Kind auszutragen. Der Gesetzgeber hat insoweit vor allem an Fälle gedacht, in denen der Embryo genetisch von den Wunscheltern abstammt²⁷⁷. Der Embryo kann entweder in vivo gezeugt und vor Einnistung der Wunschmutter entnommen werden²⁷⁸ oder durch IVF entstehen²⁷⁹. Durch die ebenfalls in Nr. 2 enthaltene Variante, in der sich die Ersatzmutter bereit erklärt, den Embryo sonst auszutragen, sollen Fälle des GIFT²⁸⁰ erfasst werden, bei denen der Gesetzgeber Zweifel daran hatte, ob sie bereits unter Nr. 1 fallen oder nicht²⁸¹. Abstammungsrechtliche Relevanz haben nur die unter Nr. 2 fallenden Konstellationen (soweit man die Fälle des GIFT, in denen nicht von der Ersatzmutter stammende Eizellen verwendet werden, nicht schon unter Nr. 1 subsumieren möchte). Es handelt sich um die bereits oben definierten Fälle der Leihmutterchaft²⁸².

Die Ersatzmutter muss außerdem bereit sein, das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kind zu überlassen. Das schließt die Einwilligung in die Adoption nach § 1747 BGB mit ein²⁸³. Eine Zusage auch hinsichtlich der Einwilligung des mit der Ersatzmutter verheirateten Vaters, welcher gemäß § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Vater des Kindes

²⁷⁴ Liermann, MDR 1990, 857, 858.

²⁷⁵ BT-Drs. 11/4154, S. 9.

²⁷⁶ Liermann, MDR 1990, 857, 858.

²⁷⁷ BT-Drs. 11/4154, S. 9.

²⁷⁸ Dann greift auch eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG – vgl. C.II.2., S. 52 f. und C.IV.1.a., S. 64 f.

²⁷⁹ Liermann, MDR 1990, 857, 858.

²⁸⁰ Zum Begriff oben B.II.3., S. 30.

²⁸¹ BT-Drs. 11/4154, S. 9.

²⁸² Vgl. oben B.II.6., S. 40 ff.

²⁸³ Auch wenn die entsprechende Zusage – wie oben gezeigt – bereits wegen § 1747 Abs. 2 BGB unverbindlich ist.

ist, muss die Vereinbarung aber nicht enthalten. Gleiches gilt für die Zusage der Anfechtung der Vaterschaft durch den rechtlichen Vater nach §§ 1599 ff. BGB²⁸⁴.

b. Die Ersatzmuttervermittlung und deren Verbote

§ 13b AdVermiG definiert die Ersatzmuttervermittlung als das Zusammenführen von Bestellelern mit einer Frau, welche zur Übernahme der Ersatzmuttertschaft bereit ist. Gemäß seinem S. 2 zählt dazu auch der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss einer Vereinbarung über die Ersatzmuttertschaft. Wegen der Unwirksamkeit entsprechender Vereinbarungen ist darunter der Nachweis von Ersatzmüttern und Bestellelern zu verstehen²⁸⁵. § 13c AdVermiG enthält das Verbot der Ersatzmuttervermittlung, § 13d AdVermiG untersagt das Suchen oder Anbieten von Bestellelern oder Ersatzmüttern durch öffentliche Erklärungen, wie Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte²⁸⁶. Lediglich das rein private Zusammenfinden von Wunscheltern und Ersatzmutter, z. B. im Freundeskreis, ohne Rückgriff auf Vermittler oder öffentliche Erklärungen, wird von den genannten Vorschriften nicht erfasst²⁸⁷. Während ein Verstoß gegen das in § 13d AdVermiG enthaltene Anzeigenverbot lediglich als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann (§ 14 Abs. 1 Nr. 2c AdVermiG), ist das Verbot der (privaten) Ersatzmuttervermittlung gemäß § 14b Abs. 1 AdVermiG strafbewehrt (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr)²⁸⁸. Der Straffrahmen erhöht sich, wenn der Täter einen Vermögensvorteil erhält oder sich versprechen lässt (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren – § 14b Abs. 2 S. 1 AdVermiG). Bei gewerbs- oder geschäftsmäßiger Handlung kann sogar eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren verhängt werden (§ 14b Abs. 2 S. 2 AdVermiG). Ersatzmutter und Bestellelern werden gemäß § 14b Abs. 3 AdVermiG nicht bestraft, so dass sich der Täterkreis primär auf die Vermittler selbst beschränkt. Auch Ärzte machen sich in der Regel nicht nach § 14b AdVermiG strafbar, es sei denn, sie werden neben ihrer ärztlichen Tätigkeit

²⁸⁴ Liermann, MDR 1990, 857, 859.

²⁸⁵ Lüderitz, NJW 1990, 1633, 1635; Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 97.

²⁸⁶ Vgl. zum gleichlautenden Verbot der öffentlichen Suche nach Adoptionsbewerbern und Adoptivkindern: § 6 AdVermiG.

²⁸⁷ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245.

²⁸⁸ Bach, FamRZ 1990, 574, 575.

auch vermittelnd tätig²⁸⁹. Ein Verstoß gegen das in §§ 13d AdVerMiG enthaltene Anzeigenverbot kann gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2c AdVerMiG aber auch gegenüber den Bestelletern oder Ersatzmüttern mit einer Geldbuße geahndet werden.

c. Die erlaubten Fälle der Ersatzmutterschaft

Die im AdVerMiG enthaltenen gesetzlichen Verbote beschränken sich auf die Ersatzmuttervermittlung und das öffentliche Suchen oder Anbieten von Ersatzmüttern und Bestelletern. Die Durchführung von Ersatzmutterschaften an sich wird durch das Gesetz nicht verboten. Soweit für die Durchführung der Ersatzmutterschaft medizinische Assistenz benötigt wird, greifen allerdings die sich aus dem ESchG ergebenden Strafvorschriften²⁹⁰. Straffrei bleiben danach lediglich Fälle, in denen sich die Ersatzmutter einer natürlichen Befruchtung unterzieht und in denen es nicht zu einer Vermittlung i.S.v. § 13b AdVerMiG gekommen ist²⁹¹. Deshalb kann es in Deutschland zu legalen Ersatzmutterschaften nur in wenigen Fällen kommen. Zu denken ist vor allem an Konstellationen, in denen die Übernahme der Ersatzmutterschaft aus Gründen der Freundschaft oder Verwandtschaft erfolgt und medizinische Assistenz nicht in Anspruch genommen wird. Abstammungsrechtliche Fragen hinsichtlich der Zuordnung oder Anfechtung der Mutterschaft werfen diese ohnehin seltenen Fälle mangels Übertragung fremder Eizellen oder Embryonen aber nicht auf²⁹².

²⁸⁹ Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, S. 261 f.

²⁹⁰ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245; Oben C.IV.1.

²⁹¹ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1245.

²⁹² Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 7.

D. Der Überblick über Regelungen zu Eizellspende und Ersatzmutterschaft im Ausland

I. Die tatsächlichen Erkenntnisse

Die restriktive deutsche Rechtslage lässt viele Paare auf das Ausland ausweichen²⁹³. Länder, in denen besonders viele Kinderwunschaare behandelt werden, sind Spanien und Belgien²⁹⁴. Inzwischen sind sogar „Befruchtungsreisen“ möglich, welche die medizinische Behandlung mit dem Aufenthalt in einem spanischen Luxushotel verbinden²⁹⁵. Auch außerhalb von Europa können sich Paare mit unerfülltem Kinderwunsch behandeln lassen; so gibt es in Indien bereits mehr als 300 Kliniken, in denen Kinder durch Leihmütter ausgetragen werden. Eine Behandlung kostet inklusive Anreise zwischen 25.000 und 30.000 Dollar und damit ein Drittel dessen, was für vergleichbare Behandlungen in den USA zu bezahlen ist²⁹⁶. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Zulässigkeit von Eizell- und Embryospenden sowie Leihmutterschaften in einigen ausgewählten europäischen Ländern gegeben werden.

II. Die Rechtslage in Belgien

In Belgien gab es lange Zeit kaum Gesetze, welche die Anwendung von Reproduktionstechnologien regelten, Entscheidungen in diesem Bereich blieben den Ausübenden der medizinischen Berufe vorbehalten. Die Kliniken und Fertilitätszentren des Landes konnten deshalb zur Weltspitze im Bereich der „Assisted Reproductive Technology“ (ART) aufsteigen²⁹⁷. Ca. 15.000 IVF-Zyklen werden von belgischen Kliniken pro Jahr durchgeführt, etwa 3.000 Kinder werden durch IVF-Behandlungen geboren²⁹⁸. Im Jahr 2007 wurde das Gesetz über die medizinisch begleitete Fortpflan-

²⁹³ Oben A., S. 23 f.; vgl. auch: Schlegel, FuR 1996, 116, 118.

²⁹⁴ Leinmüller, DÄBl. 2007, 2558. Grund für den Gang ins Ausland war nicht nur die Eizellspende, sondern auch die bisherige Unsicherheit über die Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik (vgl. jetzt aber BGHS. 55, 206 und § 3a ESchG).

²⁹⁵ <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/0,1518,631019,00.html>, eingesehen am 25.1.2018.

²⁹⁶ Law Commission of India, Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy, 2009, S. 11.

²⁹⁷ Griefler et al., Stammzellen und Embryonenschutz Status quo, Rechtsvergleich und öffentliche Debatte am Beispiel ausgewählter europäischer Staaten, S. 30.

²⁹⁸ Pennings, European Journal of Health Law 2007, 251.

zung in Fertilitätszentren und die Regelung zu überzähligen Embryonen und Gameten²⁹⁹ verabschiedet. Durch das Gesetz hat der Gesetzgeber die im Vorfeld bestehende liberale Rechtslage kodifiziert³⁰⁰. Strenge, die künstliche Fortpflanzung einschränkende Regelungen enthält es nicht.

1. Die Eizell- und Embryospende

Sowohl Eizell- als auch Embryospende werden durch das Gesetz ausdrücklich erlaubt³⁰¹. Die Eizellspende kann, muss aber bei entsprechender Zustimmung der Betroffenen nicht anonym vorgenommen werden³⁰². Die Regelungen ermöglichen eine entsprechende Kommerzialisierung der Eizellspende, bei der die Spenderin von der Empfängerin der Eizellen bezahlt wird³⁰³. Die Embryospende ist dagegen nur anonym möglich. Durch diese Einschränkung soll eine Vermarktung von Embryonen verhindert werden³⁰⁴. Abstammungsklagen sind generell ausgeschlossen³⁰⁵.

Zugang zur Behandlung mit Methoden der ART haben nicht nur verheiratete Paare, sondern daneben solche, die nicht verheiratet sind.

²⁹⁹ Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, in Kraft getreten am 27.7.2007.

³⁰⁰ Griefler et al., Stammzellen und Embryonenschutz – Status quo, Rechtsvergleich und öffentliche Debatte am Beispiel ausgewählter europäischer Staaten, S. 31, 39 f.

³⁰¹ Pennings, *European Journal of Health Law* 2007, 251. Ebenfalls zugelassen sind die Präimplantationsdiagnostik und die Embryonenauswahl nach morphologischen Kriterien (Griesinger, *Der Gynäkologe* 2009, 487, 493).

³⁰² Art. 57 des Gesetzes über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Regelung zu überzähligen Embryonen und Gameten.

³⁰³ Pennings, *European Journal of Health Law* 2007, 251, 255.

³⁰⁴ Die Embryospende kommt vor allem in Frage, wenn nach einer abgeschlossenen IVF-Behandlung noch (eingefrorene) Embryonen vorhanden sind. Die Wunscheltern müssen vor Behandlungsbeginn einen Vertrag mit dem Fertilitätszentrum abschließen, in dem sie die intendierte Verwendung der Embryos für Fälle der Scheidung, Geschäftsunfähigkeit oder von nicht ausräumbaren Differenzen bestimmen. Neben einer Spende an potentielle Wunscheltern kommen eine Spende zu Forschungszwecken und – nach Ablauf der maximal fünf Jahre betragenden Einlagerungsfrist – die Vernichtung der Embryos in Betracht. Die Vereinbarung kann im Nachhinein einvernehmlich abgeändert werden. Treten aber Konflikte auf, gilt die ursprüngliche Vereinbarung mit der Folge, dass u.U. gegen den ausdrücklichen (nunmehr geänderten) Willen eines der Elternteile der Embryo gespendet oder vernichtet werden muss (Pennings, *European Journal of Health Law* 2007, 251, 255; Griefler et al., Stammzellen und Embryonenschutz Status quo, Rechtsvergleich und öffentliche Debatte am Beispiel ausgewählter europäischer Staaten, S. 40).

³⁰⁵ Art. 56 des Gesetzes über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Regelung zu überzähligen Embryonen und Gameten; Pintens, *FamRZ* 2007, 1491, 1492.

Auch alleinstehende Frauen und lesbische Paare werden zugelassen; allerdings besteht für Fertilitätszentren die Möglichkeit, aufgrund der im Gesetz verankerten Gewissensklausel³⁰⁶ Behandlungen abzulehnen³⁰⁷.

2. Die Leihmutterschaft

Regeln zur Leihmutterschaft sind in dem Gesetz nach wie vor nicht enthalten³⁰⁸, es existiert weder eine ausdrückliche Erlaubnis noch ein gesetzliches Verbot³⁰⁹. Allerdings sind Leihmutterschaftsverträge nichtig, weil das Kind nicht zur Handelsware degradiert werden soll³¹⁰. Die Wunscheltern können dementsprechend das Kind nicht von der Leihmutter gegen deren Willen herausverlangen, sie können es lediglich mit Zustimmung der Leihmutter adoptieren³¹¹. Bringt die Leihmutter ihr Kind aber anonym in Frankreich zur Welt, kann die Wunschmutter es in Belgien sogar anerkennen³¹².

Belgien ist einer der wenigen Staaten in Europa, welche die Möglichkeit eine Mutterschaftsanfechtung vorsehen. Art. 312 § 2 ZGB regelt die Anfechtung der Mutterschaft bei Mutterschaftsfeststellung durch Namenseintragung, § 330 § 1 ZGB die Möglichkeit der Mutterschaftsanfechtung nach vorheriger Anerkennung der Mutterschaft, wie sie auch in Leihmutterschaftsfällen denkbar ist. In beiden Fällen ist die Anfechtung der Mutterschaft ausgeschlossen, wenn das Kind „Statusbesitz“³¹³ gegenüber der in der Geburtsurkunde eingetragenen bzw. anerkennenden

³⁰⁶ Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes über die medizinisch begleitete Fortpflanzung in Fertilitätszentren und die Regelung zu überzähligen Embryonen und Gameten.

³⁰⁷ Pintens, FamRZ 2007, 1491, 1491; Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 194. Die Anknüpfung an die Klinik bzw. das Fertilitätszentrum und nicht den einzelnen, behandelnden Arzt ist nicht recht nachvollziehbar, weil Institutionen kein Gewissen, sondern allenfalls selbstgesetzte Richtlinien haben (Pennings, European Journal of Health Law 2007, 251, 258 f.).

³⁰⁸ Pennings, European Journal of Health Law 2007, 251, 257.

³⁰⁹ Kiriakaki, MedR 2005, 143, 153, Fn. 97.

³¹⁰ Markus in: Rieck, Belgien, Rn. 29; vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 35.

³¹¹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 35.

³¹² Pintens in: Streit um die Abstammung, S. 119, 126; Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 48.

³¹³ Beim Statusbesitz handelt es sich nach belgischem Recht um ein Abstammungsband, das durch Tatsachen, welche die Abstammung nachweisen, untermauert wird. Zu den Tatsachen gehören (bezogen auf die Mutterschaft) u.a. die Leistung von Unterhalt durch die Mutter, die Behandlung des Kindes durch die Mutter als eigenes, und umgekehrt die Behandlung der anerkennenden Frau durch das Kind als Mutter (dazu und zu weiteren Kriterien: Pintens in: Streit um die Abstammung, S. 119, 125 f.).

Frau hat. Das gilt auch für Fälle der Leihmutterschaft, für die dadurch eine gewisse Regulation bezweckt ist³¹⁴.

III. Die Rechtslage in Spanien

In Spanien wird die Zulässigkeit der Anwendung von Methoden der ART durch das 2006 verabschiedete Gesetz über Techniken der assistierten Reproduktion beim Menschen geregelt³¹⁵. Das Gesetz erlaubt die Eizellspende³¹⁶, solange die Anonymität der Spenderin gewahrt wird³¹⁷. Trotz Anonymität kann die Spende entgeltlich erfolgen³¹⁸. Bei der Wahl der Spender haben die Kliniken darauf zu achten, dass die phänotypischen Eigenschaften von Empfängerin und Spenderin übereinstimmen, selbst wenn die Empfänger kein Interesse an einer Übereinstimmung haben³¹⁹. Anders als die Eizellspende ist die Leihmutterschaft in Spanien verboten³²⁰. Die sog. geteilte Mutterschaft³²¹ ist hingegen zulässig. Es können sogar beide Mütter – die Geburtsmutter und die Eizellspenderin – als Eltern des Kindes in die Geburtsurkunde aufgenommen werden³²².

Ebenso wie in Belgien können sich nicht nur verheiratete, sondern auch unverheiratete Frauen und lesbische Paare fortpflanzungsmedizinisch behandeln lassen³²³.

³¹⁴ Pintens in: Streit um die Abstammung, S. 119, 126; Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 48.

³¹⁵ Gesetz über Techniken der assistierten Reproduktion beim Menschen (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida Anexo A 2 (Boletín Oficial del Estado Nr. 126, 27.5.2006) (Müller-Götzmann, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 199, Fn. 127).

³¹⁶ Müller-Götzmann, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 199, Fn. 127; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 33; vgl. auch Kentenich/Billing, Gynäkologische Endokrinologie 2006, 229, 230.

³¹⁷ Berg in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 143, 145.

³¹⁸ Krones et al., Ethik in der Medizin 2006, 51, 61.

³¹⁹ Bergmann, Signs 2011, 280, 286.

³²⁰ Kiriakaki, MedR 2005, 143, 153 Fn. 97; Koch, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, 44, 45; Eser/Koch in: GS Keller, S. 15, 36.

³²¹ Vgl. Oben B.II.7., S. 42 f.

³²² Eine der Mütter wird dann einfach als „padre“ geführt; vgl. OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157.

³²³ Müller-Götzmann, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 199; mit Zustimmung der nicht austragenden Frau eines lesbischen Paares kann die Abstammung des Kindes zu ihren Gunsten festgestellt werden, so dass eine Adoption nicht erforderlich ist (Ferrer i Riba, FamRZ 2007, 1513, 1515).

IV. Die Rechtslage in Großbritannien

In Großbritannien sind sowohl Eizell- als auch die Embryospende erlaubt³²⁴. Selbst die Spende mitochondrialer DNA ist zulässig³²⁵. Anders als in Belgien und Spanien sind Eizell- und Embryospenden aber seit 2004 nicht mehr anonymisiert. Die Daten der Spenderinnen werden bei der Human Fertility and Embryology Authority gespeichert und können von Kindern, welche mit Methoden der ART gezeugt wurden, mit Vollendung des 16. Lebensjahres abgerufen werden³²⁶. Zu diesen Daten zählen nicht nur Größe, Gewicht, Augen-, Haar- und Hautfarbe, ethnische Zugehörigkeit, Geburtsdatum und Geburtsland der Spenderin, ihre Religion, Interessen und Fähigkeiten und der Grund für die Spende³²⁷, sondern auch ihr Name und Geburtsname sowie ihre letzte bekannte Adresse³²⁸. Um Informationen zu erlangen, die eine Identifikation der Spenderin ermöglichen, muss der Antragsteller das 18. Lebensjahr vollendet haben³²⁹. Trotz Zulässigkeit der Eizellspende sucht ein Teil der behandlungsbedürftigen Paare den Weg ins Ausland, da erhebliche Wartezeiten bestehen und auch die Qualität der gespendeten Eizellen nicht besonders hoch ist. Letzteres ist darauf zurückzuführen, dass die Eizellen häufig nicht von jungen Spenderinnen stammen, sondern von Frauen, welche sich selbst einer IVF-Behandlung unterziehen und die überzähligen Eizellen zur Verfügung stellen³³⁰.

Neben der Eizellspende sind auch Ersatz- und Leihmutterchaft zulässig³³¹. Sie wurden bereits 1985 gesetzlich geregelt³³². Private Vereinbarungen über eine Ersatzmutterchaft sind zwar möglich, rechtlich

³²⁴ Scherpe, FamRZ 2010, 1513, 1514; McCandles/Sheldon, *The Modern Law Review* 2010, 175, 176; E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466.

³²⁵ Vgl. *The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015* und *Sec 35A Human Fertilisation and Embryology Act 1990*; McCandles/Sheldon, *The Modern Law Review* 2010, 175, 176, 194; zur Methode vgl. oben B.II.5.d., S. 38 ff.

³²⁶ *Sec 31ZA Human Fertilisation and Embryology Act 1990*; vgl. auch Scherpe, FamRZ 2010, 1513, 1515 f.

³²⁷ Vgl. *Sec 2 (2) Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*.

³²⁸ *Sec 2 (3) Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*.

³²⁹ *Sec 31ZA (4) Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

³³⁰ Bergmann, *Signs* 2011, 280, 281.

³³¹ E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 38.

³³² Vgl. den *Surrogacy Arrangements Act 1985*; Großbritannien war das erste europäische Land, welches Regelungen zur Ersatzmutterchaft erlassen hat (Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1254).

allerdings nicht durchsetzbar³³³. Ähnlich wie in Deutschland ist die kommerzielle Ersatzmuttervermittlung, ebenso wie das öffentliche Suchen oder Anbieten von Bestellerlern oder Ersatzmüttern, verboten³³⁴. Ausgenommen vom Verbot ist lediglich die Vermittlung durch karitative Einrichtungen³³⁵. Kinder, welche aufgrund einer Ersatzmutterchaftsvereinbarung geboren wurden, werden rechtlich der Gebärenden zugeordnet. Die Wunscheltern können aber durch sog. „*parental order*“ rechtliche Eltern des mit den Gameten wenigstens einer der beiden Antragsteller gezeugten Kindes werden³³⁶. Die Voraussetzungen dafür sind in Sec 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008 geregelt: Die Antragsteller müssen miteinander verheiratet sein oder in einer dauerhaften familiären Beziehung leben und das 18. Lebensjahr vollendet haben. Der Antrag muss innerhalb von sechs Monaten nach Geburt des Kindes gestellt werden. Das Kind muss bei den Antragstellern wohnen und mindestens einer der Antragsteller muss seinen Wohnsitz im Vereinigten Königreich, der Isle of Man oder den Kanalinseln haben. Die Frau, welche das Kind ausgetragen hat, sowie andere rechtliche Elternteile des Kindes müssen der *parental order* freiwillig, in voller Kenntnis der Umstände und Rechtsfolgen und ohne Vorbehalt zustimmen³³⁷. Schließlich dürfen abgesehen von angemessenen Aufwandsentschädigungen keine Zahlungen oder sonstigen Gegenleistungen für oder im Hinblick auf die *parental order*, die erforderliche Zustimmung der Leihmutter bzw. der rechtlichen Elternteile des Kindes, die Übergabe des Kindes an die Antragsteller oder Absprachen, welche auf den Erlass der *parental order* gerichtet sind, erfolgt sein³³⁸. Anders als bei der Adoption findet keine Prüfung der Elterneignung der Wunscheltern statt. Insoweit kann auch von einer vereinfachten Alternative zur Adoption gesprochen werden³³⁹. Dennoch ist das Kindeswohl ein zentraler Faktor bei gerichtlichen Entscheidungen über eine *parental order*: Bei Streit wird das Kind eher der Ersatzmutter zugesprochen; sind

³³³ Sec 1A Surrogacy Arrangements Act 1985; vgl. auch Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1255.

³³⁴ Vgl. Sec 2 und 3 Surrogacy Arrangements Act 1985; vgl. zur deutschen Rechtslage C.IV.2.b., S. 74 f.

³³⁵ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1255.

³³⁶ Die Voraussetzung der genetischen Verwandtschaft mit wenigstens einem der Antragsteller ergibt sich aus Sec 54 (1) (b) Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³³⁷ Sec 54 (6) Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³³⁸ Sec 54 (8) Human Fertilisation and Embryology Act 2008; vgl. auch Dethloff, JZ 2014, 922, 924 f.; Scherpe, FamRZ 2010, 1513, 1515; E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1143 f.

³³⁹ Goedel, Leihmutterchaft: eine rechtsvergleichende Studie, S. 116; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1255 f.

sich alle einig und scheint das Kind bei den Wunscheltern gut aufgehoben zu sein, wird es diesen zugeordnet³⁴⁰. Neben der *parental order* können die Wunscheltern noch durch Adoption oder durch Sorgerechtsentscheidung eine Zuordnung des Kindes erreichen. Letztere Möglichkeit beinhaltet allerdings nur die Zuweisung des Sorgerechts zum Wunschvater, der zuvor seine rechtliche Vaterschaft hat feststellen lassen³⁴¹.

V. Die Rechtslage in Griechenland

Erstmals ausdrücklich geregelt wurde die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Griechenland Ende 2002. Das zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretene Gesetz enthielt unter anderem neue Bestimmungen für das griechische Zivilgesetzbuch (Art. 1455–1460 grZGB)³⁴². Es wurde Anfang 2005 durch das Gesetz über die „Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung“ ergänzt³⁴³. Erlaubt sind danach nicht nur die Eizell- und die Embryospende, sondern – unter bestimmten Voraussetzungen – auch die Leihmutterchaft (nicht aber die Ersatzmutterchaft)³⁴⁴. Oberster Grundsatz der Fortpflanzungsmedizin ist nach Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die „Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung“ das Wohl des Kindes. Außerdem ist medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur zulässig, wenn sie der Überwindung der Unfähigkeit zur Kinderzeugung auf natürliche Weise oder der Vermeidung der Übertragung schwerer Krankheiten an das Kind dient (Art. 1455 Abs. 1 S. 1 grZGB).

1. Die Eizell- und Embryospende

Im Gesetzestext der Art. 1455 ff. grZGB ist ausschließlich von der Spende befruchteter Eizellen, mit anderen Worten der Embryospende, die Rede (vgl. Art. 1456 Abs. 2, 1459, 1460). Dennoch erlaubt das griechische Recht auch die Spende unbefruchteter Eizellen³⁴⁵. Allgemeine Vor-

³⁴⁰ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1256 m.w.N.

³⁴¹ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1255.

³⁴² Vgl. zum Gesetz mit dem Titel „Medizinische Unterstützung bei der menschlichen Fortpflanzung“ Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067.

³⁴³ Besprechung bei: Koutsouradis, FamRZ 2005, 1624, 1625.

³⁴⁴ Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1144; Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067; Koutsouradis, FamRZ 2005, 1624, 1625.

³⁴⁵ Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067, 1069.

aussetzung für die Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin ist, dass die zu unterstützenden Personen sich im natürlichen Reproduktionsalter befinden (Art. 1455 Abs. 1 S. 2 grZGB). Auch alleinstehende Frauen sind nicht von einer Behandlung ausgeschlossen³⁴⁶, wohl aber Paare gleichen Geschlechts und alleinstehende Männer³⁴⁷. Die Eizellspende hat unentgeltlich zu erfolgen. Die Vermittlung entgeltlicher Eizellspenden aus dem Ausland steht unter Strafe³⁴⁸. Auch für Griechenland ist die Anonymität der Gametenspender kennzeichnend. Die Identität des Spenders wird den Empfängern und dem Kind nicht bekannt gegeben. Aus Gesundheitsgründen kann das Kind lediglich in einem Archiv gespeicherte medizinische Informationen erlangen, die Rückschlüsse auf die Identität des Spenders aber nicht zulassen dürfen (Art. 1460 grZGB)³⁴⁹.

Im Hinblick auf die Abstammung von der Mutter knüpft das griechische ZGB an die Geburt an (Art. 1463 S. 1 grZGB), so dass die Wunschmutter – grundsätzlich unabhängig von der genetischen Abstammung – auch rechtlich zur Mutter wird³⁵⁰.

2. Die Leihmutterschaft

Die Übernahme einer Leihmutterschaft ist in Griechenland nur aufgrund gerichtlicher Erlaubnis gestattet (Art. 1458 S. 1 grZGB). Voraussetzung dafür ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen Wunsch- und Leihmutter sowie – falls vorhanden – ihren Ehegatten. Die Vereinbarung muss unentgeltlich sein (Art. 1458 S. 1 grZGB). Kosten, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft entstehen, können aber von den Wunscheltern erstattet werden³⁵¹. Die Erlaubnis wird nur erteilt, wenn vor Gericht nachgewiesen ist, dass die Wunschmutter aus medizinischer Sicht nicht in der Lage ist, das Kind selbst auszutragen. Die Leihmutter muss gesundheitlich zur Übernahme der Leihmutterschaft geeignet sein (Art. 1458 S. 2 grZGB). Die zur Befruchtung verwendeten Eizellen dürfen nicht von der Leihmutter selbst stammen³⁵². Beide Frauen müssen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Griechenland haben (Art. 8 des Gesetzes

³⁴⁶ Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067.

³⁴⁷ Eleftherios/Kastrissios in: Bergmann/Ferid/Henrich, Griechenland, S. 42.

³⁴⁸ Koutsouradis, FamRZ 2009, 1544, 1546.

³⁴⁹ Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067 f.

³⁵⁰ Koutsouradis in: Streit um die Abstammung, S. 206, 245.

³⁵¹ Zum Umfang: Art. 13 des Gesetzes über die Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (Koutsouradis, FamRZ 2005, 1624, 1625).

³⁵² Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1144.

über die „Medizinische Unterstützung bei der menschlichen Fortpflanzung“) ³⁵³. Auf diese Weise soll ein Fortpflanzungstourismus nach Griechenland unterbunden werden ³⁵⁴.

Die Abstammung von der Mutter ist bei der Leihmutterschaft abweichend von der oben erwähnten Grundregel aus Art. 1463 S. 1 grZGB geregelt. Nach Art. 1464 Abs. 1 grZGB wird diejenige Frau als Mutter vermutet, welcher die gerichtliche Erlaubnis erteilt wurde. Mit der Geburt ist damit die Wunschkinder zunächst rechtliche Mutter ³⁵⁵. Die so begründete Mutterschaft kann sowohl durch die Leih- als auch die Wunschkinder innerhalb einer Frist von sechs Monaten mit der Begründung angefochten werden, dass das Kind nicht von der Wunschkinder abstammt (Art. 1464 Abs. 2 grZGB). Im Erfolgsfall wird das Kind rückwirkend der Leihmutter zugeordnet (Art. 1464 Abs. 3 grZGB) ³⁵⁶. Anders als in Großbritannien ist damit keine gerichtliche Zuordnung des Kindes durch *parental order* nach der Geburt erforderlich, das Kind wird kraft Gesetzes den Wunschkindern bei der Geburt zugeordnet. Dennoch sind auch die griechischen Gerichte bei der Erteilung der Erlaubnis nach Art. 1458 grZGB zur Beachtung des Kindeswohls verpflichtet (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die „Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung“) ³⁵⁷.

VI. Die Zusammenfassung

Die Darstellung der ausgewählten Rechtsordnungen ³⁵⁸ zeigt, dass Frauen, die unter Sterilität oder Infertilität leiden, sich zusammen mit ihren Partnern oder auch allein im Ausland mit Methoden der assistierten Reproduktionsmedizin behandeln lassen können, die in Deutschland verboten sind. Das macht eine umfassende rechtliche Klärung der mit der Mutterschaft zusammenhängenden zivilrechtlichen Probleme trotz der in Deutschland bestehenden strafrechtlichen Verbote erforderlich. Besonders bedenklich ist im Hinblick auf das noch näher zu besprechende verfassungsrechtlich garantierte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen

³⁵³ Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067, 1068.

³⁵⁴ Eleftherios/Kastrissios in: Bergmann/Ferid/Henrich, Griechenland, S. 42.

³⁵⁵ Koutsouradis in: Streit um die Abstammung, S. 206, 245.

³⁵⁶ Koutsouradis in: Streit um die Abstammung, S. 206, 246 f.

³⁵⁷ Koutsouradis, FamRZ 2005, 1624, 1625.

³⁵⁸ Vgl. zur Rechtslage in Frankreich: Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1253 f.; und zur Rechtslage in weiteren Staaten: Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 32–40.

Abstammung, dass viele ausländische Rechtsordnungen eine Durchsetzung dieses Rechts bereits dadurch vereiteln, dass – wie am Beispiel von Belgien und Spanien gezeigt – die Eizellspende anonym vorgenommen werden kann oder sogar muss.

E. Die rechtliche Zuordnung der Mutterschaft

Die Anwendung der dargestellten reproduktionsmedizinischen Verfahren kann zu einem Auseinanderfallen von genetischer und Geburtsmutterschaft führen. Das betrifft in erster Linie die Leihmutterschaft, daneben die Eizell- und Embryospende, aber auch die populärer werdende geteilte Mutterschaft. In solchen Fällen ist die rechtliche Zuordnung des Kindes nach der Geburt für alle Beteiligten von essentieller Bedeutung.

I. Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform

Vor der Kindschaftsrechtsreform von 1998 gab es keine ausdrückliche, die Mutterschaft regelnde gesetzliche Vorschrift³⁵⁹. Das Gesetz ging von dem Grundsatz aus, dass die Mutter feststeht³⁶⁰ – *mater semper certa est*³⁶¹. Für die Zuordnung musste deshalb auf § 1589 a.F. BGB zurückgegriffen werden, welcher nach wie vor allgemein die Verwandtschaft regelt³⁶². Maßgeblich war damit grundsätzlich die genetische Abstammung³⁶³.

³⁵⁹ A.A. Ramm, JZ 1989, 861, 871, der für die gesetzliche Zuordnung der Mutterschaft an § 1617 BGB a.F. anknüpfen wollte, aber übersah, dass die Vorschrift lediglich den Familiennamen des nichtehelichen Kindes regelte.

³⁶⁰ Kolhossler, JA 1985, 553, 555.

³⁶¹ Vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 3; Bernat, MedR 1986, 245, Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466; Mutschler, FamRZ 1994, 65, 66; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 233; zurückgehend auf Julius Paulus, Digesta 2.4.4: „...et si volgo quesitus sit filius, matrem in ius non vocabit, [2.4.5.]: Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant“ – „...auch darf ein außerhalb der Ehe erzeugter Sohn seine Mutter nicht vor Gericht laden, weil sie immer bestimmt ist, auch wenn sie außer-ehelich empfangen hat. Vater aber ist der, auf den die Ehe hinweist“. Übersetzung nach Harder, JuS 1986, 505, Fn. 1.

³⁶² Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Mutschler in MüKo³, §§ 1592, 1592 BGB, Rn. 52 wollte hingegen allgemein an die Leitgedanken der Abstammungsregelung anknüpfen, die er als „Klarheit und Offenkundigkeit der Zuordnungsvoraussetzungen, Vorrang des Kindeswohls und mögliche Kontinuität der Zuordnung von Geburt an“ definierte.

³⁶³ Z.T. wird aus § 1589 BGB auch der umgekehrte Schluss gezogen: Indem die Vorschrift für den Grad der Verwandtschaft an die sie vermittelnden Geburten anknüpfe (vgl. S. 3), stelle sie für die Abstammung auf die Geburt ab (von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 173). Dabei wurde übersehen, dass § 1589 BGB auch den Grad der Verwandtschaft in Beziehung zum Vater regelt, bei dem die Geburt als Kriterium der Abstammung nicht taugt. Die Zahl der vermittelnden Geburten regelt nur den Grad der Verwandtschaft. § 1589 S. 1 BGB knüpft dagegen „eindeutig“ an die genetische Abstammung an (Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 11; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979; vgl. auch Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 632).

Allerdings wurde für die Zuordnung der Mutterschaft dennoch an den äußeren Vorgang der Geburt angeknüpft³⁶⁴. Begründet wurde diese fast allgemein vertretene Ansicht³⁶⁵ damit, dass die gebärende Frau aufgrund der durch die Geburt vermittelten Publizität in der Regel leichter zu ermitteln ist³⁶⁶ und sie trotz der schon seit Ende der siebziger Jahre bestehenden reproduktionsmedizinischen Möglichkeiten wesentlich häufiger die genetische Mutter ist als der Ehemann der Mutter der genetische Vater³⁶⁷. Daneben wurde auf die zwischen Mutter und Kind bestehende enge persönliche Bindung abgestellt³⁶⁸, welche verbunden mit dem Bedürfnis des Neugeborenen nach Hilfe und Schutz der unmittelbar bei der Geburt anwesenden Geburtsmutter auch im Interesse des Kindeswohls für eine entsprechende Vermutung sprach³⁶⁹. Die Bedürfnisse des Kindes machten schon vor der Kindschaftsrechtsreform eine sichere und schnelle Zuordnung der Mutterschaft erforderlich³⁷⁰, Stattsicherheit und Statusklarheit standen im Vordergrund³⁷¹.

³⁶⁴ Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 74; Bernat, MedR 1986, 245, 251 f.; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; Eberbach, MedR 1986, 253, 254 f.; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Hohloch, StAZ 1986, 153, 157 f.; Kolhoser, JA 1985, 553, 555; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 233; Harder, JuS 1986, 505, 510; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232; wobei umstritten war, ob es sich um eine rechtliche Vermutung handeln sollte (so die h.M., vgl. Mutschler in MüKo³, § 1591 BGB Rn. 52, m.w.N.) oder um eine tatsächliche Vermutung (dafür: Gaul in Soergel¹², § 1591 BGB, Rn. 39, m.w.N.).

³⁶⁵ Vgl. aber Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 805 f. und Ostendorf, JZ 1984, 595, die ohne eine entsprechende Mutterschaftsvermutung ausschließlich an die genetische Abstammung anknüpfen wollten.

³⁶⁶ Giesen, Familienrecht, Rn. 519; Bernat, MedR 1986, 245, 251; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 233.

³⁶⁷ Mutschler in MüKo³, §§ 1591, 1592 BGB, Rn. 52; Seidel in MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 10; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 3; vgl. auch Kolhoser, JA 1985, 553, 555; vgl. zur Vaterschaft § 1592 Nr. 1 BGB und § 1591 BGB a.F.

³⁶⁸ Giesen, Familienrecht, Rn. 519; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 173 f.

³⁶⁹ Mutschler in MüKo³, §§ 1591, 1592 BGB, Rn. 52; Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 74.

³⁷⁰ Bernat, MedR 1986, 245, 251; Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 232.

³⁷¹ Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 633.

II. Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform

Am 1. Juli 1998 sind die Regeln des Kindschaftsrechtsreformgesetzes³⁷² in Kraft getreten und mit ihnen § 1591 BGB, welcher seitdem die Mutterschaft positiv regelt. Die schon vor der Reform bestehende, aus dem römischen Recht abgeleitete Vermutungswirkung wurde gesetzlich manifestiert. In Anknüpfung an die sich aus der Geburt ergebende Publizität³⁷³ erklärt § 1591 BGB – ohne dass es eines separaten Anerkennungsakts bedarf³⁷⁴ – allein die Frau, welche das Kind geboren hat, zur Mutter. Auf die nach § 1589 BGB an sich maßgebliche genetische Abstammung kommt es nicht an³⁷⁵, die Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft zu einer anderen Frau ist also selbst dann ausgeschlossen, wenn das Kind von dieser genetisch abstammt³⁷⁶. § 1591 BGB ist insoweit im Verhältnis zu § 1589 BGB *lex specialis*³⁷⁷. Unabhängig von der genetischen Abstammung wird durch § 1591 BGB ein Verwandtschaftsverhältnis zu allen Verwandten der Geburtsmutter begründet³⁷⁸. Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB gilt der Ehemann der gebärenden Frau als rechtlicher Vater des Kindes³⁷⁹.

Ziel der als „Konfliktregelung“ ausgestalteten Vorschrift ist die im Kindesinteresse liegende klare Zuordnung des Kindes unmittelbar nach der Geburt³⁸⁰. Zur Begründung wurde unter anderem auf das bereits vor der Reform für die Mutterschaftsvermutung herangezogene Argument der durch die Schwangerschaft und Geburt vermittelten engen körperlichen und psychosozialen Bindung zwischen Kind und Geburtsmutter abgestellt³⁸¹. Sie biete die Gewähr dafür, dass bei der Frau die Bereitschaft

³⁷² BGBl. I 1997, 2942.

³⁷³ Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

³⁷⁴ E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466.

³⁷⁵ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 11; Brudermüller in: Palandt, § 1591 BGB, Rn. 1.

³⁷⁶ BGHZ 203, 350, 360 (Rn. 35); OLG Köln, StAZ 2015, 244, 245.

³⁷⁷ Hammermann in: Erman, § 1589 BGB, Rn. 1; § 1591 BGB, Rn. 1.

³⁷⁸ OLG Stuttgart, StAZ 2012, 209; Brudermüller in: Palandt, § 1591 BGB, Rn. 4.

³⁷⁹ OLG Stuttgart, StAZ 2012, 209; Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 3; zur Anerkennung, Anfechtung und Feststellung der Vaterschaft durch den Wunschvater in Fällen der Leihmutterschaft und die subsequente Möglichkeit der Stiefkindadoption durch die Wunschmutter oder den Lebenspartner des Wunschvaters s. unten F.V., S. 146 ff.

³⁸⁰ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Helms, FuR 1996, 178, 187.

³⁸¹ Vgl. soeben unter E.L., S. 87 f.; BT-Drs. 13/4899, S. 82; 13/8511, S. 69; BGHZ 203, 350, 361 (Rn. 39); Helms, FuR 1996, 178, 187; viel zu weitgehend: Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150, der behauptet, dass „die Personalisation“ des werdenden Lebens kein allein von genetischen Faktoren determinierter Vorgang sei, sondern ein Entwicklungsprozess, der sich über die Geburt hinaus fortsetze und sich ungestört „nur in der psychischen und physischen Geborgenheit der biologischen Mutter (gemeint ist die Geburtsmutter)

zur nachgeburtlichen Betreuung vorhanden sei³⁸². Da die austragende Frau der Verantwortung für das Kind am nächsten stehe, sei am ehesten zu erwarten, dass sie die sich daraus ergebenden Verpflichtungen für das schutzbedürftige, auf die Hilfe der Mutter sofort angewiesene Kind übernehme³⁸³, zumal die genetische Mutter nach der Geburt nicht zwangsläufig in der Nähe des Kindes sei³⁸⁴. Nicht tragbare Unsicherheiten bei der Geburt sollten so vermieden werden³⁸⁵. Die gefundene Regelung sei nicht nur praktikabel³⁸⁶, sondern diene auch der Rechtssicherheit³⁸⁷.

Dem Gesetzgeber ging es ausweislich der Gesetzesbegründung aber vor allem um die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften, die es im Interesse des Kindes nicht geben sollte³⁸⁸. § 1591 BGB hat zur Folge, dass in den Fällen der Leihmutterschaft das Kind der Leihmutter zugeordnet wird³⁸⁹. Vergleichbares gilt für die seit Neuem praktizierte geteilte Mutterschaft lesbischer Paare³⁹⁰: Mutter ist die austragende Partnerin, nicht diejenige Frau, von der das Kind genetisch abstammt. Letzterer kann die Mutterschaft auch nicht über § 1592 BGB analog zugewiesen werden³⁹¹. Die rechtliche Mutterschaft kann sie nur im Wege der Stiefkindadoption nach § 9 Abs. 7 LPartG³⁹² erlangen³⁹³. Bei der Eizellspende, der Embryospende und der Spende mitochondrialer DNA³⁹⁴ wird das Kind hingegen der austragenden Wunschmutter zugeordnet. Der Gesetzgeber wollte dadurch den letztgenannten – ganz überwiegend strafrechtlich

vollziehen kann“; zu Recht kritisch: Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 12; sehr knapp: Ramm, JZ 1996, 987, 989, F. 21 – Das Argument ist „freilich nicht allzu überzeugend“.

³⁸² Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

³⁸³ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463 f.; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5; schon zum alten Recht: Mutschler, FamRZ 1994, 65, 66.

³⁸⁴ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

³⁸⁵ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

³⁸⁶ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 13.

³⁸⁷ E. A. Büttner, FamRZ 1997, 464, 466.

³⁸⁸ BT-Drs. 13/4899, S. 52, 82; BGHZ 203, 350, 360 (Rn. 37); Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 1; Bruder Müller in: Palandt, § 1591 BGB, Rn. 1; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1246.

³⁸⁹ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1246; im Hinblick auf die rechtlich ohnehin unproblematische Ersatzmutterschaft, bei der die Eizelle auch von der austragenden Ersatzmutter abstammt und ein Auseinanderfallen von genetischer und Geburtsmutterschaft nicht zu befürchten ist, ordnet § 1591 BGB das Kind ebenfalls der Ersatzmutter zu.

³⁹⁰ Vgl. oben B.II.7., S. 42 f.

³⁹¹ OLG Köln, NJW-RR 2014, 1409 und StAZ 2015, 244; v. d. Tann, NZFam 2015, 936.

³⁹² Oder nunmehr im Fall des Bestehens einer gleichgeschlechtlichen Ehe nach § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB; vgl. jetzt auch BGH, FamRZ 2018, 1919.

³⁹³ Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 8.

³⁹⁴ Zu letzterem oben B.II.5.d., S. 38 ff.

sanktionierten³⁹⁵ – Verfahren keine Billigung auf der Ebene des Zivilrechts aussprechen³⁹⁶. Es handelt sich vielmehr um eine notwendige Folge des mit der Vorschrift beabsichtigten Ziels, das Kind sicher und schnell einer Mutter zuzuordnen³⁹⁷. Die Zuordnung des Kindes zur Leihmutter dient dagegen auch auf zivilrechtlicher Ebene der Verhinderung von Leihmutterchaften³⁹⁸.

III. Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf Geburten vor dem 1. Juli 1998

Ob es für Kinder, welche vor dem 1.7.1998 geboren wurden, bei der Anwendung des alten Rechts bleibt, ist umstritten³⁹⁹. Ausdrücklich enthält Art. 224 § 1 Abs. 1 EGBGB nur für die Vaterschaft eine Übergangsregelung dergestalt, dass sich die Vaterschaft für Kinder, welche vor Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform geboren wurden, nach den bisherigen Vorschriften richtet. Die Mehrzahl der Autoren wendet die Übergangsvorschrift deshalb nicht auf die Zuordnung der Mutterschaft an mit der Folge, dass auch für vor dem 1. Juli 1998 geborene Kinder § 1591 gilt⁴⁰⁰. *Rauscher* lehnt dagegen eine rückwirkende Anwendung des neuen Rechts ab. Sie sei sogar verfassungswidrig, wenn sie geeignet wäre, bereits bestehenden, rechtlich geklärten Mutterschaften wieder die rechtliche Grundlage zu entziehen⁴⁰¹. Da die jetzt in § 1591 BGB enthaltene Regelung aber der seinerzeit h.M. entsprach, bleibt die Rechtslage praktisch un-

³⁹⁵ Vgl. zur Spende mitochondrialer DNA aber oben C.III., S. 58 ff.

³⁹⁶ BT-Drs. 13/4899, S. 82 f.; nicht richtig ist es in diesem Zusammenhang, § 1591 BGB als Norm zu interpretieren, die Ei- und Embryospenden verhindern soll – so aber Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2 und Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 14.

³⁹⁷ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10 spricht von einer „zufälligen“ Folge. Zufällig ist die Folge aber nicht, wenn man die unter E.I. genannten Gründe, welche bereits vor der Kindschaftsrechtsreform für eine Zuordnung zur Geburtsmutter gesprochen haben, in die Überlegung mit einbezieht. Der Gesetzgeber hat sich nämlich auf der Basis dieser Argumente bewusst für eine Zuordnung zur Geburtsmutter entschieden.

³⁹⁸ BT-Drs. 13/4899, S. 82; BT-Drs. 13/8511, S. 69; Seidel in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 17; Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979.

³⁹⁹ Dafür: Rauscher in: Staudinger, Art. 224 § 1 EGBGB, Rn. 15; dagegen: Wellenhofer in: MüKo⁵, Art. 224 EGBGB, Rn. 2; dies. in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 64.

⁴⁰⁰ Wellenhofer in: MüKo⁵, Art. 224 § 1 EGBGB, Rn. 2; dies. in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 64; Gutzeit in: NK-BGB, § 1589 BGB, Rn. 7.

⁴⁰¹ Rauscher in: Staudinger, Art. 224 § 1 EGBGB, Rn. 15.

verändert⁴⁰². Ein Eingriff in bereits rechtskräftig festgestellte, möglicherweise von der jetzigen Rechtslage abweichende Mutterschaften lässt sich dadurch verhindern, dass die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen trotz der neuen Rechtslage Bestand haben soll⁴⁰³. Sogar *Rauscher* geht davon aus, dass der Rechtsgedanke des § 1591 BGB jedenfalls im „Sinne einer zulässigen rückwirkenden Klärung“ auf noch nicht geklärte Ersatzmutterschaften anwendbar sein soll, hinsichtlich derer nach der alten Rechtslage Streit über die Zuordnung der Mutterschaft bestand⁴⁰⁴. Insoweit besteht letztlich zwischen den auf den ersten Blick gegensätzlichen Ansichten kein messbarer Unterschied mehr.

IV. Die verfahrensrechtliche Anerkennung von ausländischen Entscheidungen

Werden Verfahren assistierter Reproduktion im Ausland in Anspruch genommen, weil sie im Inland verboten sind, stellt sich die Frage, wie in solchen Konstellationen die Mutterschaft zu bestimmen ist. Dafür ist zwischen verschiedenen Möglichkeiten zu unterscheiden: Ausländische gerichtliche Entscheidungen können anerkannt werden⁴⁰⁵. Liegt eine solche Entscheidung nicht vor, bestimmen sich die Rechtswirkungen nach dem gemäß Art. 19 EGBGB anwendbaren Recht⁴⁰⁶. Die verfahrensrechtliche Anerkennung genießt dabei gegenüber der Anwendung des Kollisionsrechts Vorrang⁴⁰⁷. Ihre Voraussetzungen ergeben sich aus §§ 108, 109 FamFG.

⁴⁰² Gutzeit in: NK-BGB, § 1589 BGB, Rn. 7.

⁴⁰³ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 64.

⁴⁰⁴ Rauscher in: Staudinger, Art. 224 § 1 EGBGB, Rn. 15.

⁴⁰⁵ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994, 1995; Hohloch in: Erman, Art. 19 EGBGB, Rn. 29; zu den nur in wenigen Fällen einschlägigen zweiseitigen Abkommen, die der Anwendung des FamFG vorgehen, vgl. Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 115–118.

⁴⁰⁶ Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

⁴⁰⁷ Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

1. Das Vorliegen einer ausländischen Entscheidung

Anerkennungsfähig sind danach vor allem Entscheidungen, welche die rechtliche Elternschaft konstitutiv begründen⁴⁰⁸, wie britische *parental orders*⁴⁰⁹ oder israelische Elternschaftsdekrete⁴¹⁰; aber auch Entscheidungen mit lediglich feststellender Wirkung sind einer Anerkennung gemäß § 108 FamFG zugänglich⁴¹¹. Voraussetzung ist jeweils, dass eine Sachprüfung erfolgt ist, die sich auf die mit der Abstammung verknüpfte Statusfolge erstreckt⁴¹². In Rechtsordnungen wie der indischen, in denen nicht zwischen genetischer und rechtlicher Elternschaft differenziert wird und zu letzterer keine eigenständigen Regeln existieren, kann die Feststellung der genetischen Abstammung auch als Feststellung der rechtlichen Elternschaft qualifiziert werden, wenn in der betreffenden Entscheidung aus deutscher Sicht funktional auch die rechtliche Elternschaft für zukünftige Verfahren bindend festgestellt werden soll⁴¹³. Neben gerichtlichen Entscheidungen können sogar Entscheidungen von Behörden, die nach ihrer Funktion und dem angewandten Verfahren mit einem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit vergleichbar sind, anerkannt werden⁴¹⁴. Bloße behördliche Registrierungen oder Beurkundungen des Verwandtschaftsverhältnisses ohne eigene Sachprüfung sind hingegen nicht anerkenungsfähig⁴¹⁵.

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob auch im Vorfeld der Übernahme einer Leihmutterschaft ergangene gerichtliche Entscheidungen, in denen die Durchführung der Leihmutterschaft nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen genehmigt wird⁴¹⁶, anerkannt werden können. In der Regel beruht die Zuordnung des Kindes zur genetischen Wunsch-

⁴⁰⁸ Dethloff, JZ 2014, 922, 925; Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

⁴⁰⁹ Benicke, StAZ 2013, 101, 104; vgl. zu „parental orders“ oben D.IV., S. 81 ff.

⁴¹⁰ Näher zu beiden: Duden, StAZ 2014, 164, 167; unter Umständen kommt auch eine Anerkennung ukrainischer Gerichtsentscheidungen in Betracht (vgl. VG Berlin, StAZ 2013, 382, 383; das Gericht ging insoweit freilich von einem Verstoß gegen den anerkennungsrechtlichen *ordre public* aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG aus (dazu unten unter E.IV. 2.b., S. 95 ff.).

⁴¹¹ BGHZ 203, 350, 356 (Rn. 22); Duden, StAZ 2014, 164, 167; Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

⁴¹² BGHZ 203, 350, 356 (Rn. 22); vgl. auch Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

⁴¹³ Duden, StAZ 2014, 164, 167 f.; a.A. VG Köln, NJW 2013, 2617, 2619.

⁴¹⁴ BayObIGZ 1999, 352, Rn. 20; Zimmermann in: Keidel, § 108 FamFG, Rn. 6.

⁴¹⁵ BGHZ 203, 350, 356 (Rn. 22); Andrae, StAZ 2015, 163, 164; eingehend: Frie, NZFam 2018, 97; vgl. auch OLG Celle, NZFam 2017, 658 und OLG München, NZFam 2018, 36.

⁴¹⁶ So etwa nach griechischem Recht – oben D.V.2., S. 84 f. und zum Teil auch im Recht einzelner US-Bundesstaaten (Benicke, StAZ 2013, 101, 105).

mutter – wie etwa nach Art. 1464 Abs. 1 grZGB – dann aber nicht auf der Entscheidung selbst, sondern auf dem Gesetz, so dass eine Anerkennung ausscheidet⁴¹⁷. Möglich ist eine Anerkennung nur, wenn das Gericht auch in solchen Fällen aufgrund eigener Sachprüfung das Kind den Wunscheltern zuordnet⁴¹⁸.

Die Anerkennung ist nicht davon abhängig, dass das ausländische Gericht seiner Entscheidung das Recht zugrunde gelegt hat, welches nach deutschem Kollisionsrecht auf den jeweiligen Fall anwendbar gewesen wäre; denn das Kollisionsrecht kann durch die Entscheidung des Gerichts eines anderen Staats überlagert werden⁴¹⁹. Die Entscheidung muss aber nach ausländischem Recht wirksam sein, Rechtskraft ist hingegen keine Voraussetzung⁴²⁰.

2. Die Anerkennungs Hindernisse

a. § 109 Abs. 1 Nr. 1–3 FamFG

Die Anerkennung darf nicht gemäß § 109 FamFG ausgeschlossen sein. Gemäß § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG kann sich der Ausschluss zunächst aus der fehlenden internationalen Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts ergeben⁴²¹. Die internationale Zuständigkeit wird durch die entsprechende Anwendung der deutschen Vorschriften im Ausland ermittelt (Spiegelbildprinzip)⁴²². Darauf, ob das Gericht nach den Vorschriften des ausländischen Staats zuständig war, kommt es nicht an⁴²³. In Abstammungssachen ist nach deutschem Recht gemäß § 100 Nr. 1 FamFG auf die Staatsangehörigkeit von Kind, Mutter oder Vater abzustellen, § 100 Nr. 2 FamFG knüpft alternativ an deren gewöhnlichen Aufenthalt an. Als Mutter anzusehen sind insoweit sowohl die Frau, welcher die Mutterschaft über Art. 19 EGBGB zugewiesen ist, als auch diejenige Frau, welche als Mutter festgestellt werden möchte⁴²⁴. Für Leihmutterchaftskonstellationen lässt sich die internationale Zuständigkeit des ausländi-

⁴¹⁷ Benicke, StAZ 2013, 101, 105.

⁴¹⁸ Dethloff, JZ 2014, 922, 925.

⁴¹⁹ BGH, NJW 1983, 279, 281.

⁴²⁰ Zimmermann in Keidel, § 108 FamFG, Rn. 8 m.w.N.

⁴²¹ BGHZ 203, 350, 357 (Rn. 25); näher: Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 120.

⁴²² BGHZ 189, 87, 93 (Rn. 23).

⁴²³ Zimmermann in: Keidel, § 109 FamFG, Rn. 3.

⁴²⁴ Sieghörtner in: BeckOK FamFG, § 100 FamFG, Rn. 3.

schen Gerichts demnach häufig anhand der Staatsbürgerschaft oder des gewöhnlichen Aufenthalts der Leihmutter bestimmen; sie ist in der Regel gegeben, wenn das Kind im Heimatland der Leihmutter geboren wird⁴²⁵.

Zu den weiteren Anerkennungshindernissen gehören die nicht ordnungsgemäße oder rechtzeitige Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks (§ 109 Abs. 1 Nr. 2 FamFG), so dass ein Beteiligter des Verfahrens seine Rechte nicht wahrnehmen konnte⁴²⁶, und die Unvereinbarkeit der ausländischen Entscheidung mit einer früheren Entscheidung, welche in Deutschland erlassen oder anerkannt wurde (§ 109 Abs. 1 Nr. 3 FamFG)⁴²⁷.

b. § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG

§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG⁴²⁸ normiert als Anerkennungshindernis die fehlende Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem deutschen *ordre public*⁴²⁹. Bisher war in diesem Zusammenhang heftig umstritten, ob die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, welche der Wunschk Mutter in Konstellationen der Leihmuttertschaft anders, als von § 1591 BGB vorgesehen, die rechtliche Elternstellung zuweist, gegen den deutschen *ordre public* verstößt. Ein Verstoß ist gegeben, wenn das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall in so starkem Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den darin enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen steht, dass es nach deutscher Vorstellung nicht mehr als tragbar erscheint⁴³⁰. Der Streit wird parallel auch zum kollisionsrechtlichen *ordre public* aus Art. 6 EGBGB geführt, auf den es im Zusammenhang mit der Anwendung ausländischen Rechts über Art. 19 EGBGB ankommt⁴³¹.

⁴²⁵ BGHZ 203, 350, 351 (Rn. 2); OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382 (Rn. 8); Benicke, StAZ 2013, 101, 105.

⁴²⁶ Henrich in Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 121; dieses Anerkennungshindernis ist als einziges nicht von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 189, 87, 93 (Rn. 23)); vgl. zu weiteren Einzelheiten auch: Zimmermann in: Keidel, § 109 FamFG, Rn. 5–13.

⁴²⁷ Henrich in Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 122; Zimmermann in: Keidel, § 109 FamFG, Rn. 14–17.

⁴²⁸ Vgl. auch § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

⁴²⁹ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 123.

⁴³⁰ BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 15); BGHZ 203, 350, 357 f. (Rn. 28) unter Verweis auf BGHZ 138, 331, 334 f.; vgl. auch die den *ordre-public*-Verstoß bejahende Vorinstanz, welche zumindest im Ausgangspunkt von den gleichen Kriterien wie der BGH ausgegangen ist: KG, StAZ 2013, 348, 349.

⁴³¹ Näher zum kollisionsrechtlichen *ordre public* aus Art. 6 EGBGB unten E.V.7., S. 131 ff.

(i) Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur ging bisher davon aus, dass die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, welche die rechtliche Elternschaft der Wunschmutter begründet, nicht mit dem deutschen *ordre public* zu vereinbaren sei. Bei der Konkurrenz zwischen genetischer und gebärender Mutter sei letzterer generell der Vorrang einzuräumen. Die sich aus § 1591 BGB ergebenden Wertungen des deutschen Rechts stünden der Anerkennung entsprechender Entscheidungen entgegen; denn die Vorschrift diene ausweislich der Intention des Gesetzgebers⁴³² der Verhinderung von Leihmutterschaften nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland⁴³³ und markiere damit die aktuelle Grenze des ethisch Zulässigen. Die darin kodifizierten Wertvorstellungen gehörten zum Kernbestand des deutschen Rechts⁴³⁴. Ihre generalpräventive Wirkung diene dem Schutz der Menschenwürde von betroffenen Frauen und Kindern. Dieser sei selbst unter der Voraussetzung, dass die Leihmutter ihre Einwilligung in die Durchführung der Leihmutterschaft erklärt habe, nicht unnötig, weil die Menschenwürde einen objektiven, unverfügbaren Wert darstelle⁴³⁵.

(ii) Der BGH und ihm folgend das OLG Düsseldorf haben im Zusammenhang mit der Anerkennung eines ausländischen Urteils inzwischen entschieden, dass die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft an beide Wunschelternteile jedenfalls nicht gegen den *ordre public* verstößt, wenn ein Wunschelternteil im Unterschied zur Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist⁴³⁶. In dem konkreten, vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Frage der rechtlichen Vaterschaft von zwei Männern einer Lebenspartnerschaft für ein Kind, dass nach einer anonymen Eizellspende und Befruchtung mit den Spermien eines der Lebenspartner in Kalifornien durch eine Leihmutter geboren wurde. Der Superior Court of the State of California hatte durch Urteil beiden Lebenspartnern die

⁴³² Vgl. dazu BT-Drs. 13/4899, S. 82 f.

⁴³³ KG, StAZ 2013, 348; VG Berlin, StAZ 2012, 382, 383; für die kollisionsrechtliche Ebene: Looschelders, IPPrax 1999, 420, 422 f.; Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1476; Schäkel, Die Abstammung im neuen deutschen internationalen Privatrecht, S. 99; i.E. auch Klinkhardt in: MüKo⁵, Art. 19 EGBGB, Rn. 16.

⁴³⁴ Benicke, StAZ 2013, 101, 110 f.

⁴³⁵ KG, StAZ 2013, 348, 350; zitiert wird in diesem Zusammenhang vom KG nur die Stellungnahme des Kirchenamts der EKD vom 17. Februar 2009; zum Inhalt der Stellungnahme s. Sturm in: FS Kühne, S. 919, 923, Fn. 28; vgl. auch Schweizer Bundesgericht, Urt. v. 21.5.2015 – 5A 748/2014, FamRZ 2015, 1912, 1914 unter Punkt 5.3.3.

⁴³⁶ OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382; BGHZ 203, 350; wie Fälle zu entscheiden sind, in denen eine Verwandtschaft nicht besteht (Kombinationen von Leihmutterschaft mit Eizell- und Samenspende), hat der BGH offengelassen; die Entscheidung wurde inzwischen bestätigt durch BGH, NZFam 2018, 983.

rechtliche Elternschaft zugewiesen. Sie beantragten nach ihrer Rückkehr nach Berlin beim zuständigen Standesamt Nachbeurkundung der Auslandsgeburt. Diese wurde ihnen verweigert, was den Anlass für das Verfahren um die Anerkennung der Entscheidung des Superior Court of the State of California geliefert hatte.

Hinsichtlich der rechtlichen Vaterschaft des Mannes, von dem das Kind auch genetisch abstammte, sah der BGH von vornherein keinen Verstoß gegen den *ordre public*, weil der Vater das Kind auch bei Anwendung deutschen Rechts (§ 1592 Nr. 2 BGB) hätte anerkennen können. Diese Möglichkeit steht ihm nach der deutschen Rechtslage immer dann offen, wenn die Anerkennung nicht gemäß § 1594 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist, weil bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, was vor allem bei verheirateten Leihmüttern der Fall ist⁴³⁷.

In Bezug auf die Elternschaft des anderen Lebenspartners hat der BGH ebenfalls keinen Verstoß gegen den (anerkennungsrechtlichen) *ordre public* gesehen, weil die gerichtliche Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Kind und den Wunscheltern nicht in einem solchen Maße den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts widerspreche, dass ihre Anerkennung als im Ergebnis untragbar erschiene⁴³⁸. Im deutschen Recht ergebe sich zwar aus dem Adoptionsvermittlungsgesetz und dem Embryonenschutzgesetz das Verbot der Leihmutterchaft. Dieses werde zivilrechtlich durch § 1591 BGB gestützt. Die Vorschrift diene ebenfalls der Verhinderung von Leihmutterchaften und richte sich anders als die Strafvorschriften auch gegen im Ausland vorgenommene Leihmutterchaften⁴³⁹. Soweit Leihmutterchaften aber erlaubterweise im Ausland vorgenommen werden, müssten auch die Rechte des Kindes in die Bewertung der Lage einbezogen werden; denn die in § 1591 BGB verankerten generalpräventiven Erwägungen ließen das Erfordernis einer eigenständigen Bewertung der Lage nach Geburt des Kindes unter umfassender Würdigung seiner Rechte nicht entfallen⁴⁴⁰. Auch aus den Rechten der Leihmutter, vor allem ihrer Menschenwürde, ergebe sich bei freiwilliger Übernahme der Leihmutterchaft und freiwilliger Herausgabe des Kindes an die Wunscheltern nichts anderes, wobei die Freiwilligkeit nicht dadurch ausgeschlossen werde, dass die Leihmutter Geld

⁴³⁷ BGHZ 203, 350, 358 (Rn. 30 f.); so auch schon die Vorinstanz, welche sich hinsichtlich des anderen Wunschvaters noch für einen *ordre-public*-Verstoß ausgesprochen hatte: KG, StAZ 2013, 348, 349 ff.

⁴³⁸ BGHZ 203, 350, 364 (Rn. 44).

⁴³⁹ BT-Drs. 13/4899, S. 52.

⁴⁴⁰ BGHZ 203, 350, 364 (Rn. 46).

erhalten hat, solange ihre Mitwirkung und die Herausgabe des Kindes ohne Zwang erfolgen⁴⁴¹. Unter diesen Umständen stünden die Rechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG und aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, welche ein Recht des Kindes auf rechtliche Zuordnung zu beiden Elternteilen gewährleisteten, im Vordergrund⁴⁴². Eine Differenzierung zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Wunscheltern sei nicht angezeigt, weil die Verhältnisse in einer eingetragenen Lebensgemeinschaft ebenso förderlich für das Aufwachsen von Kindern seien, wie diejenigen in einer Ehe⁴⁴³. Deshalb verstoße neben der ohnehin nicht problematischen Zuordnung des Kindes zum genetischen Vater auch eine Zuordnung zu dessen Lebenspartner nicht gegen den anerkennungsrechtlichen *ordre public*. Schließlich sei auch die Stiefkindadoption durch den nicht leiblichen Elternteil nicht etwa deshalb vorzugswürdig, weil eine individuelle Kindeswohlprüfung erfolge. Die im Regelfall gleichlaufenden Ergebnisse sprächen vielmehr gegen einen *ordre-public*-Verstoß⁴⁴⁴.

(iii) Den Entscheidungen ist beizupflichten. Schon in der Vergangenheit wurde ein *ordre-public*-Verstoß im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen (und auch der Anwendung ausländischen Rechts über Art. 19 EGBGB) vielfach abgelehnt⁴⁴⁵: Zur Begründung ist zu Recht darauf abgestellt worden, dass eine Verletzung des von der Gegenauffassung bemühten *ordres publics* nur im Einzelfall und nicht generalisierend festgestellt werden kann. Maßgeblich ist damit, ob eine Zuordnung des Kindes zur genetischen Wunschmutter *im konkreten Fall* der deutschen öffentlichen Ordnung entgegenstehen würde⁴⁴⁶. Zwar mögen auch im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung die sich aus § 1591 BGB ergebenden Wertungen zu beachten sein⁴⁴⁷. Das Kindeswohl, dem ein hoher Stellenwert zukommt⁴⁴⁸, spricht aber für die Zuordnung

⁴⁴¹ BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 19); BGHZ 203, 350, 365 ff. (Rn. 48–51): Die Freiwilligkeit der Übernahme der Leihmutterschaft und der Herausgabe des Kindes an die Wunscheltern muss durch die Entscheidung des zuständigen Gerichts in einem rechtsstaatlichen Verfahren sichergestellt werden; vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382 f. (Rn. 13).

⁴⁴² BGH, NZFam 2018, 983, 986 (Rn. 21); BGHZ 203, 350, 367 (Rn. 54); OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382.

⁴⁴³ BGHZ 203, 350, 363 f. (Rn. 43) und OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382, beide unter Verweis auf BVerfGE 133, 59.

⁴⁴⁴ BGHZ 203, 350, 369 (Rn. 58).

⁴⁴⁵ Mayer, IPRax 2014, 57, 59; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1151 f.; Sturm in: FS Kühne, S. 919, 931 f.; AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994, 1995 m.w.N.

⁴⁴⁶ AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994, 1995 m.w.N.; Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 41.

⁴⁴⁷ Vgl. Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1476.

⁴⁴⁸ Vgl. auch § 1697a BGB.

des Kindes zu den Wunscheltern, wenn das Kind bereits bei ihnen lebt und die Leihmutter es selbst nicht betreuen möchte⁴⁴⁹. Generalpräventive Erwägungen dürfen im konkreten Fall nicht über dem Wohl des Kindes stehen, zumal das Kind auf die Umstände seiner Entstehung keinen Einfluss hat und dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann⁴⁵⁰. Die Konsequenzen für das aus deutscher Sicht fehlerhafte Verhalten seiner Eltern soll das Kind nicht zu tragen haben⁴⁵¹. Insoweit ist trotz Verstößen gegen inländische und auch religiöse Wertvorstellungen „Menschlichkeit, nicht Härte“ gefragt⁴⁵².

(iv) Darüber hinaus ist der Feststellung beizupflichten, dass die Menschenwürde der Leihmutter nicht verletzt sei, wenn erstere die Leihmutterchaft freiwillig übernommen habe⁴⁵³. Soweit der BGH auch die freiwillige Herausgabe des Kindes zur Voraussetzung für den fehlenden Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter erklärt⁴⁵⁴, kann dem nicht mehr gefolgt werden. Geht es nach der Geburt des Kindes um dessen Herausgabe, ist nicht die Menschenwürde, sondern das sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebende Elternrecht der Leihmutter betroffen⁴⁵⁵.

(v) Zusammenfassend festzuhalten bleibt, dass den Entscheidungen des BGH und des OLG Düsseldorf im Ergebnis mit der dargestellten schon bisher überwiegenden Auffassung⁴⁵⁶ zuzustimmen ist. Vor allem die Entscheidung des BGH ist in der nachfolgenden Literatur fast aus-

⁴⁴⁹ Dafür: Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 31; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78; Das soll – über die Vorgaben des BGH hinausgehend – sogar gelten, wenn die Wunscheltern nicht mit dem Kind verwandt sind und es von der Leihmutter abstammt: Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 105 a.E.

⁴⁵⁰ Vgl. jetzt auch BGH, NZFam 2018, 983, 986 (Rn. 21); Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 42; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1152; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 110a; vgl. in einem allerdings anderen Zusammenhang (§ 1741 Abs. 1 S. 2 BGB) auch Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 130 a.E.: „Ist das Kind erst einmal geboren, sind generalpräventive Erwägungen fehl am Platz“. Vgl. zu der an dieser Stelle noch nicht vordergründig relevanten Frage, inwieweit einer ausländischen Leihmutter auf ausländischem Staatsgebiet überhaupt Grundrechtsschutz von Seiten des deutschen Staats zuteil wird unten: H.II.2.e.iv.(2)(b), S. 227 ff.

⁴⁵¹ Mayer, IPRax 2014, 57, 59; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1151 f.; Sturm in: FS Kühne, S. 919, 931 f.

⁴⁵² Sturm in: FS Kühne, S. 919, 931 f.

⁴⁵³ Näher unten H.I.1.b., S. 197 ff.

⁴⁵⁴ BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 19); ebenso: Woitge, Jura 2015, 496, 500.

⁴⁵⁵ BVerfGE 92, 158, 176 ff. (von einem Verstoß gegen die Menschenwürde ist in der Entscheidung nicht die Rede); Maurer in: MüKo⁷, § 1747 BGB, Rn. 1; näher unten H.I.1.b., S. 197 ff.

⁴⁵⁶ Mayer, IPRax 2014, 57, 59; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1151 f.; Sturm in: FS Kühne, S. 919, 931 f.; AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994, 1995 m.w.N.

nahmslos auf positive Resonanz gestoßen und wurde inzwischen vom BGH selbst bestätigt⁴⁵⁷. Ihr Anwendungsbereich ist weit gesteckt; denn anerkennungsfähig sind ausländische Entscheidungen in Leihmutterchaftsfällen bereits, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist. Erfasst sind damit Konstellationen, wie die entschiedene, in denen ein Paar, bestehend aus zwei Lebenspartnern, die Leihmutter beauftragt hat, aber auch die klassischen Fälle verschiedengeschlechtlicher Paare, die sich aus den eingangs dargestellten medizinischen Gründen veranlasst sehen, eine Leihmutter im Ausland in Anspruch zu nehmen⁴⁵⁸. Ausdrücklich nicht erstreckbar ist die Entscheidung auf die sog. Ersatzmutterchaft, bei der das Kind auch genetisch von der Ersatzmutter abstammt; das gilt selbst, wenn das Kind zusätzlich von einem der beiden Wunschelternteile abstammen sollte⁴⁵⁹. In jedem Fall muss für die Anerkennungsfähigkeit aber eine gerichtliche oder vergleichbare behördliche Entscheidung mit eigener Sachprüfung im Hinblick auf die mit der Abstammung verknüpfte Statusfolge vorliegen⁴⁶⁰. Dort, wo das nicht der Fall ist, etwa bei bloßen behördlichen Registrierungen oder Beurkundungen des Verwandtschaftsverhältnisses, bleibt nur der sogleich darzulegende Weg über Art. 19 EGBGB.

V. Die Bestimmung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung

Ohne Vorliegen einer anerkennungsfähigen ausländischen Entscheidung bestimmt sich die Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung nach dem aus deutscher Sicht anwendbaren Recht⁴⁶¹. Einschlägige Kollisionsnorm ist der bereits soeben benannte Art. 19 EGBGB, welcher explizit die „Abstammung eines Kindes“ regelt und dessen Anwendungsbereich

⁴⁵⁷ Helms, FamRZ 2015, 245; Henrich, IPRax 2015, 229; Wellenhofer, JuS 2015, 841; Heiderhoff, NJW 2015, 485; Schall, DNotZ 2015, 306; Schwonberg, FamRB 2015, 55; Zwißler, NZFam 2015, 118; BGH, NZFam 2018, 983; vgl. aber die Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts, Urt. v. 21.5.2015 – 5A 748/2014, FamRZ 2015, 1912, das anders als der BGH von einem Verstoß gegen den *ordre public* ausgeht.

⁴⁵⁸ Vgl. jetzt auch OLG Celle, NZFam 2017, 658.

⁴⁵⁹ BGHZ 203, 350, 3. Leitsatz: „... wenn ein Wunschelternteil – im Unterschied zur Leihmutter – mit dem Kind genetisch verwandt ist“ und jetzt auch BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 16).

⁴⁶⁰ BGHZ 203, 350, 356 (Rn. 22); eingehend dazu Frie, NZFam 2018, 97; vgl. auch Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

⁴⁶¹ Benicke, StAZ 2013, 101, 104.

nicht nur natürlich gezeugte Kinder umfasst⁴⁶². Art. 19 EGBGB enthält drei Anknüpfungspunkte: den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes (Abs. 1 S. 1), das Heimatrecht desjenigen Elternteils, von dem die Abstammung zu beurteilen ist (Abs. 1 S. 2) und das sich aus Art. 14 Abs. 1 EGBGB ergebende Ehwirkungsstatut (Abs. 1 S. 3). Probleme bereitet die Ermittlung des anwendbaren Rechts, wie die nachfolgende Analyse zeigen wird, vor allem in Leihmutterschaftsfällen. Konstellationen mit Eizell- und Embryospenden weisen dagegen häufig keine Schwierigkeiten auf.

1. Der gewöhnliche Aufenthalt

a. Die allgemeinen Voraussetzungen

Ein gewöhnlicher Aufenthalt in einem bestimmten Land ist gegeben, wenn der Aufenthalt nicht nur vorübergehend ist und die familiären, beruflichen und sonstigen Bindungen an das Aufenthaltsland stärker sind als Bindungen an andere Länder, hier also der Schwerpunkt dieser Bindungen und damit der Daseinsmittelpunkt der betreffenden Person liegt⁴⁶³. Für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts ist demnach eine physische Anwesenheit in dem betreffenden Staat erforderlich⁴⁶⁴. Dazukommen muss eine bestimmte tatsächliche Aufenthaltsdauer von bis zu sechs Monaten⁴⁶⁵. Alternativ kann vor Ablauf dieser Zeitspanne der gewöhnliche Aufenthalt an einem Ort bestehen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt an diesem Ort für eine längere Zeitspanne begründet werden, es sich also dem Willen des Betroffenen nach um den (neuen) Daseinsmittelpunkt handeln soll⁴⁶⁶.

⁴⁶² Eingehend: Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 97 f.

⁴⁶³ BGHZ 78, 293, 295 (Rn. 7); Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8; Thorn in: Palandt, Art. 5 EGBGB, Rn. 10.

⁴⁶⁴ EuGH Slg. 2009, I-2805, Rn. 38; Slg. 2010 I-14309, Rn. 49; v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 141; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 13; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 3.

⁴⁶⁵ BGHZ 78, 293, 300 f. (Rn. 19); OLG Celle, NJW-RR, 2011, 1157, 1158.

⁴⁶⁶ BGHZ 78, 293, 295 (Rn. 7 f.); OLG Köln, FamRZ 2012, 1406; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 4.

b. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes

Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes wird nicht von dem gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern abgeleitet, er muss nicht zwangsläufig mit demjenigen seiner Eltern zusammenfallen⁴⁶⁷. Soweit das Kind noch ein Säugling oder Kleinkind ist, stimmt sein sich aus den Gesamtumständen ergebender Lebensmittelpunkt aber im Allgemeinen mit dem gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter überein⁴⁶⁸, weil der Säugling zwangsläufig das Umfeld des Personenkreises teilt, auf das er angewiesen ist⁴⁶⁹. Zu beachten ist dabei, dass in Leihmutterschaftsfällen insoweit aber nicht schlechthin auf den gewöhnlichen Aufenthalt der „Mutter“ abgestellt werden kann⁴⁷⁰, weil die Frage der Mutterschaft durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes erst geklärt werden soll und insoweit zwei Frauen als Mutter in Betracht kommen⁴⁷¹. Entscheidend ist deshalb, bei welcher Person das Kind lebt, von wem es tatsächlich betreut wird⁴⁷².

c. Der Zeitpunkt der Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts

Der Zeitpunkt für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts richtet sich danach, wann die Abstammung festgestellt werden soll. Das kann der Zeitpunkt der Geburt, der Zeitpunkt der Eintragung in das Gebur-

⁴⁶⁷ BGHZ 78, 293, 295 f. (Rn. 9); OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; Thorn in: Palandt, Art. 5 EGBGB, Rn. 10 und Art. 19 EGBGB, Rn. 4; Benicke, StAZ 2013, 101, 107; Hohloch in: Erman, Art. 19 EGBGB, Rn. 9; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8; Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 35; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 6. d).

⁴⁶⁸ Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 35; BayObLG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 13; Benicke, StAZ 2013, 101, 107; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48, IV. 1. c); Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8; Thorn in: Palandt, Art. 5 EGBGB, Rn. 10; vgl. auch OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; zumindest Zweifel an dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Ausland, wenn die Eltern beabsichtigen, alsbald nach Deutschland zurückzukehren, um mit dem Kind dort ihren Lebensmittelpunkt zu nehmen, äußert das VG Berlin, FamRZ 2013, 738, 739.

⁴⁶⁹ EuGH, Slg. 2010 I-14309, Rn. 55; OLG Köln, FamRZ 2012, 1406; Andrae in: Hdb Adoptionsrecht, Kap. C., Rn. 125.

⁴⁷⁰ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 12.

⁴⁷¹ Generell eine Abhängigkeit des gewöhnlichen Aufenthalts des Säuglings vom Aufenthalt der Eltern ablehnend: Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525.

⁴⁷² OLG Köln, FamRZ 2012, 1406, Rn. 10; Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8, spricht von der „faktischen Betreuungsperson“; dagegen immer auf die Leihmutter abstellend: Siehr, StAZ 2015, 258, 266.

tenregister⁴⁷³, der Zeitpunkt der Abgabe einer Anerkennungserklärung oder der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in einem Abstammungsprozess sein⁴⁷⁴. Die in Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB enthaltene Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist insoweit wandelbar⁴⁷⁵. Allerdings wird durch einen auf diese Weise möglichen Statutenwechsel ein einmal nach dem ursprünglich maßgeblichen Recht erworbener Status des Kindes nicht mehr verändert⁴⁷⁶. Bedeutung erlangt ein Statutenwechsel deshalb nur, wenn nach dem zunächst maßgeblichen Recht die Abstammung noch nicht festgestellt wurde oder werden konnte und ihre Feststellung nunmehr nach dem neuen Recht möglich ist⁴⁷⁷. Ist nach der ursprünglich einschlägigen Rechtsordnung dagegen bereits die Abstammung des Kindes kraft gesetzlicher Zuordnung oder durch Anerkenntnis festgestellt, ändert sich an diesem Status nichts mehr, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt z.B. nach Deutschland verlegt und dort über Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB nunmehr abweichendes Recht zur Anwendung gelangen könnte⁴⁷⁸.

d. Die Voraussetzungen im Einzelnen

i. Die physische Anwesenheit im Aufenthaltsstaat

Grundvoraussetzung für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes ist die – wenigstens zeitweilige – physische Anwesenheit des Kindes im Aufenthaltsstaat. Dieses Erfordernis lässt sich nicht durch die Ableitung des gewöhnlichen Aufenthalts von den Eltern oder der tatsächlichen Betreuungsperson umgehen. Deshalb kann der gewöhnliche Aufenthalt eines im Ausland durch eine Leihmutter geborenen und sich dort noch immer aufhaltenden Kindes selbst dann nicht in Deutschland liegen, wenn die das Kind betreuenden Wunscheltern ihren gewöhnli-

⁴⁷³ OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 184; der Zeitpunkt kann nach Ansicht von Sturm durch den Standesbeamten mit dem Ziel der Änderung des Anknüpfungspunkts in gewissen Grenzen hinausgeschoben werden (Sturm, StAZ 2003, 353, 357).

⁴⁷⁴ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 14; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 14.

⁴⁷⁵ OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 14; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 15.

⁴⁷⁶ OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. c); vgl. auch Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2676; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 14; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 15.

⁴⁷⁷ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 14.

⁴⁷⁸ Dörner in: FS Henrich, S. 119, 126.

chen Aufenthalt weiterhin in Deutschland haben und die Umstände ergeben, dass sie alsbald mit dem Kind nach Deutschland zurückzukehren wünschen. Denn der gewöhnliche Aufenthalt erfordert eine körperliche und nicht lediglich virtuelle Anwesenheit der Person im Aufenthaltsstaat⁴⁷⁹. Die bloße Absicht der Aufenthaltsverlagerung genügt nicht, weil es immer sein kann, dass das angestrebte Ziel nicht erreicht wird⁴⁸⁰. Das wird im besonderen Maße auch an Fällen sichtbar, in denen der gewöhnliche Aufenthalt eines im Ausland im Wege der Leihmutterschaft geborenen Säuglings nur abgeleitet von den ihn betreuenden Wunscheltern bestimmt werden soll: Denn nach der Abstammungsfrage, welche aus dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Säuglings folgt, richtet sich gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 StAG auch seine Staatsangehörigkeit⁴⁸¹. Verortete man den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes allein aufgrund der Absicht der Wunscheltern, mit dem Kind alsbald das Geburtsland zu verlassen, abgeleitet von den Wunscheltern in Deutschland, müsste deutsches Recht Anwendung finden. Für die Mutterschaft gälte § 1591 BGB mit der Folge, dass der deutschen Wunschmutter in Leihmutterchaftsfällen das Kind nicht zugeordnet wird. Ist die Leihmutter verheiratet und stammt das Kind deshalb rechtlich auch nicht vom deutschen Wunschvater ab, erhält das Kind nicht die deutsche Staatsbürgerschaft⁴⁸² und deshalb auch keinen deutschen Pass (vgl. § 1 Abs. 4 S. 1 PassG), der eine alsbaldige Einreise nach Deutschland ermöglichte⁴⁸³. Das Ergebnis wäre widersprüchlich: Wird der gewöhnliche Aufenthalt mit Blick auf den Willen der Wunscheltern, alsbald mit dem Kind in die Heimat zurückzukehren, in Deutschland verortet, kann ein solcher im Ergebnis nicht begründet werden⁴⁸⁴. Die Voraussetzung einer wie auch immer gearteten physischen Präsenz des Kindes im Aufenthaltsstaat kann deshalb

⁴⁷⁹ EuGH, Slg. 2009, I-2805, Rn. 38 und Slg. 2010 I-14309, Rn. 49; v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 141; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 13.

⁴⁸⁰ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 3. a.; v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 141.

⁴⁸¹ Vgl. auch Woitge, Jura 2015, 496, 498.

⁴⁸² Auch eine Anknüpfung an das Heimatrecht der beiden deutschen Wunscheltern würde in der dargestellten Konstellation nicht zu einem anderen Ergebnis führen; vgl. dazu näher unten E.V.2., S. 110 f.

⁴⁸³ Vgl. VG Berlin, StAZ 2012, 382; VG Berlin, IPRax 2012, 548; anders aber bei Geburt des Kindes in den USA, weil es dort nach dem *Ius-soli*-Prinzip auch die Staatsangehörigkeit der USA erwirbt und im Verhältnis zu Deutschland ein Einreisevisum nicht erforderlich ist (Benicke, StAZ 2013, 101, 103).

⁴⁸⁴ Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525.

nicht durch Ableitung des gewöhnlichen Aufenthalts von den Wunsch-
eltern umgangen werden⁴⁸⁵.

ii. Die Umstände

Der gewöhnliche Aufenthalt kann, wie eingangs dargelegt, gegeben sein, wenn neben der physischen Präsenz vor Ort die Umstände⁴⁸⁶ ergeben, dass der Aufenthalt an diesem Ort für eine längere Zeitspanne begründet werden, es sich also dem Willen des Betroffenen nach um den (neuen) Daseinsmittelpunkt handeln soll⁴⁸⁷. Festgestellt wurde ebenfalls bereits, dass Säuglinge das Umfeld des Personenkreises, auf das sie angewiesen sind, teilen⁴⁸⁸ und dass in Fällen, in denen die Mutterschaft durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt erst bestimmt werden soll, maßgeblich sein muss, bei welcher Person das Kind lebt, von wem es tatsächlich betreut wird⁴⁸⁹ und dementsprechend, welche Intention diese Person im Hinblick auf den künftigen Aufenthaltsort des Kindes hegt. Nicht sachgerecht erscheint es, bei der Bestimmung der faktischen Betreuungsperson in Fällen von im Ausland übernommenen Leihmutter-schaften immer auf die Leihmutter abzustellen und davon auszugehen, dass das Kind unmittelbar nach der Geburt seinen gewöhnlichen Auf-
enthalt (im Ausland) mit dieser Frau teilt⁴⁹⁰. Denn für den Fall, dass die Leihmutter das Kind alsbald an die Wunscheltern übergeben möchte, liegen die Umstände gerade so, dass nicht von dem Willen der Leihmutter, sondern vom Willen der die Betreuung übernehmenden Wunscheltern abhängig sein soll, wo das Kind in Zukunft seinen Daseinsmittelpunkt begründet. Dementsprechend ist als betreuende Person nicht die Leih-

⁴⁸⁵ Vgl. nochmals: EuGH Slg. 2009, I-2805, Rn. 38; Slg. 2010 I-14309, Rn. 49; v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 141; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 13; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8.

⁴⁸⁶ Mehrere der weiteren Umstände, die der EuGH (FamRZ 2017, 1506, Rn. 45) zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts des Säuglings herangezogen hat (geografische und familiäre Herkunft der Mutter sowie ihre familiären Bindungen, Staatsangehörigkeit des Kindes), sind in Leihmutter-schaftsfällen nicht anwendbar; denn wer die rechtliche Mutter ist und in der Folge auch welche Staatsangehörigkeit das Kind hat, soll erst über die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bestimmt werden.

⁴⁸⁷ BGHZ 78, 293, 295 (Rn. 7 f.); OLG Köln, FamRZ 2012, 1406, Rn. 10; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 4.

⁴⁸⁸ EuGH, Slg. 2010 I-14309, Rn. 55; OLG Köln, FamRZ 2012, 1406, Rn. 10.

⁴⁸⁹ OLG Köln, FamRZ 2012, 1406, Rn. 10; Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8.

⁴⁹⁰ So aber Siehr, StAZ 2015, 258, 266.

mutter anzusehen, wenn sie das Kind nur wenige Tage oder Wochen nach der Geburt betreuen soll und eine zeitnahe Übergabe an die Wunscheltern geplant ist⁴⁹¹. Davon, dass das Kind den gewöhnlichen Aufenthaltsort der Leihmutter teilt, kann aber ausgegangen werden, wenn es noch für einen längeren Zeitraum von der Leihmutter versorgt werden soll. In solchen Konstellationen begründet das Kind bereits mit der Geburt seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland. Gleiches gilt, wenn die Leihmutter das Kind zwar relativ schnell an die Wunscheltern übergeben soll, diese aber zusammen mit dem Kind noch eine längere Zeit im Ausland verweilen und dort auch selbst ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründen wollen.

In der Praxis werden solche Fälle des freiwilligen, geplanten Aufenthalts von einem halben Jahr über den Geburtszeitpunkt des Kindes hinaus aus finanziellen und beruflichen Gründen eher die Ausnahme bilden. Im Regelfall ist eine alsbaldige Rückkehr mit dem Kind nach Deutschland geplant, was sich häufig auch aus den tatsächlichen Umständen ergibt, etwa durch Beantragung eines deutschen Passes für das Kind⁴⁹² oder berufliche Dispositionen⁴⁹³. Allein aus der physischen Anwesenheit im Ausland, verbunden mit den Umständen, also primär der tatsächlich zum Ausdruck gekommenen Intention der faktischen Betreuungsperson, ergibt sich ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im ausländischen Geburtsland in solchen Fällen nicht. Ein solcher kann dann nur noch aus der Aufenthaltsdauer abgeleitet werden.

iii. Die Aufenthaltsdauer

Die Aufenthaltsdauer, welche abgelaufen sein muss, bevor von einer ausreichenden Integration am Aufenthaltsort dergestalt ausgegangen werden kann, dass an diesem Ort der Schwerpunkt der Bindungen der betreffenden Person und dementsprechend ihr Daseinsmittelpunkt liegt, wird nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁹⁴ mit sechs Monaten veranschlagt⁴⁹⁵. Der BGH hat offengelassen, ob diese von ihm für den Regelfall als angemessen empfundene Frist bei Kleinkindern noch unterschritten werden

⁴⁹¹ Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1147.

⁴⁹² Vgl. VG Berlin, StAZ 2012, 382; IPrax 2012, 548.

⁴⁹³ Vgl. OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158.

⁴⁹⁴ BGHZ 78, 293, 300 f. (Rn. 19); OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158.

⁴⁹⁵ Benicke, StAZ 2013, 101, 107; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 4. a.

kann⁴⁹⁶. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wurden Fristen von sieben Wochen⁴⁹⁷ und auch vier Monaten⁴⁹⁸ noch nicht als ausreichend angesehen. Der EuGH hat jüngst fünf Monate genügen lassen⁴⁹⁹. Kaum noch vertretbar erscheint es, wenn der gewöhnliche Aufenthalt eines im Wege der Leihmutterschaft geborenen Kindes im Geburtsland auch noch nach einem Zeitraum von etwas mehr als sechs Monaten verneint wird, selbst wenn es so schnell wie möglich nach Deutschland gebracht werden soll⁵⁰⁰, weil in solchen Fällen von einer tatsächlichen Integration am Aufenthaltsort ausgegangen werden kann⁵⁰¹.

Mit Blick auf die fehlende Möglichkeit, den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes von seinen Eltern abzuleiten, sollen nach Auffassung von *Heiderhoff* bereits die ersten Lebenswochen des Säuglings ausreichen, um einen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland zu begründen⁵⁰². Ansonsten versage das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts in einigen Konstellationen: nämlich immer, wenn sich das (von einer Leihmutter im Ausland geborene) Kind physisch im Ausland aufhält, die Zeitspanne von sechs Monaten, nach der von einer ausreichenden Integration in das soziale Umfeld ausgegangen werden kann, noch nicht abgelaufen ist und die Umstände ergeben, dass die das Kind tatsächlich betreuenden Wunscheltern das gegenwärtige Aufenthalts- und Geburtsland des Kindes alsbald in Richtung Deutschland verlassen wollen und dort der künftige Daseinsmittelpunkt des Kindes liegen soll⁵⁰³. Dem kann in dieser Form nicht gefolgt werden. Denn die bloße tatsächliche Anwesenheit vor Ort genügt für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht. Ohne eines der beiden zusätzlichen Kriterien handelt sich lediglich um einen „schlichten“ oder „einfachen“ Aufenthalt⁵⁰⁴. Auch wenn nur zurückhaltend davon ausgegangen werden sollte, dass ein Mensch überhaupt keinen gewöhnlichen

⁴⁹⁶ BGHZ 78, 293, 300 f. (Rn. 19).

⁴⁹⁷ OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158.

⁴⁹⁸ VG Berlin, IPRax 2012, 548.

⁴⁹⁹ EuGH, FamRZ 2017, 1506: Ganz klar ist das nicht, im Ergebnis wurde ausdrücklich nur festgestellt, dass das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in dem Land hatte, in dem sich vor seiner Geburt der gewöhnliche Aufenthalt seiner Eltern befand (Rn. 69).

⁵⁰⁰ So aber: VG Berlin, StAZ 2012, 382; dagegen zu Recht: Benicke, StAZ 2013, 101, 107; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8.

⁵⁰¹ Vgl. BGHZ 78, 293, 296 ff. m.w.N.

⁵⁰² Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525; vgl. auch Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8, der ohne Zeitangabe davon ausgeht, dass bei Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland und Verweigerung der Einreise nach Deutschland zunächst von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland ausgegangen werden muss.

⁵⁰³ Vgl. v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 145 zum künftigen Daseinsmittelpunkt.

⁵⁰⁴ Vgl. BGH, NJW 1993, 2047, 2048 f.

Aufenthalt hat⁵⁰⁵, muss eine Person nicht zwangsläufig ununterbrochen einen gewöhnlichen Aufenthalt haben⁵⁰⁶. Im Zusammenhang mit dem Personalstatut wird in solchen Fällen gemäß Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB an den einfachen Aufenthalt angeknüpft⁵⁰⁷. Eine vergleichbare Regelung enthält Art. 19 Abs. 1 EGBGB allerdings nicht. Weil davon ausgegangen werden kann, dass dem Gesetzgeber bei der Neuregelung von Art. 19 EGBGB zum 1.7.1998 der schon seit 1994 unverändert fortbestehende Art. 5 EGBGB bekannt war, kann auch eine Regelungslücke nicht angenommen werden. Eine analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 2 a.E. auf das Abstammungsstatut scheidet dementsprechend aus⁵⁰⁸.

Ist eine derartige Verkürzung der für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts erforderlichen Aufenthaltsdauer nicht möglich, bleibt es bei der Feststellung *Heiderhoffs*, wonach das Kriterium in den oben beschriebenen Konstellationen versagt⁵⁰⁹. Folgerichtig haben das OLG Celle⁵¹⁰ und das KG⁵¹¹ einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Geburtsland verneint. Für die ersten knapp sieben Wochen bzw. zwölf Tage hatte das Kind der jeweiligen Entscheidung nach keinen gewöhnlichen Aufenthalt, an welchen zur Bestimmung des Abstammungsstatuts hätte angeknüpft werden können.

⁵⁰⁵ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 6 b).

⁵⁰⁶ BGH, NJW 1993, 2047, 2049.

⁵⁰⁷ Vgl. auch Art. 24 Abs. 1 S. 2 EGBGB und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung (auszugsweise abgedruckt in: EuGH, Slg. 2010 I-14309), der vorsieht, dass die Gerichte des Staats zuständig sind, in denen sich das Kind befindet, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht festgestellt werden kann.

⁵⁰⁸ Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, Art. 5 EGBGB, Rn. 19: Der schlechte Aufenthalt soll nicht generell als subsidiäres Anknüpfungsmerkmal an die Stelle des gewöhnlichen Aufenthalts treten können, sondern nur dort, wo der Gesetzgeber seine Anwendung ausdrücklich vorgesehen hat. Für eine Hilfsanknüpfung an den schlichten Aufenthalt bereits nach der geltenden Rechtslage aber: Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 15.

⁵⁰⁹ Folgerichtig haben das OLG Celle (NJW-RR 2011, 1157) und das KG (StAZ 2013, 348, Rn. 39) einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Geburtsland verneint.

⁵¹⁰ OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157.

⁵¹¹ KG, StAZ 2013, 348, 351.

iv. Die Zusammenfassung

Für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts in Leihmutter-schaftsfällen mit Auslandsbezug ergeben sich aus den vorstehenden Ausführungen folgende Konsequenzen:

Wird ein Kind deutscher Wunscheltern im Ausland von einer ausländischen Leihmutter geboren, so begründet es dort unmittelbar im Anschluss an seine Geburt den gewöhnlichen Aufenthalt, wenn es noch eine längere Zeit⁵¹² von der Leihmutter betreut werden soll oder die Wunscheltern⁵¹³, welche die Betreuung zeitnah von der Leihmutter übernommen haben, die Absicht hegen, zusammen mit dem Kind noch einen längeren Zeitraum im Ausland zu verbleiben und dort auch ihren eigenen gewöhnlichen Aufenthalt begründen wollen.

Übernehmen die Wunscheltern oder ein Wunschelternteil zeitnah im Anschluss an die Geburt die Betreuung und verfolgen sie dabei die auch nach außen zum Ausdruck gekommene Absicht, alsbald mit dem Kind nach Deutschland zurückzukehren, wird ein gewöhnlicher Aufenthalt im Ausland frühestens nach dem Ablauf von fünf bis sechs Monaten begründet. Vor Ablauf dieser Frist hat das Kind nur seinen „einfachen“ oder „schlichten“ Aufenthalt im Ausland, der aber nicht zur Bestimmung des Abstammungsstatuts herangezogen werden kann.

Reisen die Wunscheltern mit dem Kind in diesem Zeitraum nach Deutschland⁵¹⁴ mit der Intention, dort mit dem Kind zu leben, begründet das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, sobald es dort eintrifft⁵¹⁵. Vorher hat es sich im Geburtsland wegen der von vornherein geplanten zeitlichen Beschränkung des Aufenthalts nicht gewöhnlich, sondern nur schlicht aufgehalten⁵¹⁶, so dass hieran wiederum nicht zur Bestimmung des Abstammungsstatuts angeknüpft werden kann. Allein der nachfolgende gewöhnliche Aufenthalt in Deutschland ist maßgeblich.

Die behandelten Konstellationen zeigen, dass das Kind nicht immer einen gewöhnlichen Aufenthalt haben muss, mit anderen Worten, dass das Kriterium in bestimmten Fallgruppen praktisch „versagt“ und die Er-

⁵¹² Auszugehen ist in diesem Zusammenhang ebenfalls von sechs Monaten, die zur Integration in das soziale Umfeld erforderlich sind.

⁵¹³ Alternativ: ein Wunschelternteil.

⁵¹⁴ Das ist u. a. denkbar bei Geburt des Kindes in den USA, weil es dort nach dem Ius-so-li-Prinzip auch die Staatsangehörigkeit der USA erwirbt und im Verhältnis zu Deutschland ein Einreisevisum nicht erforderlich ist (Benicke, StAZ 2013, 101, 103).

⁵¹⁵ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 39 II 4. b).

⁵¹⁶ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8.

mittlung des Abstammungsstatuts durch Anknüpfung an Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB deshalb teilweise nicht möglich ist.

Anders verhält es sich bei Eizell- und Embryospenden. So wird die deutsche Wunschmutter, auch wenn sie sich initial im Ausland hat behandeln lassen, das Kind ganz überwiegend in Deutschland zur Welt bringen mit der Folge, dass sie selbst ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat und dieser vom Kind geteilt wird. Die sich daraus ergebende Anknüpfung an deutsches Recht liegt im Interesse der Wunschmutter, weil ihr über § 1591 BGB die rechtliche Mutterschaft zugewiesen wird, ohne dass es auf die genetische Abstammung des Kindes von ihr ankommt. Und selbst wenn der gewöhnliche Aufenthalt der Mutter im Ausland zu verorten wäre, weil sie ihn dort ausnahmsweise begründet hat, ergäben sich daraus materiellrechtlich häufig keine anderen Ergebnisse; denn in den meisten Rechtsordnungen gilt – ebenso wie in Deutschland – in Fällen der Eizell- und Embryospende die Geburtsmutter auch als rechtliche Mutter des Kindes⁵¹⁷.

2. Das Heimatrecht des Elternteils

Neben dem gewöhnlichen Aufenthalt knüpft Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB an das Heimatrecht des jeweiligen Elternteils an. Die Abstammung von der Mutter bestimmt sich also nach dem Recht ihres Heimatlandes⁵¹⁸. Gehört sie mehreren Staaten an, ist gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB das Recht des Staats anzuwenden, mit welchem sie am engsten verbunden ist. Maßgeblich dafür ist vor allem ihr gewöhnlicher Aufenthalt. Hat sie auch die deutsche Staatsangehörigkeit, geht diese nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB vor. Bei Staatenlosigkeit der Mutter gelangt Art. 5 Abs. 2 EGBGB zur Anwendung⁵¹⁹. Auch diese Vorschrift knüpft vorrangig an den gewöhnlichen, hilfsweise an den „schlichten“ oder „einfachen“ Aufenthalt an⁵²⁰.

Da in anderen Rechtsordnungen die rechtliche Mutter nicht immer die Geburtsmutter sein muss, können vor allem in Fällen der Leihmutter-schaft verschiedene Frauen – die genetische und die Geburtsmutter – als rechtliche Mutter in Betracht kommen. Hinsichtlich jeder als Mutter in Frage kommenden Frau, welche die Mutterschaft für sich in Anspruch

⁵¹⁷ Council of Europe, Comparative Study, 111 f.

⁵¹⁸ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 9.

⁵¹⁹ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 9.

⁵²⁰ Von Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 103.

nimmt, wird an ihr eigenes Heimatrecht angeknüpft⁵²¹. Ebenso wie die Anknüpfung aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB ist das Heimatrecht wandelbar, maßgebend ist also die Staatsangehörigkeit der als Elternteil in Betracht kommenden Person zum Zeitpunkt der Feststellung der Abstammung⁵²². Die Ausführungen zu Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB gelten insoweit entsprechend.

3. Die allgemeinen Ehwirkungen

Der einzige ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Geburt abstellende und damit nicht wandelbare Anknüpfungspunkt ist in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB enthalten⁵²³. Er verweist auf das in Art. 14 EGBGB geregelte Ehwirkungsstatut (welches seinerseits fünf Anknüpfungsstufen enthält⁵²⁴). Hinsichtlich der Feststellung der Mutterschaft wird dieser Anknüpfungspunkt ganz vereinzelt nicht für anwendbar gehalten, weil ein Bezug der Abstammung zum Ehwirkungsstatut nur bestehe, wenn die Zuordnung des Kindes durch die Ehe vermittelt werde. Das sei grundsätzlich – auch in anderen Rechtsordnungen – nur bei der Vaterschaft, nicht aber der Mutterschaft der Fall⁵²⁵. Sowohl der Wortlaut der Vorschrift als auch der Wille des Gesetzgebers weisen aber in eine andere Richtung: Die Anknüpfung beruht auf der bis zum 30.6.1998 geltenden Vorgängerefassung, welche für die eheliche Abstammung eines Kindes die allgemeinen Wirkungen der Ehe der Mutter bei der Geburt des Kindes

⁵²¹ Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1147 f.; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 9; Benicke, StAZ 2013, 101, 106 f.; KG, StAZ 2013, 348, 351; anders, aber im Hinblick auf die Vaterschaft bei konkurrierenden Vaterschaftsprätendenten: Waldburg, Anpassungsprobleme im internationalen Abstammungsrecht, S. 123 ff.

⁵²² Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 18; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. d); Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 15.

⁵²³ Auf den Zeitpunkt der Auflösung der Ehe wird abgestellt, wenn die Ehe vor Geburt durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wurde (von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 124); wird die Ehe vor Geburt auf andere Weise aufgelöst, etwa durch Scheidung, bleibt die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut unberücksichtigt (OLG Hamm, FamRZ 2012, 1504; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 21; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 19).

⁵²⁴ Vgl. im Einzelnen Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 10.

⁵²⁵ So Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 100; krit. allgemein im Hinblick auf die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut, weil es auf der inzwischen überholten Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beruht: Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. e) und Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 21; dies. in: Hdb Adoptionsrecht, Kap C., Rn. 125.

als maßgebend ansah⁵²⁶. Diese Vorschrift sollte nach dem Willen des Gesetzgebers „die Entstehung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und seiner Mutter sowie deren Ehemann, wenn das Kind während der Ehe oder innerhalb bestimmter Fristen nach deren Auflösung geboren wird“, bestimmen⁵²⁷. Folgerichtig wird in der Literatur ganz überwiegend davon ausgegangen, dass die Bestimmung der Mutterschaft von der Anknüpfung mit umfasst ist⁵²⁸. Da in Fällen der Leihmutterschaft wiederum zwei Frauen als Mutter in Betracht kommen und die Begriffe des Kollisionsrechts – in diesem Fall der Begriff „Mutter“ – auch ausländische Rechtsverhältnisse erfassen sollen, insoweit also nicht mit den inländischen materiellrechtlichen Begriffen übereinstimmen, kommt sowohl eine Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut der Wunschkutter als auch der Leihmutter in Betracht⁵²⁹. Ähnlich, wie zuvor schon bei Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB, kann sich aus dem Ehwirkungsstatut aber nur das anwendbare Recht für die an der jeweiligen Ehe beteiligte Mutter (sei es die Wunsch- oder Leihmutter) ergeben. Eine Anwendung des Ehwirkungsstatuts der einen als Mutter in Betracht kommenden Frau auch auf die Frage der Abstammung des Kindes von der anderen Frau ist mangels deren Zugehörigkeit zur Familie nicht möglich⁵³⁰. Aus dem gleichen Grund wird überwiegend zu Recht angenommen, dass sich mit Hilfe des Ehwirkungsstatuts nur klären lässt, ob der mit der Mutter verheiratete Mann rechtlicher Vater geworden ist⁵³¹. Für diese Einschränkung spricht der soeben zitierte Wille des Gesetzgebers im Hinblick auf die Vorgängerausfassung von Art. 19 EGBGB und die dementsprechend konsequente Einordnung des Ehwirkungsstatuts als „Familienstatut“⁵³².

⁵²⁶ BT-Drs. 13/4899, S. 138.

⁵²⁷ BT-Drs. 10/504, S. 64.

⁵²⁸ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 19, 78; Duden in jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 53; Schäkel, Die Abstammung im neuen deutschen internationalen Privatrecht, S. 58 f.; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 31; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 21; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 18; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 130.

⁵²⁹ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78.

⁵³⁰ Keine Klärung der „Elternschaft Dritter“: Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 21, 52 speziell zur Leihmutterschaft; anders Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78, der bei zwei verheirateten als Mutter in Betracht kommenden Frauen dasjenige Ehwirkungsstatut auf beide Frauen anwenden möchte, welches für das Kind am günstigsten ist.

⁵³¹ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 21; Hepting, StAZ 2000, 33, 34; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 10, 31; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 130; a.A. OLG Stuttgart, FamRZ 2004, 1986; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 19.

⁵³² Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 10, 31.

War die Ehe bei Geburt des Kindes bereits geschieden, existiert kein Ehwirkungsstatut mehr, so dass eine Anwendung von § 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB ausscheidet⁵³³, anderes gilt ausweislich des Gesetzeswortlauts nur bei der vorherigen Auflösung der elterlichen Ehe durch den Tod (des Ehemanns). In diesem Fall ist auf den Todeszeitpunkt abzustellen. Durch die Begrenzung der Anknüpfung an eine bestehende Ehe hat Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB damit von vornherein nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich.

4. Das Bestehen der Ehe oder Lebenspartnerschaft als Erst- und Vorfrage

a. Die Erstfrage in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB

Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB setzt tatbestandlich das Bestehen einer Ehe der Mutter voraus. Deshalb ist zunächst zu klären, ob die als Mutter in Betracht kommende Frau verheiratet ist. Diese Erstfrage⁵³⁴ ist durch selbständige Anknüpfung nach deutschem internationalem Privatrecht, also nach Art. 13 EGBGB zu beantworten⁵³⁵.

Eine Ausdehnung von Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB auf eingetragene Lebenspartnerschaften und eheähnliche Lebensgemeinschaften sollte nicht erfolgen; denn bei der Anknüpfung handelt es sich um ein „Relikt aus der Zeit, als zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern unterschieden wurde“⁵³⁶, das einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich ist⁵³⁷. Im Ausland geschlossene Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen

⁵³³ Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 9.

⁵³⁴ Als Erstfrage werden in Teilen der Literatur Fragen nach dem Bestehen von Rechtsverhältnissen oder Rechten, welche im Tatbestand einer inländischen Kollisionsnorm vorausgesetzt werden, bezeichnet (von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 47). Für die Einordnung des Begriffs der Ehe in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB als Erstfrage: KG, StAZ 2015, 180, 181; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 130; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. e); Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 40, 42. Zum Teil wird auch insoweit der Begriff Vorfrage verwendet (vgl. OLG Celle, StAZ 2011, 150, 153; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 19).

⁵³⁵ OLG Celle, StAZ 2011, 150, 153; Andrae, StAZ 2015, 163, 166; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 130; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. e); Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 19.

⁵³⁶ Kropholler, Internationales Privatrecht § 48 IV 1. e).

⁵³⁷ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 21; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 48.

Partnern⁵³⁸ können seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts⁵³⁹ indes nicht mehr unter Verweis auf höherrangiges Recht als Nichtehe eingeordnet werden⁵⁴⁰. Anders, als bei eingetragenen Lebenspartnerschaften, scheidet eine Anwendung von Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB deshalb nicht aus⁵⁴¹. Für die Frage nach der Begründung einer gleichgeschlechtlichen Ehe ist aber nicht Art. 13 EGBGB, sondern Art. 17b EGBGB maßgeblich⁵⁴². Die Abstammung des Kindes bestimmt sich dann allerdings trotz der Regelung in Art. 17b Abs. 4 EGBGB nach dem sich aus Art. 14 Abs. 1 EGBGB ergebenden, hypothetisch anwendbaren Ehewirkungsstatut. Auf diese Weise wird für gleich- und verschiedengeschlechtliche Ehen auf dieselbe Rechtsordnung verwiesen⁵⁴³.

b. Die Vorfrage in Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB

Das Bestehen einer Ehe kann auch für die Klärung der Abstammung nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB relevant sein, wenn die Abstammung nach dem jeweiligen Abstammungsstatut vom Bestand einer Ehe abhängig ist. Relevant ist das vor allem für den Bereich der Klärung der Vaterschaft, die – im Fall der Anwendung deutschen Rechts – für die Vermutung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB ebenfalls eine Ehe mit der Mutter voraussetzt⁵⁴⁴. Gleiches gilt auch in anderen Rechtsordnungen, so etwa nach Art. 1465 grZGB⁵⁴⁵. Im Hinblick auf diese Vorfrage ist sehr umstritten, ob selbständig oder unselbständig anzuknüpfen ist oder sogar eine alternative Vorfragenanknüpfung in Betracht kommt⁵⁴⁶.

⁵³⁸ Diese Möglichkeit besteht unter anderem in den Niederlanden, Belgien, Dänemark, Schweden, Südafrika und Norwegen sowie mehreren Bundesstaaten der USA und Provinzen Kanadas (näher zu den jeweiligen innerstaatlichen Regelungen: Mankowski in: Staudinger, Art. 13 EGBGB, Rn. 176–176d).

⁵³⁹ BGBl. I 2017, 2787.

⁵⁴⁰ So zur bisherigen Rechtslage aber Mankowski in: Staudinger, Art. 13 EGBGB, Rn. 179; vgl. auch BT-Drs. 14/3751, S. 61 zu dem in Art. 17b Abs. 4 EGBGB verankerten Grundsatz des schwächeren Rechts.

⁵⁴¹ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 48a.

⁵⁴² Vgl. Art. 17b Abs. 4 EGBGB in der seit 1.10.2017 geltenden Fassung.

⁵⁴³ Vgl. auch zu den Defiziten einer Anknüpfung an Art. 17b Abs. 1 EGBGB als Familienstatut: Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 48 f.

⁵⁴⁴ Im Einzelnen: Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 28 ff.; Henrich in: Liber Amicorum Klaus Schurig, S. 63, 66.

⁵⁴⁵ von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 128.

⁵⁴⁶ Näher von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 127–129; den Streit offenlassend: KG, StAZ 2015, 180, 181 m.w.N.

Für die Bestimmung der Mutterschaft spielt die Frage, ob die Mutter verheiratet ist, im Zusammenhang mit den in Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB enthaltenen Anknüpfungen nicht immer eine Rolle; denn die Mutterschaft wird anders als die Vaterschaft in der Regel nicht durch die Ehe vermittelt. Etwas anderes kann aber für Fälle lesbischer Lebenspartnerschaften und Ehen zwischen zwei Frauen gelten, in denen das Kind von einer der beiden Frauen geboren wird. Sowohl in den Konstellationen der sog. geteilten Mutterschaft als auch in Fällen, in denen das Kind zwar in eine gleichgeschlechtliche Ehe oder Lebenspartnerschaft geboren wird, nicht aber genetisch von der Lebenspartnerin der gebärenden Frau abstammt (Co-Mutterschaft)⁵⁴⁷, kann die Vorfrage des Bestehens einer Ehe oder Lebenspartnerschaft entscheidend sein und damit auch der Streit, ob selbständig oder unselbständig anzuknüpfen ist. Über die Frage des Bestehens einer Ehe oder Lebenspartnerschaft hinaus kann in den Fällen der Leihmutterschaft die Zuordnung des Kindes von anderen Rechtsverhältnissen, etwa dem Bestehen einer Vereinbarung zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern, abhängig sein⁵⁴⁸. Auch insoweit ist zu klären, ob hinsichtlich dieser Rechtsverhältnisse die selbständige oder unselbständige Anknüpfung vorzugswürdig ist.

Grundsätzlich wird von der Rechtsprechung⁵⁴⁹ und einem Teil der Autoren in der Literatur⁵⁵⁰ die selbständige Anknüpfung bevorzugt, was bedeutet, dass sich die Anknüpfung nach den Kollisionsnormen der *lex fori* richtet, so dass aus deutscher Sicht auch für die Klärung von Vorfragen deutsches Kollisionsrecht herangezogen wird. Für das Bestehen einer Ehe wird dementsprechend Art. 13 EGBGB angewendet, für die Frage des Bestehens einer Lebenspartnerschaft gilt Art. 17b EGBGB. Auf die gleichgeschlechtliche Ehe nach ausländischem Recht zwischen zwei Frauen oder Männern sind nach Art. 17b Abs. 4 EGBGB dessen Abs. 1 bis 3 entsprechend anzuwenden⁵⁵¹. Demgegenüber wird in Teilen der Literatur zu Recht die unselbständige Anknüpfung für vorzugswür-

⁵⁴⁷ Zu beidem: oben B II.7., S. 42 f.

⁵⁴⁸ Henrich in: *Liber Amicorum* Klaus Schurig, S. 63, 66.

⁵⁴⁹ BGHZ 43, 213, 218; 210, 59, 69; BGH, NJW 1981, 1900.

⁵⁵⁰ Allgemein: Kropholler, *Internationales Privatrecht*, § 32 IV; speziell zum Bestehen der Ehe als Vorfrage im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 EGBGB: Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 37; Kropholler, *Internationales Privatrecht*, § 48 IV 1. b).

⁵⁵¹ Vgl. zu der seit dem 1.10.2017 geltenden Neufassung der Vorschrift BT-Drs. 18/6665, S. 6 und 10; zur Qualifikation einer gleichgeschlechtlichen Ehe als Lebenspartnerschaft nach bisherigem Recht vgl. auch BGHZ 210, 59, 36; BGH, NJW 2016, 2953; KG, StAZ 2015, 180, 181 f.; Sieberichs, StAZ 2015, 1, 3.

dig gehalten⁵⁵², mit der Folge, dass auf die Vorfrage das Recht der auf die Hauptfrage anwendbaren Rechtsordnung (lex causae) anzuwenden ist. Allgemein spricht dafür, dass durch die damit einhergehende Gleichbehandlung der Vorfrage in deutschen und ausländischen Gerichten der internationale Entscheidungseinklang gewährleistet wird⁵⁵³. Bezogen auf Art. 19 EGBGB wird zusätzlich – allerdings im Zusammenhang mit der Klärung der Vaterschaft – angeführt, dass die Wahrscheinlichkeit, mit der es sich bei dem vermuteten Vater auch um den tatsächlichen Vater handelt, nicht davon abhängt, ob die Ehe aus deutscher Sicht gültig ist, solange sie von der betreffenden ausländischen Rechtsordnung als ausreichende Grundlage für das Bestehen der Vaterschaftsvermutung angesehen wird. Für die Frage der Abstammung kann deshalb letztlich nicht entscheidend sein, ob die Ehe aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts wirksam geschlossen wurde⁵⁵⁴. Zum Teil wird deshalb sogar eine alternative Anknüpfung zugunsten der Existenz der Ehe für richtig gehalten⁵⁵⁵. Jedenfalls sollte es auch im Zusammenhang mit der Zuordnung des Kindes zur Mutter – bei nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB in Frage kommender Anwendbarkeit ausländischen Rechts – dem ausländischen Gesetzgeber selbst überlassen bleiben, welche Bedingungen für die Zuordnung erfüllt sein müssen⁵⁵⁶. Danach kann grundsätzlich auch das Bestehen einer Lebenspartnerschaft oder gleichgeschlechtlichen Ehe ausreichen, um eine Zuordnung des Kindes zu der Frau, welche das Kind nicht geboren hat, zu ermöglichen⁵⁵⁷.

⁵⁵² Vgl. auch BGHZ 210, 59, 67 (Rn. 25).

⁵⁵³ Von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 71–72.

⁵⁵⁴ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 43; Henrich in: Liber Amicorum Klaus Schurig, S. 63, 66; ders. in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 34.

⁵⁵⁵ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 40; in diese Richtung auch Henrich in: Liber Amicorum Klaus Schurig, S. 63, 66; ders. in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 34; nachvollziehbar kritisch zur alternativen Anknüpfung mit Blick auf den schon seit längerer Zeit aufgegebenen „favor legitimitatis“: von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 129 und Kropholler, Internationales Privatrecht § 48 IV 1. b); vgl. auch Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 44, der zu Recht zusätzlich geltend macht, dass sowohl die selbständige als auch die alternative Anknüpfung zu einer Zuordnung des Kindes führen können, die für sich genommen weder nach dem für die Vorfrage zuständigen noch nach dem für die Hauptfrage zuständigen Recht erfolgen könnte.

⁵⁵⁶ Henrich in: Liber Amicorum Klaus Schurig, S. 63, 66 f. Der Streit über die selbständige oder unselbständige Anknüpfung von Vorfragen ist in der Praxis nicht immer von Relevanz, weil die nach den unterschiedlichen Ansichten zur Entscheidung über die Vorfrage berufenen Rechtsordnungen auch zu demselben Ergebnis gelangen können (vgl. KG, StAZ 2015, 180, 181 f.).

⁵⁵⁷ Vgl. BGHZ 210, 59; KG, StAZ 2015, 180.

Die bisher in Art. 17b Abs. 4 EGBGB enthaltene Kappungsgrenze, welche – nach freilich nicht einmütiger Auffassung – geeignet war, einer solchen Zuordnung entgegenzustehen, ist durch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts⁵⁵⁸ mit Wirkung zum 1. Oktober 2017 abgeschafft worden. Der insoweit geführte Streit⁵⁵⁹ ist allenfalls noch für Partnerschaften maßgeblich, die vor Inkrafttreten der Neufassung registriert wurden⁵⁶⁰.

Im Ergebnis könnten damit auch Lebenspartnerschaften und gleichgeschlechtliche Ehen als Grundlage für die Zuordnung der Mutterschaft herangezogen werden⁵⁶¹.

5. Die Qualifikation des Begriffs der Abstammung in Art. 19 Abs. 1 EGBGB

Geklärt werden muss aber noch, ob eine so erfolgende Zuordnung überhaupt unter den in Art. 19 Abs. 1 EGBGB enthaltenen Abstammungsbegriff fällt⁵⁶². Denn in Konstellationen lesbischer Lebenspartnerschaften und im Ausland geschlossener Ehen zwischen zwei Frauen ist umstritten, ob bei einer durch ausländisches Recht aufgrund bestehender Ehe oder Lebenspartnerschaft erfolgenden Zuordnung des Kindes zu der Frau, die das Kind nicht geboren hat⁵⁶³, überhaupt davon gesprochen werden kann, dass insoweit eine Regelung der Abstammung erfolgt ist, die unter Art. 19 EGBGB fallen kann. Maßgeblich dafür ist die Qualifikation des Begriffs der Abstammung.

Das Kammergericht und ihm folgend jetzt auch der BGH sind der Auffassung, dass der Begriff der kollisionsrechtlichen Abstammung

⁵⁵⁸ BGBl. I 2017, 2787; BT-Drs. 18/6665.

⁵⁵⁹ Gegen die Anwendbarkeit der Kappungsgrenze: BGHZ 210, 59, 73–76; KG, StAZ 2015, 180, 182; Helms, StAZ 2012, 2, 7 f.; Andrae, StAZ 2015, 163, 168; Sieberichs, StAZ 2015, 1, 3 f.; dafür: Mankowski in: Staudinger, Art. 17b EGBGB, Rn. 84 m.w.N.

⁵⁶⁰ Zur Rückwirkung vgl. Thorn in: Palandt, Art. 17b EGBGB, Rn. 1.

⁵⁶¹ So auch bisher schon: BGHZ 210, 59, 73–76.

⁵⁶² Lehnte man das ab, stünde als Alternative für die Anknüpfung in solchen Fällen nur der Adoption und vergleichbare Rechtseinrichtungen regelnde Art. 22 EGBGB zur Verfügung (Andrae, StAZ 2015, 163, 168; Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 54; AG Schöneberg, Urt v. 10.4.2011 – 70 III 14/11).

⁵⁶³ So z.B. nach südafrikanischem Recht: Sec. 40 Sub (1) (a) Children's Act 38 of 2005: "Whenever the gamete or gametes of any person other than a married person or his or her spouse have been used with the consent of both such spouses for the artificial fertilisation of the spouse, any child born of that spouse as a result of such artificial fertilisation must for all purposes be regarded to be the child of those spouses [...]", zitiert nach KG, StAZ 2015, 180, 181.

weit auszulegen sei⁵⁶⁴. Sie definieren ihn deshalb als „jede rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung, die kraft Gesetzes mit der Geburt des Kindes oder durch spätere Anerkennung eintritt und keiner gesonderten Annahme als Kind i.S. von Art. 22 EGBGB“ bedarf. Die Zuordnung des Kindes zur Lebenspartnerin der gebärenden Frau entspreche dem Abstammungsbegriff von Art. 19 Abs. 1 EGBGB funktional⁵⁶⁵, auch wenn die rechtliche Zuweisung gleichgeschlechtlicher Eltern nicht auf der biologischen Abstammung des Kindes beruhe; denn die Rechtsbegriffe des Kollisionsrechts stimmten nicht mit denjenigen des deutschen materiellen Rechts überein⁵⁶⁶. Mit dem BGH und dem Kammergericht ist der überwiegende Anteil der Stimmen in der Literatur der Auffassung, dass für die Frage doppelter Mutter- oder Vaterschaft an Art. 19 Abs. 1 EGBGB anzuknüpfen sei⁵⁶⁷.

Das AG Schöneberg will demgegenüber den Begriff der Abstammung dem Grundsatz der Qualifikation nach der *lex fori*⁵⁶⁸ folgend, stärker am deutschen materiellen Recht ausrichten. Dieses kenne lediglich die Elternschaft von Mann und Frau, nicht jedoch eine sozial-familiäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Partner. Der Regelungsbereich von Art. 19 EGBGB beruhe auf der biologischen Herkunft des Kindes oder wenigstens einer dahingehenden Vermutung, was aber bei einer nach ausländischem Recht begründeten Elternschaft der Lebenspartnerin der Mutter nicht der Fall sei⁵⁶⁹. Darauf aufbauend sprach sich auch Andrae gegen eine Anwendung von Art. 19 Abs. 1 EGBGB auf Fälle der sog. Co-Mutterschaft aus. Für den stattdessen von ihr bevorzugten Rückgriff auf Art. 22 EGBGB könne zusätzlich angeführt werden, dass Art. 19 Abs. 1 EGBGB, anders als Art. 22 EGBGB, mehrere Anknüpfungen zur Verfügung stelle und eine Auswahl nach dem Günstigkeitsprinzip ermögliche, der deutsche Gesetzgeber die Begründung der Elternschaft

⁵⁶⁴ Insoweit unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH, wonach generell Rechtsbegriffe des internationalen Privatrechts weit auszulegen sind, um ausländischen Regelungen gerecht werden zu können: BGHZ 47, 324, 336.

⁵⁶⁵ Vgl. zur funktionalen (oder „funktionellen“) Qualifikation allgemein: von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 27–30.

⁵⁶⁶ BGHZ 210, 59, 67 f.; KG, StAZ 2015, 180, 181.

⁵⁶⁷ Coester-Waltjen, IPrax 2016, 132, 133 f.; Frie, FamRZ 2015, 889, 890; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 34; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78a; a.A. Andrae, StAZ 2015, 163, 166.

⁵⁶⁸ Vgl. dazu von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 12–15.

⁵⁶⁹ AG Schöneberg, Urt. v. 10.4.2011 – 70 III 14/11; vgl. auch BGH, BeckRS 2018, 26815; OLG Dresden, FamRZ 2018, 1165, 1166 und KG, BeckRS 2018, 20226, Rn. 61 f. wonach im Inland eine direkte oder analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB auf die Ehefrau der Mutter ausgeschlossen ist.

zweier Frauen durch das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip aber nicht habe erleichtern wollen, weil auch das deutsche materielle Recht die gesetzliche Begründung der Elternschaft zweier Frauen nicht kenne⁵⁷⁰.

Zuzugeben ist, dass die Zuordnung des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern grundsätzlich auf dem Prinzip der genetischen Abkunft beruht (vgl. § 1589 Abs. 1 S. 1 BGB)⁵⁷¹; auch nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber grundsätzlich gehalten, „die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten“⁵⁷². Deshalb scheint eine nicht an der genetischen Verwandtschaft ausgerichtete Zuordnung der Elternschaft dem Begriff der Abstammung auf den ersten Blick nicht zu unterfallen. Verzichtet wird auf die genetische Verbindung oder wenigstens eine dahingehende Vermutung aber im Zusammenhang mit der heterologen Samenspende⁵⁷³: Die Vaterschaft des der Spende zustimmenden Ehemanns wird nicht nur nach § 1592 Nr. 1 BGB⁵⁷⁴ begründet, eine Anfechtung der Vaterschaft durch ihn selbst oder die Mutter ist auch gemäß § 1600 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Grundlage der rechtlichen Vaterschaft ist in diesem Zusammenhang nicht die genetische Abstammung, sondern lediglich die Einwilligung des Manns zu einer heterologen künstlichen Befruchtung seiner Frau, mit der er zu erkennen gibt, dass er für das Kind wie ein ehelicher Vater sorgen will⁵⁷⁵. Selbst wenn eine Einwilligung im Einzelfall nicht vorliegt, nicht wirksam ist oder vor Durchführung der zur Schwangerschaft führenden künstlichen Befruchtung widerrufen wurde⁵⁷⁶, ändert das nichts an der initialen Zuordnung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB, sondern berührt nur den Ausschluss des Anfechtungsrechts nach § 1600 Abs. 4 BGB⁵⁷⁷. Soweit ausländisches Recht also einer Partnerin, die in einer rechtlich anerkannten Partnerschaft oder gleichgeschlechtlichen Ehe mit der Kindesmutter lebt, kraft gesetzlicher Regelung die Elternschaft zuweist⁵⁷⁸, bestehen zur deutschen Rechtslage keine Unterschiede in Bezug auf das Fehlen eines genetischen Bands zwischen dem

⁵⁷⁰ So noch: Andrae, StAZ 2015, 163, 168 f.; anders nunmehr aber: dies. in: Hdb Adoptionsrecht, Kap. C., Rn. 132.

⁵⁷¹ Wellenhofer in: MüKo⁷, Vorbemerkungen zu §§ 1591 – 1600e BGB, Rn. 18.

⁵⁷² BVerfGE 108, 82, 100.

⁵⁷³ Vgl. Sieberichs, StAZ 2015, 1, 2.

⁵⁷⁴ Bei unverheirateten Paaren ist auch eine – bewusst falsche – Anerkennung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB möglich (BT-Drs. 14/2096, S. 7, Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 58).

⁵⁷⁵ BGHZ 207, 135, 138 (Rn. 10).

⁵⁷⁶ Vgl. dazu Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 63 f.

⁵⁷⁷ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 65.

⁵⁷⁸ Vgl. Frie, FamRZ 2015, 889 f.

Kind und dem Wunschvater auf der einen oder der Co-Mutter auf der anderen Seite: In beiden Fällen wird das Kind mithilfe einer Samenspende gezeugt und kraft bestehender (gleichgeschlechtlicher) Ehe oder Partnerschaft dem anderen Ehe- oder Lebenspartner zugeordnet. Die Unterschiede liegen lediglich in der Gleich- oder Verschiedengeschlechtlichkeit der (rechtlichen) Eltern. Zwar erfolgt die grundsätzlich auf der Abstammung beruhende Zuweisung des Elternrechts in Deutschland weiterhin nur an die Mutter und den Vater⁵⁷⁹. Das allein hindert eine funktionale Qualifikation des Abstammungsbegriffs, welche die dem deutschen Recht bisher nicht bekannte Co-Mutterschaft mit umfasst, aber nicht⁵⁸⁰. Entsprechendes gilt erst recht für Fälle der geteilten Mutterschaft⁵⁸¹, in denen das Kind auch tatsächlich von der Frau abstammt, die mit der Geburtsmutter verheiratet ist. Mit der Qualifikation einer im Ausland erfolgten Zuordnung der rechtlichen Elternschaft in diesen Konstellationen als Abstammung und der daraus resultierenden Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 1 EGBGB ist aber noch nichts über die Grenzen der Anwendung des ausländischen Rechts gesagt, welche sich aus dem in Art. 6 EGBGB geregelten kollisionsrechtlichen *ordre public* ergeben⁵⁸².

6. Das Verhältnis der Anknüpfungspunkte zueinander

a. Gleichrangigkeit oder Vorrang des gewöhnlichen Aufenthalts

Das Verhältnis der Anknüpfungspunkte ist umstritten. Ganz überwiegend wird Gleichrangigkeit bzw. Alternativität angenommen⁵⁸³, nur wenige gehen von der Subsidiarität der Sätze 2 und 3 im Verhältnis zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB)

⁵⁷⁹ BGHZ 203, 350, 359 (Rn. 35).

⁵⁸⁰ Vgl. BGHZ 210, 59, 67 f. (Rn. 27); Frie, FamRZ 2015, 889, 890; Dafür, der Co-Mutter die rechtliche Elternstellung *de lege ferenda* auch im deutschen Recht einzuräumen, spricht sich aus: Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19, 24 f.

⁵⁸¹ Zum Begriff oben B.II.7., S. 42 f.

⁵⁸² Vgl. BGHZ 210, 59, 68 (Rn. 27); dazu unten E.V.7.b., S. 133 f.

⁵⁸³ BGHZ 168, 79, 82 (Rn. 12); KG, FPR 2011, 410, 411; OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183; BayObLG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581 f.; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 22 f.; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1145; Hohloch in: Erman, Art. 19 EGBGB, Rn. 17; Thorn in: Palandt, Art. 19 EGBGB, Rn. 6; Gaaz, StAZ 1998, 241, 250. Frank, StAZ 2003, 65 f.; Hepting, IPRax 2002, 388, 390; Dörner in: FS Henrich, S. 119, 120; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 12.

aus⁵⁸⁴. Sie berufen sich primär auf den Wortlaut („unterliegt“ in S. 1 statt „kann“ in S. 2 und 3)⁵⁸⁵, der aber überwiegend so interpretiert wird, dass Rückschlüsse auf ein vorgegebenes Rangverhältnis nicht gezogen werden können⁵⁸⁶. Die primäre Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt entspreche darüber hinaus dem Kindeswohl⁵⁸⁷ und damit dem Günstigkeitsprinzip⁵⁸⁸. Dem Kindeswohl muss aber nicht zwangsläufig durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt am besten gedient sein, zumal verschiedene Rechtsordnungen nicht darin übereinstimmen müssen, was für das Wohl des Kindes am besten ist⁵⁸⁹. Vor allem aber kann das Günstigkeitsprinzip ohnehin nur anwendbar sein, wenn überhaupt eine alternative Anknüpfung möglich ist, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Auswahl des Richters zwischen den gleichrangig zur Auswahl gestellten Rechtsordnungen möglich ist⁵⁹⁰. Nicht vollends überzeugend ist es deshalb, das Günstigkeitsprinzip als Begründung dafür heranzuziehen, dass letztlich nur eine von mehreren Anknüpfungen unabhängig von der jeweiligen materiellen Rechtslage als vorrangig anzusehen sei⁵⁹¹. Schließlich spricht gegen eine feste Rangfolge, dass der Gesetzgeber trotz unbestrittener Gleichrangigkeit der Anknüpfungspunkte in Art. 20 EGBGB a.F.⁵⁹² einen entsprechenden Änderungswillen in den Gesetzesmaterialien zur Neuregelung nicht zum Ausdruck gebracht hat⁵⁹³. Allein die Bezeichnung als „Regelanknüpfung“ ist dafür nicht ausreichend⁵⁹⁴; denn die Tatsache, dass regelmäßig an den Aufenthalt des Kindes angeknüpft wird, bedeutet nicht, dass dieser Anknüpfung in jedem Fall auch der Vorrang

⁵⁸⁴ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 27, 33–35; Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 106; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 132.

⁵⁸⁵ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 33; Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 106; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 132.

⁵⁸⁶ OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581 f.; Hohloch in: Erman, Art. 19 EGBGB, Rn. 17; Heiderhoff in: BeckOK BGB Art. 19 EGBGB, Rn. 22; Henrich, StAZ 1998, 1, 2; Gaaz, StAZ 1998, 241, 250; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 22.

⁵⁸⁷ Von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 132.

⁵⁸⁸ Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 106; näher zum Günstigkeitsprinzip sogleich unter E.V.6.b., S. 122 ff. und c., S. 125 ff.

⁵⁸⁹ Vgl. Looschelders, IPRax 1999, 420, 421; der sich auch zum Streit darüber äußert, was dem Kindeswohl bei Gleichrangigkeit der Anknüpfungspunkte am besten entspricht.

⁵⁹⁰ Vgl. Kropholler, Internationales Privatrecht, § 20 II 1.

⁵⁹¹ So aber Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, S. 106.

⁵⁹² BT-Drs. 10/5632, S. 43.

⁵⁹³ BT-Drs. 13/4899, S. 137 f.; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581, 582; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 22; Looschelders, IPRax 1999, 420, 421; Sturm, StAZ 2003, 353, 355; Dörner in: FS Henrich, S. 119, 120.

⁵⁹⁴ So aber Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 34.

eingerräumt wird⁵⁹⁵. Wiedergegeben werden dadurch lediglich die realen Verhältnisse⁵⁹⁶.

Die daraus resultierende grundsätzliche Gleichrangigkeit erfordert in solchen Fällen eine Entscheidung für einen der zur Verfügung stehenden Anknüpfungspunkte, in denen diese auf unterschiedliche Rechtsordnungen verweisen und zu unterschiedlichen Ergebnissen führen⁵⁹⁷. Als maßgebliches Kriterium wird das bereits erwähnte Günstigkeitsprinzip herangezogen⁵⁹⁸.

b. Die allgemeine Auslegung des Günstigkeitsprinzips

Das Günstigkeitsprinzip kommt – wie angedeutet – vor allem im Zusammenhang mit der alternativen Anknüpfung zum Tragen. Seinem Inhalt nach soll diejenige Rechtsordnung Anwendung finden, welche von mehreren verschiedenen Rechtsordnungen für den Begünstigten materiellrechtlich am vorteilhaftesten ist⁵⁹⁹. Im Zusammenhang mit der Frage der in Art. 19 EGBGB geregelten Abstammung muss deshalb auf das Kindeswohl zurückgegriffen werden. Diejenige Rechtsordnung, welche dem Kindeswohl am besten entspricht, soll Anwendung finden⁶⁰⁰. Darüber, welche Rechtsordnung das ist und welche Kriterien im Einzelnen zu berücksichtigen sind, besteht jedoch nicht immer Einigkeit. Deshalb haben sich im Zusammenhang mit Art. 19 EGBGB zur Auslegung des Günstigkeitsprinzips verschiedene Auffassungen herausgebildet, welche im Hinblick auf das Kindeswohl unterschiedliche Schwerpunkte setzen.

⁵⁹⁵ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f).

⁵⁹⁶ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 12; vgl. auch OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 184.

⁵⁹⁷ Vgl. BGH, NJW-RR 2012, 449.

⁵⁹⁸ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 13.

⁵⁹⁹ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 20 II 1; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 5, Rn. 117.

⁶⁰⁰ Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f); OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183; BayObLG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581, 582; vgl. noch zur alten Rechtslage BT-Drs. 10/5632, S. 43 zu Art. 20 EGBGB; vgl. auch Hein in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 77a.

i. Das Prioritätsprinzip

Als herrschend kann das Prioritätsprinzip angesehen werden⁶⁰¹. Danach soll diejenige Rechtsordnung zur Anwendung kommen, welche die Abstammung zum frühestmöglichen Zeitpunkt (möglichst der Geburt) feststellt⁶⁰². Als Begründung für diese Auffassung wird – allerdings primär mit Blick auf die Feststellung der Vaterschaft – vor allem geltend gemacht, dass es aus erbrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Gründen für das Kind günstiger ist, ihm gleich mit der Geburt zu einem Vater zu verhelfen, statt es zunächst bis zu einer Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft vaterlos zu lassen⁶⁰³. Dieser Gedanke lässt sich durchaus auf die Feststellung der Mutterschaft übertragen und entspricht auch in praktischer Hinsicht der oben beschriebenen Intention von § 1591 BGB, das Kind sofort nach der Geburt einer Frau zuzuordnen, welche die Verpflichtungen für das schutzbedürftige, auf die Hilfe der Mutter sofort angewiesene Kind übernimmt⁶⁰⁴. Im Bereich der Feststellung der Vaterschaft wird das Prioritätsprinzip zum Teil ergänzt durch die sogenannte Wahrscheinlichkeitstheorie: Wird das Kind im Zeitpunkt der Geburt zwei unterschiedlichen Vätern zugeordnet, soll dasjenige Recht Vorrang haben, welches dem Kind den wirklichen oder zumindest wahrscheinlicheren Vater zuordnet und nicht lediglich den gesetzlich vermuteten⁶⁰⁵. Ordnen mehrere Rechtsordnungen das Kind zum Zeitpunkt der Geburt dem gleichen Elternteil zu, soll schließlich diejenige Rechtsordnung Anwendung finden, welche den einfacheren Weg beschreitet (Anerkennung vor Gerichtsverfahren)⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ BGH, NJW 2017, 2911, 2912 f. (Rn. 18–22); BayObIG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; KG, StAZ 2015, 180, 182; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 13; Thorn in: Palandt, Art. 19 EGBGB, Rn. 6; Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 23 f.; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f); kritisch: Hepting, IPRax 2002, 388, 391.

⁶⁰² KG, StAZ 2015, 180, 182; BayObIG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; Thorn in: Palandt, Art. 19 EGBGB, Rn. 6; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 13.

⁶⁰³ BayObIG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; kritisch zu diesem Argument aber dennoch für die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes: Frank, StAZ 2003, 65, 67.

⁶⁰⁴ Oben E.II., S. 89 ff., wobei in diesem Zusammenhang als Begründung für die Zuordnung zur Geburtsmutter zusätzlich darauf abgestellt wurde, dass diese aufgrund der durch Schwangerschaft und Geburt gewachsenen psychosozialen Beziehung am ehesten die Gewähr dafür biete, dass sie die Fürsorge auch übernehme (Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5).

⁶⁰⁵ BayObIG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; KG, FPR 2011, 410, 412; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f); vgl auch Hepting, IPRax 2002, 388, 391.

⁶⁰⁶ KG, FPR 2011, 410, 412.

ii. Die Wahrscheinlichkeitstheorie

Die soeben erwähnte Wahrscheinlichkeitstheorie wird auch unabhängig vom Prioritätsprinzip oder zumindest vorrangig – aber wiederum primär im Zusammenhang mit der Zuordnung des Vaters – vertreten. Es sei generell die Anknüpfungsalternative zu wählen, die dem Kind ohne Umwege und mit dem geringsten Aufwand zu seinem wirklichen Vater verhelpe⁶⁰⁷. Dementsprechend sei regelmäßig die Rechtsordnung zu bevorzugen, die eine Vaterschaftszuordnung im Anerkennungsweg ermögliche. Rechtsordnungen, welche eine Zuordnung über die Vaterschaftsvermutung vornehmen, sollen nur anwendbar sein, wenn ansonsten Vaterlosigkeit drohe⁶⁰⁸. Die zeitlich vorgelagerte rechtliche Zuordnung des Kindes zu einem Vater, von dem es nicht abstamme, sei vor allem deshalb nicht sinnvoll, weil unter diesen Umständen eine Vaterschaftsanfechtung und eine anschließende Feststellung der Vaterschaft erforderlich werde, was die Begründung der Vaterschaft des biologischen Vaters verzögere⁶⁰⁹. Zwischenzeitliche Vaterlosigkeit des Kindes schade indes nicht⁶¹⁰; denn die unterhalts- und erbrechtlichen Konsequenzen, welche die herrschende Meinung sehe, würden so nicht greifen: Unterhaltsansprüche gegenüber einem dem Kind schon bei Geburt zugeordneten Scheinvater ließen sich nur schwer durchsetzen, wenn sich dieser – was häufig der Fall sei – im Ausland aufhalte, und erbrechtliche Ansprüche könnten durch die Anfechtung der Scheinvaterschaft wieder erlöschen⁶¹¹. Gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie wird unter Hinweis auf § 1592 Nr. 1 BGB eingewandt, die Ermittlung des wirklichen Vaters finde im deutschen Recht keine eindeutige Grundlage⁶¹². Diese Feststellung kann allein schon mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht über-

⁶⁰⁷ OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183 f.; AG Hannover, FamRZ 2002, 1722, 1724 f.; Henrich, FamRZ 1998, 1401, 1402; Henrich, StAZ 1998, 1, 3 f.; vgl. auch: Sturm, StAZ 2003, 353, 357 ff.; in diese Richtung auch: Hepting, IPRax 2002, 388, 391, der zwar zunächst die Rechtsordnung anwenden will, welche die Vaterschaftsfeststellung sofort ermöglicht, aber auf das Wahrscheinlichkeitsprinzip auch dann abstellt, wenn im Nachgang eine weitere Vaterschaft – etwa durch Anerkennung – hinzutritt; kritisch zur Wahrscheinlichkeitstheorie mit dem Argument, dass die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit von den nicht notwendig richtigen Erklärungen der Beteiligten abhinge: Dörner in: FS Henrich, S. 119, 122 ff.

⁶⁰⁸ OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 184.

⁶⁰⁹ OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183.

⁶¹⁰ Henrich, StAZ 1998, 1, 2.

⁶¹¹ AG Hannover, FamRZ 2002, 1722, 1724 f.; dagegen aber: OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581, 582.

⁶¹² Von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 129.

zeugen; denn danach ist der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten; es besteht ein sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebendes „Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“⁶¹³. Unabhängig von den für und gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie sprechenden Argumenten ist sie auf die Frage der Zuordnung der Mutter nicht anwendbar; denn wer wirkliche Mutter ist, wird in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beantwortet. Im deutschen Recht wird unter Durchbrechung der grundsätzlich maßgeblichen genetischen Abstammung allein die Geburtsmutter als rechtliche Mutter anerkannt⁶¹⁴. Andere Rechtsordnungen ordnen das Kind dagegen – im Fall einer Leihmutterschaft – der Wunschk Mutter zu, welche häufig auch die genetische Mutter ist⁶¹⁵. Dementsprechend kann nicht ohne weiteres von „der wirklichen Mutter“ gesprochen werden.

c. Die Auslegung des Günstigkeitsprinzips im Hinblick auf die Zuordnung der Mutterschaft

Im Rahmen der speziellen Problematik der Mutterschaftsfeststellung werden dementsprechend auch andere Wertungen in die Auslegung des Günstigkeitsprinzips einbezogen.

i. Die Anwendung des Prioritätsprinzips als spezieller Ausprägung des Günstigkeitsprinzips

Dem Grunde nach kann auch in diesem Zusammenhang zunächst das Prioritätsprinzip, dessen Wertungen wie oben beschrieben mit leicht verändertem Vorzeichen auf die Mutterschaft übertragbar sind⁶¹⁶, angewendet werden⁶¹⁷. In Fällen, in denen das ausländische Recht dem Kind die genetische Mutter erst durch eine der Geburt nachfolgende Anordnung

⁶¹³ BVerfGE 108, 82, 100, 104; eingehend unten H.II.2.a., S. 204 f.

⁶¹⁴ Vgl. zur Durchbrechung des Abstammungsprinzips noch Wellenhofer in: MüKo⁶, Vorbemerkungen zu §§ 1589 – 1600e BGB, Rn. 25; zur Differenzierung von genetisch-biologischer Abstammung und Abstammung im Rechtssinne jetzt: Wellenhofer in: MüKo⁷, Vorbemerkungen zu §§ 1591 – 1600e BGB, Rn. 18.

⁶¹⁵ So etwa das griechische Recht (oben D.V., S. 83 ff.); zur Rechtslage in den USA vgl. Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1142 f.

⁶¹⁶ Oben E.V.6.b.i., S. 123.

⁶¹⁷ Klinkhardt in: MüKo⁵, Art. 19 EGBGB, Rn. 15.

zuweist⁶¹⁸ oder ein Mutterschaftsanerkennnis vorausgesetzt wird⁶¹⁹, ist dementsprechend deutsches Recht anwendbar, wenn eine andere sich aus Art. 19 Abs. 1 EGBGB ergebende Anknüpfungsmöglichkeit auf deutsches Recht verweist⁶²⁰. Dennoch kann gemäß § 27 Abs. 2 PStG die Anerkennung der Mutterschaft beim Geburtseintrag beurkundet werden, wenn geltend gemacht wird, dass die Mutter oder der Vater eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und das Heimatrecht dieses Elternteils eine Anerkennung der Mutterschaft vorsieht⁶²¹.

ii. Die Anwendung des Günstigkeitsprinzips

(1) Die übereinstimmende materielle Rechtslage
nach allen Anknüpfungen

Verweisen die sich aus Art. 19 Abs. 1 EGBGB ergebenden Anknüpfungen auf unterschiedliche Rechtsordnungen und greifen wenigstens zwei davon gleichzeitig bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt, in dem die Abstammung bestimmt werden soll, ergeben sich keine Schwierigkeiten bei der Zuordnung der Mutter, wenn diese Rechtsordnungen zu dem gleichen Ergebnis kommen. So gilt in den meisten Rechtsordnungen – ebenso wie in Deutschland – in den Fällen der Eizell- und Embryospende die Geburtsmutter auch als rechtliche Mutter des Kindes⁶²². Probleme mit der Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft bei im Ausland durchgeführten Eizell- und Embryospenden sind auch deshalb selten, weil die Geburt des so gezeugten Kindes wegen § 1591 BGB in Deutschland erfolgen kann und in der Regel auch erfolgen wird⁶²³, so dass häufig alle

⁶¹⁸ So Sec. 807 Uniform Parentage Act (UPA), der von Texas übernommen worden ist (Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1143).

⁶¹⁹ In Europa betrifft das nach einer entsprechenden Reform in Frankreich nur noch Italien – Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 19; vgl. auch Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 72; allerdings kann selbst wenn die Mutterschaft nach deutschem Recht feststeht, eine Anerkennung erfolgen, wenn die Mutter eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und das ausländische Recht die Anerkennung vorsieht (Rhein in: Rhein, § 27 PStG, Rn. 13).

⁶²⁰ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 72–76 (auch zu Konstellationen, in denen es ganz ausnahmsweise doch zur Anwendung der eine Anerkennung voraussetzenden Rechtsordnung kommen kann); vgl. auch Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 16.

⁶²¹ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 73.

⁶²² Council of Europe, Comparative Study, 111 f.

⁶²³ Lediglich außergewöhnliche Konstellationen, in denen die (ausländische) Spenderin die Mutterschaft für sich beansprucht und durch die ausländische Rechtsordnung die

Anknüpfungen von Art. 19 Abs. 1 EGBGB auf deutsches Recht verweisen. Für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips besteht kein Bedarf.

(2) Das Problem der Mutterlosigkeit

Im Gegensatz dazu können bei Leihmutterchaften (und zum Teil sogar Ersatzmutterchaften) die beteiligten Rechtsordnungen durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, weil eine zunehmende Anzahl von Staaten das Kind nicht der gebärenden Leih-, sondern der Wunschmutter zuordnet, und diese in die Geburtsurkunde aufnimmt⁶²⁴. Das Günstigkeitsprinzip gebietet auch außerhalb seiner speziellen Ausprägungen in Form des Prioritätsprinzips und der Wahrscheinlichkeitstheorie die Anwendung des Rechts, welches für das Kind am günstigsten ist, also dem Kindeswohl am ehesten entspricht⁶²⁵.

Aus diesem Grund wird eine Anknüpfung an Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen nicht erfolgen können. Denn die Vorschrift gilt – wie gezeigt⁶²⁶ – nur relativ, so dass das Heimatrecht der jeweils als Mutter in Betracht kommenden Frau lediglich für diese selbst Anwendung findet. Weist das Heimatrecht der deutschen Wunschmutter der ausländischen Leihmutter die rechtliche Mutterschaft zu und umgekehrt das Heimatrecht der ausländischen Leihmutter die rechtliche Mutterschaft der deutschen Wunschmutter, ist dadurch nur geklärt, dass beide Frauen, gemessen an ihrem eigenen Heimatrecht, *nicht* die rechtliche Mutterschaft erworben haben, das Kind also gar keiner Mutter zugeordnet wird. Eine derartige Rechtsfolge, welche zur völligen Mutterlosigkeit führt, ist mit dem Kindeswohl und damit dem Günstigkeitsprinzip nicht zu vereinbaren⁶²⁷, zumal auch Vorschriften zur Begründung der rechtlichen Vaterschaft zum Teil voraussetzen, dass die Mutterschaft vorab feststeht (vgl. § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 i.V.m.

Mutterschaft auch zugeordnet bekommen würde (denkbar z.B. in den USA (Council of Europe, Comparative Study, 111)), enthalten noch Konfliktpotential.

⁶²⁴ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 77a.

⁶²⁵ OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183; BayObLG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581, 582; vgl. noch zur alten Rechtslage BT-Drs. 10/5632, S. 43 zu Art. 20 EGBGB; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f).

⁶²⁶ Oben E.V.2., S. 110 f.

⁶²⁷ Vgl. Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 77a, der aber nicht explizit zu dem Problem von Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB Stellung nimmt, sondern auf der Grundlage des Günstigkeitsprinzips diejenige Rechtsordnung Anwendung finden lassen möchte, welche die Mutterschaft der Wunschmutter zuweist; vgl. auch Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f) zum Parallelproblem der völligen Vaterlosigkeit.

§ 1595 Abs. 1 BGB⁶²⁸) mit der Folge, dass – jedenfalls nach deutscher Rechtslage – nur ein langwieriges gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren in Betracht kommt, wenn das Kind rechtlich keiner Mutter zugeordnet ist. Bis zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft hätte das Kind keine Eltern.

Das gleiche Problem ergibt sich auch bei Anwendung des in Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB enthaltenen Ehwirkungsstatuts. Denn das jeweils anwendbare Recht des Ehwirkungsstatuts kann ebenfalls nur klären, ob diejenige Frau Mutter geworden ist, von der sich das Ehwirkungsstatut ableitet; eine Anwendung des Ehwirkungsstatuts auch auf die Frage der Abstammung des Kindes von der anderen Frau kommt mangels Zugehörigkeit dieser zur Familie nicht in Betracht⁶²⁹. Sofern die Wunsch- und die Leihmutter überhaupt verheiratet sind und die Verweisung auf das Ehwirkungsstatut greift, ist über Art. 19 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 EGBGB für jede als Mutter in Betracht kommende Frau regelmäßig das Recht des Staats anzuwenden, dem sie gemeinsam mit ihrem Ehemann angehört (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB)⁶³⁰, was ihrem Heimatrecht für gewöhnlich entsprechen wird. Die Konsequenzen für den Fall, dass die Rechtsordnungen des Ehwirkungsstatuts jeweils der anderen Frau die Mutterschaft zuweisen, sind vergleichbar mit den soeben zu Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB aufgezeigten.

Das im Zusammenhang mit Art. 19 EGBGB dem Kindeswohl verhaftete Günstigkeitsprinzip lässt dementsprechend in solchen Konstellationen zur Klärung der Mutterschaft lediglich eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu, weil nur darüber die Mutterschaft verbindlich für beide als Mutter in Betracht kommenden Frauen geklärt und die Mutterschaft nur einer von beiden *positiv* zugeordnet wird. Allein auf diese Weise erhält das Kind überhaupt eine Mutter, sei es nun die Wunsch- oder die Leihmutter. Problematisch an der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist aber, dass das Kind nicht immer

⁶²⁸ Die in § 1595 Abs. 1 BGB für die Anerkennung der Vaterschaft vorausgesetzte Zustimmung der Mutter soll für den Fall, dass die Mutter „tot oder unbekanntem Aufenthaltsort“ nicht gerichtlich ersetzt werden können. In Betracht kommt dann nur ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB – BT-Drs. 13/4899, S. 54. Entsprechendes dürfte auch gelten, wenn die Mutterschaft (noch) nicht festgestellt ist. Oben E.V.3., S. 111 ff.

⁶²⁹ An die gemeinsame Staatsangehörigkeit wird nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auch angeknüpft, wenn die Ehegatten zwar keine gemeinsame Staatsangehörigkeit mehr haben, eine solche aber früher bestanden und ein Ehegatte diese beibehalten hat (von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 8, Rn. 23 ff. auch zu den weiteren Anknüpfungen von Art. 14 EGBGB, welche subsidiär greifen).

einen gewöhnlichen Aufenthalt haben muss, nämlich immer dann nicht, wenn es sich in Leihmutterschaftsfällen nach seiner Geburt im Ausland befindet, noch keine fünf bis sechs Monate verstrichen sind und die das Kind betreuenden deutschen Wunscheltern mit dem Kind nach Deutschland zurückkehren wollen⁶³¹. Tritt ein solcher Fall auf, führt – bis zu einem Ablauf von sechs Monaten – letztlich keine der in Art. 19 Abs. 1 EGBGB vorgegebenen Anknüpfungen zu einer positiven Feststellung der Mutterschaft⁶³². Der Gesetzgeber sollte deshalb, wie in Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB, zusätzlich die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt ermöglichen, wenn ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht ermittelt werden kann. Das entspräche im Ergebnis der teilweise jetzt schon vertretenen Auslegung, welche Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB auch bei wesentlich kürzeren Aufenthalten als fünf oder sechs Monaten als Anknüpfungsvariante zulassen möchte⁶³³, setzt sich aber nicht über die sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergebenden Grenzen, wonach *de lege lata* ein gewöhnlicher und nicht nur ein schlichter Aufenthalt gegeben sein muss⁶³⁴, hinweg. Die gegenwärtige Rechtslage ist also insoweit nicht mit dem Kindeswohl vereinbar, als dem Kind unter Zugrundelegung deutschen Kollisionsrechts in einigen Fällen eine Mutter positiv erst mit Ablauf von bis zu sechs Monaten Aufenthalts im ausländischen Geburtsland zugeordnet werden kann. Außerdem kann der schlichte Aufenthalt im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei der Bestimmung des Heimatrechts der als Mutter in Betracht kommenden Frau über Art. 5 Abs. 2 EGBGB im Einzelfall schon jetzt Anwendung finden, wenn diese staatenlos ist und ein gewöhnlicher

⁶³¹ Oben E.V.1.b., S. 102: ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland existiert mangels physischer Präsenz vor Ort noch nicht. Gleiches gilt für einen gewöhnlichen Aufenthalt im Geburtsland, zu dem zum Zeitpunkt der Geburt und bis zu einem Ablauf von sechs Monaten – vor allem aufgrund der Ausreiseabsicht der Eltern – noch keine verfestigten Verbindungen bestehen.

⁶³² Denkbar wäre noch, Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB so auszulegen, dass das Ehwirkungsstatut auch auf Nichtfamilienmitglieder anwendbar ist und deshalb – verbindlich für alle – wahlweise an das Ehwirkungsstatut der Wunsch- und der Leihmutter angeknüpft werden kann, je nachdem, welche Rechtsfolgen für das Kind günstiger sind (dafür: Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78; a.A. oben E.V.3., S. 111 ff. m.w.N.). Diese Sichtweise würde das Problem aber allenfalls verkürzen, weil nicht alle Leih- und Wunschmütter verheiratet sind, so dass ohnehin nicht in jedem Fall eine Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut in Betracht kommt.

⁶³³ Heiderhoff, IPRax 2012, 523, 525.; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 8.

⁶³⁴ Vgl. Lorenz in: BeckOK BGB, Art. 5 EGBGB, Rn. 19; a.A. Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 15; allerdings soll der schlichte Aufenthalt danach auch erst subsidiär zu den in Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB geregelten Kriterien greifen, was in Bezug auf die herausgearbeitete Problematik nicht hilfreich wäre, weil beide Vorschriften häufig keine positive Zuordnung des Kindes zu einer rechtlichen Mutter ermöglichen; vgl. auch oben E.V.1.d.iii., S. 106 ff.

Aufenthalt an einem bestimmten Ort nicht festgestellt werden kann⁶³⁵. Eine gewisse Parallele zur staatenlosen Mutter ist auch insoweit nicht von der Hand zu weisen, als die Staatsangehörigkeit des Kindes – zumindest nach deutschem Recht – von der Abstammung abhängig gemacht wird (§ 4 Abs. 1 StAG), das Kind also solange staatenlos ist, wie keiner der von Art. 19 Abs. 1 EGBGB vorgegebenen Anknüpfungspunkte die positive Zuordnung zu einem Elternteil ermöglicht⁶³⁶.

(3) Die abweichende materielle Rechtslage nach
den einzelnen Anknüpfungen

Abweichend von den in der deutschen Rechtspraxis häufigsten Fällen deutscher Wunschkümmern, die im Ausland eine Leihmutter in Anspruch nehmen (mit den soeben dargestellten Konsequenzen), sind auch Konstellationen denkbar, in denen die von Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufenen Rechtsordnungen das Kind positiv und abweichend voneinander unterschiedlichen Müttern zuordnen⁶³⁷. Zu Recht wird gefordert, dem Günstigkeitsprinzip und damit dem Kindeswohl folgend, in der Regel diejenige Anknüpfung zu wählen, welche das Kind der genetischen Wunschkümmern zuspricht⁶³⁸. Grundsätzlich möchte die Leihmutter nämlich anders als die Wunschkümmern keine Elternverantwortung übernehmen, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass das Kind bei der Wunschkümmern am besten aufgehoben ist⁶³⁹. Diese Auffassung vermeidet auch hinkende Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Mutterschaft, notwendig werdende Vaterschaftsanfechtungsklagen durch einen etwaigen Ehemann der Leihmutter und weitere „Verwirrungen“⁶⁴⁰. Darüber

⁶³⁵ Oben E.V.2., S. 110 f.

⁶³⁶ Zumindest für eine an die Ehe anknüpfende Begründung der rechtlichen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB ist die vorherige Klärung der rechtlichen Mutterschaft vonnöten.

⁶³⁷ So etwa in dem Fall einer deutschen Frau, die für eine ausländische Wunschkümmern, deren Rechtsordnung das Kind der Wunschkümmern zuordnet, ein Kind als Leihmutter austrägt (dazu Bischoff in: NK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 29). Denkbar sind auch Konstellationen, in denen Leih- und Wunschkümmern aus einer Rechtsordnung stammen, welche das Kind der Wunschkümmern zuordnet, während das Kind zum (für die Zuordnung der Mutterschaft in der Regel maßgeblichen) Zeitpunkt der Geburt aber seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Land hat, welches das Kind der Leihmutter zuordnet und umgekehrt.

⁶³⁸ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 77a, 78.

⁶³⁹ BGHZ 203, 350, 368 (Rn. 55).

⁶⁴⁰ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78.

hinaus sind sowohl die Wunsch- als auch die Leihmutter an der aus deutscher Sicht unwirksamen Leihmutterchaftsvereinbarung beteiligt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Wunschmutter deshalb weniger zur Erziehung des Kindes geeignet sei als die Leihmutter⁶⁴¹. Schließlich spricht auch die Annahme, dass genetischen Eltern das Wohl ihrer Kinder mehr am Herzen liegt als anderen Personen⁶⁴², eher für eine Entscheidung für die Wunschmutter. Lediglich wenn die Leihmutter das Kind nicht an die Wunschmutter herausgeben will, sollte an die Rechtsordnung angeknüpft werden, welche das Kind der Leihmutter zuordnet⁶⁴³; denn in solchen Fällen wird sich zwischen dem Kind und der Leihmutter regelmäßig bereits eine sozial-familiäre Bindung herausgebildet haben⁶⁴⁴, so dass mit einer fortgesetzten Betreuung durch die Leihmutter dem Kind am besten gedient ist.

*7. Die Vereinbarkeit der nach ausländischem Recht erfolgten
Zuordnung der Mutterschaft mit dem ordre public*

a. Die Fälle der Leihmutterchaft

Ist nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB ausländisches Recht anwendbar, das im Fall der Leihmutterchaft der genetischen Wunschmutter die rechtliche Mutterstellung einräumt, muss abschließend die Frage beantwortet werden, ob die Anwendung der ausländischen Vorschriften gegen den in Art. 6 EGBGB geregelten kollisionsrechtlichen ordre public verstößt. Zu der parallel geführten Diskussion zum anerkennungsrechtlichen ordre public aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG, welcher im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen anwendbar ist, wurde bereits Stellung genommen⁶⁴⁵. Der Rechtsprechung des BGH und des OLG Düsseldorf ist im Wesentlichen zuzustimmen. Danach liegt jedenfalls kein Verstoß gegen den (anerkennungsrechtlichen) ordre public vor, wenn ein Wunschelternteil im Unterschied zur Leihmutter mit dem Kind

⁶⁴¹ So aber Giesen, JZ 1985, 1055, 1057.

⁶⁴² BVerfGE 59, 360, 376; Coester, JZ 1992, 809, 810.

⁶⁴³ Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 42; Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 106; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78 a.E.; Henrich in: FS Schwab, S. 1141, 1149; vgl. auch BGHZ 203, 350, 365 (Rn. 48).

⁶⁴⁴ Vgl zum Ausschluss der Anfechtbarkeit der Vaterschaft nach deutschem Recht insoweit: § 1600 Abs. 2, 3 BGB.

⁶⁴⁵ Oben E.IV.2.b., S. 95 ff.

genetisch verwandt ist⁶⁴⁶. Fraglich erscheint nur, ob dieses Ergebnis ohne weiteres auf den kollisionsrechtlichen *ordre public* aus Art. 6 EGBGB übertragbar ist; denn der BGH differenzierte zunächst deutlich zwischen dem kollisions- und dem anerkennungsrechtlichen *ordre public*: Mit letzterem soll ein ausländisches Urteil nicht bereits unvereinbar sein, wenn ein deutsches Gericht aufgrund zwingenden deutschen Rechts anders entschieden hätte. Erst wenn das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall in so starkem Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den darin enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen stehe, dass es nach deutscher Vorstellung nicht mehr als tragbar erscheine, könne von einem Verstoß gegen den anerkennungsrechtlichen *ordre public* ausgegangen werden⁶⁴⁷.

Gleichwohl ist auch bei Anwendung des kollisionsrechtlichen *ordre public* aus Art. 6 EGBGB nicht anders zu entscheiden; denn die Vorschrift unterscheidet sich in seinem maßgeblichen Wortlaut nicht von § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG und dem gleichlautenden § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, welche beide den anerkennungsrechtlichen *ordre public* regeln⁶⁴⁸. Auch Art. 6 EGBGB enthält lediglich den „*ordre public international*“ und nicht auch den „*ordre public interne*“, der bereits eine Abweichung von zwingendem Recht (*ius cogens*) verbietet⁶⁴⁹. Anders als es der BGH in seinem Vergleich zwischen dem kollisionsrechtlichen und dem anerkennungsrechtlichen *ordre public* darstellt, dürfte der Richter deshalb bei (der hypothetischen) Anwendung von Art. 6 EGBGB auf die Anerkennung einer Entscheidung diese nicht schon deshalb ablehnen, weil sie gegen zwingendes deutsches Recht verstößt. Richtig ist aber, dass beim anerkennungsrechtlichen *ordre public* ein Verbot der sachlichen Überprüfung der Entscheidung („*révision au fond*“) besteht und es lediglich darauf ankommt, ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts zu den Grundgedanken deutscher Regelungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach deutscher Vorstellung untragbar erscheint⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382.

⁶⁴⁷ BGHZ 203, 350, 357 f. (Rn. 28) unter Verweis auf BGHZ 138, 331, 334 f.; BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 15).

⁶⁴⁸ Sowohl Art. 6 EGBGB als auch § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO gehen auf IPRG von 1986 zurück und wurden dadurch übereinstimmend sprachlich neu gefasst (Gottwald in: MüKo⁵, § 328 ZPO, Rn. 118).

⁶⁴⁹ V. Hein in: MüKo⁷, Art. 6 EGBGB, Rn. 8 m. w. N.; von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 146: Die Unterscheidung zwischen dem „*ordre public international*“ und dem „*ordre public interne*“ entstammt dem französischen Recht.

⁶⁵⁰ BGHZ 203, 350, 357 f. (Rn. 28); vgl. auch Gottwald in: MüKo⁵, § 328 ZPO, Rn. 116, 119.

Der anerkennungsrechtliche *ordre public* erfasst deshalb im Unterschied zum kollisionsrechtlichen *ordre public* nur besonders gravierende Verstöße⁶⁵¹ und bleibt dementsprechend auf Ausnahmefälle beschränkt⁶⁵². Begründet wird dieser Unterschied mit dem Ziel der Wahrung des internationalen Entscheidungseinklangs und der Vermeidung von hinkenden Rechtsverhältnissen in Bezug auf den Personenstand⁶⁵³.

Dennoch bestehen zwischen dem kollisionsrechtlichen und dem anerkennungsrechtlichen *ordre public* keine derartigen Unterschiede, dass eine andere Beurteilung der vom BGH entschiedenen Rechtsfrage gerechtfertigt wäre, wenn es um die Anwendbarkeit der Rechtsnorm eines anderen Staates und nicht nur um die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung geht. Denn auch insoweit gilt es grundsätzlich, hinkende Rechtsverhältnisse in Bezug auf Fragen, die den Personenstand betreffen, zu verhindern⁶⁵⁴. Ebenso wie in Konstellationen, in denen eine anerkennungsfähige gerichtliche Entscheidung vorliegt, sollte bei der Anwendung von Kollisionsrecht eine Lösung gefunden werden, welche das Kindeswohl in den Vordergrund stellt⁶⁵⁵. Vor allem eine Verletzung von Grundrechten, welche nach Art. 6 S. 2 EGBGB in jedem Fall ein Eingreifen des *ordre public* nach sich ziehen würde⁶⁵⁶, liegt – die Freiwilligkeit der Übernahme der Leihmutterschaft und der Herausgabe des Kindes vorausgesetzt – nicht vor⁶⁵⁷. Die Ergebnisse der Entscheidung des BGH sind deshalb auch auf den kollisionsrechtlichen *ordre public* übertragbar⁶⁵⁸.

b. Die Fälle der Co-Mutterschaft

Im Zusammenhang mit der Co-Mutterschaft⁶⁵⁹ stellt sich ebenfalls die Frage, ob der Anwendung ausländischen Rechts, welches der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerin oder Ehegattin der Geburtsmutter die

⁶⁵¹ BGH, NJW 2009, 3306 (Rn. 15); Lorenz in: BeckOK BGB, Art. 6 EGBGB, Rn. 2; gegen diese Differenzierung: v. Hein in: MüKo⁷, Art. 6 EGBGB, Rn. 8.

⁶⁵² BGHZ 203, 350, 358 (Rn. 29).

⁶⁵³ BGHZ 203, 350, 358 (Rn. 29).

⁶⁵⁴ Zum anerkennungsrechtlichen *ordre public*: BGHZ 203, 350, 358 (Rn. 29); zum kollisionsrechtlichen *ordre public* vgl.: Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 78; Helms, in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 58 f.

⁶⁵⁵ Vgl. Schwonberg, FamRB 2015, 55, 56.

⁶⁵⁶ Von Hoffmann/Ihorn, Internationales Privatrecht, § 6, Rn. 140.

⁶⁵⁷ BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49).

⁶⁵⁸ Vgl. auch Andrae in: Hdb Adoptionsrecht, Kap. C., Rn. 127; Frie, NZFam 2018, 97, 101.

⁶⁵⁹ Vgl. oben B.II.7., S. 42 f. und E.V.5., S. 117 ff.

Mutterschaft für das Kind zuweist⁶⁶⁰, der in Art. 6 EGBGB verankerte kollisionsrechtliche *ordre public* entgegensteht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner ist davon auszugehen, dass das Aufwachsen von Kindern in den behüteten Verhältnissen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ebenso gefördert werden kann wie in einer (verschiedengeschlechtlichen) Ehe⁶⁶¹. An diese Wertungen anknüpfend sieht der BGH zu Recht in ausländischen Regelungen, die gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern oder Ehegatten die Elternstellung zuweisen, keine Verletzung des *ordre public*⁶⁶². In der Konsequenz erwirbt das Kind gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit, auch wenn nur die Co-Mutter selbst deutsche Staatsangehörige ist. Beide Frauen sind als Eltern im Geburtenregister des Standesamts einzutragen⁶⁶³.

8. Der Vorrang des Brüsseler CIEC-Übereinkommens über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder

Im Verhältnis zu Griechenland, Spanien, Luxemburg, den Niederlanden, der Schweiz und der Türkei ist vorrangig das CIEC-Übereinkommen über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder vom 12.9.1962⁶⁶⁴ zu berücksichtigen. Gemäß seinem Art. 1 S. 1 gilt die mütterliche Abstammung eines nichtehelichen Kindes als festgestellt, wenn im Geburtseintrag eines solchen Kindes eine Frau als Mutter des Kindes bezeichnet ist. Mit dieser materiellrechtlichen Regelung⁶⁶⁵ sollen die unterschiedlichen innerstaatlichen Vorschriften zugunsten des Abstammungssystems vereinheitlicht werden. Eine Rolle spielt das Abkommen dementsprechend lediglich, wenn das nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbare Recht eine Anerkennung des Kindes durch die Mutter fordert⁶⁶⁶, was wegen des Übergangs der meisten Staaten vom Anerken-

⁶⁶⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen der gesetzlichen Zuweisung: Frie, FamRZ 2015, 889 f.

⁶⁶¹ BVerfGE 133, 59, 89 f. mit Bezugnahme auf die zur Entscheidungsfindung eingeholten Gutachten (unter A.II.2.a. ab S. 70).

⁶⁶² BGHZ 210, 59, 76 (Rn. 50 f.); so zuvor auch schon zum anerkennungsrechtlichen *ordre public*: BGHZ 203, 350, 363 (Rn. 43) und BGHZ 206, 86, 97 f. (Rn. 35); s.a. Coester-Waltjen, IPrax 2016, 132, 136 ff.; Frie, FamRZ 2015, 889, 893 f.

⁶⁶³ BGHZ 210, 59, 77 (Rn. 53).

⁶⁶⁴ BGBl. Teil II 1965, 23.

⁶⁶⁵ Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 48; Henrich in: Staudinger, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, Rn. 28.

⁶⁶⁶ OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; Helms MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 76; Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 14; vgl. auch KG, StAZ 2015, 180, 181.

nungs- zum Abstammungssystem⁶⁶⁷ nur noch eine sehr geringe Zahl von Fällen betrifft⁶⁶⁸. In diesen Konstellationen soll die Mutter trotz fehlender Anerkennungserklärung als rechtliche Mutter angesehen werden, wenn sie im Geburteneintrag als solche bezeichnet ist⁶⁶⁹. Eine darüberhinausgehende Wirkung wird dem Abkommen nicht zugeschrieben, so dass in Leihmutterschaftsfällen eine Pflicht zur verfahrensrechtlichen Anerkennung⁶⁷⁰ einer ausländischen Geburtsurkunde, in welcher die Wunschmutter als Geburtsmutter eingetragen ist, nicht besteht; maßgeblich ist allein das nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbare Recht⁶⁷¹. Voraussetzung für die Anwendung des Abkommens ist außerdem, dass das Kind aus Sicht aller mit dem Sachverhalt in Berührung kommenden Staaten nichtehelicher Abstammung ist. In Fällen, in denen ein Staat gleichgeschlechtliche Ehen nicht anders behandelt als verschiedengeschlechtliche Ehen, muss das Kind folgerichtig als ehelich angesehen werden, so dass auf das CIEC-Übereinkommen von vornherein nicht zurückgegriffen werden kann⁶⁷². Wird die Abstammung bestritten, bleibt für die Anwendung des CIEC-Übereinkommens kein Raum; denn das Übereinkommen enthält für solche Fälle keine Kollisionsregel⁶⁷³.

⁶⁶⁷ Vgl. zu den Gründen: EGMR, Urt. v. 13.6.1979 – 6833/74 (Marckx), NJW 1979, 2449; Belgien hat daraufhin das Abstammungsprinzip eingeführt (Art. 312 § 1 cc) – Henrich in: Staudinger, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, Rn. 17.

⁶⁶⁸ In Frankreich ist das noch denkbar, wenn die Mutter anonym entbunden oder ihre Eintragung im Geburtenregister verweigert hat (Frank, StAZ 2012, 190); in Italien wird bei nichtehelichen Kindern zwar ein Mutterschaftsanerkennnis gefordert, der Eintragung der Mutter in das Geburtenregister aber Anerkennungswirkung zugesprochen (vgl. Art. 254 ital cc; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB Anh. II, Rn. 1). Die Rechtslage in Frankreich kann trotz der eingangs erwähnten Geltung nur im Verhältnis zu Griechenland, Spanien, Luxemburg, den Niederlanden, der Schweiz und der Türkei relevant werden, weil das Abkommen nach der in Deutschland überwiegend vertretenen Auffassung unabhängig von der Staatsangehörigkeit von Mutter und Kind sowie unabhängig vom Geburtsort des Kindes anzuwenden ist (Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 48. Eingehend zu diesem insgesamt nicht sonderlich relevanten Streit: Waldburg, Anpassungsprobleme im internationalen Abstammungsrecht, S. 12 f.; Henrich in: Staudinger, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, Rn. 19–24.

⁶⁶⁹ Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB Anh. II, Rn. 3; Benicke, StAZ 2013, 101, 108.

⁶⁷⁰ Zur verfahrensrechtlichen Anerkennung oben E.IV., S. 92 ff.

⁶⁷¹ Benicke, StAZ 2013, 101, 108; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB Anh. II, Rn. 4.

⁶⁷² OLG Celle, NJW-RR 2011, 1157, 1158; Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB Anh. II, Rn. 2; vgl. auch BGHZ 210, 59, 66 (Rn. 24).

⁶⁷³ Hohloch in: Erman, Art. 19 EGBGB, Rn. 3.

VI. Das Ergebnis

Auf nationaler Ebene führt § 1591 BGB zur rechtlichen Mutterschaft der Geburtsmutter sowohl in Fällen der Eizell- und Embryospende, als auch in Konstellationen der Leih- und Ersatzmutterchaft.

Werden Methoden assistierter Reproduktion – zur Umgehung der Strafbarkeiten nach dem ESchG und dem AdVerMiG – im Ausland in Anspruch genommen, ergeben sich in Bezug auf Eizell- und Embryospenden⁶⁷⁴ (zunächst⁶⁷⁵) keine großen Unterschiede zur deutschen Rechtslage; denn die meisten Staaten, an deren Recht über Art. 19 Abs. 1 EGBGB angeknüpft werden kann, ordnen das Kind unabhängig von seiner genetischen Abstammung in diesen Fällen ebenfalls der gebärenden Wunschmutter zu.

Wesentlich problematischer ist die rechtliche Zuordnung des Kindes in den Fällen der Leihmutterchaft. Zwar wird von mehreren ausländischen Rechtsordnungen⁶⁷⁶ das Kind der Wunschmutter zugeordnet, die tatsächlichen Verhältnisse führen aber häufig nicht zu einer Anknüpfung an die ausländische Rechtslage. Denn im Zusammenhang mit der für diese Untersuchung relevantesten Fallgruppe – dem Fortpflanzungstourismus deutscher Frauen ins Ausland – wäre Voraussetzung, dass im Ausland auch ein gewöhnlicher Aufenthalt der Wunschmutter begründet wird, von dem sich der für die Anknüpfung nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB maßgebliche gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in der Regel zwar nicht rechtlich, aber zumindest faktisch ableitet, sofern das Kind von der Wunschmutter auch tatsächlich betreut wird⁶⁷⁷. Das ist wegen der dafür grundsätzlich erforderlichen Aufenthaltsdauer von mindestens fünf Monaten vor Ablauf dieser Frist häufig nicht der Fall⁶⁷⁸. Mangels physischer Anwesenheit vor Ort kann bei einem Kind, das sich im Ausland aufhält, aber auch noch nicht an die deutsche Rechtslage angeknüpft werden, selbst wenn die Wunscheltern die Intention hegen, sobald wie möglich mit dem Kind nach Deutschland einzureisen. Die Folge ist ein Leerlaufen von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB in den ersten fünf bis sechs Monaten nach der Geburt des Kindes, weil das Kind noch keinen gewöhnlichen

⁶⁷⁴ Zu in Deutschland zulässigen Embryospenden vgl. oben C.II.6., S. 56.

⁶⁷⁵ Zur Anfechtung der Mutterschaft unter Anknüpfung an eine ausländische Rechtsordnung s. unten F. III., S. 142 ff.

⁶⁷⁶ Beispielhaft von Griechenland (oben D.V.2., S. 84 f.) und der Ukraine nach Art. 123 Abs. 2 ukrain. FamFG (VG Berlin, FamRZ 2013, 738).

⁶⁷⁷ Oben E.V.1.d.ii., S. 105 f.

⁶⁷⁸ Vgl. auch die allerdings nicht detailliert auf den gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Geburt eingehende Entscheidung des OLG Stuttgart (StAZ 2012, 209).

Aufenthalt in einem bestimmten Staat begründet hat. Anders ist es nur, wenn sich das Kind (vor Ablauf von sechs Monaten) physisch in dem Staat aufhält, den die Personen, welche es betreuen, zu ihrem Daseinsmittelpunkt machen wollen. Lässt sich ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes weder im Geburtsland noch in Deutschland feststellen, verbleiben mit den in Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB enthaltenen Anknüpfungen zwei Vorschriften, die jeweils nur relativ gelten, indem sie für die deutsche Wunschkutter und die ausländische Leihmutter an ihr jeweils eigenes Heimatrecht (S. 2) oder Ehwirkungsstatut (S. 3) anknüpfen, was dazu führen kann, dass keine der Frauen, gemessen an ihrem eigenen Heimatrecht bzw. Ehwirkungsstatut rechtliche Mutter des Kindes geworden ist und das Kind mutterlos bleibt⁶⁷⁹. Eine Ergänzung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB dergestalt, dass auch an den einfachen Aufenthalt des Kindes angeknüpft werden kann, wie es bereits Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB im Zusammenhang mit dem Personalstatut Staatenloser vorsieht, ist erforderlich. In der Konsequenz richtete sich die rechtliche Abstammung des Kindes in Leihmutterchaftsfällen mit Auslandsberührung ganz überwiegend einheitlich und für beide als Mutter in Betracht kommenden Frauen gemeinschaftlich nach ausländischem Recht, hinkende Rechtsverhältnisse werden vermieden.

Soweit die Anknüpfung an eine ausländische Rechtsordnung zur Folge hat, dass die Mutterschaft der Wunschkutter zugewiesen wird, steht der Anwendung der ausländischen Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen (Freiwilligkeit der Übernahme der Leihmutterchaft, genetische Verwandtschaft des Kindes mit einem Wunscherlternteil) auch der in Art. 6 EGBGB verankerte *ordre public* nicht entgegen⁶⁸⁰. Für den Fall, dass eine nach §§ 108, 109 FamFG anerkennungsfähige ausländische Entscheidung vorliegt, welche das Kind der Wunschkutter oder den Wunscherltern zuordnet, gilt das im Hinblick auf den anerkennungsrechtlichen *ordre public* aus § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG erst recht⁶⁸¹. Soweit also über Art. 19 Abs. 1 EGBGB ausländisches Recht, welches das Kind der Wunschkutter zuweist, zur Anwendung kommt oder eine entsprechende anerkennungsfähige ausländische Entscheidung existiert, kann es, anders als nach den sich aus § 1591 BGB ergebenden Vorgaben des deutschen Zivilrechts, zu einer rechtlichen Elternschaft der Wunschkutter in Leihmutterchaftsfällen kommen. Eine gewisse Rechtssicherheit für die

⁶⁷⁹ Oben E.V.6.c.ii.(2), S. 127 ff.

⁶⁸⁰ Oben E.V.7.a., S. 131 ff.

⁶⁸¹ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; oben E.IV.2.b., S. 95 ff.

Wunscheltern besteht – wegen der ausdrücklichen Einschränkungen der Entscheidung des BGH im Hinblick auf den anerkennungsrechtlichen *ordre public*⁶⁸² – aber nur für Leihmutterschaften, welche in Ländern durchgeführt werden, in denen die rechtliche Elternschaft der Wunschmutter durch eine in Deutschland nach §§ 108, 109 FamFG anerken- nungsfähige Entscheidung konstitutiv begründet wird. Das ist bisher vor allem in Großbritannien, Israel und einzelnen Bundesstaaten der USA, etwa Kalifornien, der Fall⁶⁸³.

⁶⁸² BGHZ 203, 350, 357 f. (Rn. 28 f.); vgl. zur Übertragbarkeit auf den kollisionsrechtlichen *ordre public* aber oben E.V.7.a., S. 120 ff.

⁶⁸³ Oben E.IV., S. 92 ff.; unter Umständen kommt auch eine Anerkennung ukrainischer Gerichtsentscheidungen in Betracht (vgl. VG Berlin, StAZ 2013, 382, 383); Streit und dementsprechend mangelnde Rechtssicherheit besteht dagegen darüber, ob Eintragun- gen eines ukrainischen Standesamts in das dortige Geburtenregister einer verfahrens- rechtlichen Anerkennung zugänglich sind; dafür: OLG Celle, NZFam 2017, 658; da- gegen: OLG München, NZFam 2018, 36; eingehend zum Streit: Frie, NZFam 2018, 97.

F. Die Anfechtbarkeit der Geburtsmutterchaft und die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter

Die Frage der Anfechtbarkeit der Geburtsmutterchaft betrifft Fälle, in denen das Kind nicht von der Frau abstammt, die es geboren hat und ihr dennoch über § 1591 BGB (oder anwendbares ausländisches Recht) die rechtliche Mutterchaft zugewiesen wurde. Verwechslungen des Kindes in der Klinik im Anschluss an die Geburt⁶⁸⁴ führen hingegen nicht dazu, dass die betreuende Frau auch rechtliche Mutter wird⁶⁸⁵. Sie wird aber als Mutter personenstandsrechtlich im Geburtenregister und in der Geburtsurkunde erfasst (vgl. §§ 21 Abs. 1 Nr. 4 und 59 Abs. 1 Nr. 4 PStG). Die insoweit notwendige Korrektur kann nach § 47 PStG⁶⁸⁶ ohne Mitwirkung des Gerichts oder nach § 48 PStG auf Anordnung des Gerichts erfolgen⁶⁸⁷. Voraussetzung ist ausweislich des Gesetzeswortlauts von § 47 Abs. 1 S. 3 PStG, dass der richtige und vollständige Sachverhalt durch Personenstandsurkunden festgestellt wird. Die Anforderungen an den Nachweis der Unrichtigkeit des Eintrags sind hoch, sie entsprechen denjenigen aus einem vergleichbaren Statusverfahren⁶⁸⁸. In ihrer Wirkung ist die bloße Berichtigung des Geburtenregisters allerdings beschränkt, eine rechtskräftige, allgemeinverbindliche Feststellung erfolgt nicht⁶⁸⁹. Deshalb kann in Verwechslungsfällen die Klärung der Abstammung auch durch ein gerichtliches Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG herbeigeführt werden⁶⁹⁰. Ein im Rahmen dieses Verfahrens ergehender Beschluss wirkt gemäß § 184 Abs. 2 FamFG *inter omnes*⁶⁹¹ und ermöglicht den Eltern deshalb auch die Geltendmachung von Rechten aus dem Kindschaftsver-

⁶⁸⁴ Zu einer aufsehenerregenden aktuellen Entscheidung des Tribunal de Grande Instance von Grasse/Südfrankreich vgl. Frank, FamRZ 2015, 1149.

⁶⁸⁵ Gleiches gilt auch für den mit der Mutter verheirateten Vater: Die rechtliche Vaterschaft für das verwechselte Kind erlangt er über § 1592 Nr. 1 BGB nicht, so dass für eine Vaterschaftsanfechtung kein Raum bleibt. Als Putativeltern tragen Mutter und Vater die elterliche Verantwortung nur faktisch, ohne rechtlich sorgeberechtigt und unterhaltspflichtig zu sein (Eckebrecht, FPR 2011, 394, 396; Frank, StAZ 2015, 225).

⁶⁸⁶ Die Vorschrift lässt nicht nur die Korrektur von Schreibfehlern, sondern auch von inhaltlichen Unrichtigkeiten zu, vgl. § 47 Abs. 1 S. 3 PStG.

⁶⁸⁷ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 51, Rn. 6.

⁶⁸⁸ Eckebrecht, FPR 2011, 394, 397.

⁶⁸⁹ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 27; Eckebrecht, FPR 2011, 394, 397.

⁶⁹⁰ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 27; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 51, Rn. 6; Eckebrecht, FPR 2011, 394, 397.

⁶⁹¹ Näher zu diesem Verfahren und zu seiner Zulässigkeit in Fällen von Eizell- und Embryospenden s. unten G.IV., S. 181.

hältnis⁶⁹². Alternativ soll den Eltern daneben der Weg über § 1598a BGB zur Verfügung stehen⁶⁹³. Die Frage der Anfechtbarkeit der Geburtsmutterschaft stellt sich in Verwechslungsfällen aber nicht.

I. Die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform

Eine Anfechtung der rechtlichen Mutterschaft mit der Begründung, das Kind stamme genetisch nicht von der Geburtsmutter ab, wurde vor der Kindschaftsrechtsreform ganz überwiegend abgelehnt⁶⁹⁴. In Betracht kam ausschließlich eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Mutter-Kind-Verhältnisses nach § 640 Abs. 2 Nr. 1 ZPO a.F.⁶⁹⁵. Der Status des Kindes konnte nur auf dem Wege einer Adoption verändert werden⁶⁹⁶. Lediglich vereinzelt wurde ein auf der analogen Anwendung der §§ 1594 ff. BGB a.F. basierendes Anfechtungsrecht der Geburtsmutter sowohl für Fälle der Eizell- und Embryospende als auch der Leihmutterschaft befürwortet⁶⁹⁷. Zum Teil wurden die Fälle der Eizellspende ausgenommen⁶⁹⁸, andere wollten ein Anfechtungsrecht sogar nur zulassen, wenn auf die Geburtsmutter ohne oder gegen ihren Willen eine fremde Eizelle oder ein nicht von ihr abstammender Embryo übertragen wurde⁶⁹⁹. Ein Anfechtungsrecht des Kindes wurde überwiegend ebenfalls

⁶⁹² Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 27; vgl. auch RGZ 76, 283.

⁶⁹³ Frank, StAZ 2015, 225, 226; Frank, FamRZ 2015, 1149, 1150.

⁶⁹⁴ Rauscher in Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 9; Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 74, 76 f.; Poll/Jurismic, JR 1999, 226, 233; Mutschler in: MüKo³, §§ 1591, 1592 BGB, Rn. 53; Gaul in: Soergel¹², § 1591 BGB, Rn. 53; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Bernat, MedR 1986, 245, 252; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 175 f.; Holzhauser, FamRZ 1986, 1162, 1166; vgl. auch Deutsch, MDR 1985, 177, 182.

⁶⁹⁵ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; anders nach der Kindschaftsrechtsreform: Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; BT-Drs. 13/4899, S. 83.

⁶⁹⁶ Poll/Jurismic, JR 1999, 226, 233.

⁶⁹⁷ Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 112 ff.; zumindest in Einzelfällen: Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230, 233.

⁶⁹⁸ Kolhossler, JA 1985, 553, 555 f.; dafür indirekt auch: Leipold in: FS Kralik, S. 467, 475 f.

⁶⁹⁹ Das Anfechtungsrecht sollte nur der Geburtsmutter zustehen: Mutschler, FamRZ 1994, 65, 69; Mutschler in MüKo³, §§ 1591, 1592 BGB, Rn. 53; Leipold in: FS Kralik, S. 467, 475; Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 74 f. für die Rechtslage de lege ferenda; a.A. Bernat, MedR 1986, 245, 252; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 175 f.

nicht gesehen⁷⁰⁰, aber von einigen Autoren zumindest *de lege ferenda* für erstrebenswert gehalten⁷⁰¹.

II. Die Rechtslage nach der Kindschaftsrechtsreform

Der Gesetzgeber hat sich bewusst und entgegen den Beschlüssen des 59. Deutschen Juristentags⁷⁰² nicht für eine Mutterschaftsvermutung entschieden, die durch Anfechtung beseitigt werden könnte. Die Mutterschaft der gebärenden Frau steht vielmehr „von vornherein unverrückbar fest“⁷⁰³. Allen Beteiligten, auch dem Kind, ist die Anfechtung der Mutterschaft verwehrt⁷⁰⁴. Der bereits erwähnte Bruch mit dem sich aus § 1589 BGB ergebenden Grundsatz, dass die Verwandtschaft auf der genetischen Abstammung beruht⁷⁰⁵, wird dadurch auch für den weiteren Verlauf der rechtlichen Beziehungen zwischen Mutter und Kind manifestiert.

Trotz der fehlenden Anfechtbarkeit der Mutterschaft kommt es freilich in Einzelfällen doch auf die genetische Abstammung des Kindes von der Mutter an. Das gilt für Ehehindernisse nach § 1307 BGB und die Frage der Strafbarkeit wegen Inzestes gemäß § 173 StGB⁷⁰⁶. Der Sinn beider Regelungen liegt in der Vermeidung genetischer Schäden der nachfolgenden Generation, so dass nur die genetische Abstammung maßgeblich sein kann⁷⁰⁷. In Fällen der Spende nur mitochondrialer DNA⁷⁰⁸ besteht die Gefahr der Schädigung nachfolgender Generationen allerdings nicht; denn die in den Mitochondrien vorhandene DNA wird

⁷⁰⁰ Anders: Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 113; Leipold in: FS Kralik, S. 467, 475 f.; anscheinend auch Mutschler, FamRZ 1994, 65, 69.

⁷⁰¹ Mutschler in MüKo³, § 1596 BGB, Rn. 21; Eberbach, MedR 1986, 253, 255; Schwenzer in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band 1, S. A 9, A 40, A 108; für eine entsprechende Anpassung *de lege ferenda* auch: Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 633; für eine isolierte Feststellungsklage durch das volljährige Kind: Deutscher Juristinnenbund, FamRZ 1992, 912.

⁷⁰² 59. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1992, 3016, Abteilung Familienrecht, B.II.; vgl. auch Schwenzer in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band 1, S. A 9, A 40, A 108.

⁷⁰³ BT-Drs. 13/4899, S. 82.

⁷⁰⁴ OLG Stuttgart, StAZ 2012, 209; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Schwab, Familienrecht, Rn. 661.

⁷⁰⁵ Vgl. auch Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 11.

⁷⁰⁶ BT-Drs. 13/4899, S. 83; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Bruder Müller in: Palandt, § 1591 BGB, Rn. 3.

⁷⁰⁷ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 19; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 8.

⁷⁰⁸ Oben B.II.5.d., S. 38 ff.

immer nur von der Mutter an ihre Kinder vererbt. Kommt es zu einer Ehe zwischen der Spenderin mitochondrialer DNA und dem mit diesem Spendermaterial gezeugten (männlichen) Kind, bestünde demnach nicht die Möglichkeit des Eintritts eines genetischen Schadens bei einem in dieser Ehe gezeugten Nachkommen. Dieser erbt ohnehin die – unveränderte – mitochondriale DNA seiner Mutter. Eine Ausklammerung dieser Fälle aus dem Anwendungsbereich der §§ 1307 BGB, 173 StGB scheint deshalb angebracht zu sein.

III. Die Anfechtung der Mutterschaft in Fällen mit Auslandsbeteiligung

Auch wenn die Anfechtung der Mutterschaft nach der geltenden deutschen Rechtslage ausgeschlossen ist, kann in Sachverhalten mit Auslandsberührung ein Anfechtungsrecht bestehen. Die Frage, nach welcher Rechtsordnung die rechtliche Elternschaft angefochten werden kann, ist in Art. 20 EGBGB geregelt⁷⁰⁹. Da die Norm nicht zwischen der Abstammung vom Vater und von der Mutter differenziert, wird auch die Anfechtung der Mutterschaft mit erfasst⁷¹⁰. In seinem S. 1 verweist die Vorschrift auf diejenigen Rechtsordnungen, aus denen sich die Voraussetzungen der Abstammung ergeben. Dadurch werden alle in Art. 19 EGBGB genannten Rechtsordnungen unabhängig davon erfasst, ob die Abstammung tatsächlich nach dem Recht der jeweiligen Rechtsordnung festgestellt wurde⁷¹¹. Maßgeblich ist allein, dass sich die Voraussetzungen der Abstammung auch aus der Rechtsordnung ergeben, nach der angefochten werden soll⁷¹². Die in S. 1 genannten Rechtsordnungen sind

⁷⁰⁹ Staatsvertragliche Regelungen, die vorrangig anwendbar wären, existieren im Bereich der Anfechtung nicht. Lediglich für Iraner gilt das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929, welches gemäß seinem Art. 8 Abs. 3 zwar vorschreibt, dass in Bezug auf das Personen-, Familien- und Erbrecht die Angehörigen jedes der vertragschließenden Staaten im Gebiet des anderen Staats den Vorschriften ihrer heimischen Gesetze unterworfen bleiben, das aber nur anwendbar ist, wenn die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten dasselbe Personalstatut haben – Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 20 EGBGB, Rn. 3; BGH, NJW 1990, 636; Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 bei Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 25 EGBGB, Rn. 12.

⁷¹⁰ Klinkhardt in: MüKo⁵, Art. 20 EGBGB, Rn. 1; Helms in: MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 1 f.; Hohloch in: Erman, Art. 20 EGBGB, Rn. 1; Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 20 EGBGB, Rn. 4; Backmann, Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht. S. 116.

⁷¹¹ Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 20 EGBGB, Rn. 8.

⁷¹² Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV. 2. a); Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 21.

alternativ anwendbar. Der Richter wendet die Rechtsordnung an, welche dem Antrag weitestmöglich zum Erfolg verhilft, es besteht insoweit ein – nicht bindendes – Wahlrecht des Anfechtenden⁷¹³. Eine Anfechtung kann deshalb sogar erfolgen, wenn sie nach einer der in Betracht kommenden Rechtsordnungen nicht oder nicht mehr möglich ist⁷¹⁴. Die zuzätzlich in Art. 20 S. 2 EGBGB enthaltene Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes scheint auf den ersten Blick redundant zu sein, weil auch Art. 20 S. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB bereits die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ermöglicht. Sie erklärt sich aber dadurch, dass S. 2 nicht verlangt, dass sich die Voraussetzungen der Abstammung aus dem Aufenthaltsstatut des Kindes ergeben, so dass dem Kind die Anfechtung nach dem Recht seines gewöhnlichen

⁷¹³ BGH, FamRZ 2012, 616, 617 (Rn. 18); Thorn in: Palandt, Art. 20 EGBGB, Rn. 2; Helms in: MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 3; Hohloch in: Erman, Art. 20 EGBGB, Rn. 10; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV. 2. a); vgl. auch OLG Stuttgart, ZAR 2011, 67; Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 12; a.A. mit Blick auf den von ihr vertretenen Vorrang der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes bei Art. 19 EGBGB: Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 62 (vgl. den bereits erörterten Streit oben E.V.6.a., S. 120 ff.). Zuzugeben ist im Zusammenhang mit der Anfechtung allerdings, dass die alternative Anknüpfung zu einer Besserstellung der die Vaterschaft anfechtenden Väter führt, denen nunmehr mehrere Rechtsordnungen zur Verfügung stehen. Der Verlust der Vaterschaft kann sich auch negativ auf das Kindeswohl auswirken, weil daran u.U. die Staatsangehörigkeit / das Aufenthaltsrecht des Kindes geknüpft sind (Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 63). Das ist mit Blick auf die durch die alternative Anknüpfung zur Geltung gebrachte Tendenz zur Abstammungswahrheit dennoch nicht zu beanstanden (vgl. Helms in: MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 1, 3, 17). Auch bei einer Anfechtung durch das Kind folgt die alternative und damit erleichterte Anknüpfung der aus dem materiellen Recht entspringenden Tendenz, der Kenntnis der wahren Abstammung Vorrang vor dem Interesse an der Erhaltung des zunächst begründeten Abstammungsverhältnisses einzuräumen (Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV. 2. a)). Das Anfechtungsrecht nach einer ausländischen Rechtsordnung kann aber immer noch durch den deutschen ordre public ausgeschlossen sein (vgl. Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 50–63; Helms in: MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 16 f.; Heiderhoff in: BeckOK BGB, Art. 20 EGBGB, Rn. 14 f.). Daneben können versteckte Rückverweisungen einer Anfechtung nach ausländischem Recht entgegenstehen (Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 92; a.A. Andrae, Internationales Familienrecht, § 5, Rn. 67: Sachnormverweisung), im Zusammenhang mit Art. 20 S. 2 EGBGB allerdings nur als zusätzliche Anknüpfungsmöglichkeit im Sinne der Berufung einer weiteren Rechtsordnung, weil die mit der Vorschrift verbundene Begünstigung des Kindes, welche ihm die Anwendung des sachnahen materiellen Aufenthaltsrechts ermöglichen soll, sonst nicht zum Tragen käme (Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV. 2. c); Thorn in: Palandt, Art. 20 EGBGB, Rn. 1).

⁷¹⁴ Vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2000, 107; Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 14.

Aufenthalts auch möglich ist, wenn die Abstammung nicht aus diesem Recht folgt⁷¹⁵.

Dennoch wird die Anfechtung der Mutterschaft nur in wenigen Fällen über Art. 20 EGBGB möglich sein. Beruht die Mutterschaft nämlich auf § 1591 BGB oder einer vergleichbaren Norm, handelt es sich nicht nur um eine bloße Vermutung, die im Wege der Anfechtung widerlegt werden könnte. Die Mutterschaft steht vielmehr unverrückbar fest, so dass eine Anfechtung ausscheidet⁷¹⁶. Lediglich wenn nach dem gemäß Art. 19 EGBGB maßgeblichen ausländischen Recht nur eine Vermutung der Mutterschaft besteht, ist damit eine Anfechtung möglich⁷¹⁷. Auf einer Vermutung basiert die Mutterschaft vor allem in Staaten, in denen das Anerkennungsprinzip gilt. So kann nach italienischem Recht in Fällen der Leihmutterschaft die von der (italienischen) Wunschmutter anerkannte Mutterschaft durch das Kind, die anerkennende Frau und jeden anderen angefochten werden, der daran ein Interesse hat (Art. 263 Abs. 1 it cc). Eine Anfechtung der Mutterschaft ist schließlich auch in Belgien⁷¹⁸, Frankreich (Art. 333 fr cc), Serbien und Kroatien möglich⁷¹⁹.

Ob eine Anfechtung der Mutterschaft nach den obigen Vorgaben auch ausgeschlossen ist, wenn dieselbe Frau nach deutschem Recht und einer Rechtsordnung, die ihr im Anerkennungsweg die Mutterschaft zuweist, rechtliche Mutter geworden ist, scheint noch nicht geklärt zu sein. Viel spricht dafür, dass die Anfechtung unter diesen Umständen ausgeschlossen ist; denn das Prioritätsprinzip führt in derartigen Konstellationen in der Regel zur Anwendung des Rechts, welches dem Kind bereits bei Geburt ein Elternteil zuweist. Eine nachfolgende Anerkennung der Elternschaft kann die zuvor erfolgte rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung kraft Gesetzes nicht mehr verdrängen⁷²⁰. Bezogen auf die Mutterschaft wird es deshalb zur Anwendung deutschen Rechts kommen, wenn eine andere nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbare Rechtsordnung ein

⁷¹⁵ Henrich, FamRZ 1998, 1401, 1403; Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 22; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV. 2. b).

⁷¹⁶ Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 43 f.

⁷¹⁷ Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 45; vgl. auch Helms in MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 1; vgl. zur Mutterschaftsanfechtung in Belgien: Pintens, FamRZ 2007, 1491.

⁷¹⁸ Oben D.II.2., S. 79 f.

⁷¹⁹ Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 49.

⁷²⁰ BGH, NJW 2017, 2911, 2912 f. (Rn. 18–22).

Mutterschaftsanerkenntnis voraussetzt⁷²¹. Damit steht die Mutterschaft unverrückbar fest.

IV. Das Zwischenergebnis

Im Zusammenhang mit der Anfechtung festzuhalten bleibt, dass sie nach der in Deutschland gültigen Rechtslage ausgeschlossen ist, weil § 1591 BGB nicht lediglich eine Vermutung für die Mutterschaft aufstellt, sondern diese verbindlich und abschließend regelt. Auch in Fällen mit Auslandsberührung, bei denen das anwendbare Recht über Art. 20 EGBGB ermittelt wird, ist eine Anfechtung der Mutterschaft häufig nicht möglich. Die Vorschrift verweist zwar auf alle in Art. 19 EGBGB enthaltenen Anknüpfungen und sieht insoweit Alternativität der Anknüpfungsvarianten vor. Allerdings gewähren nur wenige Staaten den Betroffenen die Möglichkeit zur Anfechtung der Mutterschaft. Dort, wo ein solches Recht existiert, basiert die Mutterschaft in der Regel auf einer Anerkennung. Eine durch Anerkennung begründete Mutterschaft kommt im Verhältnis zur deutschen Regelung in § 1591 BGB aufgrund des Prioritätsprinzips kaum zur Anwendung, so dass eine Anfechtung der Mutterschaft auch in Fällen mit Auslandsberührung in der Regel ausscheidet.

Während dieses Ergebnis aus Sicht der Wunscheltern in den Konstellationen der Eizellspende, der Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium, der Spende mitochondrialer DNA und der Embryospende grundsätzlich der Intention der beteiligten Parteien entspricht, besteht in Fällen der Leihmutterschaft von Seiten der Wunscheltern und auch von Seiten des Kindes ein Interesse an einer Korrektur der durch § 1591 BGB unanfechtbar ausgestalteten Zuordnung von Geburtsmutter und Kind.

⁷²¹ Duden in: jurisPK-BGB, Art. 19 EGBGB, Rn. 72; Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 72–76 (auch zu Konstellationen in denen es ganz ausnahmsweise doch zur Anwendung der eine Anerkennung voraussetzenden Rechtsordnung kommen kann).

V. Die Adoption des Kindes durch die Wunschmutter

De lege lata kommt für eine Statusänderung ausschließlich die Adoption in Betracht⁷²². Sofern der (i.d.R. genetische) Wunschvater die Vaterschaft bereits nach §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB anerkannt hat⁷²³ oder seine Vaterschaft gemäß §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB gerichtlich festgestellt wurde⁷²⁴, kann eine Stiefkindadoption durch die Wunschmutter erfolgen (§ 1741 Abs. 2 S. 3 BGB), wenn sie mit dem Wunschvater verheiratet ist⁷²⁵. Auch die genetische Mutter eines lesbischen Paares, welches ein Kind im Wege der geteilten Mutterchaft zeugt⁷²⁶, kann nur im Wege der Stiefkindadoption über § 9 Abs. 7 LPartG oder im Fall des Bestehens einer Ehe⁷²⁷ ebenfalls nach § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB den rechtlichen Status eines Elternteils erlangen.

1. Die Einwilligung in die Adoption

Die Adoption setzt gemäß § 1747 BGB unter anderem die Einwilligung der Kindeseltern voraus. Fehlt diese, weil die Leih- oder Ersatzmutter es sich anders überlegt hat und das Kind nicht an die Wunscheltern herausgeben möchte, scheidet eine Adoption aus. Eine etwaige im Rahmen einer Vereinbarung über die Ersatzmutterchaft erteilte Einwilligung in die Adoption ist aufgrund der sich aus § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB ergebenden Überlegungsfrist von acht Wochen ab Geburt des Kindes nicht bindend⁷²⁸. Die Weigerung der Leih- oder Ersatzmutter, das Kind

⁷²² Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 10, 17; Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 93; Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1151; vgl. zur alten Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform: Coester-Waltjen, Jura 1987, 629, 630.

⁷²³ Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2013, 1495.

⁷²⁴ Auch bei einem durch künstliche Befruchtung gezeugten Kind ist eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft möglich – vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600d BGB, Rn. 7; a.A. anscheinend Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 93.

⁷²⁵ Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1151; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 87; Woitge, Jura 2015, 496, 497; vgl. aber auch AG Hamm, FamFR 2011, 551.

⁷²⁶ Vgl. Oben B.II.7., S. 42 f.

⁷²⁷ Vgl. zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: BGBl. I 2017, 2787; BT-Drs. 18/6665.

⁷²⁸ Allgemein werden Zusagen der Leih- oder Ersatzmutter, das Kind nach der Geburt den Wunscheltern zu überlassen, auf der Basis der Wertungen, welche der Regelung von § 1744 Abs. 2 S. 1 BGB zugrunde liegen, für nichtig gehalten (Maurer in: MüKo⁷, § 1744 BGB Anh.: AdVermiG, Rn. 95; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1249).

herauszugeben und in die Adoption einzuwilligen, kann auch nicht als Elternpflichtverletzung im Sinne der §§ 1666 oder 1748 BGB verstanden werden mit der Folge, dass ihr das Sorgerecht entzogen oder ihre Einwilligung in die Adoption gerichtlich ersetzt werden kann⁷²⁹.

2. Die Berücksichtigung des Kindeswohls

a. § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB

Daneben muss die Adoption nach § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB dem Kindeswohl dienen, d.h. die Lebensbedingungen des Kindes müssen sich im Vergleich zu seiner gegenwärtigen Lage derart verändern, dass eine deutlich bessere und nachhaltige Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes zu erwarten ist⁷³⁰. Diese Voraussetzung wird nicht in jedem Fall erfüllt sein, so zum Beispiel, wenn die Geburtsmutter mit den Wunscheltern befreundet ist und durch den andauernden Kontakt entsprechende Beziehungskonflikte auftreten können⁷³¹. Zum Teil wird auch angeführt, dass bei Zerbrechen der Ehe der Wunscheltern die Gefahr bestünde, dass sich keiner mehr für das Kind verantwortlich fühle⁷³². Dabei handelt es sich aber um ein generelles Problem der Adoption, welches in den Konstellationen, in denen das Kind auch genetisch von beiden Eltern (i.d.R. bei der Leihmutterschaft⁷³³) oder zumindest einem Elternteil (Ersatzmutterschaft⁷³⁴) abstammt, nicht in gleichem Maße auftreten wird wie bei anderen Adoptionen.

Giesen hält die Wunscheltern sogar generell nicht für die Erziehung des Kindes geeignet, weil sie „um jeden Preis ‚ihr‘ Kind gleich von wem,

⁷²⁹ KG, JZ 1985, 1053 f.; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1251 f; vgl. allgemein zu anhaltend gröblichen Pflichtverletzungen i.S.v. § 1748 BGB: Maurer in: MüKo⁷, § 1748 BGB, Rn. 12 ff.; Dass im Zusammenhang mit der Anwendung des Günstigkeitsprinzips bei der Auswahl einer von mehreren nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbaren Rechtsordnungen primär auf das Kindeswohl abgestellt werden soll, weil beiden Frauen, der Wunsch- und der Leihmutter, das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zusteht (oben E.V.6.c.ii.(3)), hat – soweit deutsches Recht erst einmal anwendbar ist – zumindest de lege lata an dieser Stelle keine weiteren Auswirkungen.

⁷³⁰ Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 73; Schlüter, BGB-Familienrecht, Rn. 429.

⁷³¹ Vgl. zu diesen und weiteren denkbaren Konflikten: Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 130; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1249.

⁷³² Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1249.

⁷³³ Bei Verwendung der Gameten beider Elternteile.

⁷³⁴ Bei Verwendung der Gameten des Ehemanns.

gleich auf welche Weise haben wollen⁷³⁵. In der von ihm in diesem Zusammenhang besprochenen Entscheidung des britischen High Courts, Family Division, geht das Gericht demgegenüber davon aus, dass die Wunscheltern nicht generell ungeeignet sind. Ein entsprechender Grundsatz existiere nicht. Es bedürfe vielmehr in jedem Einzelfall einer genauen Überprüfung, wie sich das Kindeswohl am besten verwirklichen lasse⁷³⁶. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, zumal nicht nur die Wunscheltern, sondern auch die Leihmutter Partner der – wenn auch nichtigen – Vereinbarung über die Durchführung der Leihmutterchaft ist. Vor allem in Fällen, in denen sie ihre Dienste nicht aus altruistischen Gründen, sondern um einer finanziellen Gegenleistung willen zur Verfügung stellt, ist ihr Verhalten nicht zwangsläufig⁷³⁷ weniger bedenklich als dasjenige der Wunscheltern. Ein Verbleib des Kindes bei der Leihmutter wäre deshalb unter der dargestellten Prämisse nicht einmal eine sinnvolle Alternative. Generell sollte die sittliche Bewertung der Leihmutterchaft bei der Frage nach dem Kindeswohl im konkreten Fall besser außen vorbleiben⁷³⁸, das Gericht hat insoweit „nicht als Wächter über die guten Sitten aufzutreten, sondern einzig und allein das Wohl des Kindes zum Gegenstand seiner Entscheidung zu machen“⁷³⁹. Gemessen an den allgemeinen im Rahmen von § 1741 BGB zu berücksichtigenden, im Zusammenhang mit dem Kindeswohl stehenden Kriterien⁷⁴⁰ kann sich so durchaus die Eignung der Wunscheltern ergeben. Nur konkrete Zweifel an ihrer Eignung können eine Ablehnung der Adoption rechtfertigen⁷⁴¹.

b. § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB

Allerdings stellt sich die Frage, ob in den Fällen der Ersatz- und Leihmutterchaft § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB einschlägig ist. Die Vorschrift sieht für Fälle, in denen der Annahmewillige an der gesetzes- oder sittenwidri-

⁷³⁵ Giesen, JZ 1985, 1055, 1057; so auch: Mansees, ZfJ 1986, 496, 498 ff.

⁷³⁶ High Court, Family Division, Mr. Justice Latey, JZ 1985, 1055; dafür auch die überwiegende Ansicht in der Literatur: Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1249; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 87; Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 130 a.E.

⁷³⁷ Anders in Fällen finanzieller Notsituationen.

⁷³⁸ Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 87.

⁷³⁹ AG Gütersloh, FamRZ 1986, 718 f; zustimmend: Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 11.

⁷⁴⁰ Vgl. etwa Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 2 ff.; Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 71 ff.

⁷⁴¹ Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1250.

gen Vermittlung oder Verbringung eines Kindes zum Zweck der Annahme mitgewirkt oder einen Dritten damit beauftragt oder belohnt hat, vor, dass die Adoption nicht nur dem Kindeswohl dienen, sondern zu seinem Wohl erforderlich sein muss. Damit die gesteigerte Annahmeveraussetzung greift, muss der Annahmewillige an einer der beiden Tatbestandsvarianten (Vermittlung oder Verbringung) mitgewirkt haben. Die Beauftragung oder Belohnung eines Dritten genügt, ein eigener Verstoß gegen das sich aus dem AdVermiG ergebende Vermittlungsverbot durch den Annahmewilligen ist nicht erforderlich⁷⁴². Das bloße Ausnutzen der Zuführung durch Dritte ist hingegen nicht ausreichend⁷⁴³.

Der Tatbestand der Norm soll nach umstrittener Auffassung auch auf Fälle der Ersatz- bzw. Leihmutterchaft anwendbar sein⁷⁴⁴. Zunehmend wird aber zu Recht davon ausgegangen, dass § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB die Fälle einer Mitwirkung an im Ausland zulässigen Leih- oder Ersatzmutterchaften nicht erfasst⁷⁴⁵.

i. Die Vermittlung des Kindes

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Inanspruchnahme einer Leihmutter bereits keine Mitwirkung an der Vermittlung eines Kindes i.S.v. § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB sei, weil nicht ein bereits lebendes Kind, sondern nur die Leihmutter vermittelt werde, mitgewirkt werde nur an der Möglichkeit der Austragung eines Kindes. Das ergebe sich auch aus dem Wortlaut der amtlichen Bezeichnung des AdVermiG, welches zwischen der Vermittlung der Annahme als Kind und dem Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern differenziere⁷⁴⁶. Dieses Argument kann für

⁷⁴² Die Beauftragung und Bezahlung einer Agentur, welche gegen § 13c AdVermiG verstößt, ist ausreichend (Benicke, StAZ 2013, 101, 112).

⁷⁴³ Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 154. Es muss sich um eine Mitwirkung gerade an der Verbringung oder Vermittlung des Kindes handeln (BT-Drs. 13/8511, S. 75; Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 13).

⁷⁴⁴ LG Düsseldorf, IPRspr 2012, Nr. 104, S. 208, Rn. 44; AG Hamm, FamFR 2011, 551 (Kurz wiedergabe), Rn. 25 (zitiert nach juris); Frank in: Staudinger, § 1741 BGB, Rn. 34; Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 13; Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 90; Benicke, StAZ 2013, 101, 112; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1250.

⁷⁴⁵ LG Frankfurt a.M., StAZ 2013, 222; Dethloff, JZ 2014, 922, 930; Diel, Leihmutterchaft und Reproduktionstourismus, S. 100 ff., 118; Götz in: Palandt, § 1741 BGB, Rn. 6; Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 157; Pöcker in: BeckOK BGB, § 1741 BGB, Rn. 26.3.

⁷⁴⁶ LG Frankfurt a.M., StAZ 2013, 222, 223 f.; OLG Düsseldorf, NZFam 2018, 404, 405 (Rn. 18); Dethloff, JZ 2014, 922, 930; Botthof/Diel, StAZ 2013, 211, 212; Engel, ZEuP 2014, 538, 559.

sich genommen noch nicht überzeugen; denn für den Begriff der Vermittlung ist die in § 1 AdVermiG enthaltene Legaldefinition der Adoptionsvermittlung maßgeblich⁷⁴⁷. In der bis zum 30.11.1989 geltenden und insoweit auch jetzt noch unverändert fortbestehenden Fassung definierte die Vorschrift die Adoptionsvermittlung als „das Zusammenführen von Kindern unter achtzehn Jahren und Personen, die ein Kind annehmen wollen (Adoptionsbewerber), mit dem Ziel der Annahme als Kind“, wobei nach S. 2 der Norm auch „der Nachweis der Gelegenheit, ein Kind anzunehmen oder annehmen zu lassen“ als Adoptionsvermittlung zählen sollte. Auf der Grundlage dieser Regelung hatte das OLG Hamm im Jahr 1985 entschieden, dass sich die Anwendung dieser Vorschrift nicht etwa deswegen verbiete, weil ein Kind noch nicht existiere. Interessenten für die Annahme eines neugeborenen Kindes sind danach auch als Adoptionsbewerber anzusehen, wenn sie „warten müssen, bis ein solches Kind gezeugt oder geboren worden ist“. Mit dieser Maßgabe nahm das Gericht an, dass der soeben dargestellte in S. 2 enthaltene Gelegenheitsnachweis auch erfüllt ist, wenn der Vermittler einem adoptionsbereiten Ehepaar eine Leihmutter benennt oder umgekehrt⁷⁴⁸. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit der am 1.12.1989 in Kraft getretenen Fassung aufgegriffen und § 1 S. 2 AdVermiG so ergänzt, dass ausdrücklich auch der Nachweis der Gelegenheit, ein Kind anzunehmen, erfasst ist, „wenn das Kind noch nicht geboren oder noch nicht gezeugt ist“⁷⁴⁹. Der Gesetzgeber sah sich in diesem Zusammenhang sogar veranlasst, in § 1 S. 3 AdVermiG klarzustellen, dass die neu in den 2. Abschnitt des AdVermiG aufgenommene Ersatzmuttervermittlung nicht als Adoptionsvermittlung i.S.v. § 1 AdVermiG gilt⁷⁵⁰. Die Ersatzmuttervermittlung sollte danach nicht Aufgabe von öffentlichen und privaten Adoptionsvermittlungsstellen sein⁷⁵¹. Diese gesetzgeberische Klarstellung wäre nicht nötig gewesen, wenn die Ersatzmuttervermittlung ohnehin nicht unter den in § 1 S. 1, 2 AdVermiG enthaltenen Begriff der Adoptionsvermittlung fallen würde, weil das Kind noch nicht geboren oder gezeugt ist. Eine entsprechende Einschränkung dahingehend, dass die Ersatzmuttervermittlung an dieser Stelle nicht erfasst sein soll, enthält § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, obwohl dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt der 1998 umgesetzten

⁷⁴⁷ Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 148; vgl. auch OLG München, FamRZ 2018, 1008, 1009.

⁷⁴⁸ OLG Hamm, NJW 1985, 2205 f.

⁷⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 11/4154, S. 8.

⁷⁵⁰ BT-Drs. 11/4154, S. 8; Wache/Lutz in: Erbs/Kohlhaas, § 1 AdVermiG, Rn. 4.

⁷⁵¹ Reinhardt in: Reinhardt/Kemper/Weitzel, § 1 AdVermiG, Rn. 6.

Kindschaftsrechtsreform die Regelung in § 1 AdVermiG und auch die Rechtsprechung dazu bekannt gewesen sind. Fälle der Mitwirkung an der Ersatz- bzw. Leihmuttervermittlung sind also nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil nur die Leihmutter vermittelt werde.

ii. Die Verbringung des Kindes

Unter Verbringen wird jede Handlung verstanden, die auf eine Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes gerichtet ist. Nicht notwendig ist eine Verbringung vom Ausland ins Inland; es genügt eine Ortsveränderung im Inland. Die Verbringung muss zum Zweck der Annahme erfolgen⁷⁵². Eine Mitwirkung an der Verbringung des Kindes wird regelmäßig gegeben sein, wenn Wunscheltern mit dem Kind nach Deutschland einreisen, um es vor Ort zu adoptieren.

iii. Die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit der Vermittlung oder Verbringung

Zweifel bestehen indes an der von § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB geforderten Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit der Vermittlung oder Verbringung. Gesetzeswidrigkeit der Vermittlung kann in Fällen der Leih- oder Ersatzmuttertschaft gegeben sein, wenn bei der Durchführung der Leihmuttertschaft gegen ein sich aus dem AdVermiG ergebendes Verbot (§ 13c AdVermiG) verstoßen wurde⁷⁵³. Verstöße gegen das ESchG sind dagegen vom Zweck des Gesetzes nicht mehr erfasst⁷⁵⁴. Ist die Leihmuttertschaft vollständig im Ausland durchgeführt worden und scheidet deshalb wegen § 3 StGB die Anwendung deutschen Strafrechts aus, kann die Vermittlung der im Ausland durchgeführten Ersatz- bzw. Leihmuttertschaft nicht als gesetzeswidrig eingeordnet werden⁷⁵⁵. Gleiches gilt auch für die

⁷⁵² Maurer in MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 149–151; Frank in: Staudinger, § 1741 BGB, Rn. 31; a.A.: nur Verbringung vom Ausland ins Inland soll erfasst sein: Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 13.

⁷⁵³ Benicke, StAZ 2013, 101, 112.

⁷⁵⁴ Pöcker in: BeckOK BGB, § 1741 BGB, Rn. 26.3; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1250; Benicke, StAZ 2013, 101, 112, Fn. 101; a.A. AG Hamm, FamFR 2011, 551 (Kurzwidriggabe), Rn. 15–22, 25 (zitiert nach juris).

⁷⁵⁵ Umstritten ist, ob sich die Gesetzeswidrigkeit auch aus einem Verstoß gegen Gesetze anderer Staaten ergeben kann (dafür: Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 13; Frank in: Staudinger, § 1741 BGB, Rn. 33; Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Aus-

anschließende Verbringung des Kindes, weil nicht diese, sondern die im Ausland durchgeführte Leihmutterchaft gegen deutsches Sachrecht verstößt⁷⁵⁶.

Sittenwidrigkeit soll dagegen nach dem Rechtsgedanken des *ordre public* (Art. 6 EGBGB) immer anzunehmen sein, wenn das Handeln bei Anwendung inländischen Rechts gesetzeswidrig wäre⁷⁵⁷. Zum Teil wird die Mitwirkung an der Vermittlung einer im Ausland erlaubten Leihmutterchaft auf dieser Grundlage für sittenwidrig i.S.v. § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB gehalten⁷⁵⁸. Das überzeugt inzwischen – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – nicht mehr. Denn im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen über die Elternstellung bei einer im Ausland durchgeführten Leihmutterchaft wird von einem Verstoß gegen den *ordre public* nicht ausgegangen, wenn ein Wunschelternteil im Unterschied zur Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist und darüber hinaus gewährleistet ist, dass die Übernahme der Leihmutterchaft durch die Leihmutter freiwillig erfolgte und sie das Kind auch freiwillig an die Wunscheltern herausgegeben hat⁷⁵⁹. Die Verneinung eines Verstoßes gegen den *ordre public* lässt in diesen Konstellationen auch einen Sittenverstoß entfallen. Diese Schlussfolgerung ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die in Art. 30 EGBGB a.F. und § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO a.F. enthaltenen Vorgängerregelungen zum kollisionsrechtlichen und anerkennungsrechtlichen *ordre public* ausdrücklich an den Verstoß „gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes“ anknüpften und mit den in Art. 6 EGBGB und 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO⁷⁶⁰ enthaltenen Neuregelungen keine Veränderung des sachlichen Gehalts angestrebt war⁷⁶¹. Eine sittenwidrige Mitwirkung der Wunscheltern an

landsbezug, Rn. 89) oder nur aus Verstößen gegen deutsches Recht. Letztere Auffassung ist vorzugswürdig; denn es sollen durch § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ohne Prüfung, Inhalte fremder Rechtsordnungen sanktioniert werden (Pöcker in: BeckOK BGB, § 1741 BGB, Rn. 25).

⁷⁵⁶ Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 157; OLG München, FamRZ 2018, 1008, 1009.

⁷⁵⁷ Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 160.

⁷⁵⁸ Benicke, StAZ 2013, 101, 113; Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 90; AG Hamm, FamFR 2011, 551 (Kurzwiedergabe), Rn. 15, 23–25 (zitiert nach juris).

⁷⁵⁹ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983; OLG Düsseldorf, NJW 2015, 3382.

⁷⁶⁰ Die Vorschrift entspricht dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG.

⁷⁶¹ BT-Drs. 10/504, S. 42 (zu Art. 6 EGBGB) und 88 f. (zu § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO); vgl. ausführlich zum kollisionsrechtlichen *ordre public*: v. Hein in: MüKo⁷, Art. 6 EGBGB, Rn. 132–134.

der Vermittlung scheidet unter den benannten Voraussetzungen deshalb aus.

iv. Die Erforderlichkeit der Annahme

In einem Großteil der denkbaren Fälle ist § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB deshalb nicht einschlägig. Selbst wenn seine Voraussetzungen im Einzelfall doch erfüllt sind, wird die Erforderlichkeit der Annahme des Kindes durch die Wunscheltern häufig gegeben sein. Voraussetzung ist insoweit zwar, dass die Adoption durch die Wunscheltern für das Kind im Vergleich zu anderen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten – nämlich einer Rückführung des Kindes oder der Adoption durch eine andere Familie – die „deutlich bessere Lösung“ darstellt, etwa weil das Kind bereits emotionale Bindungen zu den Annahmewilligen aufgebaut hat, deren Abbruch dem Kindeswohl abträglich wäre⁷⁶². Soweit aber eine genetische Verbindung zwischen dem Kind und zumindest einem Wunscheltern teil besteht, kann dennoch am ehesten davon ausgegangen werden, dass sich ein gutes Eltern-Kind-Verhältnis entwickeln wird und die Annahme des Kindes durch die Wunscheltern deshalb erforderlich ist⁷⁶³.

In den bereits erwähnten Fällen der Stiefkindadoption durch die Wunschmutter (oder den Lebenspartner) nach vorheriger Anerkennung der Vaterschaft durch den leiblichen Wunschvater⁷⁶⁴ wurde die Erforderlichkeit der Adoption zuweilen abgelehnt, weil sie an der tatsächlichen Fürsorgesituation des Kindes ohnehin nichts ändere und das Kind in derselben Familie aufwachsen könne⁷⁶⁵. In solchen Konstellationen darf aber nicht nur die gegenwärtige Situation des Kindes in die Betrachtung mit einfließen. Es ist auch zu berücksichtigen, welche Unwägbarkeiten die Zukunft mit sich bringen kann. Im Fall des Todes des leiblichen und rechtlichen Vaters hätte die (genetische) Wunschmutter oder der Lebenspartner des Vaters ohne die Stiefkindadoption nicht die Elternstellung inne, mit der Folge, dass Unsicherheiten in Bezug auf den weiteren Verbleib des Kindes bei dem überlebenden Elternteil, Unterhaltsansprüche ihr bzw. ihm gegenüber und eine Vielzahl von weiteren regelungsbedürf-

⁷⁶² Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 161; Coester in: FS Jayme, S. 1243, 1250; Pöcker in: BeckOK BGB, § 1741 BGB, Rn. 27; Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 13; BT-Drs. 13/8511, S. 75.

⁷⁶³ Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 90.

⁷⁶⁴ Oben F.V., S. 146.

⁷⁶⁵ AG Hamm, FamFR 2011, 551 (Kurz wiedergabe).

tigen Fragen auftreten können, die sich nicht umfassend vorab vertraglich regeln lassen. Im Einzelfall kann deshalb auch die Stiefkindadoption für das Wohl des Kindes erforderlich sein⁷⁶⁶.

3. Die Anerkennung von im Ausland durchgeführten Adoptionen

Im Hinblick auf die Anerkennung von Adoptionen, welche im Ausland durchgeführt wurden, bestehen Grenzen. Verstöße gegen Rechte des Kindes aus der UN-Kinderrechtskonvention und Grundrechte des Kindes, die über den *ordre public* im Rahmen der Anerkennungsentscheidung zu berücksichtigen sind, können einer Anerkennung entgegenstehen. Vor allem muss die ausländische Adoptionsentscheidung am Kindeswohl ausgerichtet sein⁷⁶⁷. Eine umfassende, nach deutschen Vorstellungen erfolgende Prüfung des Kindeswohls ist aber nicht erforderlich, wenn die Prüfung unter Mitwirkung deutscher Behörden erfolgte und das tatsächlich gelebte Eltern-Kind-Verhältnis dem Kindeswohl entspricht⁷⁶⁸.

Den Erfahrungen nach soll der Adoptionsmechanismus allerdings nur selten funktionieren, solange sich das Kind in Leihmutterchaftsfällen noch im Ausland befindet⁷⁶⁹. Denn soweit die deutschen Wunscheltern aus Sicht des ausländischen Staats ohnehin bereits als rechtliche Eltern gelten, wird ein Adoptionsverfahren im Ausland nicht durchgeführt⁷⁷⁰. Außerdem führen die Vorschriften des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (Haager AdoptÜbK) vom 29.5.1993⁷⁷¹ in Fällen grenzüberschreitender Inanspruchnahme von Leihmüttern nicht zu angemessenen Ergebnissen⁷⁷². Denn gemäß Art. 4 b) Haager AdoptÜbK ist zunächst eine Überprüfung der Unterbringungsmöglichkeiten für das Kind im Heimatstaat erforderlich (Subsidiaritätsprinzip)⁷⁷³ und gemäß

⁷⁶⁶ LG Düsseldorf, IPRspr 2012, Nr. 107, S. 208, Rn. 52–56.

⁷⁶⁷ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 7; AG Hamm, IPRspr 2007, Nr. 87; vgl. zur Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen auch die Vorschriften des AdWirkG (dazu: Weitzel in: Reinhardt/Kemper/Weitzel, §§ 1 ff. AdWirkG).

⁷⁶⁸ OLG Hamm, FamRZ 2015, 1983.

⁷⁶⁹ Helms, FamRZ 2015, 245, 246.

⁷⁷⁰ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2675.

⁷⁷¹ Ratifiziert durch Gesetz zu dem Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 23.10.2001, BGBl. II 2001, 1034.

⁷⁷² Zu den Vertragsstaaten gehören unter anderem die USA und Indien.

⁷⁷³ Die Umsetzung dieser Voraussetzung ist eines der Grundanliegen des Übereinkommens. Es wird davon ausgegangen, dass es das Beste für das Kind ist, wenn es in seinem

Art. 4 c) Abs. 3 Haager AdoptÜbK darf die Zustimmung nicht durch irgendeine Zahlung oder andere Gegenleistung herbeigeführt worden sein⁷⁷⁴. Konsequenz dieser Voraussetzungen ist, dass es um die Erfolgsaussichten einer Adoption in den Fällen der internationalen Leihmutter-schaft schlecht steht, vor allem wenn sie – wie regelmäßig – im Rahmen einer Vereinbarung erfolgt ist, nach welcher der Leihmutter eine Vergütung für ihre Dienste gezahlt werden soll⁷⁷⁵. Nicht zu Unrecht wird die internationale Adoption deshalb als langwieriger und schwieriger Prozess bezeichnet⁷⁷⁶. Die Erfolgsaussichten in Leihmutter-schaftsfällen sind gering, solange sich das Kind noch im Ausland aufhält.

VI. Das Ergebnis

Im Inland ist die Anfechtung der Mutterschaft wegen § 1591 BGB ausgeschlossen. Auch in Fällen mit Auslandsberührung wird eine Anfechtung der Mutterschaft trotz Art. 20 EGBGB nur selten möglich sein.

Einer Korrektur der rechtlichen Zuordnung des Kindes auf dem Adoptionsweg stehen ebenfalls nicht unerhebliche Hürden entgegen. Zwar stellt das inländische Adoptionsrecht keine unüberwindbaren Voraussetzungen auf, einen Sinn ergibt das Erfordernis der Kindeswohl dienlichkeit bei der Adoption durch die eigenen genetischen Eltern aber nicht; denn Ausgangspunkt der Adoptionsregelungen in §§ 1741 ff. BGB ist, dass das Kind gerade nicht von den Annehmenden abstammt⁷⁷⁷.

Abgesehen davon scheidet eine Adoption regelmäßig aus, wenn sich das Kind noch im Geburtsland befindet und nach dem dort geltenden Recht bereits als Kind der Wunscheltern angesehen wird⁷⁷⁸. Umgekehrt ist auch eine Einreise der Wunscheltern mit dem Kind nach Deutschland ausgeschlossen, wenn das Kind aus deutscher Sicht nicht als rechtliches

Heimatland in einer geeigneten Familie aufwachsen kann (Helms in: MüKo⁷, Vorbe-merkung zum AdÜb, Rn. 1).

⁷⁷⁴ Vgl. auch Art. 17 EuAdoptÜbK, ratifiziert Gesetz zu dem Europäischen Übereinkommen vom 27. November 2008 über die Adoption von Kindern (revidiert) vom 7.1.2015, BGBl. II 2015, 2.

⁷⁷⁵ Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children, März 2001, <https://assets.hchc.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>, eingesehen am 25.1.2018.

⁷⁷⁶ Mayer, IPRax 2014, 57.

⁷⁷⁷ Kaiser in: FS Brudermüller, S. 357, 366; Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 53; Wellenhofer, FamRZ 2016, 1333, 1335; vgl. auch Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19, 27.

⁷⁷⁸ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2675.

Kind der deutschen Wunscheltern gilt. Denn ein deutscher Reisepass wird dem Kind nur ausgestellt, wenn es Deutscher ist (§ 1 Abs. 4 S. 1 PassG), was voraussetzt, dass es von einem Deutschen abstammt (§§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 S. 1 StAG)⁷⁷⁹. Ist wegen einer durch Art. 19 Abs. 1 EGBGB verordneten Anwendung von § 1591 BGB die Feststellung der rechtlichen Abstammung von der deutschen Wunschmutter nicht möglich, kann die deutsche Staatsbürgerschaft nur durch die Abstammung von dem (genetischen) Wunschvater begründet werden. Dafür ist nach § 4 Abs. 1 S. 2 StAG die Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft nach deutschen Gesetzen erforderlich. Eine Anerkennung (§ 1592 Nr. 1 BGB) oder Feststellung der Vaterschaft (§ 1600d BGB) ist ohne weiteres allerdings nur möglich, wenn die (ausländische) Leihmutter ledig ist. Bei bestehender Ehe der Leihmutter muss die Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter wirksam angefochten werden (§§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 BGB), bevor der genetische Wunschvater im Rahmen eines Feststellungsverfahrens in die Vaterstellung einrücken kann. Nicht immer wird eine solche Anfechtung von Erfolg gekrönt sein⁷⁸⁰.

Der Weg über die Adoption ist dementsprechend kein ausreichender Ersatz für ein auf die Mutterchaft bezogenes Anfechtungsverfahren. Sind aus deutscher Sicht (Art. 19 Abs. 1 EGBGB) die Leihmutter und der mit ihr verheiratete Ehemann die rechtlichen Eltern und gelten im ausländischen Geburtsstaat nach der Rechtslage vor Ort die deutschen Wunscheltern als rechtliche Eltern des Kindes, kann es dazu kommen, dass dem Kind schlimmstenfalls ohne Mutter und Vater ein elternloses Heimleben im Geburtsstaat zugemutet wird, zumindest solange, bis die Vaterschaft des deutschen Wunschvaters festgestellt werden kann. Von selbst versteht sich, dass damit im Einzelfall erhebliche Beeinträchtigungen des Kindeswohls verbunden sein können⁷⁸¹.

Deshalb stellt sich die Frage, ob der Ausschluss der Anfechtbarkeit der Mutterchaft mit den Grundrechten der Beteiligten, vor allem Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, vereinbar ist, selbst wenn damit der Zweck verfolgt wird, präventiv Leihmutterchaften im Ausland zu verhindern⁷⁸².

⁷⁷⁹ Auch ohne einen deutschen Reisepass nach Deutschland einreisen kann das Kind aber z.B., wenn es in den USA geboren wird, weil es dort nach dem *Ius-soli*-Prinzip auch die Staatsangehörigkeit der USA erwirbt und im Verhältnis zu Deutschland ein Einreisevisum nicht erforderlich ist (Benicke, StAZ 2013, 101, 103).

⁷⁸⁰ Vgl. VG Köln, NJW 2013, 2617; Mayer, IPRax 2014, 57, Fn. 11.

⁷⁸¹ Vgl. Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2674 f.; Mayer, IPRax 2014, 57 f.

⁷⁸² Dazu eingehend unten H., S. 185 ff.

G. Die Feststellung der genetischen Mutterschaft

Kommt es wegen § 1591 BGB zu einer von der genetischen Abstammung abweichenden endgültigen rechtlichen Zuordnung zur Geburtmutter, erscheint aus Sicht des Kindes mit Blick auf sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁷⁸³ fraglich, ob es zumindest Kenntnis von der Identität der genetischen Mutter erlangen und gegebenenfalls deren Mutterschaft in einem statusfolgenlosen Verfahren feststellen lassen kann. Von besonderem Interesse ist die Kenntniserlangung für das Kind in den Konstellationen der Eizell- und Embryospende, in denen es, den Vorgaben von § 1591 BGB entsprechend, bei der nicht genetischen Wunschmutter aufwächst.

I. Die Ansprüche auf Erteilung von Auskunft

Zum Zweck der Kenntniserlangung können dem Kind Auskunftsansprüche gegen die rechtliche Mutter und den behandelnden Arzt zustehen.

1. Die Auskunftsansprüche gegen die rechtliche Mutter

a. Die Rechtsgrundlage

Auskunftsansprüche gegen die Mutter werden vor allem im Zusammenhang mit der Benennung des leiblichen Vaters besprochen⁷⁸⁴, sie können aber ebenso auf Benennung der genetischen Mutter gerichtet sein⁷⁸⁵. Als Anspruchsgrundlage wird mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts ganz überwiegend § 1618a BGB herangezogen. Die Vorschrift, welche Eltern und Kinder zu gegenseitiger Rücksicht verpflichtet, hat zwar vordergründig eine Leitbildfunktion, sie wird im Einzelfall aber auch zur Ausfüllung von Lücken im Familienrecht verwendet und dient insoweit unter anderem als Anspruchsgrundlage für Auskunftsansprüche⁷⁸⁶. Das

⁷⁸³ Dazu eingehend unten I.I., S. 279 ff.

⁷⁸⁴ LG Passau, NJW 1988, 144; BVerfG, NJW 1988, 3010; Götz in: Palandt, § 1618a BGB, Rn. 3; v. Sachsen Gessaphe in: MüKo⁷, § 1618a BGB, Rn. 16; Pöcker in: BeckOK BGB, § 1618a BGB, Rn. 6; Budzikiewicz in: Jauernig, § 1618a BGB, Rn. 2.

⁷⁸⁵ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 25; Hahn in BeckOK BGB, § 1591 BGB, Rn. 24.

⁷⁸⁶ BVerfGE 96, 56, 61 f.; eingehend zum Urteil unten I.I.7.c.ii., S. 310 f.; Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 347; vgl. auch Rauscher in: Staudinger, Einleitung zu §§ 1589–1600d

Bundesverfassungsgericht⁷⁸⁷ hat kürzlich festgestellt, dass es für Auskunftsansprüche des Scheinvaters gegen die Mutter auf Benennung des biologischen Vaters zum Zweck der Durchsetzung von Regressansprüchen aus § 1607 Abs. 3 BGB an einer hinreichend deutlichen Rechtsgrundlage im Gesetz fehlt. Der Anwendung des bisher vom BGH insoweit herangezogenen § 242 BGB i.V.m. § 1353 Abs. 1 BGB⁷⁸⁸ erteilte es eine Absage, weil dadurch die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten seien⁷⁸⁹. Einfluss auf die ebenfalls auf richterlicher Rechtsfortbildung basierenden Ansprüche des Kindes auf Benennung der genetischen Eltern hat diese Rechtsprechung aber nicht, weil dem Kind mit seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁷⁹⁰ eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition zur Seite steht und die Befugnis der Gerichte zur Rechtsfortbildung in solchen Konstellationen weiter reicht, als wenn dem grundrechtlich geschützten Interesse des In-Anspruch-Genommenen nur eine einfachgesetzliche Rechtsposition gegenübersteht⁷⁹¹. Abgesehen davon enthält § 1618a BGB zwar ebenfalls eine generalklauselartige Anspruchsgrundlage. Diese ist aber anders als § 242 BGB speziell auf die zwischen Kind und Eltern bestehende Sonderbeziehung zugeschnitten⁷⁹².

BGB, Rn. 119 und Hahn in: BeckOK BGB, § 1591 BGB, Rn. 18, beide mit zahlreichen Nachweisen zur instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Alternativen hinsichtlich der Anspruchsgrundlage von Auskunftsansprüchen.

⁷⁸⁷ BVerfGE 138, 377.

⁷⁸⁸ BGHZ 191, 259, 266 ff. (Rn. 19 ff.); 196, 207, 216 ff. (Rn. 29 ff.); BGH, NJW 2014, 2571 (Rn. 13 ff.).

⁷⁸⁹ Das folge vor allem aus der mit der Erteilung der Auskunft einhergehenden Beeinträchtigung der Grundrechte der betroffenen Frau, namentlich ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches sie davor schütze, Auskunft über frühere Geschlechtspartner erteilen zu müssen. Diesem Grundrecht stehe mit dem finanziellen Interesse des Scheinvaters, beim biologischen Vater Regress zu nehmen, nur eine einfachgesetzliche Rechtsposition gegenüber (BVerfGE 138, 377, 390 ff.).

⁷⁹⁰ Dazu eingehend unten I.1., S. 279 ff.

⁷⁹¹ Vgl. BVerfGE 138, 377, 393 mit ausdrücklichem Verweis auf BVerfGE 96, 56, 62 ff.; s.a. Rauscher, JZ 2015, 624, 626 und Löhnig, NZFam 2015, 359; Schneider, MDR 2015, 809, 814; Pöcker in: BeckOK BGB, § 1618a BGB, Rn. 6.1.

⁷⁹² So bisher Enders in: BeckOK BGB, 46. Edition, § 1618a BGB, Rn. 6.1 anders jetzt Pöcker in: BeckOK BGB, 47. Edition, § 1618a BGB, Rn. 6.1, der keinen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Regelungen sieht.

b. Die Abwägung der Interessen

Bei der Anwendung von § 1618a BGB als auf Auskunftserteilung gerichtete Anspruchsgrundlage gebieten die sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten eine Abwägung der widerstreitenden Interessen⁷⁹³. Zu ihnen gehören auf Seiten des Kindes dessen Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁷⁹⁴ und auf Seiten der Mutter deren Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung und der Schutz ihrer Intimsphäre⁷⁹⁵, welche allesamt im allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG verortet werden. Einen grundsätzlichen Vorrang der Interessen des Kindes, wie es das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an die Rechtsprechung des Amtsgerichts⁷⁹⁶ und des Landgerichts Passau⁷⁹⁷ zunächst gesehen hat, soll es nicht mehr geben, es muss eine konkrete Abwägung mit den Interessen der Mutter erfolgen⁷⁹⁸. Das Abwägungsergebnis ist deshalb auch von der Schwere des Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre der Mutter abhängig⁷⁹⁹. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht inzwischen wiederum angedeutet, dass die leiblichen Eltern ihr Geheimhaltungsinteresse dem Aufklärungsinteresse des Kindes grundsätzlich unterordnen müssten, weil sie die Existenz des Kindes zu vertreten hätten⁸⁰⁰. Ob mit dem Wiederaufgreifen der schon

⁷⁹³ BVerfGE 96, 56, 62 ff.

⁷⁹⁴ Das ebenfalls vom BVerfG auf Seiten des Kindes angeführte Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (BVerfGE 96, 56, 59) kommt im Zusammenhang mit dem von einem Kind geltend gemachten Auskunftsanspruch auf Benennung der genetischen Mutter ganz überwiegend nicht zum Tragen, weil die Auskunft wegen der Unanfechtbarkeit der Mutterschaft nach § 1591 BGB nicht der Vorbereitung einer Statusänderung und damit der Geltendmachung von Erb- oder Erbersatzansprüchen sowie Unterhaltsansprüchen dient. Ausnahmen sind allenfalls in Konstellationen mit Auslandsberührungen denkbar, in denen über Art. 20 EGBGB eine Rechtsordnung anwendbar ist, die eine Mutterschaftsanfechtung zulässt (oben F.III., S. 142 ff.). Auch Art. 6 Abs. 5 GG (vgl. BVerfGE 96, 56, 59) steht in Fällen gespaltener Mutterschaft nicht im Vordergrund. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist für sich genommen aber grundsätzlich ausreichend (Pöcker in: BeckOK BGB, § 1618a BGB, Rn. 6.2).

⁷⁹⁵ V. Sachsen Gessaphe in: MüKo⁷, § 1618a BGB, Rn. 16.

⁷⁹⁶ AG Passau, FamRZ 1987, 1309, 1311.

⁷⁹⁷ LG Passau, NJW 1988, 144, 146.

⁷⁹⁸ BVerfGE 96, 56, 65 f.

⁷⁹⁹ Hahn in: BeckOK BGB, § 1591 BGB, Rn. 18. Ihr Interesse kann unter anderem bei entwürdigenden Umständen im Zusammenhang mit dem Sexualkontakt, der zur Zeugung des Kindes geführt hat, überwiegen (Dethloff, Familienrecht, § 10, Rn. 43: Vergewaltigung), dasjenige des Kindes aus psychologischen Gründen (zur Identitätsfindung) oder wenn es für ärztliche Behandlungen auf die Kenntnis angewiesen ist (dazu und auch zu weiteren Kriterien vgl. Rauscher in: Staudinger, Einleitung zu §§ 1589–1600d BGB, Rn. 122).

⁸⁰⁰ BVerfGE 141, 186, 209.

vom AG Passau im Jahr 1987 verwendeten Formulierung⁸⁰¹ eine erneute Änderung der Rechtsprechung intendiert war, bleibt abzuwarten. Für die Konstellationen der Eizell- und Embryospende sowie die Fälle aus dem Bereich der Leihmutterschaft, in denen das Kind der Leihmutter zugeordnet wird und es Kenntnis über die (genetische) Wunschmutter erlangen möchte, spielt diese Frage aber nur eine untergeordnete Rolle; denn die Verlagerung des Zeugungsakts in den medizinischen Bereich und die damit verbundene Einbeziehung von medizinischem Personal hat zur Folge, dass die Intimität des Zeugungsakts verloren geht⁸⁰². Auch wenn im Zusammenhang mit der artifiziellen Reproduktion durchaus weiterhin das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter in Form ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist⁸⁰³, kommt ihrem Interesse im Verhältnis zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung in der Regel kein vergleichbares Gewicht mehr zu. Betroffen ist ihre Privatsphäre, nicht der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung⁸⁰⁴. Deshalb kann bei Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe davon ausgegangen werden, dass das Informationsinteresse des Kindes überwiegt⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ AG Passau, FamRZ 1987, 1309, 1311.

⁸⁰² Primär bezogen auf die heterologe Insemination: Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 62; Wolf, FuR 1998, 392, 396; vgl. auch Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 25.

⁸⁰³ Das wird allein schon dadurch deutlich, dass die behandelnden Ärzte auch insoweit im Rahmen ihrer sich aus § 203 StGB und § 9 MBO ergebenden ärztlichen Schweigepflicht zur Verschwiegenheit gegenüber Dritten verpflichtet sind (vgl. zur Schweigepflicht BVerfGE 32, 372 und BGHZ 115, 123, 125). Viel zu weitgehend deshalb: E. Koch, FamRZ 1990, 569, 574, die in der medizinisch assistierten Zeugung einen „quasi öffentlichen Vorgang auf technischer Ebene“ sieht. Ebenfalls kaum noch in dieser Form vertretbar: Adam, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, S. 58, mit ihrer Auffassung, bei der Verwendung von Spendersamen sei die Entstehung des Kindes „keine Privatangelegenheit der Mutter“ mehr.

⁸⁰⁴ BVerfGE 32, 373, 379; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 158.

⁸⁰⁵ Wellenhofer in: MüKo⁷, Vorbemerkungen vor § 1598a BGB, Rn. 53; so auch bereits zur heterologen Insemination: J. Herzog, Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht, S. 37–39; vgl. zur Einschränkung der Privatsphäre in diesem Bereich durch überwiegende Belange des Gemeinwohls, namentlich auf dem Gebiet der Strafrechtspflege: BVerfGE 32, 373, 380 f.

c. Die Rechtsfolge

Im Zusammenhang mit der Vaterschaft ist der sich aus § 1618a BGB ergebende Auskunftsanspruch in der Rechtsfolge auf Benennung des leiblichen Vaters gerichtet⁸⁰⁶. Geht es um den Bereich der Mutterschaft, müsste dementsprechend die Geburtsmutter grundsätzlich verpflichtet sein, dem Kind Auskunft über Namen und Adresse der genetischen Mutter zu erteilen. Allerdings werden sich diese Daten – jedenfalls in den Fällen der Eizell- und der Embryospende – häufig ihrer Kenntnis entziehen⁸⁰⁷; denn selbst, wenn bei Inanspruchnahme entsprechender Leistungen im Ausland keine Anonymität vorgeschrieben ist⁸⁰⁸, haben die Wunscheltern nicht in jedem Fall unmittelbare Kenntnis von der Identität der Spenderin. Diese wird vielmehr dezentral bei dem jeweiligen behandelnden Arzt oder aber auch zentral, etwa bei einem Notariat, dokumentiert sein⁸⁰⁹. In solchen Fällen wird der Anspruch deshalb in der Rechtsfolge auf Benennung des Arztes oder der entsprechenden auskunftspflichtigen Stelle gerichtet sein⁸¹⁰. Selbst, wenn nach den Vorgaben einer ausländischen Rechtsordnung Anonymität vorgeschrieben ist oder eine solche in Deutschland – rechtlich nicht verbindlich⁸¹¹ – vereinbart wurde, müsste ein auf Benennung des behandelnden Arztes gerichteter Auskunftsanspruch bestehen; denn ob sich durch diesen die Identität der Spenderin, etwa anhand von Abrechnungsunterlagen oder anderen Aufzeichnungen, nicht doch noch ermitteln lässt, wird die Geburtsmutter in der Regel nicht wissen. Diese Frage kann erst im Zusammenhang mit der Geltendmachung und Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gegen den jeweiligen Arzt geklärt werden.

⁸⁰⁶ Vgl. LG Passau, NJW 1988, 144; BVerfGE 96, 56; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 46.

⁸⁰⁷ Zur insoweit bestehenden Beweislast des Auskunft begehrenden Kindes vgl. OLG Köln, FamRZ 1994, 1197, 1198.

⁸⁰⁸ Vgl. zur Rechtslage in Belgien, Spanien und Griechenland: Oben D.II., S. 77 ff., III., S. 80 und V., S. 83 ff.

⁸⁰⁹ Eine zentrale notarielle Dokumentation sieht z.B. das in Deutschland tätige Netzwerk Embryospende vor. Auskunftsberechtigte Kinder können dort spätestens mit Erreichen des 18. Lebensjahrs Namen und Adresse des Spenderpaares erfahren (http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 4, eingesehen am 25.1.2018).

⁸¹⁰ Vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 53.

⁸¹¹ Anonymitätsvereinbarungen sind als Verträge zu Lasten Dritter unzulässig (OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168).

d. Die Vollstreckbarkeit

Die Vollstreckbarkeit einer stattgebenden Entscheidung wurde in der Vergangenheit vor allem unter Verweis auf § 888 Abs. 3 ZPO a.F.⁸¹² und unter Verallgemeinerung der in dieser Vorschrift enthaltenen Fallgruppen zum Teil abgelehnt, weil die Vollstreckung wegen des damit verbundenen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schuldnerin gegen die sittlichen Anschauungen der Bevölkerung verstoße⁸¹³. Dem Auskunftsanspruch komme so lediglich eine Appellfunktion in Form der Wiedergabe einer moralischen Verpflichtung zu⁸¹⁴. Inzwischen wird die Vollstreckbarkeit dagegen mit Recht überwiegend bejaht. Zwar können auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung aus drohenden Grundrechtsverletzungen Vollstreckungshindernisse entstehen, so dass die Vollstreckung gemäß § 888 Abs. 3 ZPO analog ausgeschlossen sein kann. Die Grundrechte der Mutter werden durch die Vollstreckung aber nicht weitergehend beeinträchtigt, als es durch die Verurteilung geschehen ist, weil bereits im Erkenntnisverfahren eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechte erfolgt. Eine erneute Abwägung der betroffenen Interessen von Mutter und Kind muss im Zusammenhang mit der Vollstreckung – außer bei Hinzutreten neuer abwägungsrelevanter Umstände – nicht erfolgen⁸¹⁵.

⁸¹² Die ursprünglich in § 888 Abs. 3 ZPO geregelte mangelnde Vollstreckbarkeit der Verpflichtung zur Eingehung der Ehe und zur Herstellung des ehelichen Lebens ist nunmehr in § 120 Abs. 3 FamFG enthalten.

⁸¹³ LG Münster, NJW 1999, 3787; AG Schwetzingen, DAVorm 1992, 88; Moritz, Jura 1990, 134, 140; E. Koch, FamRZ 1990, 569, 573 f.; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 113–115.

⁸¹⁴ Von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 115.

⁸¹⁵ BGH, NJW 2008, 2919, 2920 f. (Rn. 14); OLG Bremen, NJW 2000, 963; OLG Hamm, NJW 2001, 1870; Gruber in: MüKo⁵, § 888 ZPO, Rn. 22; Rauscher in: Staudinger, Einleitung zu §§ 1589–1600d BGB, Rn. 132; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 51; Eidenmüller, JuS 1998, 789, 792 ff.

2. Die Auskunftsansprüche gegen den Vater und andere Familienmitglieder

An der Durchführung von Eizell- und Embryospenden sind häufig nicht nur die Wunschmütter, sondern auch ihre Partner (Ehemänner, Lebenspartnerinnen und gegebenenfalls auch nichteheliche Partnerinnen oder Partner) beteiligt. Ihnen ist regelmäßig entweder die Identität der Spenderin⁸¹⁶ oder die Kontaktadresse des behandelnden Arztes ebenso bekannt, wie der Geburtsmutter selbst. Dementsprechend müssen sie – ein bestehendes Eltern-Kind-Verhältnis vorausgesetzt – von dem Auskunft begehrenden Kind mit dergleichen Maßgabe wie die Geburtsmutter aus § 1618a BGB in Anspruch genommen werden können. Das gilt auch für Fälle der Leihmutterchaft, in denen das Kind den Vorgaben von § 1591 BGB entsprechend bei der Leihmutter verbleibt und diese verheiratet oder verpartnert ist. Die Ausführungen zu den gegen die rechtliche Mutter gerichteten Auskunftsansprüchen gelten insoweit entsprechend.

3. Die Auskunftsansprüche gegen den Arzt der Geburtsmutter

a. Die Rechtsgrundlage

Anspruchsgrundlage für Auskunftsansprüche gegen den behandelnden Arzt, die Klinik oder das IVF-Zentrum ist § 242 BGB⁸¹⁷. Der darin enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben gewährt unter noch näher darzulegenden Voraussetzungen auch außerhalb familienrechtlicher Rücksichtnahmepflichten einen allgemeinen Auskunftsanspruch. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸¹⁸, wonach durch die Anwendung von § 242 BGB i.V.m. § 1353 Abs. 1 BGB im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen durch den Scheinvater gegen die Mutter die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten sind⁸¹⁹, hat auf den Auskunftsanspruch des Kindes gegen den behandelnden Arzt ebenfalls keine Auswirkungen; denn auch gegenüber dem Arzt steht dem Kind mit seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine grundrechtlich geschützte und nicht nur eine einfachrechtliche Rechtsposition zu, weshalb die Grenzen richterlicher Rechts-

⁸¹⁶ Gegebenenfalls auch die Identität des Spenderpaares im Fall der Embryospende.

⁸¹⁷ BGHZ 204, 54, 57 (Rn. 9); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168.

⁸¹⁸ BVerfGE 138, 377.

⁸¹⁹ Dazu bereits oben G.I.1.a., S. 157 f.

fortbildung weiter zu ziehen sind als bei Auskünften, die lediglich der Durchsetzung von Regressansprüchen gegen den leiblichen Vater dienen sollen⁸²⁰. Die Rechtsprechung zu gegenüber dem behandelnden Arzt bestehenden Auskunftsansprüchen erging zu Fällen heterologer Inseminationen, sie ist inhaltlich aber auf Eizellspenden und auch die weiteren Fälle der Inanspruchnahme von Methoden der artifiziiellen Reproduktion, in denen Auskunftsansprüche des Kindes bestehen können, übertragbar⁸²¹.

b. Die Voraussetzungen

Der Anspruch ist gegeben, wenn Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten existieren und der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und deshalb auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist. Dem Verpflichteten muss die Auskunft zumutbar sein und er muss unschwer in der Lage sein, die Ungewissheit des Berechtigten durch die Erteilung der Auskunft zu beseitigen⁸²².

i. Die Rechtsbeziehung zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem

Die erforderliche Sonderverbindung kann sich sowohl aus gesetzlichen als auch aus vertraglichen Schuldverhältnissen ergeben. Die Einbeziehung des Auskunftsberechtigten als Dritten in einen Vertrag zwischen dem Auskunftsverpflichteten und einer anderen Person genügt⁸²³. Als Sonderverbindung in Betracht kommen insoweit sowohl ein echter Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 Abs. 1 BGB als auch der aus den Grundsätzen von Treu und Glauben entwickelte Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Darüber, welche dieser beiden Möglichkeiten für die Beziehung zwischen dem Kind und dem behandelnden Arzt der Mutter kennzeichnend ist, besteht allerdings keine Einigkeit. Beide Varianten erfordern jeweils einen zusätzlichen Begründungsaufwand.

⁸²⁰ Vgl. BVerfGE 138, 377, 393 mit ausdrücklichem Verweis auf BVerfGE 96, 56, 62 ff.; s.a. Rauscher, JZ 2015, 624, 626 und Löhnig, NZFam 2015, 359; Schneider, MDR 2015, 809, 814; Pöcker in: BeckOK BGB, § 1618a BGB, Rn. 6.1.

⁸²¹ Näher: unten d.

⁸²² BGHZ 204, 54, 57 (Rn. 10); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168.

⁸²³ BGHZ 204, 54, 57 (Rn. 12).

Im Zusammenhang mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter müsste ein eigenes Forderungsrecht des Kindes gegenüber dem behandelnden Arzt bestehen. Ergeben soll es sich nach einem Urteil des OLG Hamm zu einem Fall der heterologen Insemination aus den vertraglichen Leistungspflichten des Arztes, zu denen unter anderem die Überprüfung des gesundheitlichen Zustands des Samenspenders zur Sicherstellung der Zeugung eines gesunden Kindes gehöre⁸²⁴. Richtig ist insoweit zwar, dass auch noch nicht Gezeugte (nondum concepti) Begünstigte eines Vertrags zugunsten Dritter sein können (§ 331 Abs. 2 BGB)⁸²⁵. Allerdings kann der Erwerb eines Forderungsrechts vor der Geburt noch nicht stattfinden; bis zu diesem Zeitpunkt besteht lediglich eine Anwartschaft, die erst mit der Geburt zum Vollrecht erstarbt⁸²⁶. Insoweit kann einem nondum conceptus zu keinem Zeitpunkt ein eigenes, auf die Überprüfung des gesundheitlichen Zustands des Samenspenders gerichtetes Forderungsrecht zustehen; denn die Überprüfung muss zwangsläufig aufgrund des mit ihr verfolgten Zwecks – die Sicherstellung der Zeugung eines gesunden Kindes – spätestens zum Zeitpunkt der Zeugung abgeschlossen sein. Die nach § 328 Abs. 2 BGB erforderliche Auslegung⁸²⁷ des ärztlichen Behandlungsvertrags, anhand derer ermittelt werden soll, ob ein echter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt, wird deshalb in der Regel zu dem Ergebnis führen, dass zumindest in Bezug auf die erwähnten Untersuchungspflichten ein eigenes Forderungsrecht des Kindes nicht vereinbart sein soll, weil es nie zum Vollrecht erstarben kann. Ein echter Vertrag zugunsten des noch nicht gezeugten Kindes kann unter diesen Umständen auch mit anderen Pflichten des Arztes, deren Erfüllung zeitlich vor der Zeugung oder der Geburt des Kindes liegen soll, nicht begründet werden. Denkbar ist allenfalls die ausdrückliche Vereinbarung eines eigenen, dem Behandlungsvertrag entspringenden Auskunftsanspruchs des Kindes oder zumindest die dahingehende Auslegung des Vertrags nach § 328 Abs. 2 BGB⁸²⁸. Allerdings wird eine dem Kind gegenüber bestehende Verpflichtung des Arztes auf Auskunftserteilung nicht im Wege der Ver-

⁸²⁴ OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168.

⁸²⁵ OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168; Gruber, ZfPW 2016, 68, 71; Ellenberger in: Palandt, § 1 BGB, Rn. 9.

⁸²⁶ Grüneberg in: Palandt, § 331 BGB, Rn. 6; Gottwald in: MüKo⁷, § 331 BGB, Rn. 13.

⁸²⁷ Vgl. Grüneberg in: Palandt, § 328 BGB, Rn. 3.

⁸²⁸ Dafür: Spickhoff, MedR 2013, 677 und bereits Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 59 f.

tragsauslegung angenommen werden können, wenn zwischen der Mutter und dem Arzt die Anonymität des Spenders vereinbart wurde⁸²⁹.

Der BGH sieht – ebenfalls im Zusammenhang mit der heterologen Insemination – dementsprechend die Voraussetzungen für einen echten Vertrag zugunsten Dritter nur in seltenen Ausnahmefällen als erfüllt an, weil dem Kind regelmäßig gerade kein eigenes Leistungsförderungsrecht aus dem Behandlungsvertrag zustehe⁸³⁰. Stattdessen wird die für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB erforderliche Sonderverbindung aus einem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte hergeleitet. Die Bejahung der Voraussetzungen (Leistungsnahe und Gläubignähe des Kindes, deren Erkennbarkeit für den behandelnden Arzt, sowie die Schutzbedürftigkeit des Kindes) bereiten im Zusammenhang mit Verträgen, deren Gegenstand eine artifizielle Insemination oder IVF nach heterologer Samenspende ist, keine allzu großen Schwierigkeiten. Vor allem dienen die bereits oben erwähnte Pflicht zur Untersuchung des Samenspenders, aber auch die weiteren mit der artifiziellen Reproduktion im Zusammenhang stehenden Sorgfaltspflichten dem Schutz des zu zeugenden Kindes⁸³¹. Kritisiert wird die Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, weil sich aus ihm für den Fall der Verletzung von Schutzpflichten in der Rechtsfolge nur Schadenersatzansprüche ergeben, die in keinem Zusammenhang zu dem Auskunftsverlangen des Kindes stehen⁸³². Nach der Auffassung des BGH ist ein derartiger Zusammenhang aber nicht erforderlich. Es genüge, dass durch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte eine Sonderbeziehung zwischen Arzt und Kind entstehe. Diese sei als Grundlage für die Verwirklichung von Auskunftsansprüchen, welche dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entspringen, ausreichend⁸³³. Auch die Tatsache, dass in der Auskunftserteilung grundsätzlich eine Nebenpflicht gesehen wird, welche der Durchsetzung eines dem Grunde nach feststehenden Leistungsanspruchs dienen soll, stehe der Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte nicht entgegen. Denn bereits in

⁸²⁹ Wellenhofer in: MüKo⁶, Vorbemerkungen § 1591 BGB, Rn. 33; auch wenn diese Vereinbarung nichtig ist, weil Verträge zu Lasten Dritter nicht abgeschlossen werden können (vgl. Rauscher in Staudinger, Anhang zu § 1592 BGB, Rn. 16; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 68).

⁸³⁰ BGHZ 204, 54, 58 (Rn. 16).

⁸³¹ BGHZ 204, 54, 58 (Rn. 15).

⁸³² Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 60, Fn. 174; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 186, Fn. 202.

⁸³³ BGHZ 204, 54, 59 (Rn. 20).

der Vergangenheit sei es nach Auffassung des BGH ausreichend gewesen, wenn die Informationsbeschaffung ausschließlich der Verwirklichung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts diene⁸³⁴.

Unabhängig davon, auf welche dieser beiden Möglichkeiten zur Begründung einer Sonderbeziehung zwischen Kind und behandelndem Arzt zurückgegriffen wird, besteht jedenfalls Einigkeit, dass eine solche Sonderbeziehung existiert, so dass die grundsätzliche Bejahung dieser Voraussetzung des Auskunftsanspruchs nicht in Frage gestellt ist.

ii. Das konkrete Informationsbedürfnis des Kindes

Ein konkretes Informationsinteresse des Kindes besteht, wenn es in einer Weise auf die Auskunft angewiesen ist, die den Anspruch nach Treu und Glauben rechtfertigen kann⁸³⁵. Das Informationsinteresse selbst ergibt sich aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung, welches im durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert ist⁸³⁶. Es besteht im Fall der Samenspende, wenn die Zeugung mittels Samenspende unstreitig ist oder diese zumindest zur Überzeugung des Gerichts feststeht⁸³⁷. Die Ableitung eines Mindestalters aus Gesetzesbestimmungen⁸³⁸, welche für entsprechende Auskunfts- und Einsichtsrechte eine Altersgrenze von 16 Jahren vorschreiben, ist weder aus Gründen des Kindeswohls noch sonstigen Erwägungen gerechtfertigt⁸³⁹. Soweit die Eltern das Recht als gesetzliche Vertreter im Namen des Kindes geltend machen, muss aber der Wille der Eltern bestehen, dem Kind die Zeugungsart und die Identität des Spenders bekannt zu geben⁸⁴⁰. Existiert unter den vorbenannten Voraus-

⁸³⁴ BGHZ 204, 54, 59 (Rn. 18 f.). mit Verweis auf BGHZ 85, 339 und 85, 327 sowie BVerfG, NJW 1999, 1777.

⁸³⁵ BGHZ 204, 54, 60 (Rn. 21).

⁸³⁶ Vgl. BGHZ 204, 54, 63 f. (Rn. 34).

⁸³⁷ BGHZ 204, 54, 64 f. (Rn. 36 f.).

⁸³⁸ §§ 62 Abs. 1 S. 3 und 63 Abs. 1 S. 1 PStG und § 9b Abs. 2 S. 1 AdVermiG.

⁸³⁹ Eingehend: BGHZ 204, 54, 60 ff. (Rn. 22–33): Die betreffenden Vorschriften enthalten entweder keine Beschränkung der materiellrechtlichen Position des Kindes, sondern verfahrensrechtliche Bestimmungen, durch die festgelegt wird, wie der Auskunftsanspruch geltend zu machen ist oder sie dienen, wie im Fall von § 31 Abs. 1 SchKG, dem Schutz Dritter und sind nicht auf die gegen den behandelnden Arzt gerichteten Auskunftsansprüche übertragbar.

⁸⁴⁰ Ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs im Namen des Kindes und der intendierten Weitergabe der erlangten Information an das Kind muss durch die Eltern nicht dargelegt werden (BGHZ 204, 54, 64 (Rn. 35)).

setzungen ein Informationsinteresse des Kindes, ist es auf die Auskunft des behandelnden Arztes angewiesen. Davon, dass das Kind in entschuldbarer Weise keine Kenntnis von der Identität des Spenders hat und der behandelnde Arzt unschwer in der Lage ist, diese Auskunft zu erteilen, kann in der Regel ausgegangen werden⁸⁴¹. Eine etwaige Unmöglichkeit der Auskunftserteilung ist durch den behandelnden Arzt darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen⁸⁴².

c. Die Abwägung der Interessen

Die Auskunftserteilung muss dem behandelnden Arzt zumutbar sein. Zur Ermittlung dieser Zumutbarkeit ist eine umfassende Abwägung der grundrechtlichen Positionen der Beteiligten erforderlich⁸⁴³. Auf Seiten des Kindes steht mit dem bereits erwähnten Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine Grundrechtsposition von erheblichem Gewicht; denn es dient der Entwicklung der Individualität des Kindes, für welche die Kenntnis der eigenen Abstammung eine Schlüsselstellung einnimmt. Die Unmöglichkeit ihrer Klärung kann zu erheblichen Belastungen und Verunsicherungen des betroffenen Kindes führen⁸⁴⁴.

Demgegenüber hat ein aus der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) hergeleitetes Geheimhaltungsinteresse des behandelnden Arztes kaum ein eigenes Gewicht; denn eine spürbare Einschränkung dieses Grundrechts ist damit nicht verbunden. Außerdem enthalten bereits die für die Reproduktionsmedizin einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer eine Verpflichtung des behandelnden Arztes, das Einverständnis des Spenders zu dokumentieren, dass er sich mit der Weitergabe seiner Personalien einverstanden erklärt, sollte das Kind Auskunft verlangen⁸⁴⁵. Ebenfalls kaum von Belang ist unter Berücksichtigung dieser Prämisse die Tatsache, dass sich der Arzt durch die Auskunftserteilung

⁸⁴¹ Vgl. BGHZ 204, 54, 65 (Rn. 35).

⁸⁴² Sie besteht erst, wenn der Arzt alles Zumutbare unternommen hat, um die Auskunftserteilung zu ermöglichen: OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1170; vgl. auch OLG Hamm, MedR 2008, 213 f.

⁸⁴³ BGHZ 204, 54, 65 f. (Rn. 40); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169 unter Bezugnahme auf BVerfGE 96, 56.

⁸⁴⁴ OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169; BGHZ 204, 54, 67 f. (Rn. 44 f.); vgl. näher zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung unten I.1., S. 279 ff.

⁸⁴⁵ Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl 2006, 1392, 1398 unter Punkt 5.3.3.2.; vgl. BGHZ 204, 54, 68 (Rn. 45) auch zu früheren bis in das Jahr 1985 zurückreichenden Richtlinien der Bundesärztekammer mit entsprechenden Pflichten für die behandelnden Ärzte.

möglicherweise Schadenersatzansprüchen des Samenspenders aussetzt, wenn er entgegen den bestehenden Richtlinien diesem die Anonymität zugesagt haben sollte⁸⁴⁶.

Zu berücksichtigen ist aber die strafbewehrte (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) Schweigepflicht des Arztes, nach der er fremde Geheimnisse, die ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut wurden, nicht unbefugt offenbaren darf⁸⁴⁷. Unbefugt ist die Offenbarung der Identität des Samenspenders dem Kind gegenüber allerdings nicht, wenn dem Kind ein zivilrechtlicher, auf Offenbarung gerichteter Auskunftsanspruch zusteht; denn aus einem solchen Anspruch ergibt sich eine Offenbarungspflicht gegenüber dem Kind⁸⁴⁸. Dieser Offenbarungspflicht können jedoch die rechtlich geschützten Interessen des Spenders entgegenstehen. Rein wirtschaftliche Interessen des Samenspenders, wie die Belastung mit Unterhaltungspflichten, welche im Anschluss an die Auskunftserteilung durch seine Feststellung als rechtlicher Vater entstehen können, genießen keinen grundrechtlichen Schutz; sie sind an dieser Stelle nicht von Relevanz⁸⁴⁹. In die Abwägung einbezogen werden muss aber das Recht des Spenders auf informationelle Selbstbestimmung⁸⁵⁰. Einschlägig ist es indes nicht in jedem Fall. Soweit nämlich der Spender durch den Arzt über die dem Kind gegenüber bestehenden Auskunftspflichten aufgeklärt wurde, hat er durch sein mit der Spende verbundenes Einverständnis auf dieses Recht verzichtet. Lediglich in Konstellationen der (nichtigen⁸⁵¹) Vereinbarung von Anonymität ist es berücksichtigungsfähig, und selbst in diesen Fällen kommt ihm im Verhältnis zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kein stärkeres Gewicht zu, weil der Spender aufgrund der bewussten Beteiligung an der Zeugung menschlichen Lebens eine soziale und ethische Verantwortung trägt, welche die Abwägung zugunsten des Kindes ausschlagen lässt⁸⁵².

⁸⁴⁶ BGHZ 204, 54, 68 (Rn. 48).

⁸⁴⁷ BGHZ 204, 54, 68 f. (Rn. 49).

⁸⁴⁸ BGHZ 204, 54, 69 (Rn. 50); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169 f.; Seidel in: MüKo⁵, § 1589 BGB, Rn. 43.

⁸⁴⁹ BGHZ 204, 54, 71 (Rn. 56); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1170.

⁸⁵⁰ BGHZ 204, 54, 69 f. (Rn. 51 f.); vgl. zum Recht der Mutter auf informationelle Selbstbestimmung im Zusammenhang mit einem ihr gegenüber geltend gemachten Auskunftsanspruch oben G.I.1.b., S. 159 f.

⁸⁵¹ Rauscher in Staudinger, Anhang zu § 1592 BGB, Rn. 16; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 68; offen gelassen in BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 54).

⁸⁵² BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 54); Giesen, JZ 1989, 364, 369; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 60.

Das gilt im Zusammenhang mit der Samenspende auch bei der Verwendung von der Anonymisierung dienendem Mischsperma. Selbst die kumulierte Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte aller betroffenen Spender soll das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht vereiteln können⁸⁵³, zumal die Verwendung von Mischsperma mit dem Ziel der Anonymisierung der Spende ausdrücklich durch die für die Reproduktionsmedizin einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer untersagt ist⁸⁵⁴. In die Abwägung einfließen sollte aber, ob durch die Auskunftserteilung dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung überhaupt zur Geltung verholfen werden kann. Denn bei mehreren in Betracht kommenden Spendern lässt sich eine endgültige Klärung erst durch ein Abstammungsgutachten erlangen, das ohne entsprechendes Einverständnis der potentiellen Väter nur auf gerichtlichem Weg eingeholt werden kann⁸⁵⁵. Der in § 1598a BGB enthaltene Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung stellt dafür keine taugliche Rechtsgrundlage zur Verfügung; denn der Anspruch kann seinem Wortlaut nach nur an Mitglieder der rechtlichen Familie gerichtet werden⁸⁵⁶. Gegenüber dem vermuteten Vater ergibt sich ein solcher Anspruch nicht, auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift⁸⁵⁷. Zur Klärung der Vaterschaft verbleibt somit allein ihre Anfechtung gemäß § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB und die anschließende Durchführung eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens nach § 1600d BGB. Diese Möglichkeit setzt allerdings voraus, dass die in § 1600b Abs. 1 BGB enthaltene zweijährige Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Nach Ablauf dieser Frist ist – zumindest *de lege lata* – eine Klärung der Vaterschaft nicht mehr möglich. Unter diesen Umständen kann daran gezweifelt werden,

⁸⁵³ BGHZ 204, 54, 71 (Rn. 57 f.); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169; anders noch die Vorinstanz: LG Essen, Urt. v. 7.2.2012 – 2 O 260/11, Rn. 15–20: Befürchtet wurde, dass die Preisgabe der Daten den Bestand der Familien der Samenspender gefährdete (Rn. 18 a.E.); eine Einschätzung, die aufgrund der Verlagerung der Zeugung in den medizinischen Bereich und dem damit einhergehenden Verlust der Intimität des Zeugungsakts nicht überzeugen kann, weil den Betroffenen nicht der Vorwurf von (als illegitim empfundenen) geschlechtlichen Beziehungen gemacht werden kann (vgl. eingehend unten I.I.8.b.iii., S. 330 ff.).

⁸⁵⁴ Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBI 2006, 1392, 1397 unter Punkt 5.3.1.

⁸⁵⁵ Fink/Grün, NJW 2013, 1913, 1915.

⁸⁵⁶ Dazu sogleich: G.II., S. 176 ff.

⁸⁵⁷ Vgl. BVerfGE 141, 186; eingehend zur Entscheidung, die sich auch mit der Frage auseinandersetzt, ob der Gesetzgeber zu einer entsprechenden Erweiterung von § 1598a BGB verpflichtet ist, unten I.I.7.c.viii., S. 317 ff.

ob die mit der Auskunft einhergehende Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der als Vater in Betracht kommenden Männer noch gerechtfertigt ist⁸⁵⁸. Denn das Kind kann sichere Kenntnis seiner Abstammung nicht mehr erlangen. Die Auskunft erscheint insoweit zur Durchsetzung seines Interesses bereits nicht mehr geeignet zu sein. Das OLG Hamm hält den behandelnden Arzt dennoch, allerdings ohne Berücksichtigung der vorbenannten Argumente, für verpflichtet, dem Kind Auskunft über sämtliche als Vater in Betracht kommenden Spender zu erteilen⁸⁵⁹. Auch der BGH problematisiert die anschließende Durchsetzbarkeit der gerichtlichen Abstammungsfeststellung nicht, sondern möchte bei der Verwendung von Mischsperma lediglich die Rechte aller als Vater in Betracht kommenden Männer in der Abwägung berücksichtigt wissen⁸⁶⁰. Nachvollziehbar ist das nur insoweit, als es auch bei abgelaufener Anfechtungsfrist nicht vollkommen ausgeschlossen erscheint, dass die betroffenen Spender freiwillig in eine Abstammungsbegutachtung einwilligen.

Kaum einen Einfluss auf die Abwägung haben dagegen die Interessen der rechtlichen Kindeseltern. Soweit sie mit dem Auskunftsverlangen einverstanden sind, ist eine Beeinträchtigung ihrer sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1, 2 GG ergebenden Rechte ausgeschlossen. Selbst wenn sie die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen ablehnen, sind schützenswerte Interessen der Eltern in der Regel nicht vorhanden; denn das Kind wird einen Auskunftsanspruch (nach Eintritt der Volljährigkeit) ohnehin nur geltend machen können, wenn es Kenntnis von den mit seiner Zeugung zusammenhängenden Umständen besitzt. Unter diesen Voraussetzungen können die benannten Grundrechte der Eltern aber durch die konkrete Kenntnis des Spenders kaum noch zusätzlich beeinträchtigt werden, weshalb ein schützenswertes, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigendes Interesse der rechtlichen Eltern nicht besteht⁸⁶¹.

Im Zusammenhang mit der Samenspende ist deshalb in der Regel vom Überwiegen der Kindesinteressen, namentlich seinem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, auszugehen, so dass ein Auskunftsanspruch bejaht werden kann, wenn er nicht aufgrund fehlender oder in-

⁸⁵⁸ Kritik an der Entscheidung des OLG Hamm (NJW 2013, 1167) üben deshalb Fink/Grün, NJW 2013, 1913, 1915.

⁸⁵⁹ OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169.

⁸⁶⁰ BGHZ 204, 54, 71 (Rn. 58).

⁸⁶¹ BGHZ 204, 54, 72 (Rn. 59 f.).

zwischen vernichteter Dokumentation gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist⁸⁶².

d. Die Übertragbarkeit des gefundenen Ergebnisses
auf Fälle der Eizell- und Embryospende

Die dargestellten Ausführungen zu Auskunftsansprüchen gegenüber dem behandelnden Arzt lassen sich grundsätzlich auch auf die Eizellspende übertragen, unabhängig davon, ob sie verbotenerweise im Inland oder erlaubterweise im Ausland⁸⁶³ durchgeführt wird. Das gilt ohne weiteres für die Frage der nach § 242 BGB erforderlichen Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Kind und auch das auf Seiten des Kindes notwendige Informationsinteresse. Bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen muss beachtet werden, dass eine mit der Verwendung von Mischsperma vergleichbare Anonymisierungsmethode aus biologischen Gründen nicht angewendet werden kann und deshalb in der Regel nur die Interessen einer Spenderin betroffen sein werden. Dennoch besteht durchaus die Möglichkeit, dass sich eine Spende nicht sicher einer bestimmten Frau zuordnen lässt und die Auskunft deshalb alle in Betracht kommenden Spenderinnen umfassen muss. Denkbar ist das vor allem, wenn aufgrund einer intendierten Anonymisierung nur noch aus Abrechnungsunterlagen erkennbar ist, welche Frauen im Behandlungszeitraum Eizellen zur Verfügung gestellt haben, eine konkrete Zuordnung zu einem bestimmten Befruchtungsvorgang aber nicht erfolgt ist.

In Fällen der Embryospende ist der Auskunftsanspruch nicht nur auf die Benennung eines, sondern beider genetischer Eltern gerichtet. Auch in Deutschland ist die Embryospende nicht in jedem Fall verboten. Nach den Vorgaben des bereits oben erwähnten⁸⁶⁴ Netzwerks Embryonenspende erfolgt die Spende zunächst anonym. Die Ausweispapiere der Spender werden aber zusammen mit der Geburtsurkunde des Kindes bei einem Notar hinterlegt, der eine notarielle Urkunde erstellt und die Daten für mindestens 30 Jahre, gerechnet ab der Geburt des Kindes, aufbewahrt. Das Notariat ist verpflichtet, dem Kind ab Vollendung des 18. Lebensjahrs auf seinen Wunsch hin eine Kopie der gespeicherten Unterlagen

⁸⁶² Vgl. zur Unmöglichkeit OLG Hamm, MedR 2008, 213 f.; zu Auskunftsansprüchen gegen ein Telekommunikationsunternehmen im Fall natürlicher Empfängnis auch: AG Bonn, RDV 2011, 254.

⁸⁶³ Zur Frage des anwendbaren Rechts in diesen Konstellationen unten G.V.2., S. 182 f.

⁸⁶⁴ B.II.5.c., S. 36 ff.

auszuhändigen⁸⁶⁵. Eine gerichtliche Geltendmachung entsprechender Auskunftsansprüche dürfte damit zumindest für auf diesem Weg gezeugte Kinder nicht erforderlich sein.

4. Der Anspruch aus § 630g BGB

Ein vertraglicher Anspruch auf Einsichtnahme in die Patientenakte aus § 630g BGB kann grundsätzlich nur durch den Patienten selbst geltend gemacht werden und lediglich im Fall seines Todes von den Erben oder nächsten Angehörigen (§ 630g Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB). Als Patient gilt diejenige Person, die tatsächlich behandelt worden ist⁸⁶⁶. Bei Behandlungsverträgen, die zugunsten Dritter abgeschlossen werden oder die eine Schutzwirkung für Dritte entfalten, kann das auch eine andere als die vertragsschließende Person sein⁸⁶⁷. Mit Blick auf die vorhergehenden Ausführungen zum Rechtsverhältnis zwischen Kind und behandelndem Arzt, wonach jedenfalls ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gegeben ist⁸⁶⁸, erscheint ein Anspruch aus § 630g BGB durchaus nicht fernliegend, auch wenn er vom BGH selbst nicht in Erwägung gezogen wurde⁸⁶⁹. Das Einsichtsrecht besteht nicht, soweit erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen⁸⁷⁰. Allerdings scheidet eine Einsichtnahme in solchen Fällen nicht per se aus. Auch an dieser Stelle ist eine Abwägung der Patienteninteressen mit denjenigen, die durch eine Einsicht in ihren Rechten betroffen wären, erforderlich⁸⁷¹. Insoweit kann auf das oben gewonnene Abwägungsergebnis⁸⁷² zurückgegriffen werden.

⁸⁶⁵ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 21.

⁸⁶⁶ Wagner in: MüKo⁷, § 630g BGB, Rn. 5.

⁸⁶⁷ Weidenkaff in: Palandt, § 630a BGB, Rn. 5.

⁸⁶⁸ Oben G.I.3.b.i., S. 164 ff.; BGHZ 204, 54, 58 (Rn. 13–16).

⁸⁶⁹ Vgl. BGHZ 204, 54.

⁸⁷⁰ Weidenkaff in: Palandt, § 630g BGB, Rn. 3.

⁸⁷¹ Wagner in: MüKo⁷, § 630g BGB, Rn. 13.

⁸⁷² Oben G.I.3.c., S. 168 ff.

5. Der Anspruch aus § 810 BGB

Ein Anspruch auf Einsicht in die ärztlichen Behandlungsunterlagen kann sich außerdem aus § 810 BGB ergeben⁸⁷³. Denn bei den ärztlichen Behandlungsunterlagen handelt es sich um Urkunden⁸⁷⁴ im Sinne dieser Vorschrift. Ihre rechtsgeschäftliche Bedeutung ergibt sich aus der Bezogenheit auf die ärztliche Vertragserfüllung⁸⁷⁵. Das rechtliche Interesse an der Einsichtnahme besteht, wenn die Urkunde zur Förderung, Erhaltung oder Verteidigung einer rechtlich geschützten Position benötigt wird. Auf Seiten des Kindes kommt insoweit erneut das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zum Tragen⁸⁷⁶. Dieses Interesse muss schutzwürdig sein, was genauso wie bei dem auf § 242 BGB gestützten Auskunftsanspruch und bei dem Einsichtsrecht nach § 630g BGB eine Abwägung mit den Gegeninteressen des Urkundbesitzers oder eines Dritten erfordert⁸⁷⁷. Sie führt auch an dieser Stelle nicht zu einem anderen Ergebnis. Die schließlich vorausgesetzte eigene Beteiligung des Vorlegungsberechtigten ergibt sich für den Bereich der Samenspende aus den insoweit zugunsten des Kindes bestehenden Dokumentationspflichten des Arztes im Hinblick auf die Identität des Samenspenders⁸⁷⁸. Denn aufgrund dieser Pflichten werden die als Urkunde angesehenen Behandlungsunterlagen zumindest auch im Interesse des Kindes errichtet (§ 810 Var. 1 BGB). Vergleichbare Dokumentationspflichten bestehen bei der im Inland verbotenen Eizellspende zwar nicht; soweit dennoch eine Dokumentation erfolgt ist, kann aber davon ausgegangen werden, dass Kindesinteressen, vor allem in Form des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung,

⁸⁷³ Offen gelassen: BGHZ 204, 54, 73 (Rn. 62); für eine analoge Anwendung: Seidel in: MüKo⁵, § 1589 BGB, Rn. 43; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 56.

⁸⁷⁴ Für den Begriff kann wegen des Zusammenhangs mit §§ 422, 429 ZPO auf das Zivilprozessrecht zurückgegriffen werden. Danach sind Urkunden durch Niederschrift verkörperte Gedankenerklärungen, die Aussagen über Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse beinhalten, ohne dass es eine Rolle spielt, in welcher Weise die Niederschrift erfolgt ist (BGH, NJW 2014, 3312, 3313).

⁸⁷⁵ Von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 183.

⁸⁷⁶ OLG Hamm, NJW 2013, 1167; 1170; von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 184.

⁸⁷⁷ Habersack in: MüKo⁷, § 810 BGB, Rn. 11; Marburger in: Staudinger, § 810 BGB, Rn. 11.

⁸⁷⁸ Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl 2006, 1392, 1398 unter Punkt 5.3.3.2.

eine Rolle gespielt haben⁸⁷⁹. Gleiches gilt für den Bereich der Embryo-spende. Rechtsfolge des Anspruchs ist eine Vorlagepflicht der Unterlagen in der Praxis des behandelnden Arztes (oder in der Klinik) auf Kosten des Einsicht begehrenden Kindes (§ 811 Abs. 1 S. 1 und 2 S. 1 BGB)⁸⁸⁰.

6. Die Dokumentationspflichten des behandelnden Arztes

Mit der Frage nach den gegen den Arzt gerichteten Auskunftsansprüchen verknüpft ist diejenige nach dem Bestand der soeben bereits angerissenen Dokumentationspflichten, welche die geforderte Auskunft sicherstellen können. Schon aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989 leitete ein Teil der Literatur eine Pflicht des Gesetzgebers zur Einführung ärztlicher Dokumentationspflichten für den Bereich der heterologen Insemination ab⁸⁸¹. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunfts-erteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz – SaRegG)⁸⁸² am 1. Juli 2018 werden bei der heterologen Verwendung von Samen die Daten des Samenspenders und der Empfängerin für 110 Jahre in einem zentralen Register gespeichert (§ 8 SaRegG). Das Kind erhält einen Auskunftsanspruch, den es ab dem 16. Lebensjahr selbst, vorher durch seine gesetzlichen Vertreter geltend machen kann (§ 10 SaRegG). Bereits nach der bisherigen Rechtslage wurde teilweise davon ausgegangen, dass entsprechende Dokumentationspflichten des behandelnden Arztes existieren⁸⁸³. Jedenfalls sind sie sowohl in den Richtlinien der Bundesärztekammer im Zusammenhang mit der heterologen Insemination als auch den Vorgaben des Netzwerks

⁸⁷⁹ Daneben kann die Dokumentation im Interesse des Kindes auch erfolgen, um bei später auftretenden medizinischen Komplikationen, die Identität der Spenderin feststellen zu können (von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 186 f.).

⁸⁸⁰ OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1170.

⁸⁸¹ Giesen, JZ 1989, 364, 369; Starck, JZ 1989, 338, 339; offen gelassen von Coester-Waltjen, Jura 1989, 520, 523; vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989 sprachen sich bereits Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 73, und Schumacher, FamRZ 1987, 313, 319 f. für die Einführung entsprechender Dokumentationspflichten aus.

⁸⁸² BGBl. I 2017, S. 2513.

⁸⁸³ Rauscher in: Staudinger, Anh. zu § 1592 BGB, Rn. 15 m.w.N.

Embryospende vorgesehen⁸⁸⁴. Für den Bereich der – verbotenen – Eizellspende existieren Dokumentationspflichten naturgemäß nicht. Nehmen Eltern entsprechende Angebote im Ausland in Anspruch, ist von der jeweils dort vorherrschenden Rechtslage abhängig, ob derartige Pflichten bestehen, was vor allem im Fall gesetzlich vorgeschriebener Anonymität der Spende⁸⁸⁵ nicht der Fall sein wird. Für die Frage der Existenz von Auskunftsansprüchen kann in Fällen mit Auslandsbezug aber unter bestimmten Voraussetzungen dennoch auf die deutsche Rechtslage zurückgegriffen werden⁸⁸⁶.

II. Der Anspruch aus § 1598a BGB

1. Die Grundlagen

Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Klärung der Vaterschaft im Jahr 2008 in das BGB aufgenommen⁸⁸⁷, nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 13.2.2007⁸⁸⁸ dem Gesetzgeber aufgegeben hatte, eine geeignetes Verfahren bereitzustellen, welches die isolierte Feststellung der Abstammung eines Kindes von seinem Vater ermöglicht. Hintergrund war die Unverwertbarkeit von heimlich eingeholten genetischen Abstammungsgutachten als Beweismittel in Vaterschaftsanfechtungsverfahren⁸⁸⁹. Mit der geschaffenen Regelung sollen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, welches auch das Recht des Manns umfasst, Kenntnis von der Abstammung eines Kindes von ihm zu haben, und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der jeweiligen Anspruchsgegner in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden⁸⁹⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat der Rechtsposition des Vaters insoweit

⁸⁸⁴ Vgl. für die heterologe Insemination: Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl 2006, 1392, 1398 unter Punkt 5.3.3.2.; zum Netzwerk Embryospende: Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryoadooption und elterliche Verantwortung, S. 21 f. sowie http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 3 f., eingesehen am 25.1.2018.

⁸⁸⁵ Vgl. oben D.II., S. 77 ff., III., S. 80 und V., S. 83 ff. zur Rechtslage in Belgien, Spanien und Griechenland.

⁸⁸⁶ Unten G.V.2., S. 182 f.

⁸⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 16/6561.

⁸⁸⁸ BVerfGE 117, 202; eingehend zur Entscheidung unten: I.I.7.c.iii., S. 312 ff.

⁸⁸⁹ Vgl. BGHZ 162, 1.

⁸⁹⁰ BT-Drs. 16/6561, S. 10 f.; Brudermüller in: Palandt, § 1598a BGB, Rn. 2.

größeres Gewicht beigemessen⁸⁹¹. Der Anspruch ist unbefristet, besondere Voraussetzungen werden nicht aufgestellt; entgegenstehen kann ihm lediglich die allgemeine Schranke missbräuchlicher Rechtsausübung⁸⁹². Über die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hinausgehend hat der Gesetzgeber Mutter und Kind ebenfalls als Anspruchsinhaber aufgenommen, weil ein Interesse an der Klärung der Vaterschaft nicht allein beim Vater besteht⁸⁹³. § 1598a BGB gewährt damit allen Mitgliedern der rechtlichen Familie einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung und auf Duldung der Entnahme der dafür erforderlichen Proben⁸⁹⁴. Dem leiblichen Vater, der nicht gleichzeitig auch rechtlicher Vater ist, steht ein Klärungsanspruch dagegen nicht zu; er ist durch den Gesetzgeber auf das Anfechtungsverfahren verwiesen, weil nur so sichergestellt sei, dass er gegebenenfalls auch die Verantwortung für das Kind übernehme⁸⁹⁵. Umgekehrt gewährt § 1598a BGB ihm gegenüber aber auch keinen Klärungsanspruch, der durch das Kind (oder die Mutter) geltend gemacht werden könnte. Ein solcher ergibt sich weder durch verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift, noch ist der Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, einen entsprechenden statusfolgenden Klärungsanspruch zu schaffen⁸⁹⁶.

2. Die Klärung der genetischen Mutterschaft

Ob die Klärung der genetischen Mutterschaft nach den Vorstellungen des Gesetzgebers unter § 1598a BGB fallen sollte, erscheint fraglich; denn in der Gesetzesbegründung wird die Feststellung der Mutterschaft nicht er-

⁸⁹¹ BVerfGE 117, 202, 232.

⁸⁹² BT-Drs. 16/6561, S. 12; Brudermüller in: Palandt, § 1598a BGB, Rn. 4; Hahn in: BeckOK BGB, § 1598a BGB, Rn. 2; Die bewusst niederschwellige Ausgestaltung des Anspruchs soll gewährleisten, dass ein gerichtliches Verfahren nur selten notwendig wird (BT-Drs. 16/6561, S. 10 f.).

⁸⁹³ BT-Drs. 16/6561, S. 10.

⁸⁹⁴ Hahn in: BeckOK BGB, § 1598a BGB, Rn. 2; eingehend zum Verfahren: Wellenhofer, NZFam 2014, 117, 118; vgl. auch BGH, NJW 2014, 3786 (Exhumierung des potenziellen Vaters zur Gewebeprobentnahme zwecks Erstellung eines DNA-Gutachtens). Gemäß § 1629 Abs. 2a BGB können der rechtliche Vater und die rechtliche Mutter das Kind in einem gerichtlichen Verfahren nach § 1598a Abs. 2 BGB zur Vermeidung von Interessenkonflikten nicht vertreten, es ist nach §§ 1693, 1909 Abs. 1 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen (Huber in: MüKo⁷, § 1629 BGB, Rn. 72; BT-Drs. 16/6561, S. 13, 15).

⁸⁹⁵ BT-Drs. 16/6561, S. 10; bestätigt durch BVerfG, NJW 2009, 423, vgl. unten I.1.7.c.iv., S. 314.

⁸⁹⁶ BVerfGE 141, 186; eingehend zur Entscheidung unten I.1.7.c.viii., S. 317 ff.; vgl. auch bereits OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 221.

wähnt⁸⁹⁷. Außerdem stellt der eingangs erwähnte Titel des Gesetzes, mit dem die Vorschrift eingeführt wurde, lediglich die Klärung der Vaterschaft in Aussicht⁸⁹⁸. Dennoch ist die Vorschrift offen formuliert („Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes“, nicht „Vaterschaft“), so dass auch die Klärung der Abstammung von der Mutter vom Wortlaut erfasst ist⁸⁹⁹. Die wegen § 1591 BGB mangelnde Anfechtbarkeit der Mutterschaft und die Konsequenz, dass das Klärungsverfahren insoweit nie zur Vorbereitung einer Anfechtung dienen kann, stehen dem mit Blick auf die der Vorschrift ebenfalls immanente Funktion, dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zur Geltung zu verhelfen, nicht entgegen. Denn bei Klärung der Vaterschaft besteht gleichfalls keine Notwendigkeit zur nachfolgenden Anfechtung⁹⁰⁰. Darüber hinaus kann das Klärungsinteresse auch unter dem Aspekt möglicher genetischer Erkrankungen bestehen⁹⁰¹. Der Klärungsanspruch besteht deshalb nicht nur in Fällen der Verwechslung eines neugeborenen Kindes bei der Geburt oder der Unterschiebung eines Kindes⁹⁰², sondern gerade auch in Konstellationen von Eizell- und Embryospenden⁹⁰³.

Allerdings kann der Anspruch lediglich gegenüber der rechtlichen Mutter geltend gemacht werden, nur sie zählt dem Wortlaut des Gesetzes nach zu den Klärungsberechtigten und -verpflichteten⁹⁰⁴. Ebenso, wie gegenüber dem vermuteten leiblichen Vater⁹⁰⁵, eröffnet § 1598a BGB dem Kind nicht die Möglichkeit, die als genetische Mutter vermutete Frau auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung in Anspruch zu neh-

⁸⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 16/6561.

⁸⁹⁸ Deshalb zweifelnd und zumindest einen Klarstellungsbedarf durch den Gesetzgeber sehend: Muscheler, FPR 2008, 257, 259.

⁸⁹⁹ Spickhoff in: Spickhoff, § 1598a BGB, Rn. 4; Schwab, FamRZ 2008, 23, 24; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1951 BGB, Rn. 26; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 25a und § 1598a BGB, Rn. 29 f.; Nickel in: jurisPK-BGB, § 1598a BGB, Rn. 16; Borth, FPR 2007, 381, 382; Helms, FamRZ 2008, 1033; Schwonberg, FuR 2010, 441, 443.

⁹⁰⁰ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1951 BGB, Rn. 26; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 25a und § 1598a BGB, Rn. 29 f.; Bruder Müller in: Palandt, § 1598a BGB, Rn. 6.

⁹⁰¹ Spickhoff in: Spickhoff, § 1598a BGB, Rn. 4.

⁹⁰² In diese Richtung Borth, FPR 2007, 381, 382.

⁹⁰³ Helms, FamRZ 2008, 1033; Nickel in: jurisPK-BGB, § 1598a BGB, Rn. 16; Schwab, FamRZ 2008, 23, 24; Rauscher in: Staudinger, § 1598a BGB, Rn. 29 f.

⁹⁰⁴ Ihre Inanspruchnahme ergibt aus Sicht des Kindes lediglich einen Sinn, wenn es durch die Eltern nicht über die Art und Weise der Zeugung (Eizell- oder Embryospende) aufgeklärt wurde und dennoch entsprechende Anhaltspunkte bestehen, die einen Klärungsbedarf hervorrufen.

⁹⁰⁵ Soeben unter G.II.1., S. 176 f.; BVerfGE 141, 186; eingehend zur Entscheidung unten I.I.7.c.viii., S. 317 ff.

men⁹⁰⁶. Für den nicht ausgeschlossenen Fall, dass nach Auskunftserteilung durch den behandelnden Arzt mehrere Frauen als genetische Mutter in Betracht kommen oder die Zuverlässigkeit der Auskunft mit Zweifeln behaftet ist, besteht für das Kind de lege lata also keine Möglichkeit, nach § 1598a BGB die Klärung der genetischen Mutterschaft herbeizuführen und dadurch letzte Sicherheit zu erlangen.

III. Die statusfolgenlose Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO

Nach den im Zusammenhang mit der Schaffung von § 1591 BGB geäußerten Vorstellungen des Gesetzgebers soll dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung von der genetischen Mutter aber durch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO Rechnung getragen werden können. Das insoweit erforderliche feststellungsfähige Rechtsverhältnis zwischen dem Kind und der genetischen Mutter ergebe sich zwar nicht aus familienrechtlichen Beziehungen, die wegen § 1591 BGB nicht bestehen, wohl aber aus anderen Vorschriften, in denen es maßgeblich auf die genetische Abstammung ankomme, so vor allem § 173 StGB und § 1307 BGB⁹⁰⁷.

Vielfach wird der Weg über § 256 ZPO allerdings nicht für gangbar gehalten⁹⁰⁸. Zwar mag das im Zusammenhang mit der isolierten Vaterschaftsfeststellung vorgebrachte Argument einer sich aus § 1600d BGB ergebenden abschließenden Sonderregelung⁹⁰⁹ im Hinblick auf die Mutterschaft, bei der im Gesetz gerade keine Möglichkeit einer statusverändernden Mutterschaftsfeststellung vorgesehen ist, nicht überzeugen⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Helms, FamRZ 2008, 1033; Schwonberg, FuR 2010, 441, 443; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 27; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 30.

⁹⁰⁷ BT-Drs. 13/4899, S. 83; so auch Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150; Diederichsen, NJW 1998, 1977, 1979; Edenfeld, FuR 1996, 190, 195; Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 346; Wolf, FuR 1998, 392, 395; Seidel in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 25–27.

⁹⁰⁸ Brudermüller in: Palandt, § 1591 BGB, Rn. 2; Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 5a; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 23 f.; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 27; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1474; Helms, FuR 1996, 178, 188; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377; nur zur Vaterschaft: Büttner, FamRZ 1998, 585, 593; Frank, FamRZ 1995, 975, 980 f.; BGH, NJW 2007, 1677, 1681; OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1578, 1579.

⁹⁰⁹ OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1578, 1579; BGH, NJW 2007, 1677, 1681.

⁹¹⁰ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 22; der BGH (NJW 2007, 1677, 1681) zitiert im Zusammenhang mit seiner Ablehnung der isolierten Vaterschaftsfeststellungsklage nach § 256 ZPO aber mit Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1474 eine Quelle, in der sich der Autor nahezu ausschließlich mit der Frage einer auf die Mutterschaft bezogenen isolierten Abstammungsfeststellungsklage beschäftigt.

Zu Recht wird aber die Existenz eines nach § 256 ZPO feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses angezweifelt. Denn die genetische Abstammung selbst ist lediglich eine Tatsache, der im Zusammenhang mit der Mutterschaft wegen § 1591 BGB keine rechtliche Relevanz zukommt⁹¹¹. Auch die vom Gesetzgeber angeführten §§ 173 StGB und 1307 BGB genügen für die Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Kind und der vermuteten genetischen Mutter nicht. Besteht ein konkreter Anlass, etwa in Form einer beabsichtigten Eheschließung, kann die Abstammung inzident in dem entsprechenden Zivil- oder Strafverfahren durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden⁹¹². Ansonsten sind Konstellationen, in denen § 1307 BGB oder § 173 StGB für das Verhältnis zwischen dem Kind und der vermuteten genetischen Mutter (oder einem ihrer Abkömmlinge) Bedeutung erlangen können, aufgrund ihrer geringen Häufigkeit eher von akademischem Interesse⁹¹³. Aus einem insoweit unwahrscheinlichen, zukünftigen Ereignis kann kein allgemein bestehendes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis abgeleitet werden⁹¹⁴. Ein fehlender konkreter Anlass für die Abstammungsklä rung lässt im Übrigen auch das für eine Klage nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Kindes entfallen⁹¹⁵. Schließlich unterliegt das Verfahren nach § 256 ZPO der Dispositionsmaxime, weshalb aufgrund der Möglichkeit des Ergehens von Versäumnis- und Anerkennungsurteilen die Feststellung der biologischen Wahrheit keine notwendige Folge des Verfahrens ist⁹¹⁶. Die begrenzte Rechtskraftwirkung (inter partes) eines Feststellungsurteils ermöglicht es dem Kind außerdem nicht, ausreichende Rechtssicherheit zu erlangen⁹¹⁷.

Allein das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Versagung der Abstammungsklä rung nach § 256 ZPO mit der Folge, dass dem verfassungsrechtlich geschützten Recht nicht ausreichend zur Geltung verholfen werde⁹¹⁸, gibt vielmehr Anlass, über die Einführung eines statusfolgenlosen Feststellungsverfahrens nachzudenken⁹¹⁹.

⁹¹¹ Gaul, FamRZ 2000, 1461, 1474; Helms, FuR 1996, 178, 188.

⁹¹² Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 5a.

⁹¹³ Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 5a.

⁹¹⁴ Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464.

⁹¹⁵ Rauscher in Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 23.

⁹¹⁶ Rauscher in Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 24; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Helms, FuR 1996, 178, 188.

⁹¹⁷ Rauscher in Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 24; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464.

⁹¹⁸ Vgl. Seidel in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 27.

⁹¹⁹ Helms, FuR 1996, 178, 188.

IV. Das Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG

Das Verfahren nach § 169 Nr. 1 FamFG (§ 640 Abs. 2 Nr. 1 ZPO a.F.) entfaltet als Statusverfahren Wirkung inter omnes⁹²⁰. Im Zusammenhang mit der Mutterschaft feststellungsfähig ist deshalb lediglich das sich aus § 1591 BGB ergebende Rechtsverhältnis⁹²¹. Geklärt werden kann demnach, ob die Voraussetzungen, welche § 1591 BGB für die Begründung der rechtlichen Mutterschaft vorsieht, gegeben sind, d.h. die Frage, ob das Kind durch eine bestimmte Frau geboren wurde⁹²². Rechtliche Relevanz erhält das Verfahren deshalb vor allem im Zusammenhang mit Fällen von Kindsvertauschungen im Krankenhaus und falschen Beurkundungen des Geburtsvorgangs⁹²³. Eine darüberhinausgehende Feststellung der genetischen Abstammung ist nach dieser Vorschrift nicht möglich, weil im Verhältnis zwischen dem Kind und der genetischen Mutter insoweit kein feststellungsfähiges Statusverhältnis begründet werden kann⁹²⁴. Die genetische Abstammung ist für die Frage des Bestehens der rechtlichen Mutterschaft nach § 1591 BGB de lege lata schlicht nicht relevant⁹²⁵.

V. Die Feststellungs- und Auskunftsansprüche in Fällen mit Auslandsbeteiligung

1. § 1598a BGB

Der sich de lege lata nur an die rechtliche Mutter richtende Klärungsanspruch aus § 1598a BGB kann gegebenenfalls auch in Sachverhalten mit Auslandsberührungen Anwendung finden. Ob sich die Anknüpfung für das in § 1598a BGB geregelte statusfolgenlose Feststellungsverfahren nach Art. 19 oder 20 EGBGB richtet, ist umstritten. Für eine Anknüpfung an Art. 20 EGBGB spreche nicht nur die parallele Ausgestaltung im Verhältnis zu § 1600 BGB, sondern auch, dass das Verfahren dem

⁹²⁰ Frank, StAZ 2015, 225; Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505, 226; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 20.

⁹²¹ Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377.

⁹²² Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani in: MüKo³, § 169 FamFG, Rn. 7.

⁹²³ Engelhardt in: Keidel, § 169 FamFG, Rn. 8; Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505, 508; Frank, StAZ 2015, 225, 226; vgl. oben F.

⁹²⁴ BT-Drs. 13/4899, S. 83; OLG Koblenz, FamRZ 2010, 481; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1464; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 20; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1377.

⁹²⁵ Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani in: MüKo³, § 169 FamFG, Rn. 7.

Nachweis eines Anfangsverdachts nach § 171 Abs. 2 S. 2 FamFG dienen⁹²⁶. Von der Rechtsfolge her besteht allerdings aufgrund der fehlenden statusrechtlichen Wirkung ein so gewichtiger Unterschied, dass von einer Anfechtung der Abstammung, wie sie der Wortlaut von Art. 20 EGBGB voraussetzt, nicht gesprochen werden kann. Eine Anknüpfung an Art. 19 EGBGB ist deshalb vorzuziehen⁹²⁷. Unabhängig davon, welcher Ansicht gefolgt wird, ist aus Sicht des Kindes, das die Klärung der Mutterschaft begehrt, aber immer eine Anknüpfung an seinen gewöhnlichen Aufenthalt möglich: Bei Anwendung von Art. 19 EGBGB ergibt sich diese Möglichkeit aus Abs. 1 S. 1 der Vorschrift⁹²⁸, bei Art. 20 EGBGB aus dem in S. 1 enthaltenen Verweis auf diejenigen Rechtsordnungen, aus denen sich die Voraussetzungen der Abstammung ergeben, wovon häufig auch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts erfasst ist. Für den Fall, dass sich die Abstammung nicht aus dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts ergeben sollte, kann gemäß Art. 20 S. 2 EGBGB aus Sicht des Kindes dennoch hieran angeknüpft werden⁹²⁹. Ein in Deutschland lebendes Kind kann also unter Anwendung von § 1598a BGB auch von im Ausland lebenden rechtlichen Eltern die Klärung der Abstammung nach § 1598a BGB verlangen.

2. Die Auskunftsansprüche

Auskunftsansprüche richten sich im Allgemeinen nach dem Statut, welches für den Anspruch anwendbar ist, auf den sich das Auskunftsbegehren bezieht⁹³⁰. Die Übertragung dieser Regel auf die Abstammungsklärung bereitet auf den ersten Blick Schwierigkeiten; denn Auskunft kann verlangt werden, um im Anschluss ein Verfahren nach § 1598a BGB zu betreiben, dessen Anknüpfung sich, wie soeben dargestellt, nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB richtet. Die Auskunft kann aber auch der Vorbereitung einer Anfechtung der Vaterschaft – oder soweit im Ausland zulässig – der Mutterschaft dienen, mit dem Ziel, im Anschluss den biologischen Elternteil als Vater oder Mutter gerichtlich feststellen zu lassen. Während

⁹²⁶ Helms in: MüKo⁷, Art. 20 EGBGB, Rn. 13.

⁹²⁷ Duden in: jurisPK-BGB, Art. 20 EGBGB, Rn. 33; für eine analoge Anwendung von Art. 19 EGBGB: Henrich in: Staudinger, Art. 20 EGBGB, Rn. 27a.

⁹²⁸ Eingehend oben: E.V.1., S. 101 ff.

⁹²⁹ Vgl. oben F.III., S. 142 ff.

⁹³⁰ Vgl. Andrae in: NK-BGB, Art. 14 EGBGB, Rn. 66; Ludwig in: jurisPK-BGB, Art. 14 EGBGB, Rn. 19; unmittelbare Hinweise, welche Vorschrift auf speziell mit der Abstammung zusammenhängende Auskunftsansprüche anwendbar sein soll, finden sich kaum.

sich die Bestimmung des für die Anfechtung maßgeblichen Rechts nach Art. 20 EGBGB richtet, ist für die gerichtliche Feststellung der Vater- oder Mutterschaft wiederum Art. 19 Abs. 1 EGBGB maßgeblich⁹³¹. Gegenstand des Auskunftsverlangens ist allerdings in der Regel die Identität des mutmaßlichen biologischen Elternteils, dessen Elternschaft festgestellt werden soll. Insoweit steht auch bei intendierter Anfechtung mit anschließender gerichtlicher Feststellung der rechtlichen Vater- oder Mutterschaft des genetischen Elternteils primär letzteres im Vordergrund. Denn für die Anfechtung selbst ist nicht die Kenntnis des tatsächlichen genetischen Elternteils erforderlich, sondern nur das Wissen um die fehlende genetische Verwandtschaft zum gegenwärtigen rechtlichen Elternteil. Diese Erkenntnis wird aber bereits vorliegen, wenn das Kind Auskunft über den möglichen genetischen Vater oder die genetische Mutter begehrt. Die Anknüpfung für Auskunftsbegehren muss sich demnach auch in solchen Konstellationen nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB richten. Diese Sichtweise hat den Vorteil, dass nicht nach der Intention, welche hinter dem Auskunftsbegehren steckt, geforscht werden muss, weil unabhängig davon, ob der Anspruchsteller letztlich eine Statusänderung oder nur eine statusfolgenreine Feststellung begehrt, Art. 19 Abs. 1 EGBGB angewendet werden kann.

VI. Das Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass dem Kind Auskunftsansprüche sowohl gegen die Mutter als auch den behandelnden Arzt zustehen. Bei nicht (mehr) vorhandenen Aufzeichnungen kann die Erfüllung des Anspruchs durch den Arzt allerdings unmöglich sein (§ 275 Abs. 1 BGB). Selbst wenn ein Anspruch besteht und durch den behandelnden Arzt Auskunft erteilt wird, sind die auf diesem Weg gewonnenen Erkenntnisse für das Kind mit einigen Unsicherheiten behaftet. So kann die erteilte Auskunft ergeben, dass im Einzelfall aufgrund von Dokumentationsfehlern mehrere Spenderinnen als genetische Mutter in Betracht kommen. Sogar bei der Nennung nur eines Namens gibt es keine Gewähr für die Richtigkeit der Auskunft⁹³²; denn eine Amtsermittlung erfolgt im Verfahren über die Auskunftserteilung nicht⁹³³. Von erheblicher Bedeu-

⁹³¹ Henrich in: Staudinger, Art. 19 EGBGB, Rn. 69a.

⁹³² Wellenhofer in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 30.

⁹³³ Seidel in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 23.

tion ist deshalb auch im Zusammenhang mit der Mutterschaft die Möglichkeit, eine Abstammungsklä rung herbeizuführen. De lege lata besteht bisher lediglich ein Klärungsanspruch gegenüber der rechtlichen Mutter. Auf die vermutete genetische Mutter lässt sich § 1598a BGB selbst im Wege einer verfassungskonformen Auslegung nicht erstrecken. Die vom Gesetzgeber favorisierte Möglichkeit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist bei genauer Betrachtung weder auf Konstellationen der Abstammungsfeststellung anwendbar, noch aufgrund der ihr inhärenten Dispositionsmaxime geeignet, eine sichere und inter omnes wirkende Feststellung zu ermöglichen. Selbst Vertreter, welche § 256 ZPO insoweit nach wie vor für anwendbar halten, sehen de lege ferenda Bedarf für eine statusfolgenlose Abstammungsfeststellungsklage⁹³⁴.

Neben der bereits zuvor aufgeworfenen Frage, ob sich die unanfechtbare Ausgestaltung der Mutterschaftszuweisung mit den Grundrechten von Mutter und Kind vereinbaren lässt⁹³⁵ (sogleich H.), erscheint deshalb auch fraglich, ob eine Verpflichtung des Gesetzgebers dahingehend besteht, den Tatbestand von § 1598a BGB so zu erweitern, dass die vermuteten genetischen Eltern – zumindest für den Bereich der artifiziiellen Reproduktion⁹³⁶ – in den Kreis der Klärungsverpflichteten aufgenommen werden (unten I.).

⁹³⁴ Vgl. Seidel in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 23.

⁹³⁵ Oben F.VI., S. 155 f.

⁹³⁶ Ohne diese Einschränkung verneinend: BVerfGE 141, 186.

H. § 1591 BGB im Spiegel der Verfassung

Mehrere Grundrechte haben Einfluss auf die verfassungsrechtliche Beurteilung von § 1591 BGB. Die Menschenwürde der Leihmutter und des Kindes wird vielfach zur Rechtfertigung des Anfechtungsausschlusses und der damit einhergehenden präventiven Verhinderung von Leihmutterchaften herangezogen (dazu sogleich I.). Für eine Anfechtbarkeit streiten dagegen die grundrechtlich durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Interessen der Wunschkinder und des im Wege der Leihmutterchaft geborenen Kindes (unten II.). Einer Vereinbarkeit mit der Verfassung entgegenstehen kann § 1591 BGB schließlich auch unter dem Blickwinkel von Art. 3 GG (unten III.). Selbst außerhalb der Verfassung besteht Konfliktpotential. Insoweit muss aus der Europäischen Menschenrechtskonvention vor allem Art. 8 EMRK mit in die Betrachtung einbezogen werden (unten IV.).

I. Die Menschenwürde

Die Menschenwürde wurde nach den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus als oberster Wert und tragendes Konstitutionsprinzip⁹³⁷ an den Anfang des Grundgesetzes gestellt⁹³⁸. Geprägt wurde das ihr zugrundeliegende Menschenbild aber bereits lange zuvor. Es geht bis auf die antike Philosophie zurück⁹³⁹ und wurde im besonderen Maße durch das Christentum beeinflusst, das in ihr nach wie vor deshalb einen unverfügbaren Eigenwert sieht, weil der Mensch nach den Vorgaben des Alten und Neuen Testaments als Ebenbild Gottes geschaffen ist⁹⁴⁰. Daneben wird mangels eines allen gemeinsamen Glaubens die Herleitung des Menschenwürdeschutzes auch auf säkularisierte humanistische Vorstellungen von der Einzigartigkeit des Menschen gestützt⁹⁴¹. Das so verstandene

⁹³⁷ BVerfGE 79, 256, 268.

⁹³⁸ Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 25; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 217.

⁹³⁹ Namentlich *Cicero* und *Seneca der Jüngere* – Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 8.

⁹⁴⁰ Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 14; zu den insoweit maßgeblichen Einflüssen *Thomas von Aquins*: Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 9.

⁹⁴¹ Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 14.

Grundrecht⁹⁴² schützt vor Verletzungen des sozialen Wert- und Achtungsanspruchs des Menschen und verbietet es dem Staat, den Menschen zum bloßen Objekt zu machen oder ihn Behandlungen auszusetzen, welche seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellen⁹⁴³.

Träger der Menschenwürde ist jede natürliche Person, unabhängig davon, ob sie aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands sinnhaft handeln kann⁹⁴⁴, auf ihre Eigenschaften, Leistungen und ihren sozialen Status kommt es nicht an⁹⁴⁵. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht der Schutz der Menschenwürde aufgrund der bereits in ihm angelegten potentiellen Fähigkeiten auch dem nasciturus, also dem gezeugten, aber noch ungeborenen menschlichen Leben zu. Für den Beginn des Schutzes stellt das oberste Gericht auf den Zeitpunkt der Einnistung der befruchteten Eizelle im Uterus ab⁹⁴⁶. Zu Recht wird auf der Grundlage der vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Argumentationskette angenommen, dass der Menschenwürdeschutz darüber hinausgehend bereits ab dem Zeitpunkt der Befruchtung⁹⁴⁷ greifen muss. Schon mit diesem Ereignis steht das für die Entwicklung der Identität und menschlicher Fähigkeiten erforderliche genetische Programm des Individuums fest⁹⁴⁸, eine Anknüpfung an bestimmte Entwicklungsstufen

⁹⁴² In Art. 1 Abs. 1 GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 125, 175, 222; 132, 134) und der überwiegenden Auffassung in der Literatur selbst ein subjektives Grundrecht enthalten (Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 1.1; Höfling in: Sachs GG, Art. 1 GG, Rn. 5–7; Zippelius in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 u. 2 GG, Rn. 24–28; a.A. Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 121 ff.: objektiver Verfassungsgrundsatz, wobei im Ergebnis kaum Unterschiede bestünden, weil mit dieser Maßgabe jedenfalls die Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem jeweiligen, von seinem Schutzbereich her einschlägigen Grundrecht her geltend gemacht werden kann (Rn. 126).

⁹⁴³ BVerfGE 131, 368, 286 f.; 109, 133, 149 f.; 96, 375, 399; 45, 187, 228; 27, 1, 6.

⁹⁴⁴ BVerfGE 131, 368, 287; 109, 133, 150; 87, 209, 228; auch „Mißgeburten und Geisteskranke“: Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7 A 15.

⁹⁴⁵ BVerfGE 96, 375, 399.

⁹⁴⁶ BVerfGE 39, 1, 41 f.; 88, 203, 251; Offen gelassen hat das BVerfG in beiden Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch, ob der nasciturus darüber hinaus auch Rechtssubjekt und damit Träger der anderen Grundrechte ist; ein Versäumnis das nicht grundlos ohne Kritik geblieben ist: Herdegen, Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 63.

⁹⁴⁷ Zur Befruchtung s. oben C.I.1. und 2., S. 45 ff.: Verschmelzung der beiden Vorkerne.

⁹⁴⁸ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 65; Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 4; Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 GG, Rn. 19. Höfling in: Sachs GG, Art. 1 GG, Rn. 61; Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 1 GG, Rn. 14; Kirchhof in: Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht, S. 9, 21; ausdrücklich offen gelassen aber zumindest eine dahingehende Tendenz äußernd auch BVerfGE 88, 203, 251; a.A. Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 68 f., der das ungeborene Leben statt der Menschenwürde lieber Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unterstellen möchte (gegen eine Entkopplung von Lebens- und Würdeschutz mit beachtlichen Argumenten:

zöge zudem nicht unerhebliche Abgrenzungsprobleme nach sich⁹⁴⁹. Zum Teil wird der Schutz der Menschenwürde sogar auf noch nicht Gezeugte (nondum concepti) ausgedehnt⁹⁵⁰. Völlig abwegig ist das nicht. Denn einerseits ist die „beschränkte“ (oder „fingierte“⁹⁵¹) Rechtsfähigkeit des noch nicht gezeugten Menschen seit langem Bestandteil des bürgerlichen Rechts: Sie können Begünstigte eines Vertrags zugunsten Dritter sein (§ 331 Abs. 2 BGB) und zum Nacherben (§ 2101 Abs. 1 BGB) oder Vermächtnisnehmer (§ 2178 Fall 1 BGB) bestimmt werden⁹⁵². Vor allem aber entspricht die Vorwirkung der Menschenwürde spiegelbildlich ihrer Nachwirkung⁹⁵³. Vom Bundesverfassungsgericht anerkannt ist die Verpflichtung des Staats, auch über den Tod einer Person hinaus ihre Würde und ihren Achtungsanspruch noch für eine gewisse Zeit zu schützen. Anders als beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird im Zusammenhang mit den Nachwirkungen der Menschenwürde nicht die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handelnden Person vorausgesetzt⁹⁵⁴.

Die Menschenwürde ist „unantastbar“ und vermittelt deshalb einen absoluten Schutz vor Verletzungen; eine Rechtfertigung von Beeinträchtigungen durch verfassungsimmanente Schranken ist ausgeschlossen⁹⁵⁵. Das gilt sogar, wenn die Menschenwürde anderer oder deren Grundrecht auf Leben betroffen ist⁹⁵⁶. Soweit lediglich der vorwirkende Schutz der Menschenwürde greift, kommt ihm demgegenüber – ebenso wie beim

Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 GG, Rn. 20). Untermauert wird das frühe Eingreifen des Menschenwürdeschutzes von in vitro verfügbaren Embryonen auch durch empirische Erkenntnisse: An In-Vitro-Fertilisationen beteiligte Paare nehmen diese Embryonen nicht nur als Ansammlung von Zellen, sondern als ihr eigenes Kind war (Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 91).

⁹⁴⁹ Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 16.

⁹⁵⁰ Spickhoff in: Spickhoff, § 1 BGB, Rn. 13; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 17, möchte mit der Vorwirkung vor allem genetische Manipulationen an Keimzellen verhindern; Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 8; vgl. auch Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, S. 101.

⁹⁵¹ Vgl. RGZ 65, 277, 281.

⁹⁵² Gruber, ZfPW 2016, 68, 71.

⁹⁵³ Eingehend: J. Schlüter, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, S. 115 ff.

⁹⁵⁴ Dieser Schutz betrifft vor allem die Ehre des Verstorbenen (BVerfGE 30, 173, 194) als auch den Schutz des Leichnams selbst (Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 5; vgl. zur Vor- und Nachwirkung der Menschenwürde auch Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 80 f., dort aber im Zusammenhang mit staatlichen Gestaltungsspielräumen in diesem Bereich.

⁹⁵⁵ BVerfGE 93, 266, 293; 75, 369, 380.

⁹⁵⁶ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 73; für die Möglichkeit einer Abwägung zum Schutz der Menschenwürde eines anderen oder des Lebens: Starck in: von

nachwirkenden Würdeschutz⁹⁵⁷ – keine absolute Schutzposition zu. Einschränkungen durch kollidierende Grundrechte sind möglich; dem Staat steht deshalb in diesem Bereich bei der Ausgestaltung der Schranken ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zu⁹⁵⁸.

Art. 1 Abs. 1 GG gewährt nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat. Die Vorschrift ist zusammen mit den anderen Grundrechten⁹⁵⁹ zugleich Bestandteil einer objektiven Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und sowohl die Legislative, die Exekutive als auch die Judikative bindet⁹⁶⁰. Für den Staat ergibt sich daraus eine besondere, umfassende Schutzpflicht, die es ihm auferlegt, Beeinträchtigungen der Menschenwürde durch private Dritte entgegenzuwirken⁹⁶¹. Bei der Menschenwürde ist diese Schutzpflicht ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 S. 2 Fall 2 GG normiert⁹⁶². Ihr muss unter anderem bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung Rechnung getragen werden⁹⁶³. Dem Gesetzgeber kommt dabei allerdings, anders als im Zusammenhang mit der Rechtfertigung staatlicher Eingriffe, ein beachtlicher Entscheidungsspielraum zu, welcher umso größer ist, je weiter privates Handeln von der Menschenwürdeverletzung Dritter entfernt ist⁹⁶⁴.

Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 35; Hillgruber in BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 10.1.

⁹⁵⁷ Vgl. dazu BVerfGE 30, 173, 194 ff.: Abwägung zwischen dem durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsbereich des Verstorbenen und der durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Kunstfreiheit.

⁹⁵⁸ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 81.

⁹⁵⁹ Zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten und zur Schutzpflichtlehre vgl. eingehend: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53.

⁹⁶⁰ BVerfGE 39, 1, 41; 7, 198, 205; 35, 79, 114.

⁹⁶¹ BVerfGE 39, 1, 42; 88, 203, 251 f.; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 235. Ob die Menschenwürde darüber hinaus sogar unmittelbare Geltung zwischen Privaten beanspruchen kann, ist nach wie vor umstritten (zum Streit vgl. die Nachweise in: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 54, Fn. 8 und S. 76, Fn. 148). Für die unmittelbare Drittwirkung wird der historische Wille des Verfassungsgebers ins Feld geführt, wonach es sich bei der in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG normierten Untastbarkeit der Menschenwürde um eine absolute, gegen jeden gerichtete Feststellung handle, die auch Private einschließe (Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 74, Fn. 7; Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 8).

⁹⁶² Eingehend zur Schutzpflichttheorie: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 83–86 m.w.N.

⁹⁶³ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 74.

⁹⁶⁴ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 80.

1. Die Menschenwürde bei Leihmutterschaften

Aus der Menschenwürde resultierende Schutzpflichten, die Einfluss auf die Gestaltung der Privatrechtsordnung haben, können auch im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft sowie Eizell- und Embryospenden bestehen. Vor allem in Bezug auf Leihmutterschaften wurde und wird die Menschenwürde nach wie vor immer wieder in die Argumentation eingebunden, wobei Beeinträchtigungen sowohl auf Seiten des betroffenen Kindes als auch der Leihmutter gesehen werden.

a. Die Menschenwürde des Kindes

Mehrere Stimmen in der Rechtsprechung und Literatur sehen die Menschenwürde des Kindes durch Vereinbarungen verletzt, in denen der Leihmutter für ihre Dienste von den Wunscheltern ein Entgelt gezahlt wird. Das Kind werde auf diese Weise zur Handelsware degradiert, was aufgrund der damit einhergehenden Behandlung als bezahlbares Objekt zu einer Beeinträchtigung seiner Menschenwürde führe⁹⁶⁵. Diese Einschätzung wird zur Begründung der Nichtigkeit von entgeltlichen Vereinbarungen über die Durchführung einer Leihmutterschaft herangezogen⁹⁶⁶ und könnte auch zur Rechtfertigung von Regelungen erhalten, die unmittelbar⁹⁶⁷ oder mittelbar⁹⁶⁸ der Verhinderung von Leihmutterschaften dienen. Überzeugen kann sie aber nicht⁹⁶⁹:

⁹⁶⁵ KG, StAZ 2013, 348, 350; OLG Hamm, FamRZ 1986, 159, 160 f.; AG Hamm, FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Kolhossler, JA 1985, 553, 556; Poll/Jurisc, JR 1999, 226, 232 f.; vgl. auch BT-Drs. 11/4154, S. 7.

⁹⁶⁶ Oben C.IV.2.a.i.(2), S. 70 f.

⁹⁶⁷ Vor allem § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG und §§ 13a-13d AdVermiG (vgl. oben C.IV., S. 63 ff.).

⁹⁶⁸ § 1591 BGB (vgl. oben E.II., S. 89 ff. und unten H.II.2.e.ii.(2), S. 217 ff.).

⁹⁶⁹ BGHZ 203, 350, 366 (Rn. 49); Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 46; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 42; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 104; Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157.

i. Die Entgeltabrede

Die Entgeltabrede einfach als abspaltbaren Teil der Vereinbarung zu verstehen⁹⁷⁰, ist mit Blick auf das Synallagma, welches zwischen der Vereinbarung des Entgelts und den dafür von der Leihmutter zu erbringenden Diensten besteht, nicht schlüssig und kann deshalb noch nicht als Argument herhalten, um eine Degradierung des Kindes zur Handelsware zu negieren.

ii. Der Grundrechtsschutz durch Existenzverhinderung

Plausibler ist es, darauf abzustellen, dass das Kind nicht durch einen Vorgang, dem es seine Existenz überhaupt erst verdankt, in seiner Menschenwürde verletzt sein kann⁹⁷¹: Zum Zeitpunkt des Abschlusses der jeweiligen Vereinbarung über die Durchführung einer Leihmutterschaft existiert das Kind noch nicht⁹⁷². Insoweit kann die Menschenwürde lediglich in ihrer vorwirkenden Ausprägung zur Anwendung gelangen. Die Heranziehung dieses vorwirkenden Schutzes zur Verhinderung der Entstehung des Subjekts, das geschützt werden soll, wäre aber in sich widersprüchlich und kann mit den subjektiv-rechtlichen Dimensionen des Grundrechts kaum erklärt werden; denn eine Regelung, die Grundrechtsschutz nur durch Entstehungsverhinderung des zu schützenden Subjekts zu bewerkstelligen weiß, entzieht sich gleichsam selbst die verfassungsrechtliche Grundlage, auf der sie beruht⁹⁷³. Grundrechtsschutz durch „Lebensverhinderung“ kann nicht Gegenstand grundrechtlicher Schutzpflichten sein⁹⁷⁴. Das zeigt auch ein Vergleich zur Rechtsprechung

⁹⁷⁰ So noch: Coester-Waltjen, NJW 1982, 2528, 2531 ff.

⁹⁷¹ BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); BGH, NZFam 2018, 983, 986 (Rn. 24); Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 43; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 46; Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 94; Harder, JuS 1986, 505, 511 f.; Medicus, Jura 1986, 302, 308; Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 93; Bernat, MedR 1991, 308, 310; Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, S. 146; vgl. zur gleichgelagerten Problematik im Zusammenhang mit dem Kindeswohl: Müller-Terpitz in: Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 13 und Bernat, MedR 1991, 308, 310; vgl. schließlich zur gleichgelagerten Problematik bei der Präimplantationsdiagnostik: Herdegen, JZ 2001, 773, 777.

⁹⁷² Vgl. BT-Drs. 11/4154, S. 7; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 42; zur vergleichbaren Problematik beim Beischlaf unter Geschwistern: BVerfGE 120, 224, 258 (abw. Meinung Hassemer).

⁹⁷³ Müller-Terpitz in: Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 13.

⁹⁷⁴ Müller-Terpitz, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 122 f.

in „wrongful-life“-Fällen⁹⁷⁵: Eine Pflicht des Arztes, die Geburt eines Kindes zu verhindern, weil es voraussichtlich mit Gebrechen behaftet sein werde, die sein Leben als „unwert“ erscheinen lassen, gibt es nicht⁹⁷⁶. Dieser Grundsatz gilt selbst in Fällen, in denen es durch Unterlassen schwangerschaftsverhütender Maßnahmen zur Zeugung des Kindes gekommen ist, die ansonsten verhindert worden wäre⁹⁷⁷. Ein Anspruch des Kindes darauf, nicht gezeugt und nicht geboren zu werden, besteht mit anderen Worten nicht⁹⁷⁸.

iii. Der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde

Aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Menschenwürde ergibt sich keine andere Bewertung. Aufgrund ihrer objektiv-rechtlichen Funktion werden den Grundrechten zusätzliche Normgehalte oder „sekundäre Grundrechtsgehalte“ zugeschrieben, welche über die primär abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte hinausgehen⁹⁷⁹. Sie resultieren aus einer den Grundrechten immanenten objektiven Werteordnung⁹⁸⁰, aus der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschiedene Fallgruppen abgeleitet werden⁹⁸¹. Dazu gehören neben den Einrichtungs- oder Institutsgarantien⁹⁸² auch die Ausstrahlungswirkung⁹⁸³ der Grundrechte und vor allem die Schutzpflichten des Staats⁹⁸⁴, welche wegen Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG im besonderen Maße auf die Menschenwürde bezogen sind⁹⁸⁵. Während die Einrichtungsgarantien eine subjektiv-rechtliche Qualität nicht aufweisen⁹⁸⁶, besteht im Hinblick auf die anderen objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen eine Art. 1 Abs. 3 GG entspringende Vermutung für das Vorliegen subjektiver Berechtigungen⁹⁸⁷. Diese richten

⁹⁷⁵ Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, S. 93.

⁹⁷⁶ BGHZ 86, 240, 251 f.

⁹⁷⁷ OLGR Düsseldorf 1994, 294. Rn. 14.

⁹⁷⁸ Greiner in: Spickhoff, §§ 823, 831, 839 BGB, Rn. 112.

⁹⁷⁹ Dreier in: Dreier, Vorb., Rn. 94; Jarass in: Jarass/Pieroth, Vorb. Vor Art. 1 GG, Rn. 6.

⁹⁸⁰ BVerfGE 2, 1, 12 f.; 5, 85, 134 ff., 197 ff.; 6, 32, 40; 7, 198, 204 f.; 39, 1, 41.

⁹⁸¹ Dreier in: Dreier, Vorb., Rn. 94.

⁹⁸² Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 48, Rn. 46; Stern in: Handbuch des Staatsrechts V, § 109, Rn. 51; Dreier in: Dreier, Vorb., Rn. 107; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 18.

⁹⁸³ BVerfGE 7, 98, 207.

⁹⁸⁴ BVerfGE 39, 1, 41 f.; 46, 160, 164.

⁹⁸⁵ BVerfGE 39, 1, 41 f.; 49, 89, 132; 88, 203, 251.

⁹⁸⁶ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 28.

⁹⁸⁷ BVerfGE 6, 386, 387; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 28.

sich allein gegen den Staat als Adressaten der Grundrechte. Als „objektiv-rechtlich“ werden Schutzpflichten deshalb klassifiziert, weil das in der „Personalität des Grundrechtsträgers“ liegende Schutzgut vor Beeinträchtigungen geschützt werden soll, die nicht von staatlicher Seite drohen. Das Schutzgut ist auf diese Weise, unabhängig von dem an den Staat gerichteten Anspruch in Form eines subjektiven Rechts, dem Grundrechtsträger absolut zugeordnet⁹⁸⁸. Deshalb kann dem durch die Schutzpflichten bewirkten flankierenden Schutz des jeweiligen Grundrechts eine subjektiv-rechtliche Qualität nicht abgesprochen werden. Eine solche entspricht nicht nur dem individualschützenden Zweck der Grundrechte⁹⁸⁹, ohne sie wäre der Einzelne auch auf die fremdverantwortete Gewährleistung objektiver Rechtseinrichtungen angewiesen⁹⁹⁰. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht gerade auch mit Blick auf die Menschenwürde entsprechende subjektive Rechte auf Schutz bejaht⁹⁹¹. Der Schutz geht im Zusammenhang mit der Menschenwürde sogar weiter als bei anderen Grundrechten⁹⁹². So werden auch Subjekte, wie das ungeborene Leben, erfasst, obwohl sie die sich aus der Menschenwürde ergebenden subjektiven Rechte nicht selbst geltend machen können⁹⁹³. Wird die Schutzpflicht in einem Maße ausgedehnt, dass sie – spiegelbildlich zur Nachwirkung der Menschenwürde – im Wege ihrer Vorwirkung auch auf noch nicht Gezeugte anwendbar ist, geht dadurch der Bezug zu einem individuellen Schutzgut noch nicht vollständig verloren⁹⁹⁴. Geschützt

⁹⁸⁸ Klein, NJW 1989, 1633, 1636; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 96.

⁹⁸⁹ Klein, NJW 1989, 1633, 1637.

⁹⁹⁰ Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, S. 135.

⁹⁹¹ BVerfGE 49, 89, 132; 88, 203, 251 ff.

⁹⁹² Anders als beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird die Existenz einer wenigstens potentiell oder zukünftig handelnden Person nicht vorausgesetzt – soeben H.I.; BVerfGE 30, 173, 194.

⁹⁹³ Die Frage, ob der nasciturus Grundrechtsträger ist oder wegen mangelnder Rechts- und Grundrechtsfähigkeit nur von den objektiven Normen der Verfassung in seinem Recht auf Leben geschützt wird, hatte das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offengelassen (BVerfGE 39, 1, 41 f.).

⁹⁹⁴ Zum Teil wird die Mephisto-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 30, 173) so verstanden, dass der Schutz der Menschenwürde von dem Bezug zu einem konkreten Individuum unabhängig sei, weil im Unterschied zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (und anderen Grundrechten) eine zumindest potentiell handlungsfähige Person nicht vorausgesetzt werde (kritisch deshalb: Geddart-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, S. 70 f.). Eine solche Betrachtungsweise ließe auch den Schutz der menschlichen Gattung als solcher und die Bewahrung eines bestimmten Menschenbilds zu (vgl. Benda, APuZ 1985, 18, 21 f., 31), so dass unabhängig von dem Bezug zu einem konkreten Individuum Menschenzüchtung, Klonierung, Chimären-

werden sollen konkret vorstellbare zukünftige Subjekte vor zukünftigen Beeinträchtigungen. Die Frage, ob die Schutzpflichten subjektive Rechte der Betroffenen nach sich ziehen, stellt sich an dieser Stelle eigentlich nicht; denn Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität sind voneinander zu trennen⁹⁹⁵. Für den Bestand einer auf den nondum conceptus bezogenen Schutzpflicht entscheidend ist deshalb, ob das Schutzgut als solches auf der Grundlage objektiv-rechtlicher Wertungen vor Beeinträchtigungen durch Verhinderungen seiner Existenz geschützt werden kann. Denkbar wäre das lediglich, wenn ihm die Subjektsqualität abgesprochen wird, es quasi wie ein „fiktives“ Subjekt behandelt wird⁹⁹⁶. Gleichzeitig davon auszugehen, dass die Auswirkungen der zur Erzeugung des Embryos führenden Handlungen, wie die Durchführung einer Leihmutterchaft, konkrete Subjekte betreffen werden⁹⁹⁷ und dadurch die Entstehungsverhinderung des vermeintlich fiktiven Subjekts von dem mit einer Verbots-

und Hybridenbildung verboten werden können, weil dadurch nicht die Würde eines einzelnen Menschen beleidigt werde, sondern die der Menschheit insgesamt (Isensee in: *Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht*, S. 37, 69; Kirchhof in: *Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht*, S. 9, 22 f.). Tatsächlich lässt sich aber weder aus der Mephisto-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts noch aus der ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch eine vollständige Entkopplung des durch die objektiv-rechtlichen Wertentscheidungen vermittelten Schutzes der Menschenwürde von einem Bezug zu einem Rechtssubjekt entnehmen. Vor dem Schwangerschaftsabbruch werden letztlich konkrete nasciturū geschützt und auch der postmortale Würdeschutz ist an die (erloschene) Existenz eines konkreten Menschen geknüpft, dessen persönlicher Achtungsanspruch Gegenstand des nachwirkenden Schutzes ist. Mit generalisierten auf die gesamte Menschheit oder das Menschenbild bezogenen Erwägungen müssen die aus der Menschenwürde abgeleiteten Schutzpflichten – zumindest in diesen Fällen – nicht begründet werden. Gegen eine solche generalisierende Vorgehensweise wird denn auch zu Recht der Charakter der Menschenwürde als „Garantie des absolute Geltung beanspruchenden Prinzips der Achtung des Subjektiven“ ins Feld geführt. Die Gefahr einer Deklassierung der Menschenwürde zu einer Schutznorm von durch soziale und politische Konventionen aufgeladene Sittenkodizes (Geddart-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungs begriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, S. 70 f.) ist nicht von der Hand zu weisen. In jedem Fall, auch im Zusammenhang mit der Vorwirkung der Menschenwürde, ist deshalb ein Bezug zu einem konkreten Träger subjektiver Rechte erforderlich. Er kann dadurch hergestellt werden, dass die Vorwirkung als Reflex der Würde des noch nicht gezeugten, aber später entstehenden konkreten Individuums aufgefasst wird (Geddart-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungs begriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, S. 65). Auf diese Weise lassen sich auch ohne Rückgriff auf generalisierende, vom Individuum losgelöste Erwägungen zur Bewahrung eines bestimmten Menschenbilds Verbote etwa einer Chimären- oder Hybridenbildung mit dem Schutz der Menschenwürde rechtfertigen.

⁹⁹⁵ Stern III/1, § 70 I 2, S. 1001 ff.

⁹⁹⁶ So Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 8.

⁹⁹⁷ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 8.

regelung intendierten Schutz konkreter Subjekte abzukoppeln, ist wenig überzeugend. Wird die (potentielle) Subjektsqualität des noch nicht gezeugten Embryos prinzipiell verneint, muss auch der vorwirkende Schutz seiner Menschenwürde entfallen. Das ist gemeint, wenn davon ausgegangen wird, dass Grundrechtsschutz durch Entstehungsverhinderung sich selbst das verfassungsrechtliche Fundament, auf dem er ruht, entzieht⁹⁹⁸. Selbst wenn der Bezug zu einem vorstellbaren konkreten Subjekt verneint wird und der Schutz vor einer Degradierung zur Handelsware rein objektiv-rechtlich gewährleistet sein sollte, widerspräche eine solche Wirkungsweise der Grundrechte unserer christlich-humanistisch geprägten Weltanschauung, nach der das Leben eins der höchsten Werte darstellt⁹⁹⁹.

iv. Die Abwägung der mutmaßlichen Interessen des nondum conceptus

Ist der noch nicht gezeugte potentielle Grundrechtsträger vom vorwirkenden Schutz der Menschenwürde erfasst, geht der Schutz in zwei Richtungen: Die Menschenwürde verbietet seine Degradierung zur Handelsware, gleichzeitig greift die nicht nur aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, sondern auch aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Pflicht des Staats, jedes menschliche Leben zu schützen¹⁰⁰⁰, mit der Folge, dass Grundrechtsschutz durch Verhinderung der Entstehung des Grundrechtsträgers prinzipiell ausgeschlossen ist¹⁰⁰¹. Soweit dennoch eine Abwägung¹⁰⁰² der widerstreitenden Schutzrichtungen gewagt werden kann, stellt sich aus Sicht des nondum conceptus die Frage, ob das Leben mit dem Makel, zur Handelsware degradiert worden zu sein, oder die eigene Nichtexistenz zu bevorzugen sei. Eine vergleichbare Abwägungsfrage wurde mit verändertem Vorzeichen auch bei der Rechtfertigung des in § 173 Abs. 2 S. 2 StGB enthaltenen Verbots des Beischlafs unter Geschwistern aufgeworfen: Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Inzest-Entscheidung¹⁰⁰³ unter anderem die vom Gesetzgeber bemühten eugenischen Gesichtspunkte und die Gefahr

⁹⁹⁸ Müller-Terpitz, Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 13.

⁹⁹⁹ Bernat, MedR 1991, 308, 310.

¹⁰⁰⁰ BVerfGE 39, 1, 41.

¹⁰⁰¹ Müller-Terpitz, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 122 f.; Bernat, MedR 1991, 308, 310.

¹⁰⁰² Vgl. zur Möglichkeit einer Abwägung, wenn Menschenwürdeschutz gegen Menschenwürdeschutz steht: Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 35, freilich bezogen auf die Menschenwürde von zwei unterschiedlichen Grundrechtsträgern.

¹⁰⁰³ BVerfGE 120, 224.

der Diskriminierung von Inzestkindern mit ihren negativen Folgen für die seelische Entwicklung¹⁰⁰⁴ zur Rechtfertigung der Strafnorm herangezogen, jedoch ohne selbst in den die Entscheidung tragenden Gründen auf die Abwägung der mutmaßlichen Interessen des potentiell gezeugten Nachwuchses der Geschwister einzugehen oder zu der Frage des Grundrechtsschutzes durch Verhinderung der Erzeugung des potentiellen Grundrechtsträgers Stellung zu beziehen. In seiner abweichenden Meinung hält *Hassemer* die in diesem Zusammenhang von ihm für erforderlich gehaltene Abwägung für „absurd“¹⁰⁰⁵. Vom Deutschen Ethikrat, der sich im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Abschaffung einer Bestrafung des einvernehmlichen Beischlafs unter (erwachsenen) Geschwistern ausgesprochen hat¹⁰⁰⁶, wird die Nichtexistenz nur bei äußerst seltenen schweren genetischen Schädigungen für vorzugswürdig gehalten¹⁰⁰⁷. Ein vergleichbares Maß an Beeinträchtigungen für das potentielle Leben geht mit der Durchführung einer Leihmutterchaft und den daraus resultierenden denkbaren psychischen Beeinträchtigungen, welche eine Degradierung zur Handelsware nach sich ziehen kann, nicht einher. Dem mutmaßlichen Interesse des noch nicht gezeugten Kindes entspricht es daher im Zweifel eher, gezeugt und geboren zu werden.

v. Die Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Schutz der Menschenwürde grundsätzlich nicht durch Verhinderung der Entstehung des zu schützenden Rechtssubjekts erfolgen kann, weil er sich dadurch gegen den potentiellen Grundrechtsträger selbst richtete und nicht gegen diejenigen, von deren Seite die Beeinträchtigung der Menschenwürde droht. Insoweit kann der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde

¹⁰⁰⁴ BVerfGE 120, 224, 247 f.; BT-Drs. 6/1552, S. 14; 6/3521, S. 17 f.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BVerfGE 120, 224, 258 (abw. Meinung Hassemer).

¹⁰⁰⁶ Deutscher Ethikrat, Inzestverbot, S. 73 f.; zur Differenzierung, danach, ob die Geschwister in einem Familienverbund leben, wenn einer der Partner über 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist: S. 75–77.

¹⁰⁰⁷ Wobei auch unter diesen Umständen keine absolute Aussage getroffen und die Anerkennungsfähigkeit einer entsprechenden Abwägung relativierend in Zweifel gezogen wird: Deutscher Ethikrat, Inzestverbot, S. 36 f.; vgl. auch Hilgendorf in: FS Maurer, S. 1147, 1159, der in Bezug auf das in § 6 ESchG enthaltene Klonverbot feststellt, dass es aus Sicht des Betroffenen besser sei, behindert zur Welt zu kommen, als gar nicht zu existieren.

de nicht herangezogen werden, um die subjektiv-rechtliche Dimension des Grundrechts zu unterwandern, zumal erstere gerade der Stärkung individualrechtlicher Gehalte dienen soll und nicht ihrer Schwächung¹⁰⁰⁸. Eine Abwägung der mutmaßlichen Interessen des nondum conceptus kann sich außer in Fällen schwerster genetischer Schädigungen lediglich dort zu einem Recht verdichten, nicht gezeugt zu werden, wo sich seine Existenz in einer fortgesetzten Verletzung seiner Menschenwürde erschöpft und ihm darüber hinaus keine Entwicklungsperspektiven eingeräumt werden, wie etwa bei der verbrauchenden Embryonenforschung. In diesen Konstellationen soll menschliches Leben ausschließlich zu einem Zweck geschaffen werden, der außerhalb seiner selbst liegt¹⁰⁰⁹. Deshalb muss Schutz durch Entstehungsverhinderung des von vornherein zum Untergang verurteilten potentiellen Grundrechtsträgers ausnahmsweise zulässig sein¹⁰¹⁰.

Letztlich stellt sich in den Fällen der Leihmutterchaft aber die Frage, ob bei Vorliegen einer entsprechenden Entgeltvereinbarung überhaupt eine Degradierung des Kindes zur Handelsware angenommen werden kann. Denn anders als bei der Ersatzmutterchaft stammt das Kind bei der Leihmutterchaft nicht von der Leihmutter, sondern häufig von den Wunscheltern, gelegentlich auch von einer Eizellspenderin ab. Die Vergütung erhält die Leihmutter deshalb nicht – wie bei der Ersatzmutterchaft – für die Herausgabe eines auch genetisch von ihr abstammenden Kindes, sondern allein für Austragen und die Herausgabe des Kindes der Wunscheltern¹⁰¹¹. Zur Handelsware degradiert wird das betroffene Kind in Leihmutterchaftsfällen auch unter diesem Blickwinkel nicht. Kommerzialisieren werden aber die mit dem Austragen des Kindes verbundenen Dienste der Leihmutter. Eine besondere rechtliche Relevanz haben die

¹⁰⁰⁸ Müller-Terpitz in: Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 14; Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 48, Rn. 36.

¹⁰⁰⁹ Statt vieler: Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 99 m.w.N.

¹⁰¹⁰ Kaum vertretbar erscheint es, die Subjektsqualität des zu Forschungszwecken gezeugten Embryos in vitro zu verneinen und ihm den Menschenwürdeschutz zu versagen, weil ihm „von vornherein jede Perspektive einer individuellen menschlichen Entwicklung und somit der auch innerhalb des objektiven Gehalts der Menschenwürdegarantie erforderliche – Menschenwürdeschutz auslösende – Bezug zu einem konkreten Individuum“ fehle (so Hieb, Die gespaltene Mutterchaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, S. 102); denn die fehlende Entwicklungsperspektive ist Folge der gegen seine Menschenwürde verstößenden Entscheidung, ihn zu Forschungszwecken zu verwenden und kann deshalb nicht gleichzeitig als Argument herhalten, ihm den Menschenwürdeschutz abzuspochen.

¹⁰¹¹ Der Terminus „Mietmutterchaft“ (vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 6) passt deshalb eigentlich besser zur Beschreibung dieser Konstellation.

Erwägungen zum Grundrechtsschutz durch Existenzverhinderung des potentiellen Grundrechtsträgers – bezogen auf die Menschenwürde – deshalb nur bei entgeltlichen Vereinbarungen über die Durchführung einer Ersatzmutterchaft. Soweit Verbotsregelungen, welche die Leihmutterchaften betreffen, zusätzlich mit dem Kindeswohl der potentiellen Grundrechtsträger gerechtfertigt werden sollen, stellt sich die Problematik in diesem Zusammenhang aber erneut¹⁰¹².

b. Die Menschenwürde der Leihmutter

Einige derjenigen, welche eine Verletzung der Menschenwürde des Kindes sehen, sind auch geneigt, eine mit der Übernahme der Leihmutterchaft einhergehende Beeinträchtigung der Menschenwürde der Leihmutter zu bejahen, so namentlich in einer neueren Entscheidung vor allem das Kammergericht, das die Menschenwürde der Leihmutter sogar als beeinträchtigt ansieht, wenn die betroffene Frau selbst ihr Einverständnis erklärt hat¹⁰¹³. Der BGH sah demgegenüber in der nachgehenden Entscheidung die bloße Durchführung der Leihmutterchaft nicht als Indikation für eine Verletzung der Menschenwürde der Leihmutter; diese könne nur verletzt sein, wenn die freiwillige Mitwirkung der Leihmutter in Frage stehe oder andere Umstände im Unklaren blieben¹⁰¹⁴. Beide Gerichte setzten sich inhaltlich nicht weiter mit ihren Positionen auseinander und liefern jeweils auch nur eine Quelle als Nachweis für den von ihnen vertretenen Standpunkt¹⁰¹⁵. Dabei handelt es sich im Kern um den seit Langem schwelenden Streit darüber, ob die Menschenwürde der Disposition des Einzelnen entzogen ist¹⁰¹⁶. Das Bundesverwaltungsgericht hat das in seiner ersten Entscheidung zur Genehmigung einer Peepshow bejaht: Die Menschenwürde sei ein „objektiver, unverfügbarer Wert“. Die Einwilligung des Betroffenen vermöge eine Verlet-

¹⁰¹² Unten H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹⁰¹³ KG, StAZ 2013, 348, 350; vgl. weiter: AG Hamm, FamFR 2011, 551, Rn. 23 f.; Poll/Juristic, JR 1999, 226, 232 f.

¹⁰¹⁴ BGHZ 203, 350, 365–367 (Rn. 49, 51); BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 18).

¹⁰¹⁵ Das KG zitiert die Stellungnahme des Kirchenamts der EKD vom 17. Februar 2009, abgedruckt bei Sturm in: FS Kühne, S. 919, 923, Fn. 28; der BGH bezieht sich auf Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, 41 f., 56 f.

¹⁰¹⁶ Dafür: BVerwGE 64, 274, 279 f. (Peepshow); VG Neustadt, NVwZ 1993, 98, 99 (Zwergenweitwurf); LG Mannheim, NJW 1995, 3398, 3399 (Telefonsex); Hinrichs, NJW 2000, 2173, offen gelassen in BVerwGE 84, 314 (Peepshow); dagegen: VG Berlin, NJW 2001, 983, 986 (Prostitution); Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 152; v. Olshausen, NJW 1982, 2221, Höfling, NJW 1983, 1582.

zung der Menschenwürde nur auszuschließen, wenn die Verletzung der Menschenwürde gerade und nur aus dem Fehlen der Einwilligung des Betroffenen in die in Rede stehende Handlung oder Unterlassung resultiere¹⁰¹⁷. Im Hinblick auf die Eigenschaften der Menschenwürde als „objektiv“ und „unverfügbar“ nimmt das Bundesverwaltungsgericht Bezug auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit lebenslanger Freiheitsstrafen mit dem Grundgesetz¹⁰¹⁸. Dort stellt auch das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Menschenwürde „etwas Unverfügbares“ ist. Ausgehend vom Thema dieser Entscheidung ging es aber um die Frage, ob ein Straftäter, der sich in schwerer und unerträglicher Art und Weise gegen alle Schutzgüter unserer Verfassung vergangen hat, noch unter den Schutz der Menschenwürde gestellt ist¹⁰¹⁹, m.a.W., ob die Menschenwürde durch Straftaten oder sonstiges unwürdiges Verhalten verwirkt werden kann¹⁰²⁰ und der Straftäter deshalb einer Strafe ausgesetzt werden darf, die mit seiner Menschenwürde nicht mehr vereinbar ist, weil nicht einmal die Chance für ihn besteht, je wieder in Freiheit zu gelangen¹⁰²¹. Das hat das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich und nachvollziehbar verneint¹⁰²². Nicht entschieden war damit aber, ob dem Einzelnen ein Würdeschutz gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann. Zwar ist der Würdeschutz des Menschen grundsätzlich nicht von seinen geistigen oder körperlichen Fähigkeiten abhängig¹⁰²³; das Bundesverfassungsgericht hat aber auch klargestellt, dass die Menschenwürde als oberster Wert den Menschen als „eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘“ sieht, dem „um seiner Würde willen“ eine „möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden“ muss¹⁰²⁴, der mit anderen Worten „sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird“

¹⁰¹⁷ BVerwGE 64, 274, 279 f.; vgl. auch VG Neustadt, NVwZ 1993, 98, LG Mannheim, NJW 1995, 3398 und Hinrichs, NJW 2000, 2173.

¹⁰¹⁸ BVerfGE 45, 187, 229.

¹⁰¹⁹ Klarer: BVerfGE 64, 261, 284; BVerfGE 72, 105, 115.

¹⁰²⁰ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 53; Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 1 GG, Rn. 12.

¹⁰²¹ Vgl. BVerfGE 45, 187, 229.

¹⁰²² BVerfGE 45, 187, 229; BVerfGE 64, 261, 284; BVerfGE 72, 105, 115.

¹⁰²³ Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 53 unter Verweis auf BVerfGE 24, 119, 144; 79, 51, 63.

¹⁰²⁴ BVerfGE 5, 85, 204; vgl. auch v. Olshausen, NJW 1982, 2221, 2223, der dann aber in der weiteren Argumentationslinie das Bundesverfassungsgericht nicht mehr richtig wiedergibt, wenn er darauf abstellt, dass der Staat „nicht als besserwissende Obrigkeit versuchen [dürfe], für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen“; das Bundesverfassungsgericht hat vielmehr festgehalten, dass es nicht genüge, wenn eine Obrigkeit sich bemühe, noch so gut für das Wohl von ‚Untertanen‘ zu sorgen.

und „über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann“¹⁰²⁵. Dabei steht dem Einzelnen ein erheblicher Spielraum im Hinblick auf die Bestimmung des eigenen sozialen Geltungsanspruchs zu¹⁰²⁶. Die Annahme, dass Einsichtsfähige durch freiwillige Verhaltensweisen, die ohne äußeren Zwang ausgeübt werden und andere nicht gefährden, zugleich in ihrer Menschenwürde verletzt werden, ist deshalb wenig überzeugend¹⁰²⁷. Der als Abwehrrecht gegen den Staat konzipierte Art. 1 Abs. 1 GG darf in seiner Wirkung nicht in das Gegenteil verkehrt werden und zu freiheitsverkürzenden Inpflichtnahmen führen¹⁰²⁸. Auch wenn das selbstbestimmte Verhalten des Einzelnen von Dritten als unwürdig empfunden wird, kann folglich nicht von einer Verletzung der Menschenwürde des Betroffenen ausgegangen werden¹⁰²⁹. Das oben zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist deshalb schon damals nicht zu Unrecht auf erhebliche Kritik gestoßen¹⁰³⁰. Das Gericht hat daraufhin in einer weiteren Entscheidung zur Genehmigung einer Peepshow nicht mehr auf die Verletzung der Menschenwürde der betroffenen Frauen abgestellt, sondern die Frage offengelassen und die Versagung der Genehmigung allein mit dem Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden begründet¹⁰³¹. Im Hinblick auf die hier relevante spezielle Frage, ob die Übernahme der Leihmutterchaft einen Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter nach sich zieht, kann deshalb – die Freiwilligkeit der Übernahme der Leihmutterchaft vorausgesetzt – ebenfalls nicht von einer Verletzung der Menschenwürde ausgegangen

¹⁰²⁵ BVerfGE 49, 286, 298.

¹⁰²⁶ BVerfGE 54, 148, 155 f. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

¹⁰²⁷ Höfling, NJW 1983, 1582, 1583.

¹⁰²⁸ Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 389; Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 149.

¹⁰²⁹ Zippelius in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 u. 2 GG, Rn. 81.

¹⁰³⁰ V. Olshausen, NJW 1982, 2221; Höfling, NJW 1983, 1582, 1583; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 104 ff.; Geddart-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, S. 89 f.; Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 369; vgl. auch Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 149; Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 1 GG, Rn. 36 (bei „Peepshow“).

¹⁰³¹ BVerwGE 84, 314, Rn. 16 ff.: Für das Sittenwidrigkeitssurteil komme es auch nicht darauf an, ob die betroffenen Frauen freiwillig tätig werden und ihre Tätigkeit selbst nicht als entwürdigend empfinden. Es wurde allein auf die in der Bevölkerung vorherrschende Einstellung zu Peepshows abgestellt, die jedenfalls zum Entscheidungszeitpunkt – und wohl auch noch heute – dahin geht, dass Peepshow-Betriebe als anrühlich und sittlich zweifelhaft angesehen werden; vgl. auch Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 1 GG, Rn. 36 (bei „Peepshow“).

werden¹⁰³². Das ergibt sich auch daraus, dass die mit der Durchführung der Leihmutterchaft im Zusammenhang stehende ärztliche Behandlung nicht mit einer Verachtung oder Abwertung verbunden ist; die Leihmutter wird dadurch nicht zum bloßen Objekt degradiert¹⁰³³.

Fraglich erscheint aber noch, ob der Menschenwürdeverstoß – so wie im überwiegenden Teil der Literatur bisher angenommen¹⁰³⁴ – bereits ausscheidet, wenn die Leihmutter freiwillig der Übernahme der Leihmutterchaft zugestimmt hat, oder ob darüber hinaus zusätzlich erforderlich ist, dass diese die Elternstellung nicht einnehmen will und das Kind freiwillig an die Wunscheltern herausgibt. Der BGH scheint nunmehr auch die freiwillige Herausgabe des Kindes zur Voraussetzung für den fehlenden Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter zu erklären und verweist in diesem Zusammenhang auf die Vergleichbarkeit mit der Adoption¹⁰³⁵. Die Freiwilligkeit der Herausgabe des Kindes betrifft aber nicht die Menschenwürde der Leihmutter; denn das Einwilligungsrecht aus § 1747 BGB wird durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützt¹⁰³⁶, welches in Fällen der Leihmutterchaft sowohl der Leihmutter als auch der genetischen Wunschmutter zusteht¹⁰³⁷. Soweit speziellere Grundrechte anwendbar sind, scheidet die Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG aus¹⁰³⁸. Ausgehend von dieser Prämisse sollte bei fehlendem Einverständnis der Leihmutter im Hinblick auf die Herausgabe nicht von Verletzung ihrer Menschenwürde ausgegangen werden, betroffen ist insoweit ihr Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Nähme man bei fehlender Freiwilligkeit der Herausgabe des Kindes jeweils gleich einen Verstoß gegen die Menschenwürde des betroffenen Elternteils an, hätte das im Übrigen auch auf weitere wesentliche Bestandteile des Kindschaftsrechts erhebliche Auswirkungen, weil entsprechende Eingriffe in die elterliche Sorge nicht einmal mehr mit kollidierenden Grundrechten des Kindes bzw. dem Kindeswohl gerechtfertigt werden könnten. Mit dieser Maß-

¹⁰³² Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 104; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 42; derselbe in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 97.

¹⁰³³ Mayer, IPRax 2014, 57, 61; vgl. zur Objektformel nur: BVerfGE 27, 1, 6.

¹⁰³⁴ Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 157; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 104; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 42; derselbe in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 97.

¹⁰³⁵ BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); BGH, NZFam 2018, 983, 985 (Rn. 19); ebenso: Woitge, Jura 2015, 496, 500.

¹⁰³⁶ BVerfGE 92, 158, 176 ff. (von einem Verstoß gegen die Menschenwürde ist in der Entscheidung nicht die Rede); Maurer in: MüKo⁷, § 1747 BGB, Rn. 1.

¹⁰³⁷ Coester-Waltjen in: von Münch/Kunig, Art. 6 GG, Rn. 72.

¹⁰³⁸ BVerfGE 51, 97, 105; Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 9.

gabe wären unter anderem Sorgerechtsübertragungen auf einen von zwei Elternteilen nach § 1671 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 BGB und sogar Maßnahmen nach § 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB gegen den Willen der in ihrer Menschenwürde betroffenen Eltern nicht mehr möglich. Zu differenzieren und im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft bei fehlender Freiwilligkeit der Herausgabe des Kindes einen Menschenwürdeverstoß zu statuieren, eine solchen aber in allen anderen Fällen abzulehnen, in denen die Herausgabe des Kindes gegen den Willen der Eltern durchgesetzt werden soll, ist kaum begründbar. Besser ist es deshalb, wie bisher nur zu verlangen, dass die Übernahme der Leihmutterschaft freiwillig erfolgen muss, um einen Menschenwürdeverstoß auf Seiten der Leihmutter abzulehnen. Vor der unfreiwilligen Herausgabe des Kindes schützt allein Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

2. Exkurs: Die Menschenwürde bei Eizell- und Embryospenden

Was für den Bereich der Leihmutterschaft gilt, lässt sich auch auf die Eizellspenderin übertragen: Grundsätzlich berührt die freiwillige Eizellspende ihre Menschenwürde nicht. Wird ihre Mitwirkung dagegen erzwungen, kann auch eine Beeinträchtigung ihrer Menschenwürde gegeben sein.

Zum Teil wird im Fall anonymer Eizell- und Embryospenden aufgrund der fehlenden Möglichkeit des Kindes, später seine genetische Abstammung zu erfahren, ein Menschenwürdeverstoß bejaht¹⁰³⁹. Auch an dieser Stelle greift aber der Grundsatz, dass der Sachverhalt vorrangig anhand des spezielleren Grundrechts gemessen werden muss, wenn ein solches thematisch anwendbar ist¹⁰⁴⁰. Das ist, soweit es um die Vorenthaltung von Informationen über die eigene Abstammung geht, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Dieses ist, wie sogleich noch eingehend zu zeigen sein wird, nicht unmittelbar aus der Menschenwürde ableitbar, sondern Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁰⁴¹. Anonymitätsvereinbarungen können deshalb mit einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf Seiten des Kindes einhergehen,

¹⁰³⁹ In diese Richtung: Starck in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 96.

¹⁰⁴⁰ BVerfGE 51, 97, 105; Hillgruber in: BeckOK GG, Art. 1 GG, Rn. 9.

¹⁰⁴¹ Vgl. an dieser Stelle nur: BVerfGE 79, 256.

eine unmittelbare Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG ist dadurch aber nicht denkbar¹⁰⁴².

Vorstellbar sind Menschenwürdeverletzungen noch im Zusammenhang mit der Embryospende. Denn der bereits existierende Embryo, welcher – wie oben nachgewiesen – bereits Träger der Menschenwürde ist, kann zum Objekt von Handelsgeschäften werden. Um das zu verhindern, sind Regeln erforderlich, die eine Kommerzialisierung von Embryonen *in vitro* verhindern¹⁰⁴³. Gerade bei der Embryospende wirkt sich der bereits mit der Befruchtung einsetzende Menschenwürdeschutz außerdem zusätzlich dahingehend aus, überzähligen Embryonen, die im Rahmen von IVF-Behandlungen entstehen können, durch die Möglichkeit der Spende überhaupt eine Lebensperspektive zu gewähren¹⁰⁴⁴.

3. Das Ergebnis

Als Ergebnis festzuhalten bleibt, dass im Einzelfall die Menschenwürde der Leihmutter verletzt sein kann, nämlich unter der Voraussetzung, dass die Übernahme der Leihmutterschaft nicht freiwillig erfolgt. Die Leihmutter wird unter diesen Umständen durch die Behandlung als „menschlicher Brutkasten“ zum Objekt herabgewürdigt. Ansonsten ist unter dem Blickwinkel der Menschenwürde die Leihmutterschaft nicht als problematisch anzusehen: Weder die Leihmutter, noch das Kind werden in ihrem Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG verletzt, das Kind auch deshalb nicht, weil der Schutz seiner Menschenwürde grundsätzlich nicht dadurch gewährleistet werden kann, dass die Entstehung seiner eigenen Existenz verhindert wird. Der Schutz der Menschenwürde richtete sich ansonsten gegen den (potentiellen) Grundrechtsträger selbst und nicht nur gegen diejenigen, von deren Seite die Beeinträchtigung der Menschenwürde droht.

¹⁰⁴² Gegen einen Verstoß auch: Dreier in: Dreier, Art. 1 I GG, Rn. 94; vgl. zu heterologen Inseminationen Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 101.

¹⁰⁴³ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 69 f.

¹⁰⁴⁴ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 75 f.

II. Die Rechte des Kindes und der Wunschmutter aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG

Die unanfechtbar ausgestaltete Regelung in § 1591 BGB ist mit Art. 6 GG nicht vereinbar, wenn dadurch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen von Mutter und Kind beeinträchtigt werden und die Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung nicht möglich ist.

1. Art. 6 Abs. 1 GG

Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Ehe und die Familie. Er beinhaltet neben dem Abwehrrecht eine Institutsgarantie und eine wertentscheidende Grundsatznorm¹⁰⁴⁵ und damit neben dem Verbot von Eingriffen durch den Staat auch eine Schutzpflicht vor Drittbeeinträchtigungen¹⁰⁴⁶. Eingriffe in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG können aufgrund seiner vorbehaltlosen Gewährung nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden¹⁰⁴⁷.

Die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie definieren Rechtsprechung und Literatur als „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“¹⁰⁴⁸. Nicht maßgeblich ist insoweit, ob die Kinder von den Eltern abstammen, entscheidend ist vielmehr ihre tatsächliche Verbundenheit im Sinne einer gelebten Lebens- und Erziehungsgemeinschaft¹⁰⁴⁹. Das schließt den Schutz dieser Verbindung zwischen Eltern und den mit ihnen genetisch verwandten Kindern zwar nicht aus. Dennoch ist die tatsächliche Verbundenheit und nicht die Abstammung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG der bestimmende Faktor. Deshalb wird durch Art. 6 Abs. 1 GG unter anderem das Interesse eines nicht von seinen rechtlichen Eltern abstammenden Kindes am Erhalt seiner rechtlichen familiären Beziehungen geschützt¹⁰⁵⁰. Einer Regelung wie § 1591 BGB, durch welche die Anfechtbarkeit der Mutterschaft ausgeschlossen wird, steht das Grundrecht deshalb nicht entgegen. Der Ausschluss der Anfechtbar-

¹⁰⁴⁵ BVerfGE 24, 119, 135; 87, 1, 34; Robbers in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 8, 140, 141; Uhle in: BeckOK GG, Art. 6 GG, Rn. 21, 29, 33.

¹⁰⁴⁶ BVerfGE 6, 55, 76; 87, 1, 34; von Coelln in: Sachs GG, Art. 6 GG, Rn. 19, 22, 34.

¹⁰⁴⁷ BVerfGE 24, 119, 135; von Coelln in: Sachs GG, Art. 6 GG, Rn. 23.

¹⁰⁴⁸ BVerfGE 10, 59, 66; 80, 81, 90; von Coelln in: Sachs GG, Art. 6 GG, Rn. 14.

¹⁰⁴⁹ BVerfGE 18, 97, 105 f.; 79, 256, 267; Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 60; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 447; von Coelln in: Sachs GG, Art. 6 GG, Rn. 16.

¹⁰⁵⁰ BVerfGE 79, 256, 267; 108, 82, 107; 117, 202, 234.

keit kann aber Verletzungen des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nach sich ziehen.

2. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

a. Das Gebot der Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG enthält mit dem Elternrecht ein fiduziarisches Recht, das dem Schutz und dem Wohl des Kindes dient. Es ist deshalb sowohl ein Grundrecht als auch eine Grundpflicht¹⁰⁵¹. Das Kindeswohl als wesentlicher Faktor ist auf diese Weise mittelbar ebenfalls Schutzgut von Art. 6 Abs. 2 GG und zugleich dessen Grenze¹⁰⁵². Der Elternbegriff umfasst nach dem Sprachgebrauch nicht nur die rechtlichen, sondern auch die leiblichen Eltern eines Kindes, unabhängig von ihrem Familienstand und der Enge der Beziehung zwischen ihnen und dem Kind¹⁰⁵³. Der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG enthaltene Hinweis auf das „natürliche Recht der Eltern“ bedeutet, dass dieses Recht nicht vom Staat verliehen wird, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist¹⁰⁵⁴. Es beruht insoweit auf dem Grundgedanken, dass „in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“¹⁰⁵⁵. Außerdem wird verdeutlicht, dass diejenigen, welche einem Kind das Leben geben, „von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“¹⁰⁵⁶. Deshalb ist der Gesetzgeber „gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten“¹⁰⁵⁷; es besteht ein sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebendes „Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“¹⁰⁵⁸. Dass mit der leiblichen Elternschaft nicht lediglich die aus der Geburt des Kindes resultierende psychosoziale Verbindung zwischen der nicht-genetischen Geburtsmutter (Leihmutter)

¹⁰⁵¹ BVerfG 59, 360, 376 f.

¹⁰⁵² BVerfGE 60, 79, 88; Uhle in: BeckOK GG, Art. 6 GG, Rn. 55.

¹⁰⁵³ BVerfGE 92, 158, 178.

¹⁰⁵⁴ BVerfGE 59, 360, 376; 108, 82, 100; Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henke, Art. 6 GG, Rn. 44.

¹⁰⁵⁵ BVerfGE 59, 360, 376; Coester, JZ 1992, 809, 810.

¹⁰⁵⁶ BVerfGE 108, 82, 100.

¹⁰⁵⁷ BVerfGE 108, 82, 100.

¹⁰⁵⁸ BVerfGE 108, 82, 100, 104; BVerfGE 117, 202, 234.

und dem Kind gemeint ist, ergibt sich aus der soeben bereits benannten Forderung, die elterliche Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten¹⁰⁵⁹. Von anderen Personen soll die elterliche Verantwortung nur übernommen werden, wenn „die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen Funktionen wahrzunehmen“¹⁰⁶⁰.

Das so aus Art. 6 Abs. 1, 2 GG abgeleitete Ziel größtmöglicher Übereinstimmung zwischen der rechtlichen Zuordnung des Kindes und den wahren Abstammungsverhältnissen wurde im Hinblick auf die Vaterschaft bereits mit dem 1969 verabschiedeten Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder verfolgt¹⁰⁶¹. Ihm dient das in den §§ 1600 ff. BGB geregelte Vaterschaftsanfechtungsverfahren. Auch in der Literatur fanden und finden sich nach wie vor Äußerungen dahingehend, dass den biologischen Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liege als einer anderen Person oder Institution und deshalb Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich auf einer Übereinstimmung von Elternrecht und biologischer Elternschaft aufbaue¹⁰⁶², dass das „natürliche“ Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern auf der Abstammung beruhe¹⁰⁶³, und dass im Fall der genetischen Abstammung von den Eltern am ehesten die Erwartung bestehe, dass sich ein liebevolles Eltern-Kind-Verhältnis entwickeln werde¹⁰⁶⁴.

b. Das Interesse der leiblichen Eltern, die rechtliche Stellung als Eltern einzunehmen

Über den Bestand eines bloßen Gebots der Übereinstimmung zwischen rechtlicher Elternschaft und Abstammung hinausgehend besteht aber auch ein konkretes unter den Schutz von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fallendes Interesse des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Ihm ist „verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen

¹⁰⁵⁹ BVerfGE 108, 82, 100.

¹⁰⁶⁰ BVerfGE 133, 59, 74 zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner.

¹⁰⁶¹ BT-Drs. 5/2370, S. 37; BGBl I, 1969, S. 1243–1269.

¹⁰⁶² BVerfGE 59, 360, 376; Coester, JZ 1992, 809, 810.

¹⁰⁶³ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1589, Rn. 6.

¹⁰⁶⁴ So in Bezug auf das Kriterium der Erforderlichkeit der Annahme in § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB: Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 90; vgl. dazu auch oben F.V.2.b.iv., S. 153 f.

Eltern nicht entgegensteht¹⁰⁶⁵. Zwar gewährt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG damit kein Grundrecht des genetischen Vaters, in jedem Fall vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten, ein Rangverhältnis zwischen biologischer und sozialer Elternschaft besteht insoweit nicht. Der Gesetzgeber muss aber zwischen den kollidierenden Interessen abwägen, wobei er dem bereits erwähnten Interesse der rechtlichen Eltern und des Kindes am Erhalt eines sozialen Familienverbandes aus Art. 6 Abs. 1 GG gegenüber dem Interesse des leiblichen Vaters den Vorrang einräumen darf¹⁰⁶⁶. Besteht eine schützenswerte soziale Familie zwischen den rechtlichen Eltern und dem Kind nicht (mehr), gibt es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings auch keinen hinreichenden Grund, dem leiblichen Vater die rechtliche Anerkennung zu verwehren¹⁰⁶⁷. Der Gesetzgeber hat dementsprechend mit Gesetz vom 23.4.2004 dem leiblichen Vater durch § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 BGB ein – beschränktes¹⁰⁶⁸ – Anfechtungsrecht eingeräumt und ihm dadurch ermöglicht, Klage auf Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d Abs. 1 BGB zu erheben.

Besteht ein von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse des leiblichen Vaters, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen, muss ein vergleichbares Recht auch der genetischen Mutter zustehen. Ist dem genetischen Vater verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, darf die genetische Mutter ihm in dieser Hinsicht nicht nachstehen¹⁰⁶⁹. Denn das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

¹⁰⁶⁵ BVerfGE 108, 82, 1. Leitsatz; BVerfG, NJW 2009, 423, Rn. 13 f.

¹⁰⁶⁶ BVerfGE 108, 82, 105 ff.: Die Mutter müsse sich jenseits des sozialen Familienverbandes mit einem Mann das Elternrecht teilen, mit dem sie in keiner sozialen Beziehung stehe, der rechtliche Vater verliere seine durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Rechtsstellung, obwohl er Verantwortung für das Kind getragen habe und auch weiter für das Kind Sorge, das Kind verliere seinen bisherigen Vater und müsse sich auf einen neuen einstellen, trotz Verbleibs im bisherigen Familienverband, was vor allem für das Kind Konflikte nach sich ziehen könne.

¹⁰⁶⁷ BVerfGE 108, 82, 109; im Wesentlichen zustimmend auch: Huber, FamRZ 2003, 825; Rakete-Dombek, FPR 2003, 478; Eckebrecht, FPR 2005, 205, 207; vgl. auch Helms, FamRZ 2010, 1, 6.

¹⁰⁶⁸ Es darf nach Abs. 2, 3 keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater bestehen; die darin liegende Anforderung wurde vom Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung für verfassungsgemäß erachtet: BVerfG, NJW 2009, 423.

¹⁰⁶⁹ Für die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auf die genetische Mutter ausdrücklich: OLG Köln, NJW-RR 2014, 1409, 1410, allerdings bezogen auf Fälle der geteilten Mutterschaft; vgl. auch Kaufhold in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 87, 97 m.w.N.

verankerte Elternrecht kann nicht in Abhängigkeit vom Geschlecht des genetischen Elternteils unterschiedlich ausgelegt werden¹⁰⁷⁰.

c. Das Interesse des Kindes, den leiblichen Eltern zugeordnet zu werden

Neben den dargestellten Interessen der leiblichen Eltern kann durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch das vergleichbare Interesse des Kindes, seinen leiblichen Eltern zugordnet zu werden und eine entsprechende verfahrensrechtliche Möglichkeit eingeräumt zu bekommen, geschützt sein. Voraussetzung ist, dass Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur den Eltern, sondern auch dem Kind Grundrechtsschutz vermittelt: Das Elternrecht ist, wie eingangs dargestellt, ein Recht der Eltern im Interesse des Kindes, welches des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu entwickeln; sein Wohl ist Richtschnur für das Handeln der Eltern¹⁰⁷¹. Dementsprechend statuiert Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gleichzeitig mit dem Elternrecht auch die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihres Kindes, welche sowohl gegenüber dem Staat¹⁰⁷² als auch unmittelbar gegenüber dem Kind besteht¹⁰⁷³. Mit dieser Pflicht korrespondiert das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern¹⁰⁷⁴. Denn den Eltern wird durch das Elternrecht eine tiefgreifende Einflussnahme auf das Leben ihres Kindes gewährt, was allein dem Umstand geschuldet ist, dass das Kind nicht eigenverantwortlich handeln kann und ohne die elterliche Hilfe Schaden nähme. Deshalb hat das Kind einen „Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht nachkommen.“¹⁰⁷⁵ Unmittelbar verpflichtet werden die Eltern durch die dem Kind eingeräumte Grundrechtsposition aber nicht; denn die Grundrechte richten sich nicht an Privatrechtssubjekte, sondern an den Staat¹⁰⁷⁶. Der Gesetzgeber hat dem Kind aber in Ausgestaltung dieses Rechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch § 1684 Abs. 1 BGB ein subjektives Recht auf Umgang mit seinen

¹⁰⁷⁰ Vgl. auch zu Art. 3 GG unten H.III.3., S. 246 ff.

¹⁰⁷¹ BVerfGE 103, 89, 107; 121, 69, 92.

¹⁰⁷² Der Staat ist nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG berechtigt, zum Schutz des Kindes einzuschreiten, wenn die Eltern ihrer Verantwortung nicht gerecht werden (BVerfGE 107, 104, 117; 121, 69, 92).

¹⁰⁷³ BVerfGE 121, 69, 92.

¹⁰⁷⁴ BVerfGE 121, 69, 93; 133, 59, 73.

¹⁰⁷⁵ BVerfGE 121, 69, 93.

¹⁰⁷⁶ Von Coelln in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 6 GG, Rn. 69.

Eltern eingeräumt, mit dem eine entsprechende Verpflichtung von Seiten der Eltern einhergeht¹⁰⁷⁷.

In der Literatur wird zum Teil angenommen, dass sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG kein korrespondierendes Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern ergibt¹⁰⁷⁸. Soweit dafür lediglich auf vorangegangene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verwiesen wird¹⁰⁷⁹, kann das nicht überzeugen, weil das Bundesverfassungsgericht nunmehr ausdrücklich von einem „Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG“ spricht und weiter formuliert, dass das „Recht des Kindes [...] von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt“ wird¹⁰⁸⁰. Es hat inzwischen sogar ein Recht auf „staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege“ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG statuiert, mit der Folge, dass ein staatlicher Auftrag dahingehend besteht, „das Wie und das Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern“¹⁰⁸¹. *Brosius-Gersdorf* begründet ihre Ablehnung eines Rechts des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unter anderem damit, dass die mit der Pflicht der Eltern tatsächlich einhergehende Begünstigung des Kindes ein bloßer Rechtsreflex sei und deshalb kein Grundrecht des Kindes nach sich zöge. Sie will ein entsprechendes Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aber aus anderen Grundrechten des Kindes, namentlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit ableiten¹⁰⁸². Zumindest ersteres steht in gewisser Weise auch im Einklang mit der von ihr kritisierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts; denn dort stellt das oberste Gericht einen „engen Zusammenhang“ zwischen dem Recht des Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes heraus, weil letzteres dem Kind den erforderlichen familiären Bezug sichert, der für seine Persönlichkeitsentwicklung von Bedeutung ist¹⁰⁸³. Praktische Auswirkungen hat die ausschließliche Ableitung des Rechts des Kindes auf

¹⁰⁷⁷ BVerfGE 121, 69, 96; vgl. eingehend: Hennemann in: MüKo⁷, § 1684 BGB, Rn. 5–7.

¹⁰⁷⁸ Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 94, 135; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 152; ohne nähere Begründung: Robbers in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Abs. 2 GG, Rn. 182.

¹⁰⁷⁹ Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6 GG, Rn. 94, 135 nimmt auf BVerfGE 28, 104, 112 Bezug; Robbers in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 Abs. 2 GG, Rn. 182 darüber hinaus auch auf BVerfGE 61, 18, 27.

¹⁰⁸⁰ BVerfGE 121, 69, 93.

¹⁰⁸¹ BVerfGE 133, 59, 73 f.

¹⁰⁸² Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 152.

¹⁰⁸³ BVerfGE 121, 69, 93; vgl. auch BVerfGE 133, 59, 73 f.

Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. 1 Abs. 1 GG, solange es nur grundsätzlich anerkannt wird, aber allenfalls auf der Rechtfertigungsebene; denn Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unterliegt neben dem im Rahmen des staatlichen Wächteramts zu berücksichtigenden Kindeswohl nur verfassungsimmanenten Schranken¹⁰⁸⁴, das allgemeine Persönlichkeitsrecht dagegen dem in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltenen einfachen Gesetzesvorbehalt¹⁰⁸⁵. Dieser Unterschied wird freilich dadurch nivelliert, dass wegen der Bezüge des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Menschenwürde ohnehin eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt ist¹⁰⁸⁶, deren Anforderungen von der durch den Eingriff berührten Sphäre abhängen¹⁰⁸⁷. Im Ergebnis werden sich deshalb die aus der unterschiedlichen Einordnung der Rechtsposition des Kindes ergebenden Konsequenzen für die Rechtfertigungsebene in Grenzen halten. Die eindeutigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sprechen aber dennoch für ein unmittelbar durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Recht auf Pflege und Erziehung des Kindes durch seine Eltern.

In Zusammenschau der vorstehend dargestellten maßgeblichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁸⁸ ergibt sich nunmehr Folgendes: Wird durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht nur das Elternrecht geschützt, sondern gewährt die Vorschrift auch dem Kind ein subjektives Recht, dann muss mit dem Interesse des genetischen Vaters, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen¹⁰⁸⁹, auch das korrespondierende Interesse des Kindes, die rechtliche Stellung als Kind seiner genetischen Eltern einzunehmen, geschützt sein. Ein derartiges, von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse des Kindes hat das Bundesverfassungsgericht bezogen auf die rechtliche Zuordnung zum leiblichen Vater ausdrücklich festgehalten¹⁰⁹⁰. Das sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebende „Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“¹⁰⁹¹, weil diejenigen, welche dem Kind das Leben geben, grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für

¹⁰⁸⁴ Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 55, 59.

¹⁰⁸⁵ BVerfGE 97, 228, 269; Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 2 GG, Rn. 58.

¹⁰⁸⁶ BVerfGE 33, 367, 376 f.; 121, 115, 128 f.

¹⁰⁸⁷ Unten I.1.1., S. 281 ff.

¹⁰⁸⁸ BVerfGE 108, 82 und 121, 69.

¹⁰⁸⁹ BVerfGE 108, 82, 104.

¹⁰⁹⁰ So ausdrücklich BVerfGE 108, 82, 108 für das Interesse des Kindes, seinen leiblichen Vater rechtlich zugeordnet zu erhalten mit der Feststellung, dass das eigene Anfechtungsrecht des Kindes diesem Interesse diene.

¹⁰⁹¹ BVerfGE 108, 82, 104.

seine Pflege zu übernehmen¹⁰⁹² kann sich außerdem nicht nur auf die Vaterschaft beziehen, sondern schließt schon aufgrund der offenen Formulierung „Elternschaft“ statt „Vaterschaft“¹⁰⁹³, das Gebot mit ein, auch in Bezug auf die Mutterschaft möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Mutterschaft zu erreichen. Dass es sich bei der leiblichen Mutter nicht um die Geburtsmutter, sondern um die genetische Mutter handelt, ergibt sich aus der unmittelbar in diesem Zusammenhang stehenden an den Gesetzgeber gerichteten Forderung des Bundesverfassungsgerichts, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung auszurichten¹⁰⁹⁴. Dementsprechend ist auch dem Kind verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Stellung als Kind seiner genetischen Mutter einzunehmen.

d. Die Beeinträchtigung der sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden Rechte der leiblichen Mütter und Kinder durch § 1591 BGB

Soweit § 1591 BGB unanfechtbar eine Zuordnung zur Geburtsmutter vorsieht, kann dadurch das Interesse der genetischen Mutter, die rechtliche Stellung als Mutter einzunehmen, beeinträchtigt sein. Entsprechendes gilt für das korrespondierende Recht des Kindes, seine genetische Mutter nicht nur zu kennen, sondern auch als rechtliche Mutter zugeordnet zu erhalten¹⁰⁹⁵. Ob tatsächlich eine Beeinträchtigung dieses in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankerten Rechts vorliegt, ist aber von den Eigenheiten der unterschiedlichen zu einer gespaltenen Mutterschaft führenden Konstellationen abhängig.

¹⁰⁹² BVerfGE 108, 82, 100.

¹⁰⁹³ BVerfGE 108, 82, 104.

¹⁰⁹⁴ BVerfGE 108, 82, 100; und soeben unter H.II.2.a., S. 204 f.

¹⁰⁹⁵ Das Recht der genetischen Wunschmutter auf Kenntnis der Abstammung des Wunschkindes von ihr (vgl. BVerfGE 117, 202 und BVerfG, NJW 2009, 423 zur Vaterschaft) ist nicht betroffen, weil sich die Wunschmutter, welche ihre Eizelle für die Durchführung der Leihmutterschaft zur Verfügung gestellt hat, der Abstammung des Kindes von ihr – von seltenen Verwechslungsfällen abgesehen – sicher sein kann. Auch aus Sicht des Kindes würde insoweit ein statusfolgenloses Feststellungsverfahren wie in § 1598a BGB ausreichen (eingehend zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung unten I.I., S. 279 ff.).

i. Die Fälle der Eizell- und Embryospende

Für den Bereich der Eizell- und Embryospende lässt sich eine entsprechende Beeinträchtigung nicht nachweisen; denn die Spenderinnen verzichten durch die Teilnahme am medizinischen Verfahren auf ihr Elternrecht¹⁰⁹⁶ und damit auch auf ihr Interesse an einer Zuordnung zu dem von ihnen abstammenden Kind. Da sie die elterliche Verantwortung einschließlich aller damit verbundenen Pflichten – im Gegensatz zur Wunschmutter – nicht übernehmen wollen, liegt auch eine Beeinträchtigung der Interessen des Kindes fern. Seinem Wohl wird durch die Zuordnung zur Wunschmutter, welche die Elternpflichten im Gegensatz zur Spenderin übernehmen möchte, am besten entsprochen¹⁰⁹⁷. Der Ausschluss der Anfechtung ist unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 1, 2 GG bei Eizell- und Embryospenden deshalb nicht zu beanstanden. Die Grundannahme, dass das Kind am besten bei den genetischen Eltern aufgehoben ist, greift bei einer Gametenspende nicht.

Dennoch können unterhaltsrechtliche oder erbrechtliche Interessen des Kindes berührt sein. Solange dem Kind die Möglichkeit der Vaterschaftsanfechtung und der nachfolgenden Feststellung des Samenspenders als rechtllichem Vater ermöglicht wird, kann deshalb darüber nachgedacht werden, ob unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten eine entsprechende Anfechtbarkeit und Feststellungsmöglichkeit im Hinblick auf die Mutterschaft in Fällen der Eizell- und Embryonenspende erforderlich ist¹⁰⁹⁸.

ii. Die Fälle der Leihmutterschaft

Anders stellt sich die Sachlage im Bereich der Leihmutterschaft (nicht aber der Ersatzmutterschaft) dar¹⁰⁹⁹. Die Leihmutter betrachtet das Austragen des Kindes als Dienstleistung. Sie weiß nicht nur, dass es sich nicht um ein genetisch eigenes Kind handelt, das sie austrägt, sie möchte das Kind nach der Geburt, von Ausnahmefällen abgesehen, auch nicht be-

¹⁰⁹⁶ Vgl. BGHZ 197, 242, 246 ff. (Rn. 16, 21 f., 24) zum Verzicht auf das Anfechtungsrecht bei der heterologen Insemination, näher unten bei H.III.3.b., S. 249 f. in Fn. 1306.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Insoweit zur Parallelproblematik bei der heterologen Samenspende: BT-Drs. 18/11291, S. 35: Der Zuordnung zum intendierten Vater diene dem Kindeswohl regelmäßig am besten, weil dieser die elterliche Verantwortung übernehmen will.

¹⁰⁹⁸ Unten H.III.3.b., S. 247 ff.

¹⁰⁹⁹ Im Fall der Ersatzmutterschaft, bei der das Kind genetisch auch von der Ersatzmutter abstammt, fallen Geburtsmutterschaft und genetische Mutterschaft zusammen.

treuen, sondern an die Wunschmutter herausgeben. Der Gesetzgeber sah deshalb in dem Gesetzgebungsverfahren zu §§ 13a-d AdVerMiG nicht zu Unrecht die Gefahr, dass sich zwischen Leihmutter und Kind unter diesen Umständen keine persönliche Beziehung entwickeln könne¹¹⁰⁰. Die genetisch mit dem Kind verwandte Wunschmutter will demgegenüber die Verantwortung für das Kind übernehmen. Aufgrund der zwischen ihr und dem Kind bestehenden genetischen Verbindung, kann auch davon ausgegangen werden, dass sie dazu von Natur aus berufen ist¹¹⁰¹ und ihr das Wohl des Kindes im Regelfall mehr am Herzen liegt als anderen Personen¹¹⁰², namentlich der Leihmutter selbst¹¹⁰³.

§ 1591 BGB beeinträchtigt deshalb in den Fällen der Leihmutter-schaft durch die Unanfechtbarkeit der rechtlichen Zuordnung des Kindes zur Leihmutter die oben hergeleiteten Rechte des Kindes und der genetischen Wunschmutter aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG¹¹⁰⁴. Die Beeinträchtigung liegt allerdings nicht bereits in der initialen Zuordnung des Kindes zur Geburtmutter; denn ebenso wie bei der Vaterschaft darf der Gesetzgeber die Zuweisung der Mutterschaft auf Vermutungen stützen, die zwar regelmäßig, aber nicht immer zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Mutterschaft führen¹¹⁰⁵. Erst der Ausschluss einer Korrektur dieser Zuordnung auf dem Anfechtungsweg führt dazu, dass dem Interesse der genetischen Mutter, die rechtliche Elternstellung einzunehmen und dem Interesse des Kindes, die „rechtliche Stellung“ als Kind seiner leiblichen Mutter einzunehmen, nicht durch entsprechende verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Geltung verholfen wird. Der einzig verbleibende Weg über die Adoption ist nicht ausreichend, vor allem, wenn sich das Kind noch im Ausland aufhält¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁰ BT-Drs. 11/4154, S. 6.

¹¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 108, 82, 100.

¹¹⁰² Coester, JZ 1992, 809, 810; vgl. – allerdings zu § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB – auch Motzer in: Motzer/Kugler, Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug, Rn. 90.

¹¹⁰³ Die rechtliche Relevanz der genetischen Verbindung zwischen den Wunscheltern und dem Kind wird im Fall der Leihmutter-schaft auch dadurch verdeutlicht, dass der BGH in grenzüberschreitenden Fällen die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, welche die Feststellung der rechtlichen Verwandtschaft der Wunscheltern enthalten, davon abhängig macht, dass zumindest ein Wunschelternteil genetisch mit dem Kind verwandt ist (BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983).

¹¹⁰⁴ Oben H.II.2.b. und c., S. 205 ff.

¹¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 79, 256, 267; 108, 82, 100; BVerfG, NJW 2009, 423.

¹¹⁰⁶ Vgl. oben F.V.3., S. 154 f.

e. Die Rechtfertigung

Diese Beeinträchtigung kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum vergleichbaren, dem Vater zustehenden Interesse nur durch einen gewichtigen Grund gerechtfertigt werden. Ist ein solcher nicht gegeben, wird die genetische Mutter in ihrem Recht, im Rahmen eines Verfahrens Zugang zur rechtlichen Mutterposition zu erlangen, verletzt¹¹⁰⁷. Entsprechendes gilt für das korrelierende Recht des Kindes.

i. Der Rechtfertigungsmaßstab bei Grundrechtsbeeinträchtigungen durch ausgestaltende gesetzliche Regelungen

Das Elternrecht bedarf in Bezug auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kind der einfachgesetzlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber¹¹⁰⁸. Ebenso wie bei anderen ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten, etwa dem Eigentum, werden die sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden Rechte der Eltern und des Kindes erst durch das einfache Recht begründet. Im Rahmen der Ausgestaltung hat der Gesetzgeber nicht nur Regelungen zum Inhalt familiärer Rechtsbeziehungen in Form des Namens-, Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrechts zu schaffen¹¹⁰⁹, sondern auch zu regeln, wem die rechtliche Elternschaft zuzuweisen ist¹¹¹⁰. Dabei muss das aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen, berücksichtigt werden¹¹¹¹. Bei § 1591 BGB handelt es sich demnach um eine ausgestaltende gesetzliche Regelung.

Welcher Maßstab im Hinblick auf die Rechtfertigung von belastenden Folgen in einfachgesetzlichen Ausgestaltungen von Grundrechten durch den Gesetzgeber anzuwenden ist, ist nicht abschließend geklärt¹¹¹². Derartige Folgen können sich aus einer Abweichung von Grundstruk-

¹¹⁰⁷ Vgl. zur Vaterschaft BVerfGE 108, 82, 110.

¹¹⁰⁸ BVerfGE 84, 168, 180; allgemein zur Ausgestaltungsfunktion der Grundrechte: Jarass in: Jarass/Pieroth, Vorb. Vor Art. 1 GG, Rn. 34 f. Epping, Grundrechte, Rn. 433 ff.

¹¹⁰⁹ Vgl. von Coelln in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 6 GG, Rn. 57; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 167.

¹¹¹⁰ Ausdrücklich in Bezug auf die Begründung des Elternrechts von einer ausgestaltenden Regelung ausgehend: BVerfGE 108, 82, 104; vgl. auch Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 46, 51; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 166; a.A. Kaufhold in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 87, 109.

¹¹¹¹ BVerfGE 108, 82, 100, 104.

¹¹¹² Zum breit gefächerten Meinungsbild vgl. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 332 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

turen des Grundrechts¹¹¹³ oder bestimmenden Merkmalen des auszugestaltenden Instituts¹¹¹⁴ ergeben, aber auch aus Modifikationen bereits vorhandener einfachrechtlicher Regelungen, die zu Verminderungen bestehender Rechtspositionen führen¹¹¹⁵. Zum Teil wird unter Bezugnahme auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Rechtfertigung belastender Folgen abgelehnt¹¹¹⁶. Dem kann nicht zugestimmt werden. Für den Betroffenen ist es im Ergebnis ohne Belang, ob seine Rechtspositionen durch einen klassischen Eingriff oder ausgestaltende staatliche Maßnahmen beeinträchtigt werden¹¹¹⁷. Unabhängig davon, ob man auf den Eingriffsbegriff zurückgreifen möchte¹¹¹⁸, müssen Grundrechtsbeeinträchtigungen durch ausgestaltende gesetzliche Regelungen nach denselben Maßstäben auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfbar sein¹¹¹⁹. Der Gesetzgeber ist deshalb bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung an das Übermaßverbot gebunden, belastende Regelungen müssen, gemessen am verfolgten Zweck, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen¹¹²⁰.

Das Elternrecht – und mit ihm auch das ebenfalls auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gestützte Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern – unterliegt neben den sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ergebenden Beschränkungen in Form des staatlichen Wächteramts, welche dem Schutz des Kindeswohls dienen¹¹²¹, lediglich verfassungsimmanen-

¹¹¹³ Epping, Grundrechte, Rn. 439.

¹¹¹⁴ BVerfGE 76, 1, 49.

¹¹¹⁵ BVerfGE 76, 1, 49.; Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 62.

¹¹¹⁶ Epping, Grundrechte, Rn. 439.

¹¹¹⁷ Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 62 f.

¹¹¹⁸ Dagegen: Epping, Grundrechte, Rn. 440. Soweit er es für unmöglich hält, dass eine „verfassungswidrige“ Ausgestaltung eines Grundrechts in einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff „umschlagen“ kann, ist ihm aber letztlich zuzustimmen. Denn „verfassungswidrig“ sind Grundrechtsbeeinträchtigungen nur, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können. Steht aber mit der Verfassungswidrigkeit bereits fest, dass eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung nicht möglich ist, ergibt eine – erneute – Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung aufgrund eines Umschlagens in einen Eingriff tatsächlich keinen Sinn. Die zu beantwortende Frage nach der Rechtsnatur von mit ausgestaltenden Regelungen einhergehenden Beeinträchtigungen im Sinne einer Vergleichbarkeit mit Eingriffen stellt sich gerade mit Blick auf die Frage, ob der für Eingriffe geltende Rechtfertigungsmaßstab auf ausgestaltende Regelungen übertragen werden kann.

¹¹¹⁹ Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 62 f.

¹¹²⁰ BVerfGE 8, 71, 80; 50, 290, 341; 76, 1, 49 ff.; 79, 256, 269 f.; 84, 372, 378; 99, 341, 352; Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 51, Rn. 42.

¹¹²¹ Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 55; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 172 geht davon aus, dass es sich beim Wächteramt um eine Begrenzung des Schutzbereichs handelt.

Schranken¹¹²². Abgesehen vom Kindeswohl können damit ausschließlich kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Verfassung und der von ihr geschützten Werteordnung ausnahmsweise zur Rechtfertigung von Eingriffen oder Beeinträchtigungen herangezogen werden¹¹²³. Als Schranken-Schranke dient der bereits angesprochene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹¹²⁴. Kollidierende Grundrechte sind durch ihn einem angemessenen und verhältnismäßigen Ausgleich zuzuführen, wenn keines einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen kann¹¹²⁵. Kommt einer Verfassungsbestimmung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht zu, darf die schwächere Norm dennoch nur insoweit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint¹¹²⁶. Gewahrt ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn durch den Eingriff ein legitimer Zweck verfolgt wird und der Eingriff zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist¹¹²⁷.

ii. Die Verfolgung eines legitimen Zwecks

Unter einem legitimen Zweck wird grundsätzlich jedes öffentliche, verfassungsrechtlich zulässige Interesse verstanden. Ob der verfolgte Zweck als legitim eingestuft werden kann, ist vom jeweiligen Grundrecht abhängig¹¹²⁸. Es können jeweils nur Zwecke herangezogen werden, die den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten entsprechen¹¹²⁹. Demnach sind im Zusammenhang mit Einschränkungen von Art. 6 Abs. 2 GG nur der Schutz des Kindeswohls sowie kollidierende Grundrechte Dritter und andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang als legitime Zwecke tragfähig¹¹³⁰.

¹¹²² Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 55, 59; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 171.

¹¹²³ BVerfGE 107, 104, 118; 135, 48, 84; Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 55, 59; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 177.

¹¹²⁴ BVerfGE 107, 104, 118; Brosius-Gersdorf in: Dreier, Art. 6 GG, Rn. 171.

¹¹²⁵ BVerfGE 63, 131, 144; 83, 130, 143; Belling in: FS Bub, S. 455, 474.

¹¹²⁶ BVerfGE 2, 1, 72 f.; 28, 243, 261.

¹¹²⁷ Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 116.

¹¹²⁸ BVerfGE 124, 300, 331.

¹¹²⁹ Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 117; Epping, Grundrechte, Rn. 51.

¹¹³⁰ Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 55, 59.

Die Regelung in § 1591 BGB dient der klaren Zuordnung des Kindes unmittelbar nach der Geburt¹¹³¹, nicht tragbare Unsicherheiten sollen vermieden und dem Kind eine Frau zur Seite gestellt werden, welche bereitwillig die nachgeburtliche Betreuung übernimmt¹¹³². Dem Gesetzgeber ging es ausweislich der Gesetzesbegründung aber vor allem um die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften, die es im Interesse des Kindes, das nur zur Geburtsmutter während der Schwangerschaft eine körperliche und psychosoziale Beziehung aufbaue, nicht geben solle¹¹³³.

Mit diesem vom Gesetzgeber ausgegebenen Ziel nicht gemeint sein kann die Verhinderung von „rechtlich“ gespaltenen Mutterschaften¹¹³⁴. Die Gewährung eines Anfechtungsrechts führte nämlich nicht zur rechtlichen Aufspaltung des zwischen Mutter und Kind bestehenden Statusverhältnisses, das Statusverhältnis würde vielmehr aufgelöst und im Anschluss zwischen dem Kind und der genetischen Mutter (neu) begründet werden. In gewisser Hinsicht rechtlich gespalten ist die Mutterschaft in Leihmutterschaftsfällen sowie in den Fällen der Eizell- und Embryospende sogar erst aufgrund der unanfechtbaren Zuordnung des Kindes zur Geburtsmutter, weil die genetische Mutterschaft dort rechtlich beachtlich bleiben soll, wo es dem Normzweck nach auf die genetische Abstammung ankommt, etwa im Rahmen von § 1307 BGB und § 173 StGB¹¹³⁵.

Auf welche Weise gespaltene Mutterschaften vermieden werden sollen, gibt der Gesetzgeber selbst vor: Einerseits soll durch den Ausschluss der Anfechtung verhindert werden, dass die Eizellspenderin als „genetische“ (gemeint ist stattdessen „rechtliche“¹¹³⁶) Mutter festgestellt wird¹¹³⁷; insoweit sollen also Geburtsmutterschaft und rechtliche Mutterschaft nicht auseinanderfallen dürfen. Andererseits dient die Regelung

¹¹³¹ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Helms, FuR 1996, 178, 187.

¹¹³² Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5; näher oben E.II., S. 89 ff.

¹¹³³ BT-Drs. 13/4899, S. 52, 82 f.

¹¹³⁴ So aber: Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10.

¹¹³⁵ BT-Drs. 13/4899, S. 83.

¹¹³⁶ Denn der Gesetzgeber wollte in den Fällen der Eizell- und Embryonenspende eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zulassen, damit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung Rechnung getragen werden kann (BT-Drs. 13/4899, S. 83; zur Zulässigkeit einer solchen Klage s. oben G.III., S. 179 f.). Gegen eine statusfolgenreine Feststellung der genetischen Mutterschaft hatte er also nichts einzuwenden.

¹¹³⁷ BT-Drs. 13/4899, S. 82.

auch „der Vermeidung einer gespaltenen Mutterschaft, insbesondere von Leihmutterschaften in der Form der Ammenmutterschaft“¹¹³⁸.

(1) Die Verhinderung der Feststellung der Eizellspenderin als Mutter

Das eingesetzte Mittel, die Unanfechtbarkeit der Zuordnung zur Geburtmutter, wirkt in Bezug auf die beiden verfolgten Ziele unterschiedlich. Bei der Eizell- und Embryospende wird das anvisierte Ziel unmittelbar durch die gesetzliche Regelung umgesetzt. Die Unanfechtbarkeit der Mutterschaft bewirkt, dass der Eizellspenderin das Kind rechtlich nicht zugordnet werden kann. § 1591 BGB führt auf diese Weise dazu, dass das Vorhaben der Wunschmutter – rechtliche Mutter des im Wege der Eizellspende gezeugten Kindes zu werden – erreicht wird. Der Gesetzgeber sah sich deshalb zu der Äußerung gezwungen, dass es sich insoweit bei § 1591 BGB um eine reine Konfliktregelung handele, aus der sich keine Billigung einer „öffentlich-rechtlich“ verbotenen Methode der künstlichen Befruchtung ergebe¹¹³⁹. Der Vermeidung von Eizell- und Embryospenden dient die Vorschrift dementsprechend, anders als teilweise behauptet¹¹⁴⁰, gerade nicht. An der Legitimität des Ziels bestehen aber keine Zweifel, auch im Zusammenhang mit der Vaterschaft ist die Anfechtung durch die Mutter und den rechtlichen Vater in den Fällen der heterologen Samenspende ausgeschlossen (§ 1600 Abs. 4 BGB). Ebenso wie dort, dient der Ausschluss der Anfechtbarkeit auch im Zusammenhang mit der Eizellspende dem Wohl des Kindes, das sowohl vor dem Verlust von Unterhalts- und Erbrechtsansprüchen als auch demjenigen von persönlichen Bindungen zur rechtlichen Mutter geschützt werden soll¹¹⁴¹.

(2) Die Verhinderung von Leihmutterschaften

Das Ziel, Leihmutterschaften zu verhindern, wird durch die in § 1591 BGB enthaltene Regelung – anders als bei Eizell- und Embryospenden – nicht unmittelbar durch den Ausschluss der Anfechtung bewirkt. Die

¹¹³⁸ So ausdrücklich BT-Drs. 13/4899, S. 52, vgl. aber auch S. 82 und bereits BT-Drs. 11/4154, S. 7 zum Verbot der Ersatzmuttervermittlung im AdVermiG.

¹¹³⁹ BT-Drs. 13/4899, S. 82 f.

¹¹⁴⁰ So aber Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 14 und Hammermann in: Erman, § 1591 BGB, Rn. 2.

¹¹⁴¹ Vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, 56 f.

Unanfechtbarkeit der Mutterschaft wirkt vielmehr indirekt und präventiv auf potentielle Wunscheltern ein, die aufgrund der sich daraus ergebenden Schwierigkeiten im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter¹¹⁴² von dem Vorhaben, eine Leihmutter in Anspruch zu nehmen, abgehalten werden sollen. Zu demselben Zweck bestanden bei Inkrafttreten von § 1591 BGB n.F. bereits die im AdVermiG¹¹⁴³ und dem ESchG¹¹⁴⁴ enthaltenen strafrechtlichen Verbote¹¹⁴⁵, deren Wirkkraft gemäß § 3 StGB allerdings grundsätzlich auf Inlandstaten begrenzt ist¹¹⁴⁶. § 1591 BGB wird deshalb im Zusammenhang mit seinem Zweck, Leihmutterchaften zu verhindern, auch als die einzige Möglichkeit erachtet, dem Fortpflanzungstourismus in das Ausland generalpräventiv entgegenzuwirken¹¹⁴⁷. Kehrseite der intendierten präventiven Wirkweise der Regelung ist, dass dort, wo die Prävention versagt und illegal im Inland oder im Ausland eine Leihmutter in Anspruch genommen wird, die beschriebenen aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten rechtlichen Interessen von genetischer Mutter und leiblichem Kind aufgrund der sich aus der Vorschrift ergebenden Unanfechtbarkeit der Mutterschaft beeinträchtigt werden. Das verfolgte Ziel, die Verhinderung von Leihmutterchaften, muss diese Beeinträchtigungen zu rechtfertigen in der Lage sein. Mit Blick auf die Vorgaben von Art. 6 Abs. 2 GG legitim ist es nur, wenn es dem Kindeswohl dient und die Grundrechte Dritter oder andere Rechtsgüter von Verfassungsrang schützen soll.

Das allgemein formulierte Ziel, die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften, das als Teilbereich die Verhinderung von Leihmutterchaften mit umfasst, soll der Gesetzesbegründung nach durch das Kindeswohl gerechtfertigt sein. Speziell deshalb, weil das Kind nur zur Geburtsmutter während der Schwangerschaft eine körperliche und psychosoziale Beziehung aufbaue, solle es gesplattene Mutterschaften nicht geben¹¹⁴⁸. Andererseits stellt der Gesetzgeber auch darauf ab, dass die

¹¹⁴² Vgl. oben F.V., S. 146 ff.

¹¹⁴³ §§ 13a-d, 14b AdVermiG, näher oben: C.IV.2., S. 67 ff.

¹¹⁴⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7 und § 1 Abs. 2 ESchG, näher oben: C.IV.1., S. 64 ff.

¹¹⁴⁵ Vgl. aber § 14b Abs. 3 AdVermiG und § 1 Abs. 3 ESchG.

¹¹⁴⁶ Dazu und zur Strafbarkeit wegen einer Teilnahme an Auslandsstaten, etwa durch die Anstiftung oder Beihilfe eines Arztes vgl. Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, Vor § 1 ESchG, Rn. 16 f. Eine Strafbarkeit für Auslandsstaten nach dem ESchG über § 7 Abs. 2 StGB (Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege) setzt voraus, dass die Tat am Tatort ebenfalls mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt. Eine Strafbarkeit ist deshalb nicht gegeben, wenn die Leihmutterchaft im Ausland zulässig ist.

¹¹⁴⁷ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 14; BGHZ 203, 350, 364 (Rn. 46).

¹¹⁴⁸ BT-Drs. 13/4899, S. 52, 82 f.; vgl. auch BGHZ 203, 350, 360, 364 (Rn. 37, 47); zu den weiteren Kindeswohlbezogenen Erwägungen s. sogleich im Zusammenhang mit der

Leihmutter das Austragen des Kindes als Dienstleistung auffassen könne und ihm deshalb eine für die Persönlichkeitsentwicklung notwendige psychische Beziehung vorenthalte¹¹⁴⁹.

Darüber hinaus bestehen nicht nur von Seiten des Gesetzgebers zu Recht prinzipielle Bedenken gegen die Zulässigkeit von Leihmutter-schaften, aus denen sich die Legitimität des mit dem Verbot verfolgten Ziels ableiten lässt. Zwar wurde bereits eingehend dargelegt, dass die Menschenwürde des Kindes generell nicht und diejenige der Leihmutter jedenfalls nicht betroffen ist, wenn sie der Übernahme der Leihmutter-schaft freiwillig zugestimmt hat¹¹⁵⁰. Das schließt aber Konstellationen, in denen aufgrund fehlender Freiwilligkeit der Übernahme ein Menschenwürdeverstoß auf Seiten der Leihmutter gegeben ist, nicht aus. Die fehlende Freiwilligkeit kann außerdem auch Beeinträchtigungen des durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechts auf körperliche Unversehrtheit der betroffenen Frauen nach sich ziehen; denn ein ärztlicher Heileingriff, wie er im Zusammenhang mit der Durchführung der Leihmutter-schaft notwendig werden kann, stellt ohne wirksame, d.h. bewusste und freiwillige Einwilligung, einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar¹¹⁵¹. Daneben besteht die Gefahr von Konflikten und Streitigkeiten über die Herausgabe des Kindes, etwa wenn die Leihmutter, deren Rechte im Verhältnis zum Kind ebenfalls durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützt sind¹¹⁵², Bindungen zum Kind entwickelt oder die Wunscheltern das Kind aufgrund von Behinderungen nicht abnehmen wollen¹¹⁵³. Auch können sich Streitigkeiten über einen möglicherweise aus medizinischen Gründen notwendig werdenden Schwangerschaftsabbruch ergeben¹¹⁵⁴. Vor allem soweit mit dem Verbot der Leihmutter-schaft der Zweck verfolgt wird, die als Leihmutter in Anspruch genommenen Frauen vor Grundrechtsverletzungen zu schützen, stellt es sich als legitimes Ziel für

Prüfung der Geeignetheit.

¹¹⁴⁹ BT-Drs. 11/4154, S. 6.

¹¹⁵⁰ Oben H.I.1., S. 189 ff.

¹¹⁵¹ Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 287; allgemein zum ärztlichen Heileingriff: Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 69.

¹¹⁵² Coester-Waltjen in: von Münch/Kunig, Art. 6 GG, Rn. 72.

¹¹⁵³ BT-Drs. 11/4154, S. 7; BT-Drs. 11/5460, S. 8; BGHZ 203, 350, 361 (Rn. 39); vgl. zu letzterem auch den aufsehenerregenden Fall von australischen Wunscheltern, welche ein unter dem Down-Syndrom leidendes Kind bei der thailändischen Leihmutter zurückerließen: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-08/leihmutter-thailand-empowerung> und <http://www.spiegel.de/panorama/gammy-leihmutter-will-jungen-mit-downsyndrom-bei-sich-behalten-a-984324.html>, beide eingesehen am: 25.1.2018.

¹¹⁵⁴ BT-Drs. 11/4154, S. 7.

Einschränkungen der aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG hergeleiteten Rechte des Kindes und der Wunschmutter dar. Gleiches gilt, soweit der Schutz des Kindeswohls bezweckt ist.

iii. Die Geeignetheit

Der Grundrechtseingriff muss geeignet sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen oder zu fördern, es muss die Wahrscheinlichkeit erhöht werden, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt¹¹⁵⁵.

(1) Der Schutz des Kindeswohls

Zum Schutz des Kindeswohls geeignet ist der Anfechtungsausschluss, soweit es im Zusammenhang mit der Eizell- und Embryospende um den Schutz vor Verlust von persönlichen Bindungen zur Wunschmutter geht, die gleichzeitig auch die Geburtsmutter ist¹¹⁵⁶.

Bezogen auf das Verbot der Leihmutterschaft sind die Erwägungen des Gesetzgebers zum Schutz des Kindeswohls dagegen auf den ersten Blick widersprüchlich. Denn das Argument, es komme bei Leihmutterschaften zum Abbruch der sich während der Schwangerschaft entwickelnden Bindung zwischen dem Kind und der Leihmutter, wenn das Kind nach der Geburt an die Wunschmutter herausgegeben wird¹¹⁵⁷, kann nicht ebenso zutreffen, wie die Argumentation, dass es Leihmutterschaften zu verhindern gelte, weil die Leihmutter das Austragen des Kindes als Dienstleistung auffasse und ihm deshalb eine für die Persönlichkeitsentwicklung notwendige psychische Beziehung vorenthalte¹¹⁵⁸. Tatsächlich tragen aber beide Argumente, weil von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls abhängig ist, ob die Leihmutter (vielleicht wider Erwarten) eine psychosoziale Verbindung zum Kind aufbaut, die im Anschluss nicht abgebrochen werden soll oder ob sie ihm diese Verbindung von vornherein vorenthält. Soweit das Kind vor der Vorenthaltung des

¹¹⁵⁵ BVerfGE 30, 292, 316; 115, 276, 308; Grzeszick in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG VII, Rn. 112.

¹¹⁵⁶ Oben H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹¹⁵⁷ Zum ESchG: BT-Drs. 11/5460, S. 8; dieses Argument entspricht letztlich demjenigen aus der amtlichen Begründung zu § 1591 BGB, nach der gespaltene Mutterschaften mit Blick auf die körperliche und psychosoziale Beziehung des Kindes zur Schwangeren verhindert werden sollen (BT-Drs. 13/4899, S. 82).

¹¹⁵⁸ Zum AdVermiG: BT-Drs. 11/4154, S. 6.

Aufbaus einer psychosozialen Beziehung zur austragenden Frau geschützt werden soll, wird der sich aus § 1591 BGB ergebende Schutz ausschließlich aufgrund seiner generalpräventiven Funktion gewährleistet. Denn die mangelnde Anfechtbarkeit der Mutterschaft schützt das tatsächlich geborene Kind nicht mehr davor, dass die austragende Frau die Schwangerschaft lediglich als Dienstleistung begriffen hat. Nur die indirekten, generalpräventiven Auswirkungen der Vorschrift, welche auf die Verhinderung der Durchführung von Leihmutterchaften selbst abzielen, können eine entsprechende Schutzwirkung entfalten. Gleiches gilt auch für fast alle anderen mit der Leihmutterchaft einhergehenden denkbaren Kindeswohlbeeinträchtigungen, vor allem aufgrund von Streitigkeiten über die Herausgabe des Kindes oder die Weigerung der Wunscheltern, das Kind im Fall von Behinderungen abzunehmen. Insoweit stellt sich aber das gleiche Problem, wie beim Schutz des Kindes vor Verletzungen der Menschenwürde: Das Kind kann nicht durch einen Vorgang, dem es seine Existenz überhaupt erst verdankt, in seinen Grundrechten verletzt sein; denn das liefe auf ein Recht hinaus, zum Schutz vor Grundrechtsverletzungen durch private Dritte nicht gezeugt und geboren zu werden. Ein solches Recht existiert in der deutschen Rechtsordnung nicht¹¹⁵⁹. Insoweit ist § 1591 BGB deshalb schon nicht geeignet, zum Schutz des Kindeswohls beizutragen. Das Kindeswohl kann nicht dadurch geschützt werden, dass die Entstehung des Rechtssubjekts, dem es zusteht, verhindert wird.

Anders ist es, soweit sich zwischen dem Kind und der Leihmutter tatsächlich eine psychosoziale Beziehung entwickelt, die nicht durch die Herausgabe an die Wunschmutter abgebrochen werden soll. Insoweit stellt die unanfechtbare Zuordnung des Kindes zur Geburtmutter durchaus eine zum Schutz des Kindeswohls geeignete Regelung dar. Auf der generalpräventiven Funktion von § 1591 BGB beruht dieser Schutz nicht.

(2) Der Schutz der Leihmutter

Auch zum Schutz der Rechte und Interessen der betroffenen Leihmütter ist § 1591 BGB geeignet. Das betrifft, an die vorhergehenden Ausführungen anschließend, zuvörderst das der Leihmutter zustehende Recht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG¹¹⁶⁰: Entwickelt sich zwischen ihr und dem Kind

¹¹⁵⁹ Eingehend oben H.I.1.a., S. 189 ff.

¹¹⁶⁰ Vgl. Coester-Waltjen in: von Münch/Kunig, Art. 6 GG, Rn. 72.

eine psychosoziale Bindung und will sie es auf dieser Grundlage nicht an die Wunschmutter herausgeben, schützt sie § 1591 BGB de lege lata davor, ihre rechtliche Elternstellung zu verlieren, weil eine Veränderung der rechtlichen Zuordnung nur auf dem Adoptionsweg möglich ist und § 1747 BGB ihre Zustimmung erfordert. Diese muss sie nicht erteilen, wenn entsprechende Bindungen zum Kind bestehen und sie es nicht herausgeben will.

Im Gegensatz zum Kind schützt § 1591 BGB die Leihmutter auch durch seine generalpräventiven Auswirkungen, vor allem vor immer denkbaren, auf mangelnder Freiwilligkeit basierenden Menschenwürdeverletzungen und Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit. Anders als beim Kind wird nicht die Entstehung des zu schützenden Rechtssubjekts verhindert. Lediglich die mit der Leihmutterchaft verbundenen möglichen Grundrechtsverletzungen werden unterbunden. Der Schutz erstreckt sich auch auf die Vermeidung von Ausbeutung und Ausnutzung von (finanziellen und sonstigen) Zwangslagen potentieller Leihmütter. An der Geeignetheit von § 1591 BGB bestehen insoweit keine Zweifel.

(3) Das Zwischenergebnis

Geeignet ist § 1591 BGB damit nicht im Hinblick auf alle vom Gesetzgeber anvisierten Schutzzwecke. Den auf der generalpräventiven Wirkung basierenden Kindeswohlerwägungen dient § 1591 BGB nicht; denn er schützt insoweit nicht bereits vorhandene Rechtssubjekte, sondern verhindert deren Entstehung, um sie vor den befürchteten Beeinträchtigungen in Schutz zu nehmen. Es kann aber weder dem Kind ein Recht auf Verhinderung seiner Existenz zugesprochen, noch dem Staat eine dahingehende Pflicht auferlegt werden, mag die Existenz des Kindes im Nachhinein auch mit einem Makel in Form nicht gewährter psychosozialer Bindungen während der Schwangerschaft oder gar einer Degradierung zur Handelsware verbunden sein.

iv. Die Erforderlichkeit

Die mit § 1591 BGB verbundene Beeinträchtigung der aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten Interessen von genetischer Mutter und Kind, einander zugeordnet zu werden, muss außerdem erforderlich sein: Von meh-

ren gleich wirksamen Mitteln muss dasjenige gewählt werden, welches das Grundrecht nicht oder am geringsten beeinträchtigt¹¹⁶¹.

(1) Der Schutz des Kindeswohls und der sozialen Familie

In Bezug auf den Schutz des Kindeswohls geeignet ist § 1591 BGB lediglich in seinen unmittelbaren aus der Unanfechtbarkeit resultierenden Auswirkungen. Jeweils geht es darum, dem bereits geborenen Kind Schutz vor Abbruch gewachsener Bindungen zu seiner Geburtmutter zu gewähren¹¹⁶².

In Fällen der Leihmutterchaft wird eine solche Bindung zwischen Leihmutter und Kind aber nicht in jedem Fall und vielleicht nicht einmal in der überwiegenden Zahl der Fälle existieren; denn häufig wird die Leihmutter das Austragen des Kindes als Dienstleistung begreifen und dem Kind die psychosoziale Bindung vorenthalten¹¹⁶³. Nur bei vorhandener Bindung greift aber der durch § 1591 BGB vermittelte Schutz des Kindes vor deren Abbruch. Nur in diesen Fällen besteht zwischen der Leihmutter und dem Kind ein durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützter sozialer Familienverband¹¹⁶⁴, der auch die Leihmutter und das ihr ebenfalls zustehende Recht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG mit erfasst¹¹⁶⁵.

Milderes Mittel um diesen Schutz zu gewährleisten, ist eine mit dem Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters vergleichbare Regelung, welche die Anfechtung nicht generell ausschließt, sondern – soweit die Anfechtung durch die genetische Wunschmutter erfolgt – nur in den Fällen, in denen zwischen der Leihmutter und dem Kind tatsächlich eine sozial-familiäre Bindung existiert. Besteht eine derartige durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Bindung nicht, wären durch eine Anfechtung mit nachfolgender Feststellung der Wunschmutter als rechtlicher Mutter weder Interessen des Kindes, gerichtet auf Aufrechterhaltung dieser Bindung, noch der Leihmutter betroffen. Diese verzichtet, wenn sie das Kind herausgeben möchte, ähnlich wie die Eizellspenderin und der Samenspender auf ihr Elternrecht¹¹⁶⁶. Erforderlich ist § 1591 BGB insoweit also nicht; ein mil-

¹¹⁶¹ BVerfGE 53, 135, 145; 67, 157, 177.

¹¹⁶² Oben H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹¹⁶³ BT-Drs. 11/4154, S. 6.

¹¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 108, 82, 106.

¹¹⁶⁵ Vgl. oben H.II.2.e.iii.(2), S. 221 f.

¹¹⁶⁶ Vgl. BGHZ 197, 242, 246 ff. (Rn. 16, 21 f., 24) zum Verzicht auf das Anfechtungsrecht bei der heterologen Insemination.

deres Mittel in Form einer mit § 1600 Abs. 2, 3 BGB vergleichbaren Anfechtungsregelung steht zur Verfügung. Den – an dieser Stelle maßgeblichen – Rechten aller Beteiligten wird dadurch möglichst weitgehend zur Geltung verholfen: Kinder mit Bindung zur Leihmutter können bei dieser verbleiben, solche, bei denen die Leihmutter die Betreuung nicht übernehmen möchte, können im Anfechtungs- und Feststellungsweg der Wunschkutter zugeordnet werden, mit der Folge dass ihren ebenfalls von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Interessen auf wechselseitige Zuordnung zueinander Rechnung getragen werden kann. Diese Wertungen entsprechen denjenigen, die das Bundesverfassungsgericht zu § 1600 BGB a.F. angestellt hat. Auch dort war der Ausschluss der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den leiblichen Vater mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar, wenn die rechtlichen Eltern mit dem Kind keine soziale Familie bildeten¹¹⁶⁷.

Gleiches gilt letztlich auch, soweit mit § 1591 BGB in den Fällen der Eizell- und Embryospende durch den Anfechtungsausschluss Schutz vor dem Abbruch von zwischen Wunschkutter und Kind bestehender familiärer Bindungen bezweckt ist. Der vollständige Ausschluss der Anfechtung ist zur Erreichung dieses Ziels nicht erforderlich; denn die Frage der Anfechtbarkeit der Mutterschaft ließe sich ohne weiteres – abhängig davon, ob eine Eizell- bzw. Embryospende oder eine Leihmutterschaft vorliegt – unterschiedlich regeln, wie der in § 1600 Abs. 4 BGB enthaltene Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung in den Fällen einer heterologen Samenspende beweist. Beeinträchtigungen der durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Rechte von Mutter und Kind, welche ausschließlich in Leihmutterschaftsfällen denkbar sind, können deshalb mit dem Zweck, zum Schutz des Kindeswohls in Konstellationen der Eizell- und Embryospende die Anfechtung auszuschließen, nicht gerechtfertigt werden. Ebenso wie bei § 1600 Abs. 4 BGB muss der auf die Eizell- und Embryospende beschränkte Ausschluss der Anfechtung nicht einmal auf das Kind ausgedehnt werden.

Schließlich erfordert auch die im Kindesinteresse liegende klare Zuordnung des Kindes unmittelbar nach der Geburt nicht die Unanfechtbarkeit der Mutterschaft. Das Ziel, die nachgeburtliche Betreuung durch eine Frau sicherzustellen, die anwesend und dazu bereit ist, kann mit einer an die Publizität der Geburt anknüpfenden, aber anfechtbaren Vermutungsregelung ebenso erreicht werden¹¹⁶⁸, ohne dass die dargelegten Inte-

¹¹⁶⁷ BVerfGE 108, 82, 109; vgl. auch Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 59.

¹¹⁶⁸ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 13.

ressen des Kindes und der Wunschmutter aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG mehr als erforderlich eingeschränkt werden.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass § 1591 BGB zu dem mit der Vorschrift intendierten Schutz des Kindeswohls nicht erforderlich ist. Alle denkbaren, nicht bereits auf der Stufe der Geeignetheit ausgeschiedenen, Kindesinteressen können mit milderem Mitteln, namentlich einer anfechtbar ausgestalteten Vermutungsregelung, welche der Geburtmutter die rechtliche Mutterschaft zuweist, die Anfechtung aber für die Fälle der Eizell- und Embryospende nach dem Vorbild von § 1600 Abs. 4 BGB und generell bei Bestehen einer sozial-familiären Bindung zwischen Geburtmutter und Kind nach dem Muster von § 1600 Abs. 2 und 3 BGB ausschließt, ebenso umfassend geschützt werden.

(2) Der Schutz der Leihmutter vor im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft stehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen

Bei fehlender Freiwilligkeit der Übernahme einer Leihmutterchaft sind Grundrechte der Leihmutter, vor allem ihre Menschenwürde und gegebenenfalls auch ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit, verletzt. § 1591 BGB ist durch seine generalpräventive Funktion, wie bereits festgestellt, geeignet, zum Schutz von potentiellen Leihmüttern vor diesen Grundrechtsverletzungen beizutragen.

(a) Der Schutz von Leihmüttern im Inland

Im Inland existieren mit den §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 ESchG sowie §§ 13a – 13d, 14b AdVermiG Strafvorschriften, welche die Durchführung von Leihmutterchaften effektiv unterbinden: Weder ist die Inanspruchnahme der zur Durchführung einer Leihmutterchaft zwingend benötigten ärztlichen Hilfe möglich¹¹⁶⁹, noch ist die Ersatzmuttervermittlung gestattet¹¹⁷⁰. Die Strafandrohung greift gegenüber den primär als Täter in Betracht kommenden Ärzten, Biologen und weiteren Angehörigen der Heilberufe in jedem Fall, in dem die Voraussetzungen der Strafvorschriften des ESchG erfüllt sind. Im Vergleich dazu entfaltet die generalpräventive Wirkung von § 1591 BGB keine ebenso umfassende

¹¹⁶⁹ Oben C.IV.1. a. und b., S. 64 ff.

¹¹⁷⁰ Oben C.IV.2.b., S. 74 f.

Wirkung; denn trotz der erheblichen Hürden, welche den Wunscheltern bereitet werden, besteht selbst in Fällen ohne Auslandsbezug die Möglichkeit, dass sie auf dem Adoptionsweg¹¹⁷¹ das Kind zugeordnet erhalten, so dass der generalpräventive Schutz des § 1591 BGB im Inland nicht absolut wirkt. Abgesehen davon sind die Wunscheltern und die Leihmutter durch beide Strafgesetze mit Bedacht von einer Strafbarkeit ausgenommen (§ 1 Abs. 3 ESchG und 14b Abs. 3 AdVerMiG), weil sich ein Strafverfahren nachteilig auf das Kind auswirken würde¹¹⁷². Die strafrechtlichen Vorschriften sind im Inland deshalb nicht nur effektiver, sie stellen – aus Sicht der genetischen Wunschmutter und des Kindes – entgegen der Regel, dass strafrechtliche Eingriffe besonders schwer wiegen und die schärfste Waffe des Gesetzgebers bilden¹¹⁷³, an dieser Stelle ausnahmsweise auch das mildere Mittel dar, weil das aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Interesse von genetischer Mutter und ihrem Kind, einander zugeordnet zu werden, nicht beeinträchtigt wird und der Wunschmutter von Seiten des Strafrechts auch ansonsten keine Sanktionen drohen.

Nicht von den Strafvorschriften erfasst werden Fälle von Ersatzmutterchaften, in denen sich die Ersatzmutter einer natürlichen Befruchtung ohne ärztliche Hilfe unterzieht und in denen es nicht zu einer Vermittlung i.S.v. § 13b AdVerMiG gekommen ist¹¹⁷⁴. In diesen Konstellationen stammt das Kind aber auch genetisch von der Ersatzmutter ab, so dass durch die Anwendung von § 1591 BGB in seiner gegenwärtigen Fassung Rechte des Kindes und der Wunschmutter aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG im Hinblick auf ihre wechselseitige Zuordnung ohnehin nicht verletzt sein können. Diese Fälle können deshalb aber auch nicht als Rechtfertigung für die Unanfechtbarkeit der Zuordnung herhalten, weil sich die auf die Verhinderung von gespaltenen Mutterschaften in Form der Leihmutterchaft gerichtete Intention des Gesetzgebers nicht auf sie bezieht. Eine *de lege ferenda* denkbare Anfechtungsregelung wäre auf diese Konstellationen nicht anwendbar.

¹¹⁷¹ Vgl. oben F.V., S. 146 ff.

¹¹⁷² BT-Drs. 11/5460, S. 9 f.

¹¹⁷³ Vgl. BVerfGE 39, 1, 45; 120, 224, 256.

¹¹⁷⁴ Oben C.IV.2.c., S. 75.

(b) Der Schutz von ausländischen Leihmüttern im Ausland

Eine Berechtigung im Sinne der Erforderlichkeit kann § 1591 BGB deshalb nur haben, soweit sich seine Wirkungen auch auf im Ausland durchgeführte Leihmutterchaften erstrecken; denn dort sind die sich aus dem ESchG und dem AdVermiG ergebenden Strafvorschriften nicht anwendbar (§ 3 StGB)¹¹⁷⁵. Ein milderer, ebenso wirksames Mittel zum Schutz von ausländischen Leihmüttern existiert de lege lata nicht.

Insoweit muss aber zunächst die Frage gestellt und beantwortet werden, ob die Schutzpflichten des Staats überhaupt soweit reichen, dass davon auch ausländische Staatsbürger, die auf ausländischem Staatsgebiet der Hoheit eines anderen Staats unterliegen, erfasst sind.

(i) Die Reichweite der Grundrechte

Grundsätzlich ist nach Art. 1 Abs. 3 GG die gesamte staatliche Gewalt im Geltungsbereich des Grundgesetzes mit unmittelbarer Wirkung an die Grundrechte gebunden¹¹⁷⁶. Erfasst ist von der Bindungsklausel nur die inländische Staatsgewalt; denn der Herrschaftsbereich der Verfassung erstreckt sich nur auf das deutsche Staatsgebiet¹¹⁷⁷. Von dem räumlichen Geltungsbereich zu unterscheiden ist die territoriale Reichweite des Grundrechtsschutzes¹¹⁷⁸. Trotz grundsätzlicher Bindung an die Rechtsordnung des Empfangsstaats und völkerrechtlicher Beschränkungen muss die deutsche Staatsgewalt, soweit sie über die Grenzen des Staatsgebiets hinaus tätig wird, im Ausland ebenso die Grundrechte beachten, so etwa bei der Durchführung militärischer Einsätze¹¹⁷⁹. Handelt es sich dabei um Jedermann-Grundrechte, tritt die Bindungswirkung auch gegenüber Ausländern ein¹¹⁸⁰. Dennoch gelten die Grundrechte gegenüber im Ausland lebenden Ausländern nicht im gleichen Maße, sondern nur, soweit aus Sicht der deutschen Verfassung ein Anknüpfungspunkt vorhanden

¹¹⁷⁵ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, Vor § 1 ESchG, Rn. 16 f.

¹¹⁷⁶ BVerfGE 31, 58, 72 f.

¹¹⁷⁷ Kahl in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 200; Stern III/1, 72 V 5, S. 1229.

¹¹⁷⁸ Kahl in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 200.

¹¹⁷⁹ Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 1 GG, Rn. 53; Herdegen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 71; Kahl in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 200.

¹¹⁸⁰ Stern III/1, 72 V 5 a) γ), S. 1232; Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 77.

ist¹¹⁸¹. Die bloße Ausübung der Staatsgewalt mit der Folge, dass auch im Ausland Wirkungen eintreten, genügt dafür nicht; denn ob diese Wirkungen ein Grundrecht des Betroffenen verletzen, ist vom Bestand einer ihm zustehenden Grundrechtsposition abhängig¹¹⁸². Diese ergibt sich daraus, dass der Betroffene der deutschen Staatsgewalt unterworfen ist. Erst die Subordination begründet seinen *status passivus* als „eine bestimmte Position der Person zum Staat“¹¹⁸³. Der *status passivus* bildet nach der Jellinekschen Statuslehre die Basis aller staatlichen Wirksamkeit; auf seiner Grundlage werden weitere Statusverhältnisse errichtet¹¹⁸⁴, durch welche der Schutz der Grundrechte vermittelt wird, namentlich der *status negativus* (die Abwehrfunktion der Grundrechte), der *status activus* (die politischen Mitwirkungsrechte) und der *status positivus* (die Gewährleistung von Sicherheit und Leistungsteilhabe)¹¹⁸⁵. Unabhängig vom *status passivus* vermögen diese drei Statusverhältnisse und der aus ihnen resultierende Grundrechtsschutz nicht zu bestehen. Grundrechtsvoraussetzung ist deshalb die Subordination des Grundrechtsprätendenten. Diese folgt entweder aus der Personal- oder der Territorialhoheit des Staats¹¹⁸⁶. Für Staatsangehörige lässt sich daraus ableiten, dass der ihnen zustehende Grundrechtsschutz vom Aufenthaltsort unabhängig ist. Sie sind auch im Ausland der Personalhoheit der Bundesrepublik Deutschland unterworfen und genießen dort vor allem diplomatischen und völkerrechtlichen Schutz¹¹⁸⁷. Ausländer fallen unter den Schutz der Grundrechte dagegen erst, wenn sie mit der Territorialhoheit des deutschen Staats in Berührung gelangen. Dazu müssen sie sich zwar nicht auf deutschem Staatsgebiet aufhalten, erforderlich ist aber ein Gebietskontakt, der auch durch einen im Inland belegenen Gegenstand hergestellt werden kann¹¹⁸⁸. Ansonsten tritt der deutsche Staat ihnen nicht als „öffentliche Gewalt“ entgegen; eine Grundrechtsbindungen nach sich ziehende Herrschafts- und Abhängigkeitsbeziehung existiert nicht¹¹⁸⁹. Ausnahmen bestehen im Zusammen-

¹¹⁸¹ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 79.

¹¹⁸² Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 83.

¹¹⁸³ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 86; Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 84.

¹¹⁸⁴ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 86.

¹¹⁸⁵ Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87; Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 84; Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 18.

¹¹⁸⁶ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 84.

¹¹⁸⁷ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 86.

¹¹⁸⁸ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 85 benennt als Beispiele unter anderem Grundstücke und Bankkonten. Vermittelt wird dadurch ein partieller, sachbezogener Grundrechtsschutz, etwa in Form der Eigentumsgarantie.

¹¹⁸⁹ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 87.

hang mit dem Schutz von Ehe und Familie¹¹⁹⁰, grenzüberschreitenden Immissionen¹¹⁹¹ und finalem grenzüberschreitenden Staatshandeln, wie einem grenzüberschreitenden Todesschuss, bei dem die Betroffenen faktisch der deutschen Staatsgewalt unterworfen sind und ihnen dadurch der *status negativus* aufgedrängt wird¹¹⁹².

- (ii) Die Reichweite der sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten

Die Feststellung, dass derjenige, welcher der deutschen Staatsgewalt nicht ausgesetzt ist, nicht Grundrechtsträger sein kann¹¹⁹³, hat Auswirkungen auch auf die Reichweite der sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten, welche im *status positivus* verortet werden¹¹⁹⁴. Auf Ausländer, die außerhalb des deutschen Staatsgebiets leben, erstrecken sich die Schutzpflichten grundsätzlich nicht, es sei denn, ein Gebietskontakt bringt sie in Berührung mit der Territorialhoheit des deutschen Staats. Besonders verdeutlicht wird diese Konsequenz durch die Herleitung der Schutzpflichten aus dem Gewaltmonopol des Staats¹¹⁹⁵. Denn der Staat kann das Gewaltmonopol nur soweit für sich beanspruchen, wie seine eigene Staatsgewalt reicht. Die sich aus dem Gewaltmonopol ergebende

¹¹⁹⁰ Ausländer genießen derivativen Grundrechtsschutz, soweit ein Familienmitglied im Inland lebt (Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 88; BVerfGE 76, 1, 41 ff. – Familiennachzug). Man mag daran denken, auf diesem Weg auch die ausländische Leihmutter als Grundrechtsträgerin zu qualifizieren, weil sie – zumindest nach § 1591 BGB – rechtliche Mutter des geborenen Kindes ist. Der Schutz, den § 1591 BGB vermitteln soll, greift aber vor der Begründung etwaiger verwandtschaftlicher Beziehungen zum Kind; denn die Leihmutter soll aufgrund der generalpräventiven Wirkung von § 1591 BGB unterbunden werden. Zu diesem Zeitpunkt kann die Leihmutter noch keinen derivativen, durch das Kind vermittelten Grundrechtsschutz genießen; sie wird es auch nie, wenn die Wirkungen von § 1591 BGB potentielle Wunschmütter von der Inanspruchnahme einer ausländischen Leihmutter abhalten.

¹¹⁹¹ Str., vgl. Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 89 m.w.N.

¹¹⁹² Der Grundrechtsschutz besteht in solchen Konstellationen unabhängig davon, ob die hoheitliche Maßnahme vom Gebietsstaat ermächtigt wurde oder nicht (Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 90). Zum Asylrecht vgl. Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 91; zur Auslieferung, Ausweisung oder Abschiebung in Länder, in denen Todesstrafe, Folter oder unmenschliche Behandlung drohen vgl. Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 95–101.

¹¹⁹³ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 84.

¹¹⁹⁴ Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 18.

¹¹⁹⁵ Zur Herleitung der Schutzpflichten aus dem Gewaltmonopol des Staats: Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 20; Callies, JZ 2006, 321; Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 85 m.w.N.

allgemeine Friedenspflicht Privater und das daraus resultierende private Gewaltverbot¹¹⁹⁶ enden – aus Sicht des deutschen Staats – dort, wo die eigene Staatsgewalt nicht mehr hinreicht. Im Ausland lebende Ausländer unterliegen deshalb ausschließlich den Rechten und Pflichten ihres Heimatstaats, mit dem sie personenrechtlich verbunden sind und der selbst nicht an die Geltung der deutschen Grundrechte gebunden ist. Sie tragen in diesem Zusammenhang auch das Risiko etwaiger Nachteile, die ihnen im Heimatstaat drohen¹¹⁹⁷. So können sich notleidende Ausländer zum Beispiel nicht auf das in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht auf Gewähr eines menschenwürdigen Existenzminimums gegenüber der deutschen Botschaft im jeweiligen Land berufen¹¹⁹⁸. Der deutsche Staat stieße dadurch nicht nur an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit und des faktisch Möglichen, sondern auch an diejenigen der völkerrechtlichen Zuständigkeit¹¹⁹⁹. Denn die völkerrechtsfreundliche Grundhaltung des Grundgesetzes fordert die Achtung von fremden Rechtsordnungen und Rechtsanschauungen¹²⁰⁰, ein deutscher Grundrechtsimperialismus ist ihr fremd¹²⁰¹.

(iii) Die Auswirkungen auf das mehrpolige Verfassungsrechtsverhältnis

Durch die Schutzpflichten entsteht ein grundrechtlich determiniertes Dreieck zwischen dem Staat als Grundrechtsverpflichteten, demjenigen, gegen den sich der private Übergriff richtet (Opfer) und demjenigen, von dem der Übergriff ausgeht (Störer). Ersterem steht ein Recht auf Schutz (*status positivus*), letzterem ein Recht auf Eingriffsabwehr (*status negativus*) zu¹²⁰². Der Staat als Grundrechtsverpflichteter muss sowohl den Abwehrrechten als auch den Schutzpflichten gerecht werden und hat deshalb für einen Ausgleich zwischen den Interessen der sich gegenüberstehenden Grundrechtsträger zu sorgen¹²⁰³; er befindet sich insoweit in einer Art „Zwickmühle der Freiheit“ mit Handlungspflichten zur Gewährung

¹¹⁹⁶ Vgl. Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 20.

¹¹⁹⁷ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 95.

¹¹⁹⁸ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 87.

¹¹⁹⁹ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 79.

¹²⁰⁰ BVerfGE 18, 112, 121.

¹²⁰¹ Kahl in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 GG, Rn. 204; Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 79.

¹²⁰² Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 18; Isensee in: Handbuch des Staatsrechts IX, § 191, Rn. 5.

¹²⁰³ Callies in: Handbuch der Grundrechte II, § 44, Rn. 19.

von Schutz auf der einen und Handlungsgrenzen zur Gewährleistung von Freiheit auf der anderen Seite¹²⁰⁴. Allerdings kann der Staat die Grundrechte des Opfers nur schützen, wenn sie diesem rechtlich auch zugeordnet sind und dem Störer deshalb der Zugriff nicht gestattet ist¹²⁰⁵. Ist das Opfer als Ausländer im Ausland selbst nicht Träger deutscher Grundrechte, besteht die sich aus den Grundrechten ergebende Verpflichtung des Staats nur noch gegenüber dem Störer. Ein Eingriff in seine vom *status negativus* umfassten Grundrechtspositionen kann nicht mit einer aus dem *status positivus* hergeleiteten Verpflichtung des Staats, dem Opfer Schutz zu gewähren, gerechtfertigt werden, wenn das Opfer selbst der deutschen Staatsgewalt gegenüber nicht Grundrechtsträger ist.

Schutz vor Rechtsbeeinträchtigungen durch private Dritte hat vielmehr der Heimatstaat des Ausländers zu gewährleisten; denn nicht nur das ausländische Opfer, sondern auch der deutsche Störer, der sich auf fremdem Staatsgebiet aufhält, sind unmittelbar seiner Staatsgewalt ausgesetzt, beide aufgrund der Territorialhoheit, das Opfer zusätzlich auch aufgrund der Personalhoheit seines Heimatstaats. Dabei ist der Heimatstaat des Ausländers selbstverständlich nicht an die deutschen Grundrechte, sondern nur an die Vorgaben der eigenen Verfassung gebunden, so dass der durch den Drittstaat vermittelte Schutz im Einzelfall von dem des Grundgesetzes abweichen kann.

(iv) Das Zwischenergebnis

Ausländische Leihmütter auf ausländischem Staatsgebiet sind mangels Unterwerfung unter die deutsche Hoheitsgewalt in Form der Territorial- oder Personalhoheit keine Grundrechtsträger, auch nicht in Bezug auf Jedermann-Grundrechte. Schutzpflichten der deutschen Staatsgewalt bestehen ihnen gegenüber deshalb nicht. Dementsprechend können Eingriffe in die Rechte der deutschen Wunschmutter und des Kindes¹²⁰⁶ aus

¹²⁰⁴ Calliess, JZ 2006, 321, 322.

¹²⁰⁵ „Verbot des *neminem laedere* (Nichtstörungsschranke)“: Isensee in: Handbuch des Staatsrechts IX, § 191, Rn. 6.

¹²⁰⁶ Auch das Kind muss Grundrechtsträger sein. Wird es im Ausland geboren, kann ihm die Grundrechtsträgerschaft nur durch die Personalhoheit des deutschen Staats zufallen, was voraussetzt, dass das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt bzw., soweit es noch nicht geboren ist, erwerben wird (zum Schutz ungeborener Inländer vor einem Schwangerschaftsabbruch im Ausland vgl. Ambos in: MüKo³, § 5 StGB, Rn. 30). Soweit der deutsche Wunschvater die Vaterschaft des Kindes gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594 BGB anerkennen kann, bestehen aber keine Bedenken. Die Möglichkeit, dass eine An-

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht mit dem Schutz von Grundrechtspositionen ausländischer Leihmütter gerechtfertigt werden. Im Hinblick auf die Grundrechte des Kindes erscheint die Rechtfertigung zusätzlich deshalb problematisch, weil es selbst nicht einmal Störer sein kann. Soweit durch § 1591 BGB im Wege der Generalprävention das Ziel verfolgt wird, deutsche Wunschkinder davon abzuhalten, im Ausland eine Leihmutter in Anspruch zu nehmen, sind die als Reflex in Kauf genommenen Wirkungen in Form eines dauerhaften Ausschlusses der Wunschkinder von der rechtlichen Elternschaft nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

(v) Das mildere Mittel

Aufgrund der Personalhoheit kann der Heimatstaat seinen Angehörigen auch außerhalb seines Hoheitsgebiets Pflichten auferlegen¹²⁰⁷. Sogar eine Erstreckung von Strafnormen auf Auslandstaten im Wege des aktiven Personalitätsprinzips¹²⁰⁸ ist möglich. Selbst wenn man es trotz insoweit nicht bestehender grundrechtlicher Schutzpflichten zugunsten der ausländischen Leihmutter für zulässig hielte, auf dieser Grundlage deutsche Wunschkinder von der Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland abzuhalten, stünde im Vergleich zu § 1591 BGB *de lege ferenda* ein milderes, die Rechte von genetischer Mutter und Kind aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht beeinträchtigendes Mittel zur Verfügung, um dieses Ziel mit zumindest vergleichbarer Wirksamkeit zu erreichen.

Denkbar wäre insoweit die Schaffung einer Strafnorm, welche die Inanspruchnahme einer Leihmutter durch die Wunschkinder unter Strafe stellt und eine mit § 5 Nr. 9b StGB¹²⁰⁹ vergleichbare Erstreckung dieser Strafnorm auf Auslandstaten. Die Aufhebung des in § 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG enthaltenen persönlichen Strafausschließungsgrunds und die

erkenntnis der Vaterschaft durch den deutschen Wunschvater im Einzelfall aufgrund der bestehenden rechtlichen Vaterschaft eines anderen Manns, gemäß § 1594 Abs. 2 BGB scheitern kann (denkbar vor allem bei verheirateten Leihmüttern), entbindet den Gesetzgeber nicht davon, die Grundrechte der im Ausland geborenen Kinder generell zu beachten.

¹²⁰⁷ Isensee in: Handbuch des Staatsrechts V, § 115, Rn. 86.

¹²⁰⁸ Dazu: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 StGB, Rn. 15: Nach dem aktiven Personalitätsprinzip werden Inländer unabhängig vom Tatort dem nationalen Strafrecht unterworfen.

¹²⁰⁹ Diese Vorschrift erstreckt die Strafbarkeit von § 218 StGB auch auf Fälle, in denen eine deutsche Schwangere im Ausland eine Fremdbetreiberin vornehmen lässt, und zwar unabhängig davon, ob die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist (Eser in: Schönke/Schröder, § 5 StGB, Rn. 17).

Ausdehnung von § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG auf Auslandstaten wäre dafür allerdings noch nicht ausreichend, wenn im Ausland keine vergleichbare Strafnorm existiert; denn die Wunscheltern kämen insoweit nicht als Täter, sondern nur als Teilnehmer in Betracht¹²¹⁰. Bei Anwendung des aktiven Personalprinzips ohne Vorhandensein einer identischen Tatortnorm muss ein Deutscher aber zumindest Mittäter und nicht nur Teilnehmer sein¹²¹¹. Das ist nicht der Fall, soweit die Tathandlung von § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, also die Durchführung einer künstlichen Befruchtung oder die Übertragung eines menschlichen Embryos auf die Leihmutter, von ausländischem medizinischen Personal vorgenommen wird. Erforderlich wäre deshalb die Schaffung einer mit § 328 Abs. 2 Nr. 4 StGB vergleichbaren Regelung, welche ihrem Wortlaut nach auf § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG bezogen sein müsste. Dadurch wären Teilnahmehandlungen zu selbständigen Vergehen erhoben, die der Täterschaft gleichgestellt sind. Auf die Strafbarkeit oder Rechtswidrigkeit der Haupttat im Ausland käme es nicht mehr an¹²¹².

Die sich daraus ergebende Strafbarkeit derjenigen Frauen, welche dennoch eine Leihmutter im Ausland in Anspruch nehmen, beeinträchtigte ihre Rechtspositionen nicht im selben Maße wie der dauerhafte Ausschluss von der rechtlichen Mutterposition für das von ihr genetisch abstammende Kind. Rechtspositionen des Kindes sind durch diese Alternative noch weniger betroffen, als diejenigen der Mutter, auch wenn sich ein der Mutter gegenüber durchgeführtes Strafverfahren dem Kind gegenüber ebenfalls negativ auswirken kann¹²¹³. Besonders deutlich wird das in Fällen, in denen nach deutscher Rechtslage das Kind der Leihmutter zuzuordnen ist, die Rechtslage im Ausland oder eine (nicht in Deutschland anerkannte) ausländische Entscheidung das Kind aber den deutschen Wunscheltern zuordnet. Denn unter diesen Umständen endet das Kind schlimmstenfalls¹²¹⁴ elternlos in einem ausländischen Heim, weil die mangelnde Anerkennung der ausländischen Entscheidung bzw.

¹²¹⁰ Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, Rn. 32.

¹²¹¹ Eser in: Schönke/Schröder, § 5 StGB, Rn. 24; deutsches Strafrecht ist im Hinblick auf die Teilnahme an Auslandstaten unabhängig vom Tatortrecht gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 StGB nur anwendbar, wenn die Teilnahmehandlung im Inland begangen wurde (vgl. Eser in: Schönke/Schröder, § 9 StGB, Rn. 14).

¹²¹² Vgl. zu § 328 Abs. 2 Nr. 4 StGB: Alt in: MüKo², § 328 StGB, Rn. 35; Heine/Hecker in: Schönke/Schröder, § 328 StGB, Rn. 13c; BT-Drs. 13/10076, S. 11.

¹²¹³ BT-Drs. 11/5460, S. 9 f.

¹²¹⁴ Solange es dem genetischen Wunschvater nicht gelingt, nach gegebenenfalls erforderlicher Anfechtung der Vaterschaft des mit der Leihmutter verheirateten Ehemanns die eigene Vaterschaft feststellen zu lassen (Mayer, IPRax 2014, 57).

die Nichtanwendung ausländischen Rechts an deren Wirkung im Geburtsstaat nichts ändert¹²¹⁵. Eine Adoption des Kindes im Ausland stellt unter diesen Umständen keinen Ausweg dar; denn solange sich das Kind im Ausland befindet, in dem das Kind bereits als Kind der Wunscheltern gilt, kann eine Adoption nicht durchgeführt werden¹²¹⁶. Welche Mutter wäre unter diesen Umständen nicht bereit, ein Strafverfahren mit allen Konsequenzen auf sich zu nehmen, statt das eigene Kind elternlos im Geburtsstaat zurücklassen zu müssen.

Eine derartige Erstreckung der Strafbarkeit auf Auslandstaaten stieße freilich auf nicht unerhebliche Bedenken, denen im Kern zumindest teilweise ähnliche Erwägungen zugrunde liegen wie diejenigen, welche auch einer generalpräventiven Wirkung von § 1591 BGB ins Ausland hinein entgegenstehen. Denn die Anwendung des aktiven Personalitätsprinzips führt zu Konflikten mit dem völkerrechtlichen Fremdenrecht und dem Hoheitsanspruch des Territorialstaats, wenn nicht gleichzeitig eine identische Tatortnorm verlangt wird¹²¹⁷. Ohne diese Einschränkung gilt das aktive Personalitätsprinzip absolut; die Entscheidung des Empfangsstaats, ein bestimmtes Verhalten Strafvorschriften nicht zu unterwerfen, wird ignoriert¹²¹⁸. Gleichzeitig wird dem deutschen Staatsbürger zugemutet, sein Verhalten nicht nur an der Rechtsordnung des Empfangsstaats, sondern auch an derjenigen des Heimatstaats auszurichten. Die Treuepflicht gegenüber dem Heimatstaat und die Durchsetzung der eigenen Wertvorstellungen werden überbetont. Ein so verstandenes, absolut geltendes aktives Personalitätsprinzip ist deshalb sowohl aus völkerrechtlicher als auch aus individualrechtlicher Sicht abzulehnen¹²¹⁹. Das ihm inhärente Untertanendenken ist mit der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht vereinbar¹²²⁰. Zulässig und völkerrechtlich unbedenklich ist die Anwendung des aktiven Personalitätsprinzips deshalb nur, wenn ein weiteres Prinzip als Anknüpfungspunkt zur Verfügung steht¹²²¹. In Be-

¹²¹⁵ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2674 f.; Mayer, IPRax 2014, 57, 60; vgl. auch VG Berlin, IPRax 2012, 548, (Abstammung von einer indischen Leihmutter); VG Berlin, StAZ 2012, 382 (Abstammung von einer ukrainischen Leihmutter); OLG Stuttgart, StAZ 2012, 209 (Abstammung von einer amerikanischen Leihmutter).

¹²¹⁶ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2675 und oben F.V.3.

¹²¹⁷ Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, S. 270 ff.; Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 28.

¹²¹⁸ Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 28.

¹²¹⁹ Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 28 f.; Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, S. 270 ff.

¹²²⁰ Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 60.

¹²²¹ Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 29; Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, S. 271; Werle/Jeffberger, in: LK¹²-StGB, Vor

tracht kommt insoweit neben dem Prinzip stellvertretender Strafrechtspflege, welches eine identische Tatortnorm verlangt¹²²² (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB¹²²³), vor allem das Schutzprinzip in den Ausprägungen des Staatsschutzprinzips (auch: Realprinzips) und des passiven Personalitätsprinzips¹²²⁴.

Wunscheltern, welche eine Leihmutter in Anspruch nehmen wollen, wählen dafür naturgemäß einen Staat aus, in dem die Durchführung der Leihmutterchaft gestattet ist, so dass eine identische Tatortnorm in aller Regel nicht vorliegen wird. Deshalb kann das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege insoweit nicht herangezogen werden. Auch das Staatsschutz- oder Realprinzip greift nicht; denn der Bestand der Bundesrepublik Deutschland wird von im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften nicht gefährdet; weder die politische, noch die militärische Integrität oder Sicherheit¹²²⁵ sind bedroht.

Das verbleibende passive Personalitätsprinzip bezweckt den Schutz von Inländern im Ausland¹²²⁶. Seine Anwendung verlangt nach § 7 Abs. 1 StGB zwar grundsätzlich ebenfalls eine identische Tatortnorm¹²²⁷. Es kann aber auch mit dem aktiven Personalitätsprinzip kombiniert werden¹²²⁸. Denn wenn sowohl Täter als auch Opfer aus Deutschland stammen, sind beide der Personalhoheit der Bundesrepublik unterworfen. Ihnen steht auf der Grundlage des dadurch begründeten *status passivus* auch Grundrechtsschutz (*status negativus* und *status positivus*) zu¹²²⁹. Der mit einer Bestrafung verbundene Eingriff in die Grundrechte des Täters ist durch die gegenüber dem Opfer bestehenden Schutzpflichten gerechtfertigt¹²³⁰. Allerdings greift die Kombination von aktivem und passivem Per-

§ 3 StGB, Rn. 232 m.w.N.

¹²²² Eser in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 StGB, Rn. 21; Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, 273.

¹²²³ Dazu: BGH, NStZ-RR 2000, 208.

¹²²⁴ Eser in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 StGB, Rn. 16–18.

¹²²⁵ Vgl. Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 35 f.; BVerfGE 92, 277, 323.

¹²²⁶ Eser in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 StGB, Rn. 18.

¹²²⁷ Zu den Bedenken, die einer isolierten Anwendung des passiven Personalitätsprinzips entgegenstehen vgl. Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 39 f.; a.A. Werle/Jeßberger in: LK¹²-StGB, Vor § 3 StGB, Rn. 230.

¹²²⁸ Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, S. 277.

¹²²⁹ Vgl. dazu oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(i), S. 227 ff.

¹²³⁰ Zum grundrechtlich determinierten Dreieck oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(iii), S. 230 f.; zu einer aus den Grundrechten hergeleiteten „Pflicht zum Strafen“ vgl. Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamensis, Band 2, S. 53, 85. Auch aus Sicht des Tatortstaats halten sich die Bedenken in Grenzen; denn seine Interessen sind nur dadurch berührt, dass die Tat auf seinem Staatsgebiet stattfindet, weitere Interessen sind nicht betroffen (Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Straf-

sonalitätsprinzip bei im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften nur, soweit neben der Wunschmutter als Täterin auch die Leihmutter selbst aus Deutschland stammt, eine Konstellation, wie sie nur in seltenen Ausnahmefällen gegeben sein wird, so etwa, wenn eine altruistisch handelnde Verwandte oder Freundin der Wunschmutter das Austragen des Kindes übernehmen möchte und deshalb mit ins Ausland geht¹²³¹. In aller Regel stammt die Leihmutter aus dem Ausland, so dass das passive Personalitätsprinzip nicht anwendbar ist.

Da auch keine weiteren Prinzipien, wie der Weltrechtsgrundsatz (vgl. § 6 Nr. 2–8 StGB und das VStGB)¹²³² oder das Vertragsprinzip (§ 6 Nr. 9 StGB)¹²³³, greifen, ist die Ausdehnung einer auf die Wunschmutter bezogenen Strafbarkeit nach dem oben vorgeschlagenen Muster auf Auslandstaten aus den benannten Gründen nicht unproblematisch. So wird etwa im Zusammenhang mit § 5 Nr. 9 StGB (Erstreckung der Strafbarkeit für Schwangerschaftsabbrüche nach § 218 StGB auf Auslandstaten im Wege des aktiven Personalitätsprinzips) eine teleologische Reduktion dahingehend befürwortet, dass auch die Schwangere deutsche Staatsangehörige sein muss, um auf diesem Weg eine Rückbindung an das passive Personalitätsprinzip zu erreichen¹²³⁴.

recht, S. 277). Von dem an dieser Stelle maßgeblichen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts wird die Frage nach dem Schutzbereich des jeweiligen Straftatbestands getrennt. Transnational anerkannte Individualrechtsgüter sind vom Schutzbereich eines Straftatbestands nach der Rechtsprechung des BGH (S. 21, 277, 280; 60, 15, 26) auch unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Rechtsgutsträgers oder der Belegenheit des Rechtsguts geschützt. Ob erst nach Klärung des Geltungsbereichs eines Straftatbestands die Frage nach dem Schutzbereich einer deutschen Strafvorschrift geklärt werden kann oder umgekehrt Handlungen, die den Schutzbereich eines deutschen Strafgesetzes nicht berühren, schon keine Taten i.S.d. §§ 4 ff. StGB sind, ist umstritten (Werle/Jeßberger in LK¹²–StGB, Vor § 3 StGB, Rn. 273; Ambos in: MüKo³, Vorbemerkung zu § 3 StGB, Rn. 88 f. jeweils m.w.N.), muss an dieser Stelle aber nicht geklärt werden.

¹²³¹ Unter diesen Umständen liegt freilich die Gefahr, dass aufgrund mangelnder Freiwilligkeit der Leihmutter deren Rechte aus Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt sein können, eher fern.

¹²³² Geltung des inländischen Strafrechts für Taten, durch die gemeinsame, in allen Kulturstaaten geschützte Rechtsgüter verletzt werden (Eser in: Schönke/Schröder, Vorbemerkungen zu den §§ 3–9 StGB, Rn. 19 f.), so etwa bei der Erstreckung der Strafbarkeit aller Formen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen in § 5 Nr. 8 StGB (vgl. Art. 34 UN-Kinderrechtskonvention; Böse in: NK-StGB, § 5 StGB, Rn. 25; Ambos in: MüKo³, § 5 StGB, Rn. 28).

¹²³³ Staaten, welche die Durchführung von Leihmutterchaften nicht für strafwürdig halten, werden sich nicht veranlassen sehen, insoweit ein zwischenstaatliches Abkommen abzuschließen, in dem die Verfolgung solcher Taten zwingend vorgesehen ist (vgl. Ambos in: MüKo³, § 6 StGB, Rn. 17 ff. auch zu bestehenden zwischenstaatlichen Abkommen).

¹²³⁴ Böse in: NK-StGB, § 5 StGB, Rn. 26; vgl. auch die Kritik von Ambos in: MüKo³, § 5 StGB, Rn. 29 f.

Die mit der absoluten Geltung des aktiven Personalitätsgrundsatzes einhergehenden Bedenken zeigen, dass der Staat seine eigenen Wertvorstellungen nicht einschränkungslos ins Ausland übertragen kann. Ist es ihm aufgrund einer fehlenden Tatortstrafbarkeit und mangels eines weltweit einheitlich geltenden, ebenso weitgehenden Schutzes von Leihmüttern wie in Deutschland nicht erlaubt, eine *de lege ferenda* denkbare Strafbarkeit für die Inanspruchnahme einer Wunschmutter auf Auslandstaten zu erstrecken, wenn nicht auch die Leihmutter deutsche Staatsangehörige ist, kann ein Ausweichen auf die zivilrechtliche Ebene, um mit generalpräventiven Mitteln das gleiche Ziel zu erreichen, genauso wenig zulässig zu sein. Jedenfalls mit gegenüber der ausländischen Leihmutter bestehenden grundrechtlichen Schutzpflichten kann der mit § 1591 BGB verbundene Eingriff in die Rechte von Mutter und Kind aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht begründet werden.

Hält man die dargelegten, auf die absolute Geltung des aktiven Personalitätsgrundsatzes bezogenen Bedenken dagegen für nicht durchgreifend¹²³⁵ und betont die aus der Personalhoheit des Staats resultierenden Treuepflichten seiner Staatsbürger, steht *de lege ferenda* mit der Einführung einer Strafbarkeit für Wunschmütter und deren Erstreckung auf Auslandstaten ein mildereres, ebenso wirksames Mittel wie § 1591 BGB in seiner geltenden Fassung zur Verfügung. Zwar mag die auf einer Geld- oder Bewährungsstrafe fußende Generalprävention insoweit nicht eine vergleichbar abschreckende Wirkung entfalten wie die Extremfälle, in denen ein Kind elternlos im Geburtsstaat zurückgelassen werden muss. Dafür greift die Strafandrohung in jedem Einzelfall, während die Wunschmutter auch bei Fortgeltung von § 1591 BGB durch Anerkennung einer ausländischen Entscheidung¹²³⁶ unter Umständen doch noch die rechtliche Mutterposition erlangen kann. Insoweit würde eine ins Ausland hineinreichende Strafvorschrift sogar effektiver vor der Inanspruchnahme von Leihmüttern durch deutsche Wunschmütter (und Väter) schützen als es § 1591 BGB gegenwärtig zu leisten vermag¹²³⁷.

Auf eine Abwägung zwischen dem Nutzen von § 1591 BGB und den dadurch herbeigeführten Beeinträchtigungen im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)¹²³⁸ kommt es nicht mehr an.

¹²³⁵ Werle/Jefberger, in: LK¹²-StGB, Vor § 3 StGB, Rn. 232 m.w.N.

¹²³⁶ Vgl. BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983.

¹²³⁷ Für eine Verstärkung der öffentlich-rechtlichen oder strafrechtlichen Prävention anstelle des Anfechtungsausschlusses auch Muscheler, Familienrecht, Rn. 530.

¹²³⁸ Vgl. Grzeszick in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG VII, Rn. 117–120.

f. Das Ergebnis

Dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater wird ein durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse zuerkannt, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Ihm ist die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn keine zwischen den rechtlichen Eltern und dem Kind bestehende und durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte familiäre Beziehung entgegensteht¹²³⁹. Ein damit korrelierendes Interesse des Kindes, seinen leiblichen Vater zugeordnet zu erhalten, wird ebenfalls von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützt¹²⁴⁰.

Dementsprechend muss auch der genetischen, aber nicht rechtlichen Mutter¹²⁴¹ und ihrem Kind¹²⁴² ein durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse zustehen, einander zugeordnet zu werden.

Diese Rechte des Kindes und der genetischen Wunschmutter werden in den Fällen der Leihmutterschaft durch die nach § 1591 BGB unanfechtbar ausgestaltete Zuordnung des Kindes zur Geburtsmutter beeinträchtigt. Für eine Korrektur der rechtlichen Zuordnung verbleibt lediglich der Adoptionsweg, der bei einer Adoption durch die eigenen genetischen Eltern nicht nur keinen Sinn ergibt¹²⁴³, sondern bei sich noch im Ausland aufhaltendem Kind auch häufig scheitern wird¹²⁴⁴. Gerechtfertigt ist diese Beeinträchtigung nur, wenn sie sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen kann¹²⁴⁵.

§ 1591 BGB hat das Ziel, unmittelbar nach der Geburt eine klare Zuordnung des Kindes zu ermöglichen; vordergründig aber sollen gespaltene Mutterschaften verhindert werden: Bei der Eizell- und Embryospende geht es darum, die Feststellung der Eizellspenderin als rechtlicher Mutter auszuschließen, um das Kind vor dem Abbruch von Bindungen zur Wunschmutter, die gleichzeitig auch die Geburtsmutter ist, zu schützen¹²⁴⁶. Leihmutterschaften will die Regelung dagegen durch die mit ihr einhergehenden Schwierigkeiten im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter generalpräventiv entgegenwirken. Potentielle Wunscheltern sollen von ihrem Vorhaben, eine Leihmutter in

¹²³⁹ BVerfGE 108, 82, Leitsatz 1.

¹²⁴⁰ BVerfGE 108, 82, 108.

¹²⁴¹ Oben H.II.2.b., S. 205 ff.

¹²⁴² Oben H.II.2.c., S. 207 ff.

¹²⁴³ Kaiser in: FS Brudermüller, S. 357, 366; Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 53; Wellenhofer, FamRZ 2016, 1333, 1335.

¹²⁴⁴ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2675 und oben F.V.3.

¹²⁴⁵ Oben H.II.2.e.i., S. 213 ff.

¹²⁴⁶ Oben H.II.2.e.ii.(1), S. 217.

Anspruch zu nehmen, abgehalten werden. Dadurch wird nicht nur der Schutz des Kindeswohls bezweckt, sondern auch der Schutz der Leihmutter vor denkbaren mit der Leihmutterschaft einhergehenden Beeinträchtigungen ihrer Grundrechte¹²⁴⁷.

Während die Legitimität der benannten Ziele außer Zweifel steht, lassen sich auf der Stufe der Geeignetheit bereits all diejenigen von der Durchführung einer Leihmutterschaft betroffenen Kindesinteressen aussortieren, deren Schutz im Wege der Generalprävention erreicht werden soll; denn insoweit erfolgt der Grundrechtsschutz durch Verhinderung der Entstehung des zu schützenden Rechtssubjekts und läuft deshalb auf ein Recht des Kindes hinaus, zum Schutz vor Grundrechtsverletzungen durch Dritte nicht gezeugt und nicht geboren zu werden¹²⁴⁸.

Im Hinblick auf alle weiteren mit § 1591 BGB verfolgten Ziele steht ein milderes Mittel zur Verfügung: Für die Sicherstellung der nachgeburtlichen Betreuung durch die Geburtsmutter genügt eine anfechtbar ausgestaltete, an die Publizität der Geburt anknüpfende Vermutungsregelung. Schutz vor Verlust von Bindungen des Kindes zur Geburtsmutter kann in den Fällen der Eizell- und Embryospende durch einen mit § 1600 Abs. 4 BGB vergleichbaren Ausschluss der Anfechtung erreicht werden¹²⁴⁹, in den Fällen der Leihmutterschaft durch eine Regelung, die ebenso wie § 1600 Abs. 2 und 3 BGB die Anfechtbarkeit an das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung zwischen Leihmutter und Kind knüpft¹²⁵⁰. Keines dieser Ziele erfordert den vollständigen Ausschluss der Anfechtbarkeit.

Soweit mit § 1591 BGB generalpräventiv Leihmütter vor Grundrechtsbeeinträchtigungen, wie sie bei der Durchführung von Leihmutterschaften auftreten können, geschützt werden sollen, ist zwischen der Rechtslage im Inland und Ausland zu differenzieren. Im Inland existiert mit dem im ESchG und AdVermiG enthaltenen Strafnormen, vor allem § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, bereits *de lege lata* ein milderes, die Rechte von Wunschmutter und Kind nicht beeinträchtigendes Mittel¹²⁵¹. Für Konstellationen von ins Ausland gehenden deutschen Wunschmüttern ist *de lege ferenda* die Einführung einer auf Auslandstaten erstreckten Strafbarkeit der Wunscheltern bei Inanspruchnahme einer Leihmutter als milderes Mittel denkbar. Insoweit bestehen aber aus dem Blickwin-

¹²⁴⁷ Oben H.II.2.e.ii.(2), S. 217 ff.

¹²⁴⁸ Oben H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f. und eingehend H.I.1.a., S. 189 ff.

¹²⁴⁹ Vgl. auch Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 56.

¹²⁵⁰ Oben H.II.2.e.iv.(1), S. 223 ff.; vgl. auch Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 59.

¹²⁵¹ Oben H.II.2.e.iv.(2)(a), S. 225 f.

kel des Strafrechts, des Völkerrechts und vor allem des Verfassungsrechts erhebliche Bedenken. Denn ausländischen Leihmüttern, bei denen ein territorialer Bezug zur Bundesrepublik Deutschland nicht besteht und die deshalb auch nicht der deutschen Staatsgewalt ausgesetzt sind, steht ein über den *status passivus* vermittelter Grundrechtsschutz in Form des *status positivus* nicht zu; ihnen gegenüber bestehen vom deutschen Staat als Grundrechtsverpflichteten keine Schutzpflichten, die einen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Interessen von Wunschmutter und Kind rechtfertigen könnten¹²⁵².

Der in dem vollständigen Ausschluss der Anfechtbarkeit liegende Eingriff in die Rechte von genetischer Mutter und Kind¹²⁵³ aus Art. 6 Abs. 2 GG ist damit nicht gerechtfertigt. Ebenso wie dem leiblichen Vater und seinem Kind ist – abgesehen von den Fällen der Eizell- und Embryospende – auch der genetischen Mutter und ihrem Kind verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, rechtlich einander zugeordnet zu werden, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern, vor allem der Geburtsmutter, nicht entgegensteht.

III. Art. 3 GG

Neben einer Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG können mit dem vollständigen, auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsausschluss auch Verstöße gegen Art. 3 GG einhergehen. Die Vorschrift enthält neben dem allgemeinen Gleichheitssatz (Abs. 1) spezielle Gleichheitssätze (Abs. 3), welche die Form von Anknüpfungsverboten aufweisen¹²⁵⁴. Soweit Art. 3 Abs. 3 GG Benachteiligungen wegen des Geschlechts verbietet, entspricht er dem in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG enthaltenen Gleichberechtigungsgrundsatz von Männern und Frauen¹²⁵⁵. Sind für ein Vergleichspaar die Voraussetzungen eines speziellen Gleichheitssatzes erfüllt, kann auf den allgemeinen, in Art. 3 Abs. 1 GG enthaltenen Gleichheitssatz nicht zurückgegriffen werden¹²⁵⁶. Für die Betrachtungen im Rahmen

¹²⁵² Oben H.II.2.e.iv.(2)(b), S. 227 ff.

¹²⁵³ Zur Eigenschaft des im Ausland geborenen Kindes als Grundrechtsträger vgl. oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(iv), S. 231 f., Fn. 1206.

¹²⁵⁴ Kischel in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 212.

¹²⁵⁵ BVerfGE 74, 163, 179; Dürig/Scholz in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 10 mit anschaulichen Erörterungen zur historischen Entwicklung beider Normen.

¹²⁵⁶ BVerfGE 9, 237, 248 f.; Kischel in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 2.

dieser Arbeit sind lediglich der auf das Geschlecht bezogene spezielle Gleichheitssatz und der allgemeine Gleichheitssatz von Relevanz. Der Schwerpunkt liegt im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes:

Art. 3 Abs. 1 GG spricht nur von einer Gleichheit „vor“ dem Gesetz und scheint damit lediglich die Rechtsanwendungsgleichheit zu erfassen. Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass sich der Gleichheitssatz an den Gesetzgeber richtet mit der Folge einer „Rechtssetzungsgleichheit“ oder Gleichheit „im“ Gesetz; denn der Schutz von Art. 3 Abs. 1 GG wäre nicht mehr gewährleistet, wenn der Gesetzgeber nach Belieben ungleich behandeln dürfte und Verwaltung und Rechtsprechung dann wegen Art. 20 Abs. 3 GG gezwungen wären, diese Gesetze umzusetzen¹²⁵⁷.

Die Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet, dass ihm Grenzen bei der Auswahl der Tatbestände, welche er gesetzlich regelt, gesetzt sind und dass die im Gesetz enthaltenen gleichartigen Tatbestände auch gleichartig zu regeln sind¹²⁵⁸. Nicht erforderlich ist es, dass der Gesetzgeber in jedem Fall Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt¹²⁵⁹. Ihm steht ein gewisser Gestaltungsspielraum zu¹²⁶⁰. Ursprünglich prüfte das Bundesverfassungsgericht auf der Rechtfertigungsebene lediglich, ob ein Verstoß gegen das Willkürverbot vorlag. Der Gesetzgeber durfte mit anderen Worten nicht wesentlich Gleiches *willkürlich* ungleich behandeln und umgekehrt wesentlich Ungleiches nicht *willkürlich* gleich¹²⁶¹. Maßgeblich war allein, ob ein sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung ersichtlich war¹²⁶². Seit Beginn der 80er Jahre des

¹²⁵⁷ BVerfGE 1, 14, 52; 4, 219, 243; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 832; Kischel in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 9; Epping, Grundrechte, Rn. 769; eingehend und mit weiteren Argumenten: Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 33 ff.

¹²⁵⁸ BVerfGE 11, 64, 71; 4, 219, 243.

¹²⁵⁹ BVerfGE 86, 81, 87.

¹²⁶⁰ Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 63. Der dem Gesetzgeber vom Grundgesetz eingeräumte und hier zum Tragen kommende Gestaltungsspielraum ermöglicht es ihm, selbst zu entscheiden, wieviel Freiheiten er den Starken belassen und wieviel Schutz er den Schwachen angedeihen lassen möchte. Dadurch wird es ihm ermöglicht, zwischen den miteinander konkurrierenden politischen Forderungen nach möglichst viel gesellschaftlicher Freiheit auf der einen Seite und möglichst viel gesellschaftlicher Gleichheit auf der anderen Seite einen entsprechenden Ausgleich zu schaffen, wobei ihm durchaus die Möglichkeit gegeben wird, dem einen oder anderen Aspekt mehr oder weniger stark Geltung zu verschaffen. Grenzen werden ihm bei der Gewichtung dadurch gesetzt, dass Freiheitsverkürzungen und Ungleichbehandlungen rechtfertigungsbedürftig sind, sie mit anderen Worten nicht ohne Grund stattfinden dürfen (Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 517).

¹²⁶¹ BVerfGE 4, 144, 155; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 20.

¹²⁶² BVerfGE 4, 144, 155; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 20.

20. Jahrhunderts verwendet das Bundesverfassungsgericht aufgrund der in der Literatur geäußerten Kritik an der Willkürformel¹²⁶³ eine andere Definition, wonach das Gleichheitsgebot verletzt ist, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“¹²⁶⁴. Anders als noch bei Anwendung der Willkürformel genügt nicht mehr irgendein sachlicher Grund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, der rechtfertigende Grund muss nunmehr in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen¹²⁶⁵.

Der Prüfungsaufbau ist nach diesen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zweistufig: Zunächst muss eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung vorliegen, auf der zweiten Stufe wird deren Rechtfertigung geprüft¹²⁶⁶.

1. Die Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG

Eine rechtlich relevante und damit rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung ist gegeben, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird¹²⁶⁷. Wesentlich gleich sind zwei Sachverhalte nicht nur in dem Fall ihrer strikten tatbestandlichen Identität, sondern auch bei wesentlicher Vergleichbarkeit¹²⁶⁸. Ob Vergleichbarkeit gegeben ist, wird durch die

¹²⁶³ Vgl. dazu nur Maaß, NVwZ 1988, 14, 20 m.w.N.

¹²⁶⁴ BVerfGE 55, 72, 88; 60, 123, 133 f.; 81, 1, 8; 87, 1, 36; 100, 195, 205; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 22 m.w.N.; Epping, Grundrechte, Rn. 796.

¹²⁶⁵ BVerfGE 82, 126, 146; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 22; sowohl die Willkürprüfung als auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung anwenden möchte Manssen, Staatsrecht II, Rn. 832.

¹²⁶⁶ Epping, Grundrechte, Rn. 775.

¹²⁶⁷ Epping, Grundrechte, Rn. 778; zur Fallgruppe der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem und der Kritik an der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. Rn. 790 f. und Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 74–76.

¹²⁶⁸ Epping, Grundrechte, Rn. 780; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 518; wesentliche Vergleichbarkeit bzw. Gleichheit ist von vornherein nur gegeben, wenn die Ungleichbehandlung durch dieselbe Rechtsetzungsgewalt erfolgt ist. Fälle der Ungleichbehandlung durch Landesgesetze unterschiedlicher Länder oder Satzungen unterschiedlicher Universitäten oder Gemeinden scheiden deshalb von vornherein als nicht wesentlich gleich aus – BVerfGE 33, 224, 231; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 518. Das Kriterium spielt hier im Rahmen der weiteren Erörterungen aber keine ausschlaggebende Rolle, weil die maßgeblichen und zu untersuchenden Regelungen Bundesgesetzen entstammen.

Bildung von Vergleichsgruppen ermittelt¹²⁶⁹, die sich unter einen gemeinsamen Oberbegriff („genum proximum“ oder „tertium comparationis“) subsumieren lassen¹²⁷⁰. Der gemeinsame Oberbegriff darf nur die unterschiedlich behandelten Personen oder Personengruppen erfassen, weitere Personen oder Personengruppen dürfen ihm nach Möglichkeit nicht unterfallen, weil ansonsten Inhalt, Ausmaß und auch der mögliche Grund der Ungleichbehandlung nicht erkennbar sind und eine Vielzahl möglicher Differenzierungskriterien in Frage kommen¹²⁷¹. Die unter den gemeinsamen Oberbegriff fallenden Personen, Personengruppen oder Situationen müssen aufgrund eines Unterscheidungsmerkmals („differentia specifica“), welches durch die Bildung des gemeinsamen Oberbegriffs sichtbar wird, ungleich behandelt worden sein¹²⁷².

Die Situation der Vergleichsgruppe muss der Situation des oder der Betroffenen, welcher eine Gleichbehandlung begehrt, dabei im Hinblick auf den maßgeblichen Sachverhalt möglichst ähnlich sein; denn mit einer Zunahme der Unterschiede nehmen die Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ab, bis von einer wesentlichen Vergleichbarkeit der Personen, Personengruppen oder Sachverhalte nicht mehr gesprochen werden kann, weil die Unterschiede die Gemeinsamkeiten bei weitem überwiegen¹²⁷³. In einem solchen Fall liegt keine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung mehr vor¹²⁷⁴.

Eine Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch darin liegen, dass wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden¹²⁷⁵. Voraussetzung ist aber, dass die Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden

¹²⁶⁹ Epping, Grundrechte, Rn. 782.

¹²⁷⁰ Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 24; Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 70; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 465.

¹²⁷¹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 520, 523 mit anschaulichem Beispiel in Rn. 521: Im Hinblick auf die Privilegierung alleinerziehender Mütter bei der Vergabe von Kindergartenplätzen ist der richtige Oberbegriff, welcher die alleinerziehenden Väter mit umfasst, derjenige der „Alleinerziehenden“, nicht aber derjenige der „Eltern“; denn letzterer umfasst auch gemeinsam erziehende Eltern und kann deshalb gemeinsamer Oberbegriff nur sein, wenn es um eine unterschiedliche Behandlung von alleinerziehenden Müttern und Vätern auf der einen und gemeinsam erziehenden Eltern auf der anderen Seite geht; ebenso Epping, Grundrechte, Rn. 783 mit Beispielen in den Rn. 784 ff.

¹²⁷² Heun in: Dreier: Art. 3 GG, Rn. 24; Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 70.

¹²⁷³ Epping, Grundrechte, Rn. 782.

¹²⁷⁴ Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 69: Kloepfer überträgt in diesem Zusammenhang die Terminologie der Freiheitsrechte auf Art. 3 Abs. 1 GG und spricht davon, dass das Kriterium der Wesentlichkeit die Grenze der Schutzbereichseröffnung markiert.

¹²⁷⁵ BVerfGE 1, 264, 275 f.; 98, 356, 385.

Zusammenhang so bedeutsam sind, dass der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muss¹²⁷⁶. In der Literatur sieht sich diese auf ein Differenzierungsgebot¹²⁷⁷ hinauslaufende Fallgruppe nicht unerheblicher Kritik ausgesetzt, weil es einerseits möglich sei, die jeweilige Konstellation durch Wahl der entsprechenden Vergleichsgruppe auch als Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem darzustellen¹²⁷⁸ und weil die sich aus dem Differenzierungsgebot ergebende Vorgabe, „Jedem das Seine“ zu gewähren (anstatt nur „Jedem das Gleiche“), mit Blick auf die Schutzrichtung eine inhaltliche Verschiebung des Gleichheitssatzes in einen Bereich bedeutete, der eigentlich den Freiheitsrechten vorbehalten sei¹²⁷⁹. Richtig ist es deshalb zwar – anknüpfend an den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 GG – dem Verbot der Ungleichbehandlung grundsätzlich den Vorrang einzuräumen und die Vergleichsgruppen so zu bilden, dass dieses Verbot zur Anwendung gelangen kann. Ist eine entsprechende Vergleichsgruppenbildung im Einzelfall aber nicht möglich, muss auf das dargestellte Gebot, Ungleiches nicht willkürlich gleich zu behandeln, zurückgegriffen werden können¹²⁸⁰.

2. Die Rechtfertigung

Nicht gerechtfertigt werden können Ungleichbehandlungen mit den den speziellen Gleichheitssätzen¹²⁸¹ enthaltenen Kriterien. Sie scheiden ausnahmslos als rechtfertigende Gründe für eine Ungleichbehandlung

¹²⁷⁶ BVerfGE 1, 264, 275 f.; 98, 356, 385: Werden durch den Gesetzgeber typisierende und generalisierende Regelungen geschaffen, kann es zu Härten und Ungerechtigkeiten kommen, weil nicht immer alle Partikularinteressen berücksichtigt werden können. Solange das nur eine kleine Zahl von Personen betrifft und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist, müssen diese hingenommen werden. Das gilt nicht mehr, wenn die (wirtschaftlichen) Folgen der Regelung in einem Missverhältnis zu den mit der Typisierung verbundenen Vorteilen stehen.

¹²⁷⁷ Vgl. Epping, Grundrechte, Rn. 787.

¹²⁷⁸ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 525 f.; Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 75; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 25; gern wird zur Verdeutlichung auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bahnhofsapotheke (BVerfGE 13, 225) zurückgegriffen, bei der man sowohl von einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen (Bahnhofsapotheken und sonstige Apotheken wurden im Hinblick auf die Ladenschlusszeiten gleich behandelt) und auch eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem (Bahnhofsapotheken werden im Hinblick auf die Ladenschlusszeiten nicht genauso behandelt wie sonstige Bahnhofsverkaufsstellen) annehmen kann.

¹²⁷⁹ Vgl. Epping, Grundrechte, Rn. 790; zu weiteren Gründen s. Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 25.

¹²⁸⁰ Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 25; Epping, Grundrechte, Rn. 790.

¹²⁸¹ Unter anderem Art. 3 Abs. 2 S. 1, 3 Abs. 3 und 6 Abs. 5 GG.

aus¹²⁸². Entspricht der Grund für die Ungleichbehandlung nicht einem der von den speziellen Gleichheitssätzen umfassten Merkmale, kommt es nach der neuen Formel des Bundesverfassungsgerichts, wie bereits dargestellt, darauf an, ob für die Ungleichbehandlung der im ersten Schritt gebildeten Vergleichsgruppen keine Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten¹²⁸³. Diese Vorgabe erfordert in der Konsequenz eine Verhältnismäßigkeitsprüfung¹²⁸⁴. Es muss für die Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund¹²⁸⁵ vorliegen, der Gesetzgeber muss mit anderen Worten einen legitimen Zweck verfolgen. Dieser Zweck kann sich aus den vorgefundenen Unterschieden zwischen den Vergleichsgruppen selbst ergeben („interner Zweck“), es können durch den Staat aber auch „externe Zwecke“, welche vor allem Gründe des Allgemeinwohls umfassen, verfolgt werden. Nicht selten werden in der Praxis mehrere Zwecke mit einer Ungleichbehandlung verfolgt¹²⁸⁶. Die Ungleichbehandlung muss zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich sein. Schließlich müssen Ungleichbehandlung und der verfolgte Zweck in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)¹²⁸⁷. Die Rechtfertigungsanforderungen an diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nehmen, wie bereits gezeigt, mit der Zunahme der Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen ab¹²⁸⁸. Gleichzeitig spielt auch die Intensität der mit der Ungleichbehandlung einhergehenden Beeinträchtigung eine Rolle¹²⁸⁹. Sie ist davon abhängig, ob das Kriterium der Ungleichbehandlung eher personen- oder situationsbezogen ist; denn bei der Ungleichbehand-

¹²⁸² Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 515; das bedeutet aber nicht, dass etwa Differenzierungen nach dem Geschlecht oder einem anderen der in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Merkmale nicht durch andere Grundrechte oder gleichrangige Verfassungsnormen gerechtfertigt werden können (Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 110), die Kriterien von Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 GG dürfen für die Rechtfertigung aber keine Rolle spielen (Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 547).

¹²⁸³ BVerfGE 55, 72, 88; 60, 123, 133 f.; 81, 1, 8; 87, 1, 36; 100, 195, 205; Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 22 m.w.N.; Epping, Grundrechte, Rn. 796.

¹²⁸⁴ Heun in: Dreier, Art. 3 GG, Rn. 26 f.; Epping, Grundrechte, Rn. 798 ff.

¹²⁸⁵ Manssen, Staatsrecht II, Rn. 838 geht davon aus, dass zunächst eine Willkürprüfung vorzunehmen ist und dieser die Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt. Da im Rahmen der Willkürprüfung letztlich die Frage nach dem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gestellt wird (vgl. BVerfGE 17, 122, 130: „sachfremd und deshalb willkürlich“), ist sie aber bereits in der Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten, weil diese fordert, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimer Zweck verfolgt werden muss.

¹²⁸⁶ Epping, Grundrechte, Rn. 802–804.

¹²⁸⁷ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 527, 530.

¹²⁸⁸ Epping, Grundrechte, Rn. 782.

¹²⁸⁹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 531 und Epping, Grundrechte, Rn. 810.

lung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengeren Bindung¹²⁹⁰. Maßgeblich ist weiter, ob das Unterscheidungsmerkmal einem der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten verbotenen Kriterien ähnelt¹²⁹¹ und ob die Ungleichbehandlung gleichzeitig den Gebrauch grundrechtlicher Freiheiten beeinträchtigt¹²⁹².

3. Die Verletzung von Art. 3 GG durch § 1591 BGB

In der Literatur wird aus verschiedenen Gründen von einer Verletzung von Art. 3 GG durch die Regelung in § 1591 BGB ausgegangen.

a. Die Ungleichbehandlung von Vaterschaft und Mutterschaft

Die Tatsache, dass die Vaterschaftszuordnung widerlegbar ausgestaltet ist und es zwar eine Vaterschafts-, nicht aber die Mutterschaftsanfechtung gibt, wird von *Wellenhofer* als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Mutterschaft und Vaterschaft (gemeinsamer Oberbegriff wäre die Elternschaft) gesehen. Denn beide seien rechtlich gleichwertig und auch für die Entwicklung des Kindes von gleichrangiger Bedeutung. Ein sachlich hinreichender Differenzierungsgrund sei nicht ersichtlich¹²⁹³.

Diese sehr allgemeine, an die Terminologie des Gesetzes (vgl. die amtlichen Überschriften der §§ 1591 und 1592 BGB) anknüpfende Gegenüberstellung erlaubt allerdings keine präzise Vergleichsgruppenbildung, welche nur die maßgeblichen, unterschiedlich behandelten Personen enthält¹²⁹⁴. Denn erfasst werden sowohl die Fälle der natürlichen als auch der artifiziiellen Reproduktion. Bei der natürlichen Fortpflanzung ist die gegenwärtige Regelung der Mutterschaft in § 1591 BGB unter Gleichheitsaspekten nicht zu beanstanden. Die fehlende Anfechtbarkeit der Mutterschaft ist nämlich ohne weiteres dadurch gerechtfertigt, dass bei natürlicher Empfängnis die gebärende Frau immer auch die genetische Mutter ist, so dass ein Bedarf für eine mit der Vaterschaft vergleichbare Regelung nicht besteht. Abgesehen davon unterscheiden die Regeln

¹²⁹⁰ BVerfGE 95, 267, 317; Epping, Grundrechte, Rn. 811.

¹²⁹¹ BVerfGE 130, 240, 254; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 538.

¹²⁹² BVerfGE 95, 267, 317; 107, 27, 46.

¹²⁹³ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 43.

¹²⁹⁴ Vgl. nochmals Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 520, 523; Epping, Grundrechte, Rn. 782 ff.

zur Anfechtung der Vaterschaft zwischen der Anfechtung der Vaterschaft in Fällen der natürlichen Konzeption einerseits und den Fällen der heterologen Insemination¹²⁹⁵ andererseits: In den letztgenannten Fällen ist – eine Einwilligung des Manns und der Mutter vorausgesetzt – die Anfechtung der Vaterschaft durch beide Wunschelternteile ausgeschlossen. Eine Vergleichsgruppenbildung, welche nur die maßgeblichen Fälle sichtbar macht und auf der einen Seite nicht gleich mehrere, rechtlich unterschiedlich zu bewertende Konstellationen enthält, ist deshalb bei der nur allgemeinen Anknüpfung an die Ungleichbehandlung von Vater- und Mutterschaft nicht möglich. Besser ist es, als Vergleichsgruppen die Samen- und die Eizellspende zu wählen (sogleich b.)¹²⁹⁶. In der Literatur thematisiert wird daneben die Frage, ob die in § 1591 BGB angelegte Ungleichbehandlung von Eizellspenden und Leihmutterschaften eine Beeinträchtigung von Art. 3 Abs. 1 GG darstellt¹²⁹⁷ (unten c.). Eine Vergleichsgruppenbildung zwischen der Leihmutterschaft auf der einen Seite und von Konstellationen im Zusammenhang mit der Vaterschaft – etwa der Samenspende – auf der anderen Seite ergibt hingegen wenig Sinn; denn zur Leihmutterschaft findet sich auf der väterlichen Seite kein vergleichbares Pendant. Untersucht werden kann aber die unterschiedliche Behandlung von Vaterschaft und Mutterschaft in den Konstellationen der Leihmutterschaft mit ihren Auswirkungen auf die Rechte der genetischen Eltern (d.) und des Kindes (e.).

b. Die Ungleichbehandlung von Kindern aus Eizell- und Samenspenden

Samen- und Eizellspende können als Vergleichsgruppen herangezogen werden, der nächste gemeinsame Oberbegriff, welcher (ausschließlich) beide Gruppen erfasst, ist derjenige der Gametenspende. Die Unterschiede im Hinblick auf die zur Zeugung des Kindes angewandten medizinischen Verfahren (künstliche Insemination, IVF oder ICSI¹²⁹⁸) sind medizintechnischer Natur. In ihren Auswirkungen auf die Abstammung

¹²⁹⁵ In den Konstellationen der homologen Insemination besteht schon deshalb kein Anfechtungsrecht im Hinblick auf die Vaterschaft, weil rechtliche und genetische Vaterschaft übereinstimmen (Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 59).

¹²⁹⁶ In diese Richtung: Helms, FuR 1996, 178, 188; auch Wellenhofer stellt im weiteren Verlauf der Kommentierung primär auf eine Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellspende ab (Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 43).

¹²⁹⁷ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 44.

¹²⁹⁸ Dazu oben B.II., S. 28 ff.

vom jeweiligen Gametenspender, welcher nicht zugleich auch rechtlicher Elternteil wird, unterscheiden sie sich nicht. Die wesentliche Vergleichbarkeit der beiden Gruppen ist damit gegeben, der für die Abstammung maßgebliche Unterschied liegt – abgesehen von den medizintechnischen Differenzen¹²⁹⁹ – darin, ob für den Transfer von Gameten männliche oder weibliche Geschlechtszellen verwendet wurden¹³⁰⁰. Sinnvoll erscheint es, zu den Fällen der Gametenspende in dem hier maßgeblichen Zusammenhang auch die Konstellation der Embryospende¹³⁰¹ hinzuzurechnen, selbst wenn bei der Embryospende – anders als bei der Spende von Samen- oder Eizellen – Gegenstand der Übertragung des Gewahrsams auf die Wunscheltern der bereits gezeugte Embryo ist und nicht mehr die einzelnen Keimzellen¹³⁰². Denn für die Frage nach der in den §§ 1591 ff. BGB geregelten Abstammung spielt es keine Rolle, ob die gespendeten Gameten zum Zeitpunkt der Gewahrsamsübertragung noch nicht mit-

¹²⁹⁹ Zu den technischen Differenzen gehören auch die Verfahren der Gewinnung von Gameten. Während Samenspenden keinen Eingriff in die körperliche Integrität erfordern, setzen Eizellspenden voraus, dass nach vorheriger ovarialer Hyperstimulation die herangereiften Eizellen durch eine transvaginale Punktion gewonnen werden (vgl. B.II.1., S. 29). Dieser Unterschied ändert an der wesentlichen Vergleichbarkeit beider Fallgruppen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Abstammung indes nichts.

¹³⁰⁰ Eine Ablehnung der wesentlichen Vergleichbarkeit mit dem Argument, dass die Samenspende einen natürlichen Vorgang nachahme, die Eizellspende sich demgegenüber zu weit von dem Tatbestand der natürlichen Fortpflanzung entferne (so der SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Problemen der künstlichen Befruchtung beim Menschen und bei Eingriffen in menschliche Keimzellen aus dem Jahre 1989 in: BT-Drs. 11/5710, S. 13; vgl. auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 164), ist in der heutigen Zeit, in der Methoden der assistierten Reproduktion auch in Deutschland in einem erheblichen Umfang und mit einem hohen Maß an Technisierung durchgeführt werden, nicht mehr haltbar. Mit der gleichen Begründung müsste auch die oben beschriebene Methode der ICSI (B.II.2., S. 29 f.) verboten werden, mit der schwere Formen der männlichen Subfertilität behandelt werden können. Denn dort wird ein einzelnes Spermium mittels Pipette direkt in das Zytoplasma der Eizelle injiziert. Die medizintechnisch sehr aufwendige, erst seit 1994 verfügbare Methode ist im Vergleich zur Eizellspende noch weiter vom Vorgang der natürlichen Befruchtung entfernt als die Eizellspende. Darauf, dass die Eizellspende – anders als die Samenspende – im Ergebnis zu einer gespaltenen Mutterschaft (biologische bzw. Geburtsmutterschaft auf der einen und genetische Mutterschaft auf der anderen Seite) führt (vgl. von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 164), kann es in dem an dieser Stelle maßgeblichen Zusammenhang schon deshalb nicht ankommen, weil § 1591 BGB in seiner gegenwärtigen Form die durch eine Eizellspende entstehende gespaltenen Mutterschaft auch rechtlich perpetuiert und die Regelung insoweit das von den Beteiligten gewollte Ergebnis auf zivilrechtlicher Ebene begünstigt.

¹³⁰¹ Und der Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium – oben B.II.5.b., S. 34 f.

¹³⁰² Vgl. oben B.II.5.c., S. 36 ff.

einander verschmolzen waren (denkbar in den Fällen der kombinierten Samen- und Eizellspende) oder ob bereits ein Embryo existierte. In diesen Konstellationen wird die Ungleichbehandlung sogar im besonderen Maße sichtbar: Die Zuordnung der Mutterschaft durch § 1591 BGB ist unanfechtbar, während die in § 1592 Nr. 1 und 2 BGB geregelte Vaterschaftszuordnung anfechtbar ausgestaltet ist. Erfolgte die heterologe Insemination – wie im Regelfall – mit Einwilligung der Mutter und des rechtlichen Vaters, ist wegen § 1600 Abs. 4 BGB freilich nur das Kind anfechtungsberechtigt. Eine Anfechtung der Vaterschaft durch die rechtlichen Eltern ist ausgeschlossen. Gleiches gilt im Bereich der Vaterschaft auch für andere Methoden der künstlichen Befruchtung im heterologen System und damit für die Embryospende¹³⁰³.

Die darin liegende Ungleichbehandlung ist allerdings keine solche wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 2 GG, 3 Abs. 3 Fall 1 GG¹³⁰⁴), weil ihre Auswirkungen nur die aus der jeweiligen Gametenspende hervorgehenden Kinder – gleich welchen Geschlechts – betreffen. Diese werden nicht wegen ihres Geschlechts benachteiligt¹³⁰⁵, sondern – gegebenenfalls – wegen des Geschlechts des Keimzellspenders, von dem sie abstammen, weil sie die Vaterschaft im Fall der Samen- und Embryospende anfechten können, nicht aber die Mutterschaft im Fall der Eizell- oder Embryospende¹³⁰⁶. Für die Bestimmung des Rechtfertigungsmaßstabs kann aber

¹³⁰³ Rauscher in: Staudinger, § 1600 BGB, Rn. 77.

¹³⁰⁴ Von einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts geht aber Wellenhofer (in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 43) ausweislich der gewählten Überschrift aus, freilich unter Anknüpfung an die oben schon abgelehnte zu allgemeine Vergleichsgruppenbildung zwischen Vaterschaft und Mutterschaft (vgl. auch Wellenhofer, Familienrecht, § 31, Rn. 9).

¹³⁰⁵ Vgl. den Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 GG.

¹³⁰⁶ Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts könnte aus Sicht der Keimzellspender – ohne dass Auswirkungen auf die Rechte des Kindes nachweisbar wären – noch insoweit bestehen, als dass der genetische Vater als rechtlicher Vater festgestellt werden kann, die genetische Mutter hingegen nicht (so Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 43 in Bezug auf die bereits oben kritisierte allgemeine Gegenüberstellung von Vaterschaft und Mutterschaft). Verengt man – wie hier – die Vergleichsgruppen auf den Bereich der Eizell- und Samenspende, ergibt sich im Regelfall aber nicht einmal eine Ungleichbehandlung beider Gruppen; denn weder die genetische Mutter im Fall der Eizellspende noch der genetische Vater im Fall der Samenspende können die zunächst bestehende rechtliche Elternschaft der nicht genetischen Wunscheltern beseitigen. Bei der Mutterschaft scheidet eine Anfechtung ohnehin an § 1591 BGB. Auch die Vaterschaft kann jedenfalls in den typischen Fällen der konsentierten heterologen Insemination, welche nach der Abrede der Beteiligten darauf gerichtet ist, dass der Wunschvater die elterliche Verantwortung übernimmt, nicht angefochten werden. Das gilt sogar, wenn der Samen-spender eine eidesstattliche Versicherung i.S.v. § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB abgegeben hat und keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Wunschvater und dem Kind (mehr) besteht (vgl. § 1600 Abs. 2 und 3 BGB). Grund für den Ausschluss der Anfech-

davon ausgegangen werden, dass zumindest wegen der Maßgeblichkeit des Geschlechts des Keimzellspenders eine gewisse Ähnlichkeit oder Nähe zur Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts besteht, was er-

tung ist der konkludente Verzicht des Samenspenders auf das Anfechtungsrecht, der sich aus seiner Mitwirkung an der konsentierten heterologen Insemination ergibt (BGHZ 197, 242, 247 (Rn. 21 ff.)). Nur wenn ein in die künstliche Befruchtung einwilligender Wunschvater nicht vorhanden ist und deshalb auch nicht von einem konkludenten Verzicht des Samenspenders ausgegangen werden kann, ist eine Feststellung des Samenspenders als Vater nach § 1600d BGB möglich. Hat zwischenzeitlich ein dritter Mann die Vaterschaft im Einvernehmen mit der Mutter anerkannt, muss auch die Anfechtung dieser Vaterschaft durch den Samenspender erlaubt sein. Solche Konstellationen sind aber eher die Ausnahme und beschränken sich auf Wunschmütter, die allein oder in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft leben und privat eine Samenspende in Anspruch nehmen. Um einen Fall einer in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft lebenden Wunschmutter ging es auch in der Entscheidung des BGH (Z 197, 242, 245 (Rn. 13 ff., 25)). Dort hatte ein ebenfalls in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft lebender Mann privat Spendersamen zur Verfügung gestellt und wollte dann die Vaterschaft des Manns, der statt seiner die Vaterschaft anerkannt hatte, anfechten. Derartige Konstellationen sind, übertragen auf den Bereich der Eizellspende, die absolute Ausnahme; denn bei der Eizellspende ist nahezu immer eine Wunschmutter vorhanden, welche das Kind als eigenes austragen will. Eine denkbare Ungleichbehandlung existiert demnach lediglich im Vergleich zu Fällen einer kombinierten Eizellspende und Leihmutter-schaft (vgl. die Konstellation in BGHZ 203, 350; in dem Urteil ging es aber lediglich um die Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Entscheidung, welche den beiden Lebenspartnern die rechtliche Elternschaft übertragen hat, und nicht um die Anfechtung der Mutterschaft; ausführlich zum Urteil s. oben E.IV., S. 92 ff.). Die Eizellspenderin könnte die (Geburts-)Mutterschaft der Leihmutter, anders als ein (privater) Samenspender, welcher, ohne dass ein Wunschvater vorhanden ist, Spermia zur Verfügung stellt, nicht mit dem Ziel anfechten, selbst als Mutter festgestellt zu werden. Das müsste sie auch gar nicht; denn wenn sie selbst eine Mutterrolle einnehmen möchte, könnte sie als Ersatzmutter fungieren und nicht nur die Eizelle spenden, sondern das Kind auch selbst austragen und einen der beiden Wunschväter die Vaterschaft anerkennen lassen, eine Möglichkeit, welche sich dem privaten Samenspender, der in der Erwartung, das Kind anerkennen zu können, Samen spendet, gerade nicht eröffnet. Die verbleibenden Fälle, in denen sich die Eizellspenderin umentscheidet und nach der Spende doch die Mutterrolle einnehmen möchte, sind eher hypothetischer Natur und können wegen der Verbote aus § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 ESchG, §§ 13a-c, 14b AdVermiG ohnehin nicht im Inland auftreten, weil dazu anders als bei der privaten Samenspende die Inanspruchnahme medizintechnischer Hilfe erforderlich ist. Soweit derartige Fälle im Ausland auftreten, richtet sich eine Anfechtung der Mutterschaft aber ohnehin nicht (nur) nach deutschem Recht (vgl. Art. 20 EGBGB, dazu oben F.III., S. 142 ff.). Seit dem 1. Juli 2018 ist durch den neu eingeführten § 1600d Abs. 4 BGB eine Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater des Kindes unter den dort näher benannten Voraussetzungen nicht mehr möglich. Die Vaterschaftsfeststellung bei privaten heterologen Samenspenden wird dadurch aber nicht ausgeschlossen (BT-Drs. 18/11291, S. 35).

Im Bereich der natürlichen Fortpflanzung, welche nicht Bestandteil der hier untersuchten Vergleichsgruppen ist, bestehen die oben angegebenen Unterschiede. Das ist aber nicht zu beanstanden, weil ein im Wege der natürlichen Fortpflanzung gezeugtes Kind genetisch immer von der Geburtmutter, nicht aber notwendig von seinem rechtlichen Vater abstammt. Nur bei letzterem besteht demzufolge die Notwendigkeit, Statuskorrekturen zuzulassen.

höhte Rechtfertigungsanforderungen nach sich zieht¹³⁰⁷. Wie dargelegt, ist die herausgearbeitete Ungleichbehandlung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.

Der Ausschluss der Anfechtbarkeit erfolgt, soweit er sich im Zusammenhang mit der Mutterschaft auf den Bereich der Eizell- und Embryospende erstreckt, zu dem legitimen Zweck, das Kind vor dem Verlust von gegenüber der rechtlichen Mutter bestehenden Unterhalts- und Erbrechtsansprüchen als auch demjenigen von persönlichen Bindungen zu schützen¹³⁰⁸. Das Kind selbst aus dem Kreis der Anfechtungsberechtigten auszunehmen, ist – ebenso wie bei § 1600 Abs. 4 BGB – zur Erreichung dieses Zwecks aber nicht erforderlich. Nach Erreichen der Volljährigkeit kann es in den Fällen der heterologen Insemination selbst entscheiden, ob es die Vaterschaft anfechten möchte. Eine Beeinträchtigung des Kindeswohls, wie sie mit einer Anfechtung durch den rechtlichen Vater oder die rechtliche Mutter einhergehen kann, ist bei einer Anfechtung durch das selbstbestimmt handelnde, volljährige Kind ausgeschlossen¹³⁰⁹. Nicht nur das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, sondern unter Umständen auch unterhalts- und erbrechtliche Interessen können aus Sicht des Kindes für eine Anfechtung sprechen, wenn die Aussicht besteht, dass die genetische Eizellspenderin als Mutter festgestellt werden kann. Die im Vergleich zur Vaterschaft bestehende Ungleichbehandlung ist damit nicht gerechtfertigt. Sie wurde allerdings mit Inkrafttreten des neuen § 1600d Abs. 4 BGB zum 1.7.2018 in gewisser Weise nivelliert; denn eine auf die Anfechtung der Vaterschaft folgende Feststellung des Samenspenders als rechtlicher Vater ist seitdem nicht mehr möglich, wenn die heterologe Verwendung von Samen im Rahmen einer künstlichen Befruchtung in der im Samenspenderregistergesetz vorgesehenen Weise erfolgt ist¹³¹⁰.

¹³⁰⁷ Vgl. oben H.III.2. a.E., S. 246.

¹³⁰⁸ Vgl. zu den auf den Bereich der Mutterschaft übertragbaren Wertungen, welche dem Ausschluss der Anfechtbarkeit der Vaterschaft bei der heterologen Insemination zugrunde liegen Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 56 f.

¹³⁰⁹ Ist das Kind noch nicht volljährig, kann es bei der Anfechtung der Vaterschaft durch seinen gesetzlichen Vertreter gemäß § 1600a Abs. 3 BGB vertreten werden. Auf den ersten Blick scheint auf diese Weise eine Umgehung des in § 1600 Abs. 4 BGB enthaltenen Anfechtungsausschlusses der rechtlichen Eltern möglich zu sein. Allerdings ist die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter gemäß § 1600a Abs. 4 BGB nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient. Das ist in den Fällen der Samenspende regelmäßig zu verneinen, weil der Verlust des rechtlichen Elternteils ohne Aussicht auf alsbaldige Feststellung des genetischen Elternteils nicht dem Kindeswohl dient (Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 67).

¹³¹⁰ BT-Drs. 18/11291, S. 35.

Verstöße gegen die Rechtssetzungsgleichheit können auf verschiedene Weise beseitigt werden: Die schlechter behandelte Vergleichsgruppe kann auf das Niveau der besser behandelten Gruppe heraufgehoben werden, die Behandlung der bevorzugten Gruppe kann aber im Ergebnis auch derjenigen der schlechter gestellten Gruppe angeglichen werden, und schließlich ist es möglich, beide Gruppen gemeinsam auf eine andere Weise gleich zu behandeln¹³¹¹. Dem Gesetzgeber steht insoweit eine Gestaltungsfreiheit zu, die vom Bundesverfassungsgericht nur eingeschränkt werden darf, wenn eine bestimmte Behandlung beider Gruppen verfassungsrechtlich geboten ist oder angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis von dem Gleichheitsverstoß die benachteiligte Gruppe in die begünstigende Regelung aufgenommen hätte¹³¹².

Bereits oben wurde festgestellt, dass der Anfechtungsausschluss in den Fällen der Eizell- und Embryospende unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch aus Sicht des Kindes nicht zu beanstanden ist, weil die Spenderinnen trotz der bestehenden genetischen Verbindung zum Kind die elterliche Verantwortung von vornherein nicht übernehmen wollen¹³¹³. Insoweit ist die Beantwortung der Frage, wie zukünftig mit dem Anfechtungsrecht bei Eizell-, Embryo- und Samenspenden einheitlich zu verfahren ist, offen.

Nicht mehr nur ganz vereinzelt wird darüber nachgedacht, de lege ferenda auch dem aus der Samenspende hervorgegangenen Kind das Anfechtungsrecht zu verwehren. Dafür spreche der Vergleich mit adoptierten Kindern, welche sich durch eine Anfechtung ebenfalls nicht von ihren Eltern lösen können, selbst wenn es zu einer „missglückten“ Eltern-Kind-Beziehung gekommen ist¹³¹⁴. Vor allem aber würde auch der Familienfrieden davon profitieren, wenn die Anfechtung der Vaterschaft in Fällen der heterologen Insemination ausgeschlossen sei, weil die Bereitschaft der Eltern, ihr Kind über die Zeugungsumstände zu informieren, erhöht werde¹³¹⁵. Der Gesetzgeber hat sich inzwischen aber – sicher nicht in Unkenntnis der vorbenannten Argumente – dafür entschieden, es bei dem auf die Vaterschaft bezogenen Anfechtungsrecht des Kindes zu belassen und für die Fälle der heterologen Insemination unter den in § 1600d Abs. 4 BGB n.F. genannten Voraussetzungen seit 1.7.2018 ledig-

¹³¹¹ Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 98.

¹³¹² Kloepfer, Verfassungsrecht II, § 59, Rn. 102.

¹³¹³ Oben H.II.2.d.i., S. 211.

¹³¹⁴ Zypries/Zeeb, ZRP 2014, 54, 56; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 68.

¹³¹⁵ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 68; Helms in: „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, S. 47, 52 f.

lich die Feststellung des Samenspenders als rechtlichen Vater auszuschließen. Insoweit scheint eine vergleichbare Behandlung der Anfechtungsregelung, bezogen auf die Fälle der Eizell- und Embryospende, ebenfalls angebracht. Allerdings hat der Ausschluss der statusrechtlichen Feststellung in § 1600d Abs. 4 BGB n.F. den Hintergrund, dass eine Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders zur Verwirklichung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung deshalb nicht mehr erforderlich sei, weil diesem Recht durch den Anspruch des Kindes auf Auskunft aus dem Samenspenderregister Rechnung getragen werde¹³¹⁶. Jedenfalls im Zusammenhang mit der in Deutschland verbotenen Eizellspende wird es aber kein entsprechendes inländisches Spenderregister geben¹³¹⁷, so dass ein Ausschluss der Feststellung der Spenderin als rechtlicher Mutter durch das Kind allenfalls in Betracht kommen kann, wenn das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf andere Weise hinreichend berücksichtigt wird¹³¹⁸.

c. Die Ungleichbehandlung von Eizell- bzw. Embryospenden und Leihmutterchaften

Bereits angesprochen und in der Literatur als problematisch eingeordnet wird die in § 1591 BGB angelegte Ungleichbehandlung von Eizell- und Embryospenden auf der einen und Leihmutterchaften auf der anderen Seite¹³¹⁹. In beiden Fallgruppen wird auf die Geburtsmutter ein Embryo übertragen, welcher von ihr genetisch nicht abstammt. Das gilt auch für den Bereich der Eizellspende, weil die Befruchtung in der Regel vorab – in vitro – erfolgt und die Gameten nicht einzeln auf die Wunschmutter übertragen werden¹³²⁰. Der maßgebliche Unterschied zwischen den Vergleichsgruppen besteht in der Intention, mit der die Behandlung erfolgt. Bei der Eizell- und Embryospende möchte die Geburtsmutter auch die

¹³¹⁶ BT-Drs. 18/11291, S. 35; freilich ohne auf die Möglichkeit von Dokumentationsfehlern einzugehen, die im Einzelfall dennoch eine Feststellung erforderlich machen können; vgl. zum Auskunftsanspruch des Kindes: § 10 SaRegG, BGBl. I 2017, 2513, 2516.

¹³¹⁷ Vgl. zu den Regeln des Netzwerks Embryospende oben B.II.5.c.; auskunftsberechtigter Kinder können dort spätestens mit Erreichen des 18. Lebensjahrs Namen und Adresse des Spenderpaares erfahren (http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 4; eingesehen am 25.1.2018).

¹³¹⁸ Vgl. dazu eingehend unten I., S. 279 ff.

¹³¹⁹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 44.

¹³²⁰ Die oben unter B.II.3., S. 30 beschriebenen Methoden, vor allem der intratubare Gametentransfer, finden kaum noch Anwendung.

rechtliche Mutter des Kindes werden. Bei der Leihmutterschaft soll das Kind dagegen nach der Geburt an die genetische Mutter herausgegeben werden. Diese möchte den Status der rechtlichen Mutter erlangen.

Beide Vorgänge unterscheiden sich dementsprechend auch darin, wen die Risiken treffen, die mit der Anwendung der Verfahren der künstlichen Reproduktion verbunden sind. Bei der Eizellspende trägt die Spenderin die mit der Entnahme der Eizellen verbundenen Risiken (ovarielles Überstimulationssyndrom, Verletzungsrisiko bei der Entnahme der Eizellen¹³²¹). Bei der Leihmutterschaft trägt diese Risiken die Wunschmutter selbst, dafür ist die Leihmutter den üblichen mit der Schwangerschaft und Geburt einhergehenden Belastungen und Risiken ausgesetzt. Vor allem bei den im Zusammenhang mit der künstlichen Reproduktion vermehrt auftretenden Mehrlingsschwangerschaften¹³²² sind diese Risiken (Präeklampsie, Schwangerschaftsdiabetes, Anämie, vorzeitiger Blausprung, Blutungen nach der Geburt und akute Fettleber) erhöht.¹³²³

Trotz der dargestellten Unterschiede besteht die wesentliche Gemeinsamkeit darin, dass beide Fallkonstellationen zu einer gespaltenen Mutterschaft führen, also dem Auseinanderfallen von gebärender und genetischer Mutter.¹³²⁴ Die Unterschiede reichen deshalb nicht soweit, dass von einer wesentlichen Vergleichbarkeit nicht mehr gesprochen werden kann. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, beide Konstellationen insoweit gleich zu behandeln, als dass das Kind immer der Geburtsmutter zugeordnet wird. Konsequenz dieser Gleichbehandlung ist, dass in den Fällen der Eizell- und Embryospende das von den Beteiligten gewollte Ziel der rechtlichen Zuordnung des Kindes zur nicht genetischen Wunschmutter erreicht wird, während das von den Wunscheltern im Fall einer Leihmutterschaft ins Auge gefasste Ziel nicht verwirklicht wird, weil das Kind, obwohl es genetisch mit der Wunschmutter verwandt ist, rechtlich der Leihmutter zugeordnet wird¹³²⁵. Das führt im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung von Frauen, die zwar keine eigenen Eizellen zur Verfügung stellen, dafür das Kind aber selbst austragen können, auf der einen und Frauen, die zwar Eizellen produzieren, das Kind aber nicht austragen können auf der anderen Seite¹³²⁶. Darüber hinaus betrifft diese Ungleichbehandlung gleichzeitig auch die mithilfe des einen oder

¹³²¹ Oben B.II.4.a. und b., S. 30 f.

¹³²² Griesinger, *Der Gynäkologe* 2009, 487, 488.

¹³²³ Oben B.II.4.c., S. 31 f.

¹³²⁴ Zur Definition Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 3.

¹³²⁵ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10.

¹³²⁶ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 44.

des anderen Verfahrens geborenen Kinder. Sie werden zwar beide unabhängig von ihrer genetischen Abstammung der jeweiligen Geburtsmutter zugeordnet und insoweit gleichbehandelt. Dass bei näherer Betrachtung dennoch eine Ungleichbehandlung vorliegt, ergibt sich daraus, dass die aus Eizellspenden stammenden Kinder ihrer Wunschmutter zugeordnet werden, die aus Leihmutterschaften stammenden Kinder dagegen mit der Leihmutter einer Frau, welche ihre Betreuung in den meisten Fällen nicht übernehmen möchte. Gleichwohl ist die Ungleichbehandlung, soweit es um die (initiale) Zuordnung des Kindes geht, gerechtfertigt. Denn die sich aus der Geburt ergebende Publizität¹³²⁷ erlaubt zuverlässig und schnell eine klare Zuordnung des Kindes unmittelbar nach der Geburt¹³²⁸ und wird so dessen Schutzbedürfnis am ehesten gerecht¹³²⁹, zumal die genetische Mutter nach der Geburt nicht zwangsläufig in der Nähe des Kindes sein wird¹³³⁰. Problematisch ist lediglich die fehlende Anfechtungsmöglichkeit, die Korrekturen der rechtlichen Zuordnung im Nachhinein nicht mehr zulässt. Insoweit werden Eizell- und Embryospenden einerseits und Leihmutterschaften andererseits (bzw. die aufgrund der Anwendung dieser Verfahren betroffenen Eltern und Kinder) aber nicht unterschiedlich behandelt. Die Vergleichsgruppenbildung muss sich vielmehr an den oben zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG herausgearbeiteten Rechten der Väter, Mütter und Kinder orientieren.

d. Die Ungleichbehandlung von leiblichen Vätern
und Müttern in ihrem Interesse, die rechtliche
Stellung als Eltern einnehmen zu können

Vom Bundesverfassungsgericht anerkannt¹³³¹ und gesetzlich durch §§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, 3, 1600d BGB geschützt ist das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Interesse des leiblichen Vaters, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zu dieser Vorschrift wurde festgestellt, dass ein vergleichbares Interesse auch auf Seiten der genetischen, aber nicht rechtlichen Mutter

¹³²⁷ Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

¹³²⁸ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 10; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463; Helms, FuR 1996, 178, 187.

¹³²⁹ Vgl. zu den Gründen für die Zuordnung zur Geburtsmutter eingehender oben E.II., S. 89 ff.

¹³³⁰ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 5.

¹³³¹ BVerfGE 108, 82; BVerfG, NJW 2009, 423.

bestehen muss. Ihr ist dementsprechend grundsätzlich ebenfalls eine verfahrensrechtliche Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Mutterschaft zu erlangen¹³³². Gemeinsamer Oberbegriff für die beiden Vergleichsgruppen ist derjenige der genetischen, aber nicht rechtlichen Eltern. Unterschiede bestehen im Hinblick auf das Geschlecht der genetischen Eltern und die Ursachen für die von der leiblichen Elternschaft abweichende rechtliche Elternschaft einer dritten Person. Bei der Vaterschaft entstehen Abweichungen aufgrund der sich aus § 1592 Nr. 1 und 2 BGB ergebenden Zuweisung der Elternschaft, welche auf Vermutungen basiert, die zwar regelmäßig, aber nicht immer zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führen¹³³³. Der überwiegende Teil von Zuweisungen der rechtlichen Vaterschaft an nicht leibliche Väter erfolgt dementsprechend im Zusammenhang mit natürlicher Fortpflanzung¹³³⁴. Im Gegensatz dazu kann es auf mütterlicher Seite zu einem Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Mutterschaft lediglich bei artifizierter Reproduktion, namentlich der Inanspruchnahme einer Leihmutter¹³³⁵, kommen. Gerade Leihmutterchaftsfälle können wegen § 1592 Nr. 1 BGB allerdings auch zu einer Abweichung von leiblicher und rechtlicher Vaterschaft führen, wenn die Leihmutter verheiratet ist und das Kind vom Wunschvater abstammt. Diese Konstellation, in der dem genetischen Wunschvater, nicht aber der Wunschmutter ein Anfechtungsrecht eingeräumt wird, lässt die Ungleichbehandlung besonders deutlich zutage treten¹³³⁶. Der Unterschied zwischen den Vergleichsgruppen besteht vor allem darin, dass sich durch die Schwangerschaft zwischen Mutter

¹³³² Oben H.II.2.b., S. 205 ff.

¹³³³ Vgl. BVerfGE 79, 256, 267; 108, 82, 100; BVerfG, NJW 2009, 423 (Rn. 12).

¹³³⁴ Zwar kann auch die heterologe Insemination zu abweichenden Vaterschaftszuweisungen führen, wenn die behandelte Frau verheiratet ist oder der nicht leibliche Wunschvater die Vaterschaft anerkennt. Dem Samenspender, der gleichzeitig leiblicher Vater ist, steht aber kein Anfechtungsrecht und auch kein sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebendes Interesse zu, als rechtlicher Vater anerkannt zu werden, weil er durch die Teilnahme an der heterologen Insemination – von Ausnahmefällen abgesehen – konkludent darauf verzichtet (BGHZ 197, 242, 247 (Rn. 21 f., 24) und genauer oben H.III.3.b., S. 249 f., Fn. 1306).

¹³³⁵ Eizell- und Embryospenden führen zwar ebenfalls zu einem Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Mutterschaft, die genetischen Mütter sind aufgrund des mit der Teilnahme an der Eizell- oder Embryospende verbundenen konkludenten Verzichts auf das Elternrecht in ihren Rechtspositionen aber nicht betroffen (vgl. oben H.III.3.b., S. 249 f., Fn. 1306).

¹³³⁶ Ist die Leihmutter nicht verheiratet, kann der Wunschvater die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen, der Wunschmutter ist der Weg über die Anerkennung dagegen von vornherein verschlossen. Auch darin kann eine Ungleichbehandlung gesehen werden, die allerdings gerechtfertigt sein dürfte, weil die initiale Zuordnung des Kindes zur Geburtsmutter aus Gründen des Kindeswohls notwendig ist (vgl. oben H.II.2.e.iv.(1), S. 223 ff.).

und Kind eine psychosoziale Bindung entwickeln kann, die im Verhältnis zum rechtlichen Vater zunächst nicht besteht. Dadurch, kann die Ungleichbehandlung aber nicht gerechtfertigt werden; denn die rechtliche Mutterschaft ist im Vergleich zur rechtlichen Vaterschaft nicht höherwertig¹³³⁷. Ebenso wie bei der Vaterschaft kann die Anfechtung durch die genetische Mutter bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung¹³³⁸ zwischen rechtlicher Mutter und Kind ausgeschlossen werden. Dadurch ist den Rechten der Geburtsmutter und den Interessen des Kindes an der Aufrechterhaltung dieser Beziehung, die sich auch während der Schwangerschaft entwickelt haben kann, genüge getan. Ein vollständiger Anfechtungsausschluss ist nicht zwingend erforderlich¹³³⁹, er verstößt deshalb gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Im Übrigen können auch die weiteren vom Gesetzgeber mit dem in § 1591 BGB enthaltenen Anfechtungsausschluss verfolgten Ziele, vor allem die generalpräventive Verhinderung von Leihmutterchaften, die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen¹³⁴⁰.

- e. Die Ungleichbehandlung von Kindern im Hinblick auf die Möglichkeit, im Fall der Leihmutterchaft die rechtliche Vater- und Mutterschaft anzufechten

Auf der Grundlage des sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden Rechts des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, die rechtliche Vaterstellung einzunehmen, des vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten, an den Gesetzgeber gerichteten Gebots, „möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“ und des sich ebenfalls aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ergebenden Rechts des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern wurde oben auch ein durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschütztes Interesse des Kindes, die rechtliche Stellung als Kind seiner leiblichen Eltern einzunehmen, abgeleitet¹³⁴¹. Dem Schutz dieses Interesses im Hinblick auf die Vaterschaft dient das eigene Anfechtungsrecht des Kindes aus § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB, welches eine nachfolgende statusrechtliche Feststellung des leiblichen Vaters nach § 1600d BGB er-

¹³³⁷ Muscheler, Familienrecht, Rn. 530; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 43.

¹³³⁸ Vgl. zum Merkmal der zwingenden Erforderlichkeit bei Regelungen, welche nach dem Geschlecht differenzieren: BVerfG, DVBl 1995, 613.

¹³³⁹ Oben H.II.e.iv.(1), S. 223 ff.

¹³⁴⁰ Eingehend oben H.II.2.e., S. 213 ff.

¹³⁴¹ Oben H.II.2.c., S. 207 ff.; vom Bundesverfassungsgericht bisher nur auf den leiblichen Vater bezogen: BVerfGE 108, 82, 108.

möglich¹³⁴². Diese Möglichkeit fehlt im Hinblick auf die Mutterschaft. Insoweit werden dieselben Kinder abhängig davon, ob sie die rechtliche Vater- oder Mutterschaft anfechten wollen – und damit situationsbezogen – ungleich behandelt. Ebenso, wie zuvor die Ungleichbehandlung von genetischem Wunschvater und genetischer Wunschmutter in ihrem Interesse, die rechtliche Elternstellung zu erlangen, kann auch an dieser Stelle die Ungleichbehandlung weder mit inhärenten Unterschieden, noch den weiteren Zielen gerechtfertigt werden, welche der Gesetzgeber mit dem Ausschluss der Mutterschaftsanfechtung verfolgen wollte¹³⁴³.

f. Die Ungleichbehandlung von Kindern, welche von verheirateten und unverheirateten Leihmüttern geboren werden

Vertreten wird schließlich, dass eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Kindern, welche von verheirateten und unverheirateten Leihmüttern geboren werden, vorliegt, weil im Fall von verheirateten Leihmüttern die Zuordnung zum Wunschvater erst möglich ist, wenn dieser die Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter erfolgreich angefochten hat, so dass das Kind, wenn überhaupt, erst nach einem langwierigen Prozess einem Wunschelternteil zugeordnet werden kann¹³⁴⁴. Diese Ungleichbehandlung betrifft allerdings nicht die Frage der Anfechtbarkeit der Mutterschaft, sondern ausschließlich diejenige der Vaterschaft. Sie ist durch die den verschiedenen Konstellationen innewohnenden Unterschiede auch gerechtfertigt¹³⁴⁵; denn eine Anerkennung der Vaterschaft kann naturgemäß erst erfolgen, wenn die bestehende rechtliche Vaterschaft eines anderen Manns auf dem Anfechtungsweg beseitigt ist. Änderungen im Hinblick auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren sind nicht angezeigt. Dass in der Konsequenz das Kind nicht unmittelbar wenigstens einem Wunschelternteil zugeordnet werden kann, liegt an der – grundsätzlich nicht zu beanstandenden¹³⁴⁶ – initialen Zuordnung des Kindes zur Geburtmutter. Insoweit werden die Kinder aus Leihmutter-schaften aber nicht unterschiedlich behandelt und im Übrigen hätte die Einführung des nach der bisher analysierten Grundrechtslage notwendi-

¹³⁴² Vgl. aber den ab 1.7.2018 geltenden § 1600d Abs. 4 BGB, BGBl. I 2017, 2513, 2518; oben H.III.3.b., S. 251.

¹³⁴³ Soeben H.III.3.d., S. 255 ff.

¹³⁴⁴ Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹³⁴⁵ A.A. Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹³⁴⁶ Vgl. oben H.II.e.iv.(1), S. 223 ff.

gen auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsrechts in Deutschland auch nur die Konsequenz, dass die Wunschmutter die bestehende rechtliche Mutterschaft der Leihmutter anfechten kann, was ein ebenso langwieriger Prozess ist wie die Anfechtung der Vaterschaft und deshalb keine Vorteile für das Kind in der Zwischenzeit mit sich bringen würde. Einzig die oben ebenfalls befürwortete Aufnahme des einfachen Aufenthalts des Kindes in den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB könnte in einem Teil der Fälle Abhilfe verschaffen, wenn das ausländische Recht in Leihmutterchaftsfällen das Kind unmittelbar den Wunscheltern zuordnet. Aus der hier dargestellten, sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung muss diese Konsequenz aber nicht gezogen werden, sondern schlicht daraus, dass ansonsten das Kind wegen der dargestellten Eigenheiten von Art. 19 Abs. 1 EGBGB gegebenenfalls überhaupt keiner Frau positiv zugeordnet werden kann¹³⁴⁷.

4. Das Ergebnis

Die Ausführungen zu Art. 3 GG stützen das bereits bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gefundene Ergebnis. Der vollständige Ausschluss der Anfechtbarkeit der Mutterschaft durch § 1591 BGB ist im Verhältnis zu den die Vaterschaft betreffenden Regeln, welche eine Anfechtung zulassen, mit den Gleichheitsrechten nicht zu vereinbaren. In den Fällen der Leihmutterchaft ohne ausreichende Rechtfertigung ungleich behandelt werden insoweit sowohl leibliche Mütter und Väter in ihrem Interesse, die rechtliche Stellung als Eltern einzunehmen¹³⁴⁸ als auch Kinder mit von der rechtlichen Elternschaft abweichenden genetischen Vätern auf der einen und Müttern auf der anderen Seite¹³⁴⁹. Zusätzlich und ohne, dass insoweit bereits eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nachgewiesen wäre¹³⁵⁰, erstreckt sich die Ungleichbehandlung auch auf Kinder aus Eizell- und Samenspenden, weil nur letzteren nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 BGB eine Anfechtung der rechtlichen Elternschaft erlaubt wird. Ein rechtfertigender Grund dafür, volljährige Kinder aus Eizell- und Samenspenden unterschiedlich zu behandeln, ist ebenfalls nicht ersichtlich¹³⁵¹.

¹³⁴⁷ Oben E.V.6.c.ii.(2), S. 127 ff.

¹³⁴⁸ Oben H.III.3.d., S. 255 ff.

¹³⁴⁹ Oben H.III.3.e., S. 257 f.

¹³⁵⁰ Oben H.II.2.d.i., S. 211.

¹³⁵¹ Oben H.III.3.b., S. 247 ff.

IV. Art. 8 EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält einen Katalog von Grund- und Menschenrechten. Mit der durch Deutschland bereits 1952 erfolgten Ratifikation wurde sie in innerstaatliches Recht transformiert¹³⁵². Sie gilt in Deutschland deshalb unmittelbar, rangiert allerdings lediglich auf der Ebene einfachen Bundesrechts¹³⁵³. Dennoch ist sie bei der Auslegung von Grundrechten zu berücksichtigen, wobei keine schematische Angleichung der Inhalte von EMRK und Grundgesetz erfolgen muss, sondern die Wertungen der EMRK möglichst schonend in das vorhandene Rechtssystem aufgenommen werden¹³⁵⁴. Grundrechte werden demgemäß, soweit nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation und ohne Einschränkung des Grundrechtsschutzes möglich, konventionsfreundlich ausgelegt¹³⁵⁵. Auch einfache Gesetze müssen im Lichte der EMRK interpretiert werden¹³⁵⁶. Der Rechtsprechung des EGMR kommt insoweit eine Leitfunktion zu¹³⁵⁷. Eine unmittelbare Rüge der Verletzung von Konventionsrechten ist Beschwerdeführern vor dem Bundesverfassungsgericht mit einer Verfassungsbeschwerde dennoch nicht möglich¹³⁵⁸. Im Rahmen des in Art. 34 EMRK geregelten Individualbeschwerdeverfahrens können natürliche Personen und nichtstaatliche Organisationen sich aber an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Art. 19 ff. EMRK) wenden und dadurch Rechtsschutz gegen den eigenen Heimatstaat in Anspruch nehmen, wenn der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft ist (Art. 35 Abs. 1 EMRK)¹³⁵⁹.

Die Frage, ob der mit § 1591 BGB einhergehende Anfechtungsausschluss in Bezug auf die Mutterschaft mit der EMRK vereinbar ist, bestimmt sich nach Art. 8 EMRK. Die Vorschrift enthält mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens, des Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz vier unterschiedliche Rechte, die sich zum Teil überschneiden und ebenso wie Grundrechte primär vor willkürlichen Eingriffen der öffentlichen Gewalt schützen aber auch positive Schutz- und

¹³⁵² BGBl. 1952 II, S. 685; Bekanntmachung der sprachlichen Neufassung in BGBl. 2010 II, S. 1198.

¹³⁵³ BVerfGE 131, 268, 295; 111, 307, 315 ff.

¹³⁵⁴ BVerfGE 137, 273, 320 f.; 131, 268, 295 f.; 128, 326, 366 ff.; 111, 307, 315 ff.

¹³⁵⁵ BVerfGE 137, 273, 321.

¹³⁵⁶ BVerfGE 74, 358, 370.

¹³⁵⁷ BVerfGE 110, 203, 210.

¹³⁵⁸ BVerfGE 128, 326, 367.

¹³⁵⁹ Herdegen, Völkerrecht, § 49, Rn. 3.

Gewährleistungspflichten enthalten¹³⁶⁰. Soweit die abwehrrechtliche Dimension betroffen ist, erfolgt die Prüfung ähnlich wie nach der deutschen Grundrechtsdogmatik, wobei die Bestimmung des Schutzbereichs in den Entscheidungen des EGMR häufig zusammen mit der Eingriffsprüfung und nicht vorgelagert erfolgt¹³⁶¹.

1. Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK

Unmittelbar auf die Thematik der Anfechtbarkeit der Mutterschaft bezogene Entscheidungen des EGMR existieren bisher nicht. Aus den im Zusammenhang mit der Vaterschaftsanfechtung¹³⁶² und der Leihmutter-schaft¹³⁶³ ergangenen Entscheidungen lassen sich aber die Konturen des Schutzbereichs der Gewährleistungen, welche für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage maßgeblich sind, ebenso ableiten wie die Anforderungen, welche an die Rechtfertigung von Eingriffen gestellt werden. Von entscheidender Bedeutung sind insoweit die in Art. 8 EMRK enthaltenen Rechte auf Achtung des Familien- und Privatlebens.

a. Das Recht auf Achtung des Familienlebens

Das Recht auf Achtung des Familienlebens schützt sowohl die auf einer Ehe beruhende Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern als auch nichteheliche Verbindungen, wenn die Familienmitglieder zusammenleben oder andere Gesichtspunkte, wie die Dauer der Beziehung oder das Interesse der Familienmitglieder aneinander, für das Vorhandensein familiärer Bindungen sprechen¹³⁶⁴. Kinder aus einer Familienbeziehung i.S.v. Art. 8 EMRK sind ab dem Moment der Geburt von Rechts wegen

¹³⁶⁰ Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 2.

¹³⁶¹ Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 8.

¹³⁶² EGMR, UrT. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937; UrT. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidergabe); UrT. v. 5.11.2013 – 26610/09 (Hülsmann), NJW 2014, 3083; zum Umgangsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vgl. auch UrT. v. 21.12.2010 – 20578/07 (Anayo), NJW 2011, 3565.

¹³⁶³ EGMR, UrT. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211; UrT. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labasse), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz); UrT. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.); EGMR, UrT. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941.

¹³⁶⁴ EGMR, UrT. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, Rn. 45; UrT. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 942 (Rn. 140).

Teil dieser Familienbeziehung¹³⁶⁵. Außerhalb rechtlicher Familienbeziehungen dient die biologische Verwandtschaft, m.a.W. die Abstammung, als Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob ein von Art. 8 EMRK geschütztes Familienleben zwischen Eltern und Kindern vorliegt¹³⁶⁶. Allein ausschlaggebendes Merkmal ist sie aber nicht. Hinzukommen müssen weitere Kriterien. Insoweit kann auch ein beabsichtigtes Familienleben ausnahmsweise von Art. 8 EMRK erfasst sein, wenn der Umstand, dass es noch nicht vollständig hergestellt ist, den biologischen Eltern nicht zugerechnet werden kann¹³⁶⁷. Erforderlich ist zusätzlich aber das Bestehen enger persönlicher Bindungen, die sich im Fall der nichtehelichen Vaterschaft auch aus dem nachweisbaren Interesse des Vaters am Kind und seinem Bekenntnis zu dem Kind vor und nach der Geburt ergeben können¹³⁶⁸. Im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft hat der EGMR das Bestehen einer faktischen Familie primär davon abhängig gemacht, ob eine konkrete Beziehung in Form tatsächlichen Zusammenlebens zwischen den Beteiligten bestand¹³⁶⁹. Von welcher Dauer diese Beziehung sein muss, hängt wiederum von der genetischen Abstammung des Kindes ab. Besteht in den Fällen der Leihmutterschaft eine genetische Verbindung zu wenigstens einem Wunschernteil, sollen auch kurze Zeiträume des Zusammenlebens von lediglich zwei Monaten ausreichend sein¹³⁷⁰. Ansonsten muss erheblich mehr Zeit verstrichen sein, bevor der EGMR vom Vorhandensein eines faktischen Familienlebens ausgeht. Auf eine konkrete Dauer des Zusammenlebens hat sich das Gericht nicht festgelegt¹³⁷¹. Der kürzeste Zeitraum, nach dem ohne Vorhandensein biologischer Verwandtschaft bisher der Bestand einer de facto Familie angenommen wurde, lag bei 19 Monaten¹³⁷². Eine nur acht Monate bestehende

¹³⁶⁵ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22, Rn. 17.

¹³⁶⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22, Rn. 17.

¹³⁶⁷ So zur Vaterschaft: EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 61); Urt. v. 21.12.2010 – 20578/07 (Anayo), NJW 2011, 3565 (Rn. 57, 60); Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹³⁶⁸ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 61); Urt. v. 21.12.2010 – 20578/07 (Anayo), NJW 2011, 3565 (Rn. 57).

¹³⁶⁹ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 45); Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 49; Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943 (Rn. 148).

¹³⁷⁰ EGMR, Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 5–14, 49; vgl. auch Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943 (Rn. 154).

¹³⁷¹ EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943 (Rn. 153).

¹³⁷² EGMR, Urt. v. 27.4.2010 – 16318/07 (Moretti and Benedetti), Rn. 48–50; s.a. Urt. v. 17.1.2012 – 1598/06 (Kopf and Liberda), Rn. 37: 48 Monate.

sozio-familiäre Beziehung soll nach der Auffassung des EGMR nicht genügen¹³⁷³.

Für die an dieser Stelle maßgebliche Frage der Anfechtbarkeit der Geburtmutterchaft durch die genetische Mutter und das Kind kann auf die kurze Frist von zwei Monaten abgestellt werden; denn die Anfechtung der Geburtmutterchaft und die spätere Feststellung der Wunschmutter als rechtlicher Mutter setzen in jedem Fall den Bestand einer genetischen Verbindung zwischen Mutter und Kind voraus; ohne eine solche stellt sich die Frage der Anfechtbarkeit nicht¹³⁷⁴. Nach den bisherigen Vorgaben des EGMR ist deshalb jedenfalls mit Ablauf einer zweimonatigen Phase des Zusammenlebens und der Betreuung des Kindes durch die genetische Mutter von einem durch Art. 8 EMRK geschützten Familienleben auszugehen. Ob darüber hinaus auch vollständig ohne ein Zusammenleben, wie bei der Vaterschaft, davon ausgegangen werden kann, dass ein nachweisbares Interesse am Kind und ein Bekenntnis zum Kind vor und nach der Geburt ausreichend sind, mag bezweifelt werden¹³⁷⁵; denn der EGMR hat die Inanspruchnahme einer Leihmutter und die dadurch verursachten rechtlichen Unsicherheiten den Wunscheltern zugeschrieben¹³⁷⁶. Soweit das Familienleben zwischen den Wunscheltern und dem Kind in den Fällen der Leihmutterchaft noch nicht vollständig hergestellt ist, wird dieser Umstand den Wunscheltern – anders als bei der nichtehelichen Vaterschaft¹³⁷⁷ – zugerechnet.

¹³⁷³ EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943 (Rn. 154); kritisch dazu: die fünf abweichenden Richter (Joint Dissenting Opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens and Grozev, Rn. 3 f.; vgl. auch Hösel, StAZ 2017, 162, 166; Sanders, NJW 2017, 925, 926).

¹³⁷⁴ Auf die durch den EGMR im Fall Paradiso and Campanelli (EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12, NJW 2017, 941, 943, (Rn. 154) aufgeworfene Frage, welche Bindungsdauer ohne Bestehen genetischer Verwandtschaft erforderlich ist, um vom Vorhandensein einer de facto Familie ausgehen zu können, muss an dieser Stelle deshalb nicht weiter eingegangen werden.

¹³⁷⁵ So aber Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹³⁷⁶ EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943, (Rn. 156); vgl. auch Hösel, StAZ 2017, 162, 164.

¹³⁷⁷ Vgl. EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 61).

b. Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Der Begriff des Privatlebens ist offen und kann nicht abschließend definiert werden¹³⁷⁸. Ähnlich wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Deutschland¹³⁷⁹, weist die Gewährleistung Bezugspunkte zur Menschenwürde auf¹³⁸⁰. Geschützt wird unter anderem ein Recht auf Identität und Entwicklung der Person¹³⁸¹, das als integraler Bestandteil des Privatlebens angesehen wird¹³⁸². Zu diesem gehört nicht nur das Recht, mit der Kenntnis der eigenen Abstammung notwendige Informationen über wesentliche Aspekte der eigenen Identität und derer seiner Eltern zu erhalten¹³⁸³, sondern auch das Recht des genetischen Vaters, die rechtliche Vaterschaft eines anderen Manns anzufechten und seine Vaterschaft feststellen zu lassen¹³⁸⁴, sowie das Recht des Kindes, die rechtlichen Beziehungen zu seinem genetischen Vater feststellen zu lassen¹³⁸⁵. Bezogen auf Fälle der Leihmutterchaft hat sich der EGMR allgemeiner gefasst und die Möglichkeit, zwischen einem Kind und einem leiblichen Elternteil Rechtsbeziehungen herzustellen, dem Schutzbereich des Rechts auf Privatleben unterworfen¹³⁸⁶; es entspreche nicht dem Interesse eines Kindes, ihm eine solche rechtliche Verbindung zu verweigern, obwohl sie biologisch feststehe und das Kind und der betreffende Elternteil ihre volle Anerkennung fordern¹³⁸⁷. Insoweit geht der Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK über denjenigen des Rechts

¹³⁷⁸ Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 7; Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 17.

¹³⁷⁹ Unten I., S. 279 ff.

¹³⁸⁰ Diese ist in der EMRK nicht explizit geregelt, sondern liegt allen Konventionsgarantien zugrunde (EGMR, Urt. v. 11.7.2010 – 28957/95 (Goodwin), Rn. 90; Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 8).

¹³⁸¹ EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), Rn. 29; Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 7.

¹³⁸² EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 46).

¹³⁸³ EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), Rn. 29; Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 22.

¹³⁸⁴ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937 (Rn. 63); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidriggabe), Rn. 60.

¹³⁸⁵ Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 23.

¹³⁸⁶ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 46).

¹³⁸⁷ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3217 (Rn. 100); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 79. Aus EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 943 f. (Rn. 159–164) lassen sich insoweit keine Vorgaben für die Anfechtbarkeit der Mutterchaft und die Feststellung der genetischen Wunschmutter als rechtlicher Mutter ableiten; denn die Wunscheltern waren in diesem konkreten Fall nicht genetisch mit dem Kind verwandt.

auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG hinaus und umfasst auch Interessen, die in Deutschland unter Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fallen¹³⁸⁸. Mit Blick auf den vorrangig über die sozio-familiäre Beziehung definierten Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Familienlebens¹³⁸⁹ und seiner daraus resultierenden inhaltlichen Nähe zu Art. 6 Abs. 1 GG ist das konsequent.

2. Der Eingriff in den Schutzbereich

Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 EMRK scheint nahezulegen, dass der Eingriff durch eine Behörde erfolgen muss. Blicke in die englische („public authority“) und französische Sprachfassung („autorité publique“) zeigen aber, dass die gesamte Staatsgewalt gemeint ist und damit selbstverständlich auch Eingriffe aus dem Bereich der Legislative und Judikative erfasst sind¹³⁹⁰.

a. Das Familienleben

Ganz allgemein sind staatliche Maßnahmen, die das Zusammenleben oder Zusammensein eines Elternteils mit dem Kind verhindern, als Eingriff in den Schutzbereich zu werten¹³⁹¹. Im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft ging es inhaltlich bisher um Konstellationen, in denen Gerichte die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, welche die Elternschaft den Wunscheltern zuwiesen, verweigerten¹³⁹², Behörden die Erteilung einer Einreise Genehmigung für das Kind ablehnten¹³⁹³ oder das Kind aus der Wunschelternfamilie im Rahmen einer Kinderschutzmaßnahme herausnahmen¹³⁹⁴. Bezogen auf die sich aus § 1600 Abs. 2, 3 BGB

¹³⁸⁸ Vgl. oben H.II.2.b. und c., S. 205 ff.

¹³⁸⁹ Vgl. Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹³⁹⁰ Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 50 f.

¹³⁹¹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22, Rn. 31.

¹³⁹² EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 49); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 49 f.

¹³⁹³ EGMR, Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 48–50.

¹³⁹⁴ EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941 (Rn. 36). Im konkreten Fall war der Schutzbereich des Familienlebens aufgrund fehlender Abstammung des Kindes von den Wunscheltern und eines zu kurzen Zeitraums des Zusammenlebens zwar nicht eröffnet. Wären die Kriterien für das Bestehen einer faktischen Familie erfüllt gewesen, hätte der EGMR aber auch einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens bejaht (Rn. 142–158).

ergebenden Beschränkungen der Anfechtbarkeit der Vaterschaft durch den leiblichen, nicht rechtlichen Vater hat der EGMR Art. 8 EMRK jeweils auch daraufhin überprüft, ob ein Eingriff in das Recht des leiblichen Vaters auf Achtung des Familienlebens bestand, und dadurch gezeigt, dass ein Anfechtungsausschluss generell durchaus als Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens gewertet werden kann, auch wenn in den konkret zu entscheidenden Fällen jeweils noch kein Familienleben zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kind bestanden hatte¹³⁹⁵.

In Leihmutterchaftsfällen wurde die Nichtanerkennung eines nach ausländischem Recht begründeten Kindschaftsverhältnisses zwischen der Wunschmutter und dem Kind nur insoweit als Eingriff in das Familienleben gewertet, wie sich für das gemeinsame Zusammenleben der Familienmitglieder aus der fehlenden statusrechtlichen Zuordnung der Kinder zu den Eltern konkrete Schwierigkeiten ergaben. Diese bestanden darin, dass beim Zugang zu einer Dienstleistung, wie der Anmeldung bei der Sozialversicherung oder der Beantragung von Familienhilfe, der Nachweis der Abstammung zu erbringen war¹³⁹⁶. Hinzu kamen berechtigte Sorgen über den Fortbestand des Familienverhältnisses nach dem denkbaren Tod des rechtlichen Vaters oder der Trennung der Eheleute¹³⁹⁷. In den entschiedenen Fällen hatten die französischen Behörden die Beteiligten wie Familien zusammenleben lassen; ein Grund für die Befürchtung, die Behörden würden die Kinder von den Eltern trennen, bestand nicht¹³⁹⁸. Die Schwere des Eingriffs in das Familienleben hielt sich – bezogen auf diese beiden konkreten Entscheidungen – deshalb in Grenzen.

Die Ablehnung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, welche die Elternschaft den Wunscheltern zuweist¹³⁹⁹, hat im Ergebnis ähnliche Auswirkungen wie die Verweigerung der Anfechtbarkeit der Geburtsmutterschaft und die Feststellung der rechtlichen Mutterschaft der genetischen Wunschmutter. Kann das Kind nach Deutschland einreisen und bei der Wunschmutter im Familienverbund leben, bestehen im

¹³⁹⁵ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937 (Rn. 61 f.); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidrigabe), Rn. 58 f.

¹³⁹⁶ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 87 f.); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 67.

¹³⁹⁷ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 70; vgl. auch Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 91), wobei dort die Zuordnung beider Elternteile zu den Kindern nicht anerkannt wurde (Rn. 43).

¹³⁹⁸ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 92); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 71.

¹³⁹⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 48 f.).

Hinblick auf die Beantragung von Sozialleistungen vergleichbare Schwierigkeiten und begründete Befürchtungen über den Fortbestand des Familienlebens im Fall des Todes des rechtlichen Vaters oder der Trennung der Eltern.

Soweit zwischen Mutter und Kind ein durch Art. 8 EMRK geschütztes Familienleben angenommen werden kann, liegt deshalb in dem von § 1591 BGB normierten Anfechtungsausschluss und etwaigen abweisenden Gerichtsentscheidungen auf dieser rechtlichen Grundlage ein – je nach Sachlage – mehr oder weniger schwerer Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens.

b. Das Privatleben

Die Feststellung eines Eingriffs in das Recht auf Achtung des Privatlebens stellt sich als noch weniger problematisch dar. Mehrfach hat der EGMR einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens bejaht, wenn dem leiblichen Vater die Feststellung der rechtlichen Vaterschaft verweigert wurde¹⁴⁰⁰. Bezogen auf die Mutterschaft kann insoweit nichts anderes gelten.

3. Die Rechtfertigung des Eingriffs

Die Vorgaben für eine Rechtfertigung des Eingriffs ergeben sich aus Art. 8 Abs. 2 EMRK. Danach muss für den Eingriff eine gesetzliche Grundlage bestehen, mit dem Eingriff müssen ein oder mehrere legitime Ziele verfolgt werden und der Eingriff muss in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein¹⁴⁰¹. Die Prüfung ähnelt auch im Bereich der Rechtfertigung bekannten Vorgaben aus der deutschen Grundrechtsdogmatik. In dem Merkmal „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung verortet¹⁴⁰².

¹⁴⁰⁰ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 63); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidergabe), Rn. 58 f.

¹⁴⁰¹ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3213 (Rn. 50); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 51; Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 50; EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Menesson), NJW 2015, 3211, 3212 (Rn. 167).

¹⁴⁰² Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 8, 56.

a. Gesetzlich vorgesehen

Lehnte ein Gericht die Anfechtung der rechtlichen Mutterschaft und die sich anschließende Feststellung der genetischen Mutter als rechtlicher Mutter ab, läge mit § 1591 BGB eine gesetzliche Grundlage vor. Im Zusammenhang mit der Vaterschaftsanfechtung wurde insoweit auf § 1600 Abs. 2 und 3 BGB als gesetzlicher Grundlage abgestellt¹⁴⁰³.

b. Verfolgung eines legitimen Ziels

Als legitime Ziele hat der EGMR in Leihmutterchaftsfällen den Schutz der Gesundheit und der Rechte und Freiheiten anderer, die Aufrechterhaltung der Ordnung und die Wahrung von Ethik und Moral anerkannt. Der menschliche Körper solle nicht zum Gegenstand von Geschäften und das Kind nicht zum Gegenstand eines Vertrags gemacht werden¹⁴⁰⁴. Bezweckt sei damit sowohl der Schutz der Kinder als auch derjenige der Leihmütter, vor allem für Konstellationen, in denen Staatsbürger auf ausländischem Staatsgebiet Zeugungsmethoden in Anspruch nehmen, die im Inland verboten sind¹⁴⁰⁵. Die vom EGMR in Leihmutterchaftsfällen als legitim anerkannten Ziele entsprechen, auch wenn sie bisher nicht auf den Bereich der Mutterchaftsanfechtung, sondern die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder die Verweigerung der Einreise des Kindes bezogen waren, weitgehend denjenigen, welche auch dem deutschen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von § 1591 BGB vorschwebten, soweit es ihm auf die präventive Verhinderung von Leihmutterchaften ankam¹⁴⁰⁶.

c. In einer demokratischen Gesellschaft notwendig

Eingriffe sind in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, wenn die damit verbundene Verfolgung der berechtigten Ziele einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht und die angewandten Mittel verhältnis-

¹⁴⁰³ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidergabe), Rn. 62.

¹⁴⁰⁴ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3213 (Rn. 60); EGMR, Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 944 (Rn. 175–177).

¹⁴⁰⁵ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3213 (Rn. 60–62); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 54; Urt. v. 24.1.2017 – 25358/12 (Paradiso and Campanelli), NJW 2017, 941, 944 (Rn. 175–177).

¹⁴⁰⁶ Oben H.II.2.e.ii.(2)., S. 217 ff.

mäßig sind¹⁴⁰⁷. Eine dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung nach dem Vorbild des deutschen Rechts erfolgt an dieser Stelle nicht¹⁴⁰⁸. In der Regel findet eine Abwägung der Rechtsgüter des Betroffenen und der verfolgten öffentlichen Interessen statt¹⁴⁰⁹. Gegebenenfalls werden auch widerstreitende private Interessen mit in die Abwägung einbezogen¹⁴¹⁰. In diesem Zusammenhang steht den Konventionsstaaten ein gewisser Ermessensspielraum zu¹⁴¹¹. Sein Umfang ist von mehreren Faktoren abhängig. Er ist erweitert, wenn zwischen den Mitgliedstaaten kein Konsens über das Gewicht des betroffenen Interesses und den besten Weg seines Schutzes besteht¹⁴¹². In besonderem Maße gilt das für Fälle, in denen heikle Fragen der Moral und Ethik betroffen sind¹⁴¹³. Auf der anderen Seite ist er eingeschränkt, wenn wesentliche Aspekte der Existenz oder Identität einer Person auf dem Spiel stehen¹⁴¹⁴. Schließlich steht in Fällen, in denen es um ein Kind geht, dessen wohlverstandenes Interesse, m.a.W. das Kindeswohl, im Vordergrund¹⁴¹⁵.

In Europa gibt es zur Frage der Rechtmäßigkeit von Leihmutter-schaften und auch im Hinblick auf die rechtliche Anerkennung eines Kindschaftsverhältnisses zwischen den Wunscheltern und den im Ausland gezeugten Kindern nach den rechtsvergleichenden Untersuchungen des EGMR keinen Konsens¹⁴¹⁶. Darüber hinaus handele es sich bei den

¹⁴⁰⁷ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3213 (Rn. 50); Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 110.

¹⁴⁰⁸ Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 56.

¹⁴⁰⁹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22, Rn. 43.

¹⁴¹⁰ Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 113.

¹⁴¹¹ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 65); Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 111.

¹⁴¹² EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1939 (Rn. 70); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidriggabe), Rn. 68; Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 (Rn. 77); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 56; Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 54.

¹⁴¹³ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 (Rn. 77); Urt. v. 8.7.2014 – 29176/13 (D. u. a.), Rn. 54.

¹⁴¹⁴ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1939 (Rn. 70); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidriggabe), Rn. 68; Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 (Rn. 77); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 56.

¹⁴¹⁵ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1938 (Rn. 64); Urt. v. 22.3.2012 – 45071/09 (Ahrens), FuR 2012, 473 (Kurzwidriggabe), Rn. 63; Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3215 (Rn. 81); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 78.

¹⁴¹⁶ Näher: EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 f. (Rn. 78); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 57.

mit der Leihmutterschaft im Zusammenhang stehenden Problemen um heikle Fragen der Ethik und Moral, weshalb den Staaten grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen sei, soweit es um die Anerkennung von Kindschaftsverhältnissen von im Ausland gezeugter Kinder gehe¹⁴¹⁷. Andererseits verenge sich der Ermessensspielraum dadurch wieder, dass mit dem Bestand des Kindschaftsverhältnisses und der Frage der Abstammung wesentliche Aspekte der Identität des Menschen betroffen seien¹⁴¹⁸.

Diese Vorgaben für die Abwägung aus dem Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheidungen über den Bestand der rechtlichen Elternschaft lassen sich auf die Frage der Anfechtbarkeit der Geburtsmutter und der nachfolgenden Feststellung der Wunschmutter als rechtlicher Mutter übertragen, soweit sie auf den Bereich der Leihmutterschaft bezogen sind; denn in ihren Auswirkungen im Hinblick auf den Bestand eines rechtlichen Statusverhältnisses zwischen Wunschmutter und Kind bestehen kaum Unterschiede. Gleiches gilt im Hinblick auf das Bestehen eines Konsenses zwischen den Mitgliedsstaaten und die Einordnung als heikler Frage der Ethik und Moral. Lediglich der Anwendungsbereich ist etwas verschoben: Bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen geht es meistens auch um den Bestand der rechtlichen Vaterschaft. Demgegenüber ist die Frage der Anfechtbarkeit entscheidend auch für solche Fälle, in denen ein Auslandsbezug nicht besteht und eine Leihmutter im Inland illegal in Anspruch genommen wurde.

i. Das Recht auf Achtung des Familienlebens

Soweit sich aus dem Anfechtungsausschluss für das Recht von genetischer Mutter und Kind auf Achtung ihres Familienlebens lediglich die oben näher beschriebenen Schwierigkeiten, etwa im Zusammenhang mit dem Zugang zu Dienstleistungen ergeben, ist von einem gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Staats, der mit dem Anfechtungsausschluss die Durchführung von Leihmutterschaften zum Schutz der Kinder und Leihmütter präventiv zu verhindern sucht und den damit verbundenen Beeinträchtigungen des Familienlebens auszugehen. Aspekte, die bezogen auf den Anfechtungsausschluss ein anderes Abwägungsergebnis na-

¹⁴¹⁷ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 f. (Rn. 79); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 58.

¹⁴¹⁸ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 f. (Rn. 79); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 59.

helegen als bei der vom EGMR entschiedenen Frage der Anerkennung ausländischer Entscheidungen, bestehen nicht.

ii. Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Im Hinblick auf die Verweigerung der Anerkennung von ausländischen Entscheidungen über den Bestand der rechtlichen Elternschaft ist der EGMR nach Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen von einer Missachtung des Rechts auf Privatleben der betroffenen Kinder ausgegangen¹⁴¹⁹. Gestützt hat er sich im Wesentlichen auf vier Argumente: Zunächst stelle der Widerspruch zwischen dem Bestand des Kindestverhältnisses in der ausländischen und der Verweigerung seiner Anerkennung in der Rechtsordnung der Eltern eine Beeinträchtigung der Identität des Kindes dar¹⁴²⁰. Außerdem seien durch die Ungewissheiten hinsichtlich der Möglichkeit, die Staatsangehörigkeit der Eltern zu erwerben, negative Auswirkungen auf die Definition der eigenen Identität des Kindes zu erwarten¹⁴²¹. Darüber hinaus beeinträchtige die Verweigerung der Anerkennung auch das Erbrecht des betroffenen Kindes, weil es nur im Wege der testamentarischen Erbeinsetzung Erbe werden könne und höhere Erbschaftssteuern bezahlen müsse als rechtliche Kinder; auch dieser Aspekt gehöre zur Identität der Abstammung¹⁴²². Besonders hervorgehoben hat der EGMR schließlich die Bedeutung der biologischen Abstammung für die Entwicklung der Identität des Kindes. Dem Kind die rechtliche Verbindung zu seinen genetischen Eltern zu verweigern, obwohl die biologische Abstammung feststehe und das Kind sowie der betreffende Elternteil ihre volle Anerkennung fordern, entspreche nicht dem Interesse des Kindes¹⁴²³, welches vorrangig zu berücksichtigen sei¹⁴²⁴ und deshalb aufgrund des ihm zukommenden Gewichts die Interessen

¹⁴¹⁹ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 96–101); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 75–80.

¹⁴²⁰ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 96); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 75.

¹⁴²¹ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 97); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 76.

¹⁴²² EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 98); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 77.

¹⁴²³ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 100); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 79.

¹⁴²⁴ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 99); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 78; vgl. auch

des Staats überwiege¹⁴²⁵. Die beiden maßgeblichen Entscheidungen des EGMR bezogen sich, obwohl sie jeweils Fälle der Leihmutterchaft betrafen, zwar nur auf die rechtliche Zuordnung des Kindes zum genetischen Wunschvater¹⁴²⁶. Grund dafür war aber, dass die Wunschmutter selbst mit den Kindern nicht genetisch verwandt war und zusätzlich zur Leihmutter auch gespendete Eizellen zum Einsatz gekommen sind¹⁴²⁷, so dass sich in den zu entscheidenden Konstellationen die Frage der genetischen Mutterchaft nicht stellte. Die geschlechtsneutrale Formulierung in der Entscheidungsbegründung („betreffende Elternteil“/„parent concerned“/„parent concerné“¹⁴²⁸) lassen aber keine Zweifel an der grundsätzlichen Übertragbarkeit der gefundenen Abwägungsergebnisse auf die Mutterchaft zu, wenn eine entsprechende genetische Verbindung zwischen Mutter und Kind besteht.

Im Zusammenhang mit der Rechtslage in Deutschland ist insoweit zu beachten, dass nicht alle denkbaren Fallkonstellationen einen Auslandsbezug haben werden, weil auch die illegale Inanspruchnahme einer Leihmutter im Inland denkbar ist. Dennoch wird es primär um Fälle mit Auslandsberührungen gehen, vor allem solche, in denen keine anerkennungsfähigen Entscheidungen vorliegen¹⁴²⁹ und sich die Frage der Mutterchaft und ihrer Anfechtbarkeit gemäß Art. 19 und 20 EGBGB nach deutschem Recht richtet¹⁴³⁰. In diesen Konstellationen kann die Zuordnung der Mutterchaft nach deutschem Recht von derjenigen im Ausland abweichen, wenn dort das Kind der Wunschmutter zugeordnet wird¹⁴³¹. Ungewissheiten im Hinblick auf die Staatsangehörigkeit des Kindes können ebenso auftreten¹⁴³². Die vom EGMR angesprochenen erbrechtlichen Interessen und vor allem das Interesse des Kindes, eine rechtliche Verbindung zu den biologischen Eltern, also auch zur genetischen Wunschmutter, herzustellen, sind aber in jedem Fall betroffen, selbst wenn keine Auslandsberührungen vorliegen sollten. Insoweit kann

BGHZ 203, 350, 363 (Rn. 41) zu den entsprechenden Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention und Art. 24 Abs. 2 GrCh.

¹⁴²⁵ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 101); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 80.

¹⁴²⁶ Vgl. auch Helms, FamRZ 2015, 245, 246.

¹⁴²⁷ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 8); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 7.

¹⁴²⁸ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 100); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 79.

¹⁴²⁹ Vgl. oben E.IV.1., S. 93 f.

¹⁴³⁰ Oben E.VI., S. 136 ff. und F.VI., S. 155 f.

¹⁴³¹ Oben E.VI., S. 136 ff.

¹⁴³² Oben F.VI., S. 155 f.

das Abwägungsergebnis nicht anders ausfallen, wenn es um die Beurteilung des Ausschlusses der Mutterschaftsanfechtung in Deutschland geht. Denn dem Wohl und den Interessen der im Wege der Leihmutterschaft geborenen Kinder hat der EGMR den Vorrang vor dem legitimen Ziel des Staats, Leihmutterschaften präventiv zu verhindern, eingeräumt¹⁴³³.

Der vollständige Ausschluss der Anfechtbarkeit der Mutterschaft verletzt damit in Leihmutterschaftsfällen das Recht der betroffenen Kinder auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK.

4. Das Ergebnis

Die Analysen der Grundrechtslage und der EMRK kommen damit, wenn auch auf unterschiedlichen Wegen, zum gleichen Ergebnis. Das aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitete Interesse von Mutter und Kind, einander zugeordnet zu werden, siedelt der EGMR nicht in dem Recht auf Achtung des Familienlebens an, welches eher Parallelen zu Art. 6 Abs. 1 GG aufweist, sondern in dem Recht auf Achtung des Privatlebens.

Mangels einer mehrstufigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie in der deutschen verfassungsrechtlichen Dogmatik vorherrschend ist, hat sich der EGMR mit der Frage, ob der präventive Schutz ungeborener Kinder durch Verhinderung ihrer eigenen Existenz gewährleistet werden kann¹⁴³⁴, genauso wenig beschäftigt wie mit der Problematik der territorialen Reichweite von Schutzpflichten¹⁴³⁵, die sich auch aus den Konventionsrechten ergeben können¹⁴³⁶. Das auf den Bereich der Anfechtbarkeit der Mutterschaft übertragbare Abwägungsergebnis entfaltet aber eine gewisse indizielle Wirkung: Kritiker, welche den Schutz Ungeborener durch Verhinderung der eigenen Existenz befürworten¹⁴³⁷ und grundrechtliche Schutzpflichten auch gegenüber ausländischen Leihmüttern im Ausland bejahen, müssten bei der Überprüfung von § 1591 BGB am Maßstab des Grundgesetzes eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Stufe der Ange-

¹⁴³³ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 101); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 80.

¹⁴³⁴ Oben H.I.1.a.ii.-v., S. 190 ff. und H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹⁴³⁵ Oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(i)-(iii), S. 227 ff.

¹⁴³⁶ Sog. „positive obligations“ – dazu allgemein: Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 5–7; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 19.

¹⁴³⁷ So etwa Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 8.

messenheit durchführen¹⁴³⁸. Die Gewichtung der Interessen und das vom EGMR gefundene Abwägungsergebnis lassen den Schluss zu, dass auch das Bundesverfassungsgericht nicht zu einem anderen Resultat als der EGMR käme, wäre es gehalten, die Vereinbarkeit von § 1591 BGB mit der Verfassung zu überprüfen¹⁴³⁹. Dafür ähneln sich die in die Abwägung einzustellenden Parameter zu stark: Jeweils geht es im Ergebnis um die Frage, ob das Kind in den Fällen der Leihmutterchaft der genetischen Wunschmutter zugeordnet werden kann. Lediglich der Weg, auf dem diese Zuordnung erreicht werden soll – Anerkennung einer ausländischen Entscheidung oder Anfechtung der Geburtmutterchaft verbunden mit der nachfolgenden Feststellung der Wunschmutter als rechtlicher Mutter –, wäre ein Unterscheidungsmerkmal. Auch die Interessenlage ist vergleichbar. Für das Kind streitet sein in Art. 8 EMRK verankertes Interesse auf Achtung des Privatlebens in der Form, eine rechtliche Verbindung zu dem Elternteil herstellen zu können, von dem es biologisch bzw. genetisch abstammt¹⁴⁴⁰. Ein vergleichbares Interesse wird im Grundgesetz aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet¹⁴⁴¹. Dem Staat geht es auf der anderen Seite jeweils um den präventiven Schutz der Leihmütter und der ungeborenen Kinder. Das Ergebnis der ansonsten schwer vorhersehbaren Abwägungsentscheidung scheint dadurch in gewisser Weise vorgezeichnet zu sein.

Zu klären bleibt noch die Frage, ob sich aus der EMRK hinsichtlich der Reichweite der Schutzpflichten die Notwendigkeit zu einer Korrektur des oben gefundenen Ergebnisses¹⁴⁴² ergibt. Viel spricht dafür nicht; denn die Reichweite des Schutzes wird auch bei der EMRK primär territorial bestimmt. Die Verantwortung der einzelnen Konventionsstaaten erstreckt sich auf ihr jeweiliges Staatsgebiet und das ihnen völkerrechtlich zugeordnete Küstenmeer¹⁴⁴³. Für extraterritoriale Akte seiner Organe und Institutionen sind sie nur unter bestimmten Voraussetzungen verantwortlich, nämlich immer, wenn der verpflichtete Staat auf einem bestimmten Gebiet eine wirksame Gesamtkontrolle ausübt („effective overall con-

¹⁴³⁸ Dazu ist es oben nicht mehr gekommen: H.II.2.e.iv.(2)(b)(v) a.E., S. 237.

¹⁴³⁹ Zumal auch die Grundrechte konventionsfreundlich ausgelegt werden müssen (BVerfGE 137, 273, 321).

¹⁴⁴⁰ EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3216 f. (Rn. 100); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labasse), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 79.

¹⁴⁴¹ BVerfGE 108, 82, 108 und oben H.II.2.c., S. 207 ff.

¹⁴⁴² Oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(i)-(iv), S. 227 ff.

¹⁴⁴³ Mayer-Ladewig/Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 1 EMRK, Rn. 26 f.

troll“)¹⁴⁴⁴ oder einzelne Personen oder Personengruppen der Gewalt und Kontrolle der Amtsträger des verpflichteten Staats unterliegen¹⁴⁴⁵. Geringere Anforderungen bestehen, wenn der verpflichtete Staat auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats der EMRK hoheitliche Gewalt ausübt; eine effektive Gesamtkontrolle ist in dieser Konstellation nicht erforderlich, weil es sich bei dem Gebiet aller Mitgliedsstaaten der EMRK um einen „einheitlichen Menschenrechtsraum“ handelt¹⁴⁴⁶. Soweit von den eigenen Staatsbürgern im Ausland Leihmütter in Anspruch genommen werden, übt der Heimatstaat der lediglich auf der Ebene der Gleichordnung handelnden Personen aber überhaupt keine Hoheitsgewalt auf fremdem Staatsgebiet aus, der gesamte Vorgang entzieht sich seiner unmittelbaren Kontrolle. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auf dem eigenen Staatsgebiet Leihmütter durch andere Private, auch Ausländer in Anspruch genommen werden können, obliegt vollständig dem die Hoheitsgewalt ausübenden Zielstaat und seiner Reglementierung. Er hat bei der Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für die Leihmuttertschaft, wenn er ein Mitgliedstaat der EMRK ist, auch die Vorgaben der Konvention zu beachten und ein entsprechendes Schutzniveau für Leihmütter zu gewährleisten. Ihm steht es sogar frei, Ausländer von der Inanspruchnahme einer Leihmutter auszuschließen. So ist nach griechischem Recht erforderlich, dass beide Frauen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Griechenland haben müssen. Der Fortpflanzungstourismus nach Griechenland soll auf diese Weise unterbunden werden¹⁴⁴⁷. Eine Ausdehnung der Schutzpflichten auf Privatpersonen, die der Personal- und Territorialhoheit eines anderen Staats unterliegen, hätte auch die eigentümliche Folge, dass eine in ihren Rechten im konkreten Fall verletzte Leihmutter in der Lage sein müsste, gegenüber dem Herkunftsstaat der Wunscheltern die Verletzung ihrer Konventionsrechte zu rügen, mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten der Konvention ihren Bürgern generell die Inanspruchnahme einer Leihmutter in einem anderen Konventionsstaat

¹⁴⁴⁴ Mayer-Ladewig/Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 1 EMRK, Rn. 31.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 17, Rn. 15.

¹⁴⁴⁵ Mayer-Ladewig/Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 1 EMRK, Rn. 32.; näher: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 17, Rn. 16 m.w.N. zu einzelnen Fallgruppen.

¹⁴⁴⁶ Mayer-Ladewig/Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 1 EMRK, Rn. 33; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 17, Rn. 17.

¹⁴⁴⁷ Art. 8 des Gesetzes über die „Medizinische Unterstützung bei der menschlichen Fortpflanzung; Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067, 1068; Eleftherios/Kastrissios in: Bergmann/Ferid/Henrich, Griechenland, S. 42.

zu untersagen hätten, weil sie keinen direkten Einfluss auf das Schutzniveau in einem anderen Staat haben. Das gälte sogar unabhängig davon, ob sie die Leihmutterschaft selbst zulassen wollen. Es muss daher bei der Feststellung verbleiben, dass Mitgliedsstaaten, die auf dem Gebiet eines anderen Staats keine hoheitliche Gewalt nach den soeben dargestellten Vorgaben ausüben, einer konventionsrechtlichen Haftung nicht bereits deshalb unterliegen, weil sich eine Handlung, und sei es die Nichtreglementierung der Inanspruchnahme von Leihmüttern im Ausland durch die eigenen Staatsbürger, irgendwie auf eine Person im Drittstaat auswirken kann¹⁴⁴⁸.

V. Art. 7 GrCh EU

Neben der EMRK gilt seit 1.2.2009 die bereits im Dezember 2000 verkündete Grundrechtscharta der EU¹⁴⁴⁹. In ihrer Genese durch eine Arbeitsgruppe unter der Leitung von Roman Herzog wurde sie maßgeblich durch die EMRK, aber auch durch nationale Verfassungsüberlieferungen, unter anderem den deutschen Grundrechten, mitgeprägt¹⁴⁵⁰. Der im Zusammenhang mit der Mutterschaftsanfechtung maßgebliche Art. 7 GrCh entspricht inhaltlich Art. 8 EMRK. Deshalb hat er nach Art. 52 Abs. 3 GrCh die gleiche Bedeutung und Tragweite, er ist in enger Anlehnung an Art. 8 EMRK auszulegen¹⁴⁵¹. Auf die vorstehenden Ausführungen zu Art. 8 EMRK kann an dieser Stelle deshalb Bezug genommen werden. Allerdings ist die Anwendbarkeit der Grundrechtscharta nach Art. 51 Abs. 1 GrCh ohnehin auf Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union beschränkt. Für Mitgliedsstaaten gilt sie ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union¹⁴⁵². An den Unionsgrundrechten zu messen sind nationale Regelungen deshalb nur, soweit sie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen¹⁴⁵³. Das ist bei § 1591 BGB nicht der Fall.

¹⁴⁴⁸ Mayer-Ladewig/Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 1 EMRK, Rn. 34.

¹⁴⁴⁹ ABl. 2000 C 364, S.1 ff.; Krois, DB 2010, 1704, 1705.

¹⁴⁵⁰ Herdegen, Europarecht, § 8, Rn. 24.

¹⁴⁵¹ Kingreen in: Calliess/Ruffert, Art. 7 GrCh, Rn. 2.

¹⁴⁵² Herdegen, Europarecht, § 8, Rn. 36 f.

¹⁴⁵³ Kingreen in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GrCh, Rn. 7; vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.6.1996 – C-144/95, Slg 1996 I-2909, Rn. 12.

VI. Das Ergebnis

Der vollständige Ausschluss der Anfechtung verstößt, soweit er auch Fälle der Leihmutterschaft mit einschließt, gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG¹⁴⁵⁴ sowie Art. 3 Abs. 1¹⁴⁵⁵ und 3¹⁴⁵⁶ GG. Auch das in Art. 8 EMRK enthaltene Recht auf Achtung der Privatsphäre in der Form, dass dem Kind die rechtliche Verbindung zu seinen biologischen Eltern nicht vorenthalten werden darf, ist verletzt¹⁴⁵⁷. Bei der Ausgestaltung einer neu einzuführenden Anfechtungsregelung ist zu beachten, dass psychosoziale Bindungen, die sich während der Schwangerschaft zwischen Kind und Leihmutter entwickelt haben können, zu einem Ausschluss der Anfechtung führen müssen, soweit sie nach der Schwangerschaft in der Form einer sozial-familiären Bindung fortbestehen (vgl. § 1600 Abs. 2 und 3 BGB zur Vaterschaftsanfechtung)¹⁴⁵⁸.

Gegen den Anfechtungsausschluss, soweit er auf die Konstellationen der Eizell- und Embryospende bezogen ist und auch eine Anfechtung des Kindes mit umfasst, bestehen nur aus dem Blickwinkel von Art. 3 Abs. 1 GG¹⁴⁵⁹ Bedenken. De lege ferenda ist insoweit ebenso Abhilfe zu schaffen und eine mit § 1600 Abs. 4 BGB vergleichbare Regelung einzuführen, welche zwar die Anfechtbarkeit durch die rechtlichen Eltern, nicht aber diejenige durch das Kind untersagt. Ein § 1600d Abs. 4 BGB n.F. ähnelnder Ausschluss der Feststellung der Eizell- oder Embryospenderin als rechtlicher Mutter wäre, jedenfalls unter Zugrundelegung der Argumentationslinie des Gesetzgebers zum neu gefassten § 1600d Abs. 4 BGB, wonach das Kind zur Durchsetzung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf Auskunftsansprüche gegen das neu geschaffene Spenderregister verwiesen wird¹⁴⁶⁰, nicht möglich; denn ein vergleichbares Spenderregister gibt es für die in Deutschland verbotene Durchführung von Eizellspenden nicht.

¹⁴⁵⁴ Oben H.II.2., S. 203 ff.

¹⁴⁵⁵ Oben H.III.3.e., S. 257 f.

¹⁴⁵⁶ Oben H.III.3.d., S. 255 ff.

¹⁴⁵⁷ Oben H.IV., S. 260 ff.

¹⁴⁵⁸ Oben H.II.e.iv.(1.), S. 223 ff.

¹⁴⁵⁹ Oben H.III.3.b., S. 247 ff.; zu Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG s. H.II.2.d.i., S. 211.

¹⁴⁶⁰ BT-Drs. 18/11292, S. 35.

I. Das Bestehen einer gesetzgeberischen Verpflichtung zur Erweiterung von § 1598a BGB

Nachdem die primär für den Bereich der Leihmutterchaft maßgebliche Regelung in § 1591 BGB einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen wurde, stellt sich die Frage, ob wegen der festgestellten Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit den gegenüber der rechtlichen Mutter und dem Arzt bestehenden Auskunftsansprüchen des Kindes, eine Verpflichtung des Gesetzgebers dahingehend besteht, den Tatbestand von § 1598a BGB so zu erweitern, dass die vermuteten genetischen Eltern – zumindest für den Bereich der artifiziellen Reproduktion¹⁴⁶¹ – in den Kreis der Klärungsverpflichteten aufgenommen werden¹⁴⁶².

Maßgeblichen Einfluss auf die Beurteilung dieser Rechtsfrage hat das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zum besseren Verständnis dieses Rechts soll zunächst das allgemeine Persönlichkeitsrecht beleuchtet werden, um dadurch eine umfassendere Einordnung und ein tiefgreifendes systematisches Verständnis zu ermöglichen. Geklärt werden soll auch, ob sich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in Fällen der Leihmutterchaft auf die Kenntnis der Geburtsmutter erstreckt und wie die erst seit kurzem praktizierte Spende mitochondrialer DNA einzuordnen ist.

I. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Die Ursprünge des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen im Zivilrecht. Die erste gesetzliche Regelung findet sich in den §§ 22–24 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KunstUrhG) von 1907. Der noch heute gültige § 22 KunstUrhG erlaubt eine Verbreitung oder Zur-Schau-Stellung von Bildnissen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten und – nach dessen Tod – seiner Angehörigen. Das vom KunstUrhG geschützte „Recht am eigenen Bild“ geht auf den spektakulären Fall des Eindringens zweier Fotografen in das Sterbezimmer Bismarcks zurück, ohne den es möglicherweise nicht zu der umfassenden postmortalen Regelung dieses Rechts in § 22 S. 3 und 4 KunstUrhG gekommen wäre¹⁴⁶³. Freilich stellte

¹⁴⁶¹ Ohne diese Einschränkung verneinend: BVerfGE 141, 186.

¹⁴⁶² Zum gefundenen Ergebnis der Rechtslage de lege lata vgl. oben G.VI., S. 183 f.

¹⁴⁶³ Dazu und zu den Einzelheiten des aufsehenerregenden Falls, der schließlich zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich des Fotos und der Verurteilung der betreffenden Foto-

das RG in seiner Entscheidung des Falls nicht auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts ab¹⁴⁶⁴. Abgesehen von den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen, wie dem Namensrecht, erfolgte zunächst auch keine Einordnung als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB¹⁴⁶⁵. Erst der BGH erkannte es als solches in der „Leserbrief“-Entscheidung an und stützte sich dabei ausdrücklich auch auf Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG¹⁴⁶⁶. Es folgte eine Vielzahl weiterer Entscheidungen, in denen die zivilrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weiter ausgeformt wurde. Trotz der sich aus §§ 253 und 847 BGB a.F. ergebenden Einschränkung hinsichtlich des Ersatzes für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, wurde für schwerwiegende Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts immaterieller Schadenersatz gewährt. Daneben war auch ein materieller Ersatz bei Eingriffen in vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasste vermögensrechtliche Positionen möglich¹⁴⁶⁷.

Die vom BGH entwickelte unter anderem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte zivilrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist – als Institut des einfachen Rechts – jedoch nicht identisch mit dem sich aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG ergebenden Grundrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; denn ebenso wie die meisten anderen Grundrechte entfaltet das allgemeine Persönlichkeitsrecht keine unmittelbare Drittwirkung¹⁴⁶⁸. Das in der Verfassung enthaltene Grundrecht gibt dem Gesetzgeber den Rahmen vor, innerhalb dessen er den Persönlichkeitsschutz realisieren muss. Die jeweils existierende zivilrechtliche Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist dagegen als entsprechende einfachgesetzliche Ausformung nur eine der verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten, die aber in ihrer Reichweite wesentlich weiter sein kann als das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht¹⁴⁶⁹.

Zwar ist es in vielen Zusammenhängen nicht erforderlich, explizit zwischen den beiden Arten des Persönlichkeitsrechts zu unterscheiden, weil Reichweite und Schutz sich dennoch häufig decken¹⁴⁷⁰. Soweit im

grafen wegen Hausfriedensbruchs führte: Seifert, NJW 1999, 1889 ff.

¹⁴⁶⁴ RGZ 45, 170.

¹⁴⁶⁵ RGZ 51, 369, 372 f.; 69, 401, 403; 113, 413, 414.

¹⁴⁶⁶ BGHZ 13, 334.

¹⁴⁶⁷ BGHZ 20, 345; 24, 72; 26, 349; 35, 363; 39, 124; 128, 1; BGH, NJW 1965, 685; 1992, 2084; NJW-RR 1987, 231; ein guter Überblick über den Großteil der zitierten Entscheidungen findet sich bei Seifert, NJW 1999, 1889.

¹⁴⁶⁸ Jarass, NJW 1989, 857, 858 unter Verweis auf BVerfGE 34, 269, 281 ff.; Epping, Grundrechte, Rn. 624.

¹⁴⁶⁹ Jarass, NJW 1989, 857, 858; Schwerdtner, JuS 1978, 289, 291.

¹⁴⁷⁰ Epping, Grundrechte, Rn. 624; Jarass, NJW 1989, 857, 858.

Rahmen der vorliegenden Untersuchung festgestellt werden soll, ob und inwiefern der Gesetzgeber verpflichtet ist, zum Schutz des im verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht enthaltenen Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gesetzgeberisch tätig zu werden, ist indessen ausschließlich das Grundrecht maßgeblich.

*1. Die Entwicklung und die dogmatischen Grundlagen
des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

Trotz des unmittelbar auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit Bezug nehmenden Wortlauts von Art. 2 Abs. 1 GG entwickelte das Bundesverfassungsgericht das in dieser Norm enthaltene Grundrecht zunächst in Richtung der allgemeinen Handlungsfreiheit¹⁴⁷¹, die es dem Einzelnen seit dem Elfes-Urteil ermöglicht, zu tun und zu lassen, was er will¹⁴⁷². Diese Entwicklung kann vor allem durch die zunächst vom Parlamentarischen Rat vorgesehene Fassung von Art. 2 Abs. 1 GG erklärt werden¹⁴⁷³. Erst später entwickelte sich der Teilbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, welcher eine besondere Verbindung zu der in Art. 1 Abs. 1 GG geregelten Menschenwürde aufweist, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁴⁷⁴. Die systematische Differenzierung zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht wurde erforderlich, weil ansonsten ganz unterschiedliche Interessen im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit gleichbehandelt worden wären¹⁴⁷⁵ und der durch die speziellen Freiheitsrechte mit Bezug zur Menschenwürde (Art. 4, 5, 10 und 13 GG) gewährleistete Schutz nur einen Teilbereich der engeren persönlichen Lebenssphäre umfasste¹⁴⁷⁶. Als unbenanntes Freiheitsrecht zielt es deshalb auf alle Bereiche, die in ihrer konstituierenden Wirkung für die Persönlichkeit des Menschen den speziellen Freiheitsgarantien in ihrer Bedeutung nicht nachstehen¹⁴⁷⁷. Sein Schutzbereich ist daher nicht abschließend bestimmbar, sondern offen auch für bisher unbekannte Per-

¹⁴⁷¹ Ständige Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 6, 32, 36.

¹⁴⁷² BVerfGE 6, 32, 36 ff.

¹⁴⁷³ „Jeder kann tun und lassen, was er will.“ (BVerfGE 6, 32, 36).

¹⁴⁷⁴ Jarass, NJW 1989, 857; Schwerdtner, JuS 1978, 289; vgl. dazu BVerfGE 34, 269, 281; angeklungen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht unter anderem bereits in BVerfGE 6, 32, 41; 6, 389, 433; 27, 1, 6.

¹⁴⁷⁵ Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 2 GG, Rn. 30.

¹⁴⁷⁶ BVerfGE 54, 148, 153; vgl. auch Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 127.

¹⁴⁷⁷ BVerfGE 54, 148, 153; 99, 185; 101, 361, 380; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 127.

sönlichkeitsgefahren¹⁴⁷⁸. Als dogmatische Grundlage werden die Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG herangezogen¹⁴⁷⁹, wobei primär an Art. 2 Abs. 1 GG angeknüpft wird und Art. 1 Abs. 1 GG zusätzlich als Auslegungsmaßstab zur Verstärkung und Beeinflussung von Inhalt und Reichweite des Schutzzumfangs dient¹⁴⁸⁰. Eine umfassendere Anbindung an Art. 1 Abs. 1 GG würde dazu führen, dass Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wegen der Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht zu rechtfertigen wären¹⁴⁸¹.

Tatsächlich ist aber allgemein anerkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Gesetz eingeschränkt werden kann¹⁴⁸². Erforderlich ist eine verfassungsmäßige, hinreichend bestimmte und verhältnismäßige Eingriffsgrundlage¹⁴⁸³. Die Nähe zu Art. 1 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht aber dazu veranlasst, die Sphärentheorie zu entwickeln¹⁴⁸⁴. Danach hängen die Rechtfertigungsanforderungen davon ab, welcher Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist. Handelt es sich um den „Kernbereich der Persönlichkeit“ bzw. den „Kernbereich privater Lebensgestaltung“, liegt ein Eingriff in die Intimsphäre vor. Eingriffe in diese Sphäre können nicht gerechtfertigt werden, weil sie durch die unantastbare Würde des Menschen geschützt wird und ein Eingriff darüber hinaus einen Verstoß gegen die sich aus Art. 19 Abs. 2 GG ergebende Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte bedeuten würde¹⁴⁸⁵. Die Intimsphäre ist unter anderem berührt, soweit es um Ausdrucksformen der Sexualität geht¹⁴⁸⁶. Weit häufiger ist sie jedoch nicht

¹⁴⁷⁸ BVerfGE 95, 220, 241.

¹⁴⁷⁹ BVerfGE 6, 389, 433; 27, 1, 6; 34, 269, 282; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 GG, Rn. 128 mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung in Fn. 1.

¹⁴⁸⁰ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 128; Jarass, NJW 1989, 857.

¹⁴⁸¹ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 128; Jarass, NJW 1989, 857.

¹⁴⁸² Es gelten dieselben Schranken wie für die allgemeine Handlungsfreiheit, von denen der verfassungsmäßigen Ordnung die größte Bedeutung zukommt. Ihr wird ein einfacher Gesetzesvorbehalt entnommen (BVerfGE 65, 1, 44; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 459; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 133). In früheren Entscheidungen wendete das Bundesverfassungsgericht noch Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG an (BVerfGE 32, 373, 379; BVerfGE 34, 238, 246; vgl. dazu auch Jarass, NJW 1989, 857, 861).

¹⁴⁸³ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 133, 157.

¹⁴⁸⁴ BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379; 33, 367, 376 f., 44, 353, 372 f.; 80, 367, 373 ff.; 89, 69, 82 f.; vgl. auch Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 158; Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 2 GG, Rn. 41.

¹⁴⁸⁵ BVerfGE 35, 35, 39; 80, 367, 373 f.; 89, 69, 83; BVerfG, NJW 2000, 2189; Jarass, NJW 1989, 857, 861; Epping, Grundrechte, Rn. 648.

¹⁴⁸⁶ BVerfGE 119, 1, 29; weitere Beispiele bei Epping, Grundrechte, Rn. 648.

verletzt¹⁴⁸⁷. Besteht ein gewisser Sozialbezug, ist die der Intimsphäre nachgelagerte „Privatsphäre“ oder „Geheimsphäre“ betroffen. Eingriffe sind in diesem Bereich möglich, aber einer an strengen Vorgaben orientierten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen. Das bedeutet, dass regelmäßig das Vorliegen überwiegender Belange des Gemeinwohls für die Rechtfertigung des Eingriffs erforderlich ist¹⁴⁸⁸. Am geringsten sind die im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgestellten Rechtfertigungsanforderungen im Bereich der „Sozialsphäre“ bzw. „Öffentlichkeitssphäre“¹⁴⁸⁹. Die Sphärentheorie sieht sich Kritik von Seiten der Literatur vor allem deshalb ausgesetzt, weil die Sphären nur schwer gegeneinander abgrenzbar sind¹⁴⁹⁰. Auch das Bundesverfassungsgericht distanziert sich inzwischen von einer engen und allzu formellen Anwendung der Sphärentheorie¹⁴⁹¹.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht enthält sowohl ein klassisches Abwehrrecht gegenüber Eingriffen durch den Staat, etwa Informationserhebungen oder Ausforschungsmaßnahmen, die nur bei Vorliegen einer Eingriffsgrundlage gerechtfertigt sein können¹⁴⁹². Daneben ergeben sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG aber auch grundrechtliche Schutzpflichten vor Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Dritte. Der Gesetzgeber muss deshalb die Betroffenen vor Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schützen¹⁴⁹³. Bei der Ausgestaltung des positiven Schutzes steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der allerdings nach unten durch das Untermaßverbot begrenzt ist¹⁴⁹⁴. Rechte Dritter dürfen in diesem Zusammenhang

¹⁴⁸⁷ Vgl. BVerfGE 80, 367, 376 ff. zur Verwendung von tagebuchartigen Aufzeichnungen in Strafverfahren; weitere Beispiele in denen die Intimsphäre nicht betroffen ist bei Di Fabio Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 158.

¹⁴⁸⁸ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 159; BVerfGE 35, 35, 39; 35, 202, 220 f.; 80, 367, 375.

¹⁴⁸⁹ Manssen, Staatsrecht II, Rn. 271; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 160.

¹⁴⁹⁰ Vgl. nur: Ehmman, JuS 1997, 193, 197; Manssen, Staatsrecht II, Rn. 271; Beispiele bei Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 161.

¹⁴⁹¹ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 161 unter Verweis auf BVerfGE 80, 367.

¹⁴⁹² Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 132 f.

¹⁴⁹³ BVerfGE 96, 56, 64; 117, 202, 227; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 135; Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 2 GG, Rn. 40.

¹⁴⁹⁴ BVerfGE 88, 203, 254; 117, 202, 227; Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 84, 91; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 135; eingehend zu grundrechtlichen Schutzpflichten des Staats: Klein, NJW 1989, 1633.

eingeschränkt werden, soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird¹⁴⁹⁵.

Nicht nur die Legislative, sondern auch die Exekutive und die Judikative sind an der Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten beteiligt¹⁴⁹⁶. Im Bereich der Rechtsprechung wird der notwendige Grundrechtsschutz durch Auslegung des einfachen Rechts verwirklicht, im Rahmen derer zwischen miteinander kollidierenden Verfassungsgütern im Wege praktischer Konkordanz ein Ausgleich herzustellen ist. Dieser kann zur Beschränkung anderer Grundrechte zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen¹⁴⁹⁷. Missachtet das Gericht die betreffenden Grundrechte oder schöpft es seinen Abwägungsspielraum zu Lasten einer Partei nicht aus, weil es der Rechtsposition der anderen Partei grundsätzlich den Vorrang einräumt¹⁴⁹⁸, verletzt es die Grundrechte der betroffenen Partei unmittelbar¹⁴⁹⁹.

2. Fallgruppen

In der Literatur finden sich unterschiedliche Ansätze, die verschiedenen vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfassten Rechtspositionen in Fallgruppen zu kategorisieren. *Kingreen/Poscher* differenzieren prägnant zwischen dem „Recht der Selbstbestimmung“, dem „Recht der Selbstbewahrung“ und dem „Recht der Selbstdarstellung“¹⁵⁰⁰. Unter ersterem verstehen sie das Recht des Einzelnen, seine Identität selbst zu bestimmen, sich ihrer zu vergewissern und nicht in der Identitätsbildung beeinträchtigt zu werden¹⁵⁰¹. Dem Einzelnen soll ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung zustehen, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann¹⁵⁰². Zu diesem Komplex zählt unter anderem das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung¹⁵⁰³. Das Recht der Selbstbewahrung umfasst dagegen das Recht des Einzelnen auf Rückzug, Ab-

¹⁴⁹⁵ Vgl. BVerfGE 91, 125, 137; Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 135.

¹⁴⁹⁶ Klein, NJW 1989, 1633.

¹⁴⁹⁷ BVerfGE 96, 56, 64 f.; zu Konstellationen, in denen es vorrangig um die mittelbare Drittwirkung der beteiligten Grundrechte geht vgl. Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 136.

¹⁴⁹⁸ Vgl. BVerfGE 96, 56, 65 f.

¹⁴⁹⁹ Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, S. 53, 82.

¹⁵⁰⁰ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 442–449.

¹⁵⁰¹ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 442.

¹⁵⁰² BVerfGE 79, 256, 268; BVerfGE 141, 186, 201.

¹⁵⁰³ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 443; BVerfGE 79, 256, 268 f.; BVerfGE 90, 263, 271 f.

schirmung und allein gelassen zu werden¹⁵⁰⁴. Enthalten sind zum Beispiel im Rahmen des Arzt-Patientenverhältnisses angefertigte Krankenblätter, die Aufschluss über den Gesundheitszustand des Patienten geben¹⁵⁰⁵ und die Vertraulichkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen¹⁵⁰⁶. Das Recht der Selbstdarstellung soll schließlich den Schutz vor herabsetzenden, verfälschenden, entstellenden und unerbetenen öffentlichen Darstellungen sowie heimlichen Wahrnehmungen des Einzelnen gewährleisten¹⁵⁰⁷. Erfasst sind davon beispielsweise der persönliche Ehrschutz¹⁵⁰⁸, das Recht am eigenen Namen¹⁵⁰⁹, das Recht am eigenen Bild und das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person¹⁵¹⁰.

Andere Autoren verwenden eine davon abweichende Einteilung. *Ehmann* differenziert zwischen dem „Ehrschutz“, der „Verfälschung des Persönlichkeitsbildes“ (mit anderen Worten dem Identitätsschutz), dem „Schutz gegen die Verbreitung von Geheimnissen“, dem „Schutz gegen [die] Erhebung von Geheimnissen“ und dem „Recht auf Selbstentfaltung“¹⁵¹¹. Weitere Einteilungen finden sich unter anderem bei *Epping*¹⁵¹², *Degenhart*¹⁵¹³, *Jarass*¹⁵¹⁴ und *Di Fabio*¹⁵¹⁵.

Unabhängig von den jeweils verwendeten Kategorien erkennen die genannten Autoren das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung an¹⁵¹⁶, welches im Zusammenhang mit der Feststellung der genetischen Mutterschaft eine besondere Rolle spielt.

¹⁵⁰⁴ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 444.

¹⁵⁰⁵ BVerfGE 32, 373, 379.

¹⁵⁰⁶ BVerfGE 80, 367, 377 f., 379 ff.

¹⁵⁰⁷ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 447.

¹⁵⁰⁸ BVerfGE 54, 208, 217.

¹⁵⁰⁹ BVerfGE 104, 373, 387.

¹⁵¹⁰ BVerfGE 35, 202, 219 f.

¹⁵¹¹ Ehmann, JuS 1997, 193, 197 ff.

¹⁵¹² Epping, Grundrechte, Rn. 630 ff.

¹⁵¹³ Degenhart, JuS 1992, 361, 363 ff.

¹⁵¹⁴ Jarass, NJW 1989, 857, 858 ff.

¹⁵¹⁵ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 148.

¹⁵¹⁶ Di Fabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 212–214; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 443; Ehmann, JuS 1997, 193, 201; Degenhart, JuS 1992, 361, 366 f.; Jarass, NJW 1989, 857, 860; Epping, Grundrechte, Rn. 645.

3. Die Entwicklung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Ebenso wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht liegen die Ursprünge des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Zivilrecht. Sie gehen bis auf den Anfang des 20. Jahrhunderts zurück. Die Thematik beschränkte sich damals auf die Abstammung des Kindes vom Vater; denn während für die Mutter der bereits mehrfach zitierte Grundsatz „*mater semper certa est*“ noch lange Bestand haben sollte, galt für das Verhältnis des Kindes zum Vater seit jeher die Regel „*pater semper incertus est*“¹⁵¹⁷. Im Hinblick auf das Verhältnis des nichtehelichen Kindes zu seinem Vater bestimmte § 1589 Abs. 2 BGB a.F. bei Inkrafttreten des BGB, dass sie nicht als miteinander verwandt gelten. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO wurde in diesem rein tatsächlichen Verhältnis deshalb zunächst nicht gesehen¹⁵¹⁸. § 644 ZPO a.F. ordnete darüber hinaus an, dass auch die Vorschriften zu Familienstandsklagen (§§ 640–643 ZPO a.F.) auf die Feststellung der Vaterschaft eines nichtehelichen Kindes keine Anwendung finden sollten. Gemäß §§ 1708 ff. BGB a.F. bestand lediglich eine Unterhaltspflicht des nichtehelichen Vaters, die sog. „Zahlvaterschaft“, welche nicht den Beweis der – nach dem damaligen Stand der Wissenschaft noch unmöglichen – genetischen Abstammung erforderte, sondern lediglich davon abhängig war, dass der in Anspruch Genommene der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hatte (§ 1717 BGB a.F.)¹⁵¹⁹. Dementsprechend wurde das Recht des Kindes auf Kenntnis seines Vaters überwiegend auf vermögensrechtliche Interessen gestützt¹⁵²⁰. Nur ganz vereinzelt wurde auch ein „immaterielles“ Interesse an der Feststellung des Erzeugers bejaht¹⁵²¹.

¹⁵¹⁷ Giesen, JZ 1989, 364, 365.

¹⁵¹⁸ Von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 60 f.; die Auffassung hielt sich in Rechtsprechung und Literatur bis Ende der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts (vgl. nur LG Bonn, JW 1937, 2921; LG Oels, JW 1935, 3125, 3126; Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 99 m.w.N. in Fn. 10).

¹⁵¹⁹ Zum Ganzen: von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 60; Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 341.

¹⁵²⁰ Nachweise bei: Giesen, JZ 1989, 364, 365, Fn. 5; nicht nur das Kind, sondern auch der Staat hatte ein entsprechendes Interesse an der Vaterschaftsfeststellung; denn bei Tod der Kindesmutter wäre das Kind ohne Ansprüche gegen den Vater der Armenpflege zur Last gefallen (Kupfer, ZBIFG 1910, 77, 78; vgl. auch Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 341).

¹⁵²¹ Kupfer, ZBIFG 1910, 77, 78.

Anfang der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts sahen mehr und mehr Instanzgerichte wegen der neben dem Unterhaltsrecht bestehenden Rechtswirkungen, wie dem Ehehindernis der Verwandtschaft, dem Erbrecht, dem Sozialrecht, der Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten und der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe oder Staatsakt, in dem Verhältnis zwischen einem Vater und seinem nichtehelichen Kind ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 ZPO, das selbst ohne einen konkreten Anlass feststellungsfähig sein sollte. Allerdings wurde die Anwendung des in den §§ 640 ff. ZPO a.F. geregelten Statusverfahrens auf der Grundlage des sich aus § 644 ZPO a.F. ergebenden ausdrücklichen Ausschlusses weiterhin abgelehnt. Die Anwendung der allgemeinen Feststellungsklage gewann ab Mitte der 30er Jahre immer mehr Anhänger, was auf die zu diesem Zeitpunkt erstarkende menschenverachtende Rassenideologie des Nationalsozialismus zurückgeführt werden kann¹⁵²². Auch das Reichsgericht schloss sich deshalb ab 1937 der vorbenannten Auffassung an¹⁵²³. Nur zwei Jahre später ließ es entgegen dem Wortlaut von § 644 ZPO a.F.¹⁵²⁴ sogar die isolierte Statusklage nach §§ 640 ff. ZPO a.F. zu. Zur Begründung griff das Reichsgericht erneut auf rechtspolitische, der nationalsozialistischen Doktrin entnommene Erwägungen zurück, die es seiner Auffassung nach trotz des entgegenstehenden Wortlauts von § 644 ZPO a.F. nicht als ausreichend erscheinen ließen, lediglich die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO anzuwenden. Vor allem deren beschränkte Wirkung (inter partes statt inter omnes), die Geltung des Verhandlungsgrundsatzes anstelle des den §§ 640 ff. ZPO a.F. eigenen Untersuchungsgrundsatzes und der Entfall der Zulässigkeit der Feststellungsklage, falls zwischen den Parteien kein Streit bestehe, sah es als nicht vereinbar mit der nationalsozialistischen Weltanschauung und der sich daraus ergebenden „Bedeutung der Abstammung“ auch für das öffentliche Recht (gemeint waren vor allem die

¹⁵²² Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 102–105, m. w. N. aus der Literatur und Rechtsprechung u. a. in Fn. 30, 38.

¹⁵²³ RG, ZakDR 1937, 724; vgl. auch die Besprechung des Urteils bei: Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 112 ff., und die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. November 1936 (RGZ 152, 390, 394), in der das Reichsgericht die Abstammungsfeststellungsklage zwar angesprochen, ihre Zulässigkeit letztlich aber offen gelassen hat. Dennoch wird bereits dieses Urteil in der Literatur zuweilen als dasjenige zitiert, in welchem das Reichsgericht erstmalig eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO für zulässig gehalten haben soll: von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 61; Muscheler/Bloch, FPR 2002, 339, 341.

¹⁵²⁴ Giesen, JZ 1989, 364, 365; E. Koch, FamRZ 1990, 569, 571.

„erbbiologischen und erbgesundheitlichen Vorschriften“) sowie die „rasen- und bevölkerungspolitischen Belange des Volkes“ an¹⁵²⁵. § 644 ZPO beschränkte das Reichsgericht in seiner Wirkung deshalb auf die rein vermögensrechtliche Beziehung zwischen Vater und unehelichem Kind, so dass der darin enthaltene Ausschluss nicht einschlägig sein sollte. In den §§ 640, 641 ZPO sah es keine Regelung über die Feststellung der blutsmäßigen Abstammung. Die daraus entstehende „Lücke“ sei durch die Rechtsprechung auszufüllen¹⁵²⁶, eine Aufgabe, der sich das Reichsgericht mit der besprochenen Entscheidung angenommen hat.

4. Die Entwicklung von 1945 bis 1961

Nicht wenige Stimmen in Literatur und Rechtsprechung lehnten nach 1945 eine – wie auch immer geartete – Abstammungsfeststellungsklage mit der Begründung ab, dass mit dem Wegfall des Nationalsozialismus auch die ideologischen Gründe für derartige Klagen entfallen seien, es handele sich bei der blutsmäßigen Abstammung um eine rein biologische Tatsache, die selbst kein Rechtsverhältnis darstelle¹⁵²⁷. Der überwiegende Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und ihm folgend ein Teil der Literatur wollten indes mit Blick auf die aus dem Verhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind bestehenden rechtserheblichen Folgen zumindest die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO anwenden¹⁵²⁸.

Der BGH hingegen hielt – wenn auch mit zum Teil abweichender Begründung – die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach 1945 aufrecht¹⁵²⁹. Ebenso wie durch das Reichsgericht wurde § 644 ZPO a.F. so ausgelegt, dass der darin enthaltene Ausschluss des Statusverfahrens nur die Feststellung der Zahlvaterschaft nach §§ 1708 ff. BGB betreffe, für die auch wegen der sich aus § 1717 BGB a.F. ergebenden Beweis-

¹⁵²⁵ Vgl. zu einzelnen Vorschriften aus dem Reichsbeamtenengesetz, den Nürnberger Gesetzen und dem Reichsbürgergesetz: Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 96 f., der sich im weiteren Verlauf seiner Dissertation sehr eingehend mit der Literatur und Rechtsprechung aus der Zeit des Nationalsozialismus auseinandersetzt.

¹⁵²⁶ RGZ 160, 293 ff.

¹⁵²⁷ Vgl. nur: OGHBrZ Köln, NJW 1949, 750; Kötter, JR 1951, 395; weitere Nachweise bei Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 173, Fn. 1, 2.

¹⁵²⁸ KG, NJW 1954, 1811; OLG München, NJW 1955, 910; Neumann-Duesberg, NJW 1950, 14 ff., weitere Nachweise bei Zimmermann, Die Abstammungsfeststellungsklage, S. 175, Fn. 12.

¹⁵²⁹ BGHZ 5, 385; BGH, NJW 1956, 1438.

erleichterung das ordentliche Verfahren besser geeignet gewesen sei¹⁵³⁰. Ein Verfahren zur Feststellung der wirklichen Vaterschaft habe die ZPO weder ausdrücklich ausschließen wollen noch zur Verfügung gestellt, weil der Gesetzgeber es nach dem damaligen Stand der Wissenschaft nicht für notwendig gehalten habe, zumal den bereits oben erwähnten, neben dem Unterhaltsrecht bestehenden Rechtswirkungen nur eine untergeordnete Bedeutung beigemessen worden sei. Diese im Hinblick auf die Abstammungsfeststellungsklage bestehende Lücke könne durch das Gericht geschlossen werden. Den noch vom Reichsgericht herangezogenen „aus nationalsozialistischem Geiste geborenen Erwägungen“ schenkte der BGH selbstverständlich keine Beachtung mehr¹⁵³¹. Maßgeblich war zum Zeitpunkt der Entscheidungen des BGH vielmehr das Voranschreiten der biologischen Wissenschaft¹⁵³², welche den Nachweis der wirklichen Vaterschaft durch Blutgruppengutachten viel umfassender ermöglichte, was gemeinsam mit der gewandelten Auffassung über die Stellung des unehelichen Kindes in der Gesellschaft und der in diesem Zusammenhang bestehenden, sich aus Art. 6 Abs. 5 GG ergebenden Aufgabe des Gesetzgebers, eheliche und uneheliche Kinder gleichzustellen, eine verbindliche, inter omnes wirkende Feststellung der Vaterschaft erforderlich machte. Das sei auch mit Rücksicht auf die zu diesem Zeitpunkt nicht mehr auf das bürgerliche Recht beschränkten, sondern sich unter anderem auf den Bereich der Sozialversicherung erstreckenden Rechtswirkungen zwischen Vater und unehelichem Kind geboten gewesen¹⁵³³. Die §§ 640 ff. ZPO seien deshalb auf dieses Feststellungsverfahren anzuwenden¹⁵³⁴. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde vom BGH neben Art. 6 Abs. 5 GG nicht zur Begründung herangezogen¹⁵³⁵. Die Anerkennung des „Persönlichkeitsrecht[s] der Blutzugehörigkeit“ ließ der BGH in einer anderen Entscheidung vielmehr ausdrücklich offen¹⁵³⁶.

¹⁵³⁰ So: BGHZ 5, 385, 397 f.; einschränkend: BGH, NJW 1956, 1438, 1439 = LM Nr. 14 zu § 640 ZPO – danach habe der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 644 ZPO a.F. nicht nur an die Klage auf Feststellung der Zahlvaterschaft gedacht.

¹⁵³¹ BGHZ 5, 385, 397.

¹⁵³² Gemeint waren die inzwischen mögliche Blutgruppenanalyse und andere „erbbiologische Feststellungen“ – BGHZ 5, 385, 392 f.; vgl. auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 61, Fn. 9. BGHZ 5, 385, 395 f.

¹⁵³⁴ Vgl. insgesamt: BGHZ 5, 385 ff.; BGH, NJW 1956, 1438.

¹⁵³⁵ Von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 61.

¹⁵³⁶ BGH, NJW 1956, 668, 669.

Das Bundesverfassungsgericht schloss sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit im Wesentlichen gleicher Begründung an. Die erst nach Inkrafttreten des BGB hinzugekommenen Ansprüche unter anderem aus dem Beamten- und Besoldungsrecht sowie dem Sozialversicherungs- und Versorgungsrecht begründeten ein über die Unterhaltsansprüche des Kindes hinausgehendes „personenrechtliches Grundverhältnis“ zwischen Vater und unehelichem Kind, das als „einheitliche Quelle“ für verschiedene Ansprüche diene¹⁵³⁷. § 644 ZPO lasse sich trotz seiner Neuverkündung aus dem Jahr 1950 auf der Grundlage des vorgegebenen Wortlauts so verstehen, dass sich der Ausschluss des Statusverfahrens lediglich auf die Zahlvaterschaft beziehe¹⁵³⁸. Diese Deutung entspreche auch besser der sich aus Art. 6 Abs. 5 GG ergebenden Wertentscheidung als die gegenteilige Auffassung, weshalb ihr der Vorzug gebühre¹⁵³⁹. Auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht stellte das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung ebenfalls noch nicht ab.

Demgegenüber fanden sich in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵⁴⁰ – soweit die Anwendbarkeit der §§ 640 ff. ZPO für richtig gehalten wurde – und in der Literatur nach Inkrafttreten des Grundgesetzes vermehrt Stimmen, welche das allgemeine Persönlichkeitsrecht heranzogen, um die Zulässigkeit des in den §§ 640 ff. ZPO a.F. geregelten Statusverfahrens zu begründen, selbst wenn dieses Recht von den entsprechenden Autoren dogmatisch noch nicht einheitlich aus Art. 2 Abs. 1 GG und 1 Abs. 1 GG abgeleitet wurde: *Guggumos* zog vor Inkrafttreten des Grundgesetzes noch Art. 100 a.F. der bayerischen Verfassung heran¹⁵⁴¹. *Neumann-Duesberg* stellte 1950 zunächst auf eine Analogie zu dem sich aus § 12 BGB ergebenden, ebenfalls dem Persönlichkeitsrecht zugeordneten Namensrecht ab¹⁵⁴², ordnete das Recht auf Kenntnis der „blutsmäßigen Abstammung“ in der Folge aber doch unmittelbar dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu, freilich ohne stringent zwischen verfassungsrechtlichem und zivilrechtlichem Persönlichkeitsrecht zu diffe-

¹⁵³⁷ BVerfGE 8, 210, 219.

¹⁵³⁸ BVerfGE 8, 210, 220.

¹⁵³⁹ BVerfGE 8, 210, 221.

¹⁵⁴⁰ OLG Oldenburg, NJW 1956, 677; OLG Stuttgart, MDR 1956, 621.

¹⁵⁴¹ *Guggumos*, NJW 1947, 59, 60. Die Vorschrift lautete damals: „Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege zu achten“. Seit 2003 trägt sie den Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁵⁴² *Neumann-Duesberg*, NJW 1950, 14, 15, wobei er zu diesem Zeitpunkt allerdings zwischen Persönlichkeitsrecht und den Vorschriften des Grundgesetzes keinen Bezug herstellte.

renzieren¹⁵⁴³. Auch *Krüger* rekurrierte auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und wendete bereits kumulativ Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG an. Sie gab dem Recht des Kindes auf Kenntnis der blutsmäßigen Abstammung darüber hinaus den Vorrang vor dem Recht der Mutter auf „Respektierung ihrer Intimsphäre“, welches sie ebenfalls aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ableitete¹⁵⁴⁴. Zeitgleich verortete auch *Nipperdey* das Recht auf Kenntnis der blutsmäßigen Abstammung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁵⁴⁵, das er ebenfalls Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG zuordnete¹⁵⁴⁶.

Durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 wurde § 644 ZPO so neugefasst, dass er fortan auch die Abstammungsfeststellungsklage als Statusklage regelte.

5. Die Entwicklung von 1961 bis 1979

Von *Brüggemann* wurde in der Folge ein gegenüber der Mutter bestehendes Recht des Kindes auf Nennung des Vaters untersucht. Der eigenständige aber als „unvollkommen“ charakterisierte Anspruch sollte nicht im Klagewege durchsetzbar und unvollstreckbar sein¹⁵⁴⁷. Auch seine Ableitung aus Grundrechten, der damals bereits in Rede stehenden Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG, lehnte er ab, weil den Grundrechten selbst bei bestehender Drittwirkung nur eine Abwehrfunktion zukomme¹⁵⁴⁸. Dennoch stützte er – etwas widersprüchlich – den Bestand des von ihm proklamierten Anspruchs auf das Recht der Persönlichkeit des Kindes, „sich selbst im Angesicht der Geschlechterfolge eingeordnet zu sehen und sich in ihr bestätigt zu fühlen“¹⁵⁴⁹, wobei er erkannte, dass eine

¹⁵⁴³ Neumann-Duesberg, NJW 1957, 1341, 1342.

¹⁵⁴⁴ Krüger in: Die Grundrechte IV/1, S. 326, 347 f.; vgl auch bereits Krüger, NJW 1954, 1509, 1511.

¹⁵⁴⁵ Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, § 101, II, 5, S. 590 f.

¹⁵⁴⁶ Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, § 101, II, 2, S. 579 ff.

¹⁵⁴⁷ Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, S. 26. Er sollte außerdem nur dem unehelichen, nicht aber dem scheinelichen Kind zustehen (Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, S. 18).

¹⁵⁴⁸ Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, S. 16; einen Anspruch auf Nennung des Vaters deshalb vollständig ablehnend: Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, S. 266.

¹⁵⁴⁹ Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, S. 17.

entsprechende Nähe zum „Persönlichkeitsrecht der blutsmäßigen Abstammung“ bestehe, wie *Neumann-Duesberg* es bereits aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit abgeleitet hatte¹⁵⁵⁰.

Die Problematik der künstlichen Insemination veranlasste in den Folgejahren mehrere Autoren, das Recht des Kindes auf Kenntnis der blutsmäßigen Abstammung primär Art. 1 Abs. 1 GG zuzuordnen¹⁵⁵¹. *Giesen* sah in der heterologen Insemination einen Verstoß gegen die Menschenwürde¹⁵⁵². Auch *Pasquay* stellte auf eine Verletzung der Menschenwürde ab, wenn dem Kind die Kenntnis der eigenen Abstammung verwehrt werde¹⁵⁵³. Beide Positionen waren bereits damals so nicht haltbar; denn das Grundrecht der Menschenwürde unterliegt keinen Schranken, es ist „unantastbar“¹⁵⁵⁴. Eine Abwägung mit anderen Rechtspositionen, zum Beispiel dem bereits erwähnten Recht der Mutter auf Respektierung ihrer Intimsphäre, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht vornimmt¹⁵⁵⁵, wäre nicht möglich, weil der Schutz der Menschenwürde absolut ist; die Möglichkeit eines Güterausgleichs besteht nicht¹⁵⁵⁶. Der Ansatz von *J. Herzog*, welcher die Schranken des Persönlichkeitsrechts bereits Art. 2 Abs. 1 GG entnahm und auf diese Weise nicht nur die Verbindung zwischen den beiden Verfassungsvorschriften herausstellte, sondern auch eine Beschränkung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ermöglichte, stellte vor diesem Hintergrund einen Schritt in die richtige Richtung dar¹⁵⁵⁷. *J. Herzog* sprach sich daneben – ähnlich wie zuvor bereits *Krüger*¹⁵⁵⁸ – für einen Vorrang des Rechts auf Kenntnis der Abstammung vor dem Recht der Mutter auf Wahrung ihrer Intim-

¹⁵⁵⁰ Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, S. 17, Fn. 35.

¹⁵⁵¹ Vgl. dazu auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 63 f.

¹⁵⁵² Betroffen war seiner Auffassung nach aber nicht nur das Recht des Kindes, seine Herkunft zu erfahren. Vor allem liege in der heterologen Insemination eine Missachtung der Person des auf diese Weise austauschbar werdenden Ehemanns: *Giesen*, Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, S. 174, 176.

¹⁵⁵³ *Pasquay*, Die künstliche Insemination – Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen staatlicher Strafbefugnis, S. 155 f.

¹⁵⁵⁴ Herdgen in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG, Rn. 73; oben H.I., S. 185 ff.

¹⁵⁵⁵ BVerfGE 96, 56, 65.

¹⁵⁵⁶ BVerfGE 75, 369, 380: Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts erfolgte in dieser Entscheidung sogar im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, in das, soweit es unmittelbarer Ausfluss der Menschenwürde ist, nicht eingegriffen werden kann (*Giesen*, JZ 1989, 364, 367). Auf den durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährten absoluten Schutz wird unmittelbar nur zurückgegriffen, wenn elementare, die Würde konstituierende Belange des Einzelnen betroffen sind (*Enders*, NJW 1989, 881, 882).

¹⁵⁵⁷ *J. Herzog*, Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht, S. 35 ff.

¹⁵⁵⁸ *Krüger* in: Die Grundrechte IV/1, S. 326, 347 f.

sphäre aus¹⁵⁵⁹. Ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 GG begründet sah *Kaiser* das Recht des Kindes, seine Abstammung zu erfahren¹⁵⁶⁰.

Auch in der Rechtsprechung wurde das Recht auf Kenntnis der blutsmäßigen Abstammung, anders als in dem überwiegenden Teil der soeben besprochenen Literatur, zeitweilig nur Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet, weshalb es das Bundesverfassungsgericht auch ohne weiteres durch die in Art. 2 Abs. 1 GG enthaltene Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung einschränken konnte. Einer an strengen Vorgaben orientierten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzog es die Beschränkung durch den damals zur Kontrolle stehenden § 232 Abs. 2 ZPO a.F. nicht¹⁵⁶¹, und das, obwohl das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu diesem Zeitpunkt auch auf verfassungsrechtlicher Ebene bereits etabliert war¹⁵⁶². In zwei Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1974 und 1975 war das Interesse des Kindes, seine blutsmäßige Abstammung geklärt zu sehen, Gegenstand der Erörterungen, einem spezifischen Grundrecht wurde dieses Interesse aber nicht zugeordnet¹⁵⁶³.

Kleineke befasste sich 1976 in seiner Dissertation umfassend mit dem nunmehr als „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung“ bezeichnetem Recht. Unter Rückgriff auf die bereits erwähnte Arbeit von *J. Herzog* und ein Urteil des OLG Celle¹⁵⁶⁴ stellte er zunächst fest, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von allgemeiner Bedeutung ist und nicht lediglich das Problem der Statusklage des nichtehelichen Kindes betrifft¹⁵⁶⁵. Er arbeitete im Anschluss heraus, dass dem Bundesverfassungsgericht¹⁵⁶⁶ in seiner Einschätzung, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gründe sich lediglich auf Art. 2 Abs. 1 GG, nicht zu folgen sei¹⁵⁶⁷. Gleichzeitig müsse auch Art. 1 Abs. 1 GG Anwendung finden. Zur Begründung verwies er auf die ansonsten allzu leicht mög-

¹⁵⁵⁹ J. Herzog, Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht, S. 35 ff.

¹⁵⁶⁰ Kaiser in: Arzt und Recht, S. 58, 77.

¹⁵⁶¹ BVerfGE 35, 41, 49; in der dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vorangehenden Entscheidung des OLG Celle (VersR 1972, 647) zog das Gericht sogar Art. 2 Abs. 2 GG heran, was aufgrund der ausdrücklichen Anknüpfung an den Wortlaut dieser Norm auch kein bloßer Tippfehler gewesen sein dürfte (so aber Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 21 f., Fn. 4).

¹⁵⁶² Vgl. BVerfGE 34, 269, 281 ff.

¹⁵⁶³ BGH, NJW 1975, 345; 1975, 1072; vgl. dazu auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 66; Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 41.

¹⁵⁶⁴ OLG Celle, VersR 1972, 647.

¹⁵⁶⁵ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 21.

¹⁵⁶⁶ BVerfGE 35, 41, 49.

¹⁵⁶⁷ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 21 ff.

liche Rechtfertigung von Eingriffen¹⁵⁶⁸, eine Feststellung, die auch heute noch primär herangezogen wird, um die systematische Differenzierung zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu erklären¹⁵⁶⁹. Er wies darüber hinaus nach, worin der Menschenwürdebezug des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung besteht: Die Würde des Menschen folge aus seiner Befähigung, sich Kraft seines Geistes seiner selbst bewusst zu werden und über sich selbst zu bestimmen. Dazu gehöre auch das Wissen um die Herkunft des Menschen und damit die Kenntnis der eigenen Abstammung. Denn sie diene der Erkenntnis der eigenen Individualität, welche durch die Identifikation mit den Eltern und die damit einhergehende Internalisierung ihres Lebensstils, aber auch durch die genetische Abstammung mitgeprägt werde, und sei auf diese Weise Bestandteil dessen, was die Persönlichkeit des Menschen ausmache¹⁵⁷⁰. In der Konsequenz sah er zwar keinen Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen den Staat auf Schaffung einer gesetzlichen Regelung, welche der Mutter die Pflicht auferlegt, ihm Auskunft über die Identität seines Erzeugers zu geben, wohl aber eine nicht einklagbare Verpflichtung, dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch Schaffung entsprechender Normen Rechnung zu tragen¹⁵⁷¹. Dezidiert setzte sich *Kleineke* auch mit Stimmen aus der damaligen Literatur auseinander, die das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ablehnten¹⁵⁷² oder jedenfalls nicht auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stützen wollten¹⁵⁷³. Für nichteheliche Kinder zog *Kleineke* auch Art. 6 Abs. 5 GG als Grundlage des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung heran¹⁵⁷⁴.

Zusammenfassend lässt sich für diese Periode feststellen, dass trotz vereinzelter Gegenstimmen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung weitgehend anerkannt wurde, auch wenn noch nicht von einem

¹⁵⁶⁸ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 23 f.

¹⁵⁶⁹ Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 2 GG, Rn. 30.

¹⁵⁷⁰ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 42 ff., 50 f.; er stützt sich in seiner Argumentation zusätzlich auf die Erfahrungen mit den Lebensborn-Heimen des Nationalsozialismus (S. 44–46) und dem zu seiner Zeit geltenden Adoptionsrecht in den USA, das Adoptivkindern kein Recht gab, ihre Geburtsurkunden einzusehen (S. 49 f.).

¹⁵⁷¹ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 56 f.

¹⁵⁷² Beitzke, Gutachten zu BVerfGE 35, 41, unveröffentlicht, wiedergegeben bei Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 33–37.

¹⁵⁷³ Bosh in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 1, 1. Teil, Heft B, S. 5, 52 f.

¹⁵⁷⁴ Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 25 f., 51.

einheitlichen Meinungsbild gesprochen werden kann¹⁵⁷⁵. Obwohl vereinzelt bereits frühzeitig Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als dogmatische Grundlage herangezogen wurden¹⁵⁷⁶, fanden sich neben Stimmen, welche ausschließlich Art. 1 Abs. 1 GG anwenden wollten, auch solche, die lediglich auf Art. 2 Abs. 1 GG abstellten. Eine einheitliche Linie, die schließlich auch eine genauere und umfassendere dogmatische Einordnung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ermöglichen sollte, hat sich erst im weiteren Verlauf der Diskussion herausgebildet. Einen gewissen Abschluss fand die Diskussion erst mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989, auch wenn sich die Entscheidung teils heftiger Kritik ausgesetzt sah und die Konturen des Rechts erst in weiteren Urteilen genauer herausgearbeitet wurden.

6. Die Entwicklung nach 1980

Gleich zu Beginn der 80er Jahre wurde das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Rahmen einer Entscheidung des BGH¹⁵⁷⁷ kurz angesprochen. Das Urteil, welches sich vordergründig mit der Frage der Aufhebung der Amtspflegschaft¹⁵⁷⁸ in einem Fall befasste, in welchem die Mutter eines nichtehelichen Kindes den Namen des Vaters verschwie, kommt im Rahmen der Interessenabwägung auf das Recht des Kindes zu sprechen, seine „blutsmäßige“ Abstammung feststellen zu lassen. Ohne weitere inhaltliche Begründung wurde das Recht klar dem in Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG enthaltenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordnet¹⁵⁷⁹. Es wurde die Gefahr gesehen, dass das Kind sonst unwissentlich gegen Eheverbote verstoßen könnte, seine Persönlichkeitsentwicklung gehemmt werde oder es im Krankheitsfall ohne die Kenntnis genetischer Komponenten der Vaterseite auskommen müsse.

In diesem Jahrzehnt intensivierte sich die Diskussion um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch in der Literatur, was nicht zuletzt auf die gestiegene Praxisrelevanz des Themas zurückgeführt werden kann. Diese hat auf europäischer Ebene bereits im Jahr 1979 zu Be-

¹⁵⁷⁵ Von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 67.

¹⁵⁷⁶ Vgl. etwa Krüger in: Die Grundrechte IV/1, S. 326, 347 f.

¹⁵⁷⁷ BGHZ 82, 173.

¹⁵⁷⁸ Die Amtspflegerschaft wurde am 1.7.1998 durch die Beistandschaft (§§ 1712 ff. BGB) ersetzt.

¹⁵⁷⁹ Der BGH nahm dabei unter anderem auf BGHZ 5, 385 Bezug.

strebungen geführt, die Methoden der Fortpflanzungsmedizin rechtlich zu vereinheitlichen. Die mit diesem Ziel durch ein Expertenkomitee des Europarats erstellte „Draft Recommendation on Artificial Insemination of Human Beings“¹⁵⁸⁰ sollte unter anderem die Anonymität des Samen-spenders sichern¹⁵⁸¹, eine Forderung, welche auch in einzelnen Staaten laut wurde¹⁵⁸².

Kennzeichnend für das gestiegene Interesse an der Thematik in Deutschland ist ihre Behandlung während des 56. Deutschen Juristentags, für den gleich zwei Gutachten angefertigt wurden, welche sich mit der künstlichen Befruchtung beim Menschen beschäftigten¹⁵⁸³. Nach einem der Beschlüsse des Juristentags sollte denn auch dem durch künstliche Befruchtung gezeugten Kind nicht die Möglichkeit genommen werden, seine genetische Abstammung zu klären¹⁵⁸⁴. Nur kurz zuvor hatte sich bereits die Arbeitsgruppe „In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie“¹⁵⁸⁵ mit der Materie beschäftigt und ein Recht des im Wege der heterologen Insemination gezeugten Kindes aus Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG auf Kenntnis seiner Herkunft bejaht. Regeln, welche die Anonymität des Spenders gewährleisten, wurden als verfassungsmäßig nicht vertretbar angesehen¹⁵⁸⁶. Zahlreiche weitere Autoren nahmen sich in der Folge der Problematik an. Die vorgetragenen Ansichten divergierten stark und reichten von einer völligen Ablehnung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bis zu seiner Verortung in Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁵⁸⁰ <http://link.springer.com/content/pdf/bbm%3A978-1-4684-8824-1%2F1.pdf>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁵⁸¹ Kritisch dazu: Giesen, FamRZ 1981, 413.

¹⁵⁸² Vgl. u.a. Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology (Warnock Report), Cmnd. 9314, 84, Kap. 4.22, S. 25.

¹⁵⁸³ Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7 ff.; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9 ff.

¹⁵⁸⁴ 56. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1986, 3069, Abteilung Zivilrecht, III.7.

¹⁵⁸⁵ Benda-Kommission.

¹⁵⁸⁶ Benda-Kommission, In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie, S. 24 f.: Derjenige, der von seiner heterologen Erzeugung erfahren hat, soll die Möglichkeit haben, Näheres über seine Abstammung zu erfahren. Die Dokumentation des Spenders solle durch den Gesetzgeber sichergestellt werden, damit es jungen Menschen später erlaubt ist, ihren genetischen Vater festzustellen; vgl. auch Giesen, FamRZ 1981, 413, 417.

a. Ablehnende Stimmen in der Literatur

Noch vor der maßgeblichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verteidigten Kritiker des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung vor allem die Anonymität des Samenspenders im Rahmen der heterologen Insemination¹⁵⁸⁷. Die zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften des BGB gäben dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur im beschränkten Maße Raum. Vor allem aus dem in § 1596 a.F. BGB verankerten, nur sehr eingeschränkten Anfechtungsrecht des Kindes hinsichtlich der Vaterschaft wurde gefolgert, dass diese Regelung, welche verfassungsrechtlich nie angezweifelt worden sei, als zulässig, sachgerecht und verfassungsgemäß angesehen werden müsse¹⁵⁸⁸. Daneben wurde auf ausländische Rechtsordnungen verwiesen, welche zum damaligen Zeitpunkt ganz überwiegend die Anonymität des Samenspenders gewährleisteten. Jedenfalls soweit in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtslage in den sozialistischen Ländern Bezug genommen wurde¹⁵⁸⁹, kann diese Argumentationskette aufgrund der nur mangelhaften Berücksichtigung von Grundrechten in den Ostblockstaaten kaum überzeugen. Aber selbst der Vergleich mit Ländern, in denen Grund- und Menschenrechte verfassungsrechtlich garantiert sind, lässt nicht zwangsläufig den Schluss zu, dass diese Rechtslage ohne weiteres auf Deutschland übertragen werden kann.

Neben rechtlichen wurden auch empirische Argumente bemüht: Adoptierte Kinder hätten in der Regel kein Interesse daran, zu erfahren, wer ihre biologischen Eltern sind¹⁵⁹⁰. Auch bestünde die Möglichkeit, dass die Kenntniserlangung dem Kindeswohl widerspreche, nämlich in Fällen, in denen die genetischen Eltern nicht als Identifikationsvorbild taugen und deshalb eine Belastung für die Selbstfindung seien¹⁵⁹¹. Darüber hinaus wurde auf die besondere Bedeutung der Abstammungsfrage im Zusammenhang mit der Rassenideologie der Nationalsozialisten ver-

¹⁵⁸⁷ Deichfuß, NJW 1988, 113; Frank, FamRZ 1988, 113; Gottwald in: FS Hubmann, S. 111.

¹⁵⁸⁸ Gottwald in: FS Hubmann, S. 111, 118; Frank, FamRZ 1988, 113, 114; mehr auf eine Rechtsprechungsanalyse abstellend: Deichfuß, NJW 1988, 113, 116.

¹⁵⁸⁹ Frank, FamRZ 1988, 113, 118.

¹⁵⁹⁰ Vor allem auf die eigene „jahrelange Zusammenarbeit mit Adoptionsvermittlungsstellen“ verweisend: Frank, FamRZ 1988, 113, 120.

¹⁵⁹¹ Frank erörtert die Problematik aber primär in Bezug auf Pflegekinder, deren genetische Eltern – weil sie zuvor in der Betreuung und Erziehung des Kindes versagt hätten – tendenziell nicht als Rollenvorbild taugen: Frank, FamRZ 1988, 113, 123.

wiesen¹⁵⁹². Und schließlich wurde namentlich durch *Hassenstein* der Wert der Kenntniserlangung mit der Argumentation in Frage gestellt, dass die Erbanlagenauswahl bei der Meiose, die Dominanzverhältnisse zwischen den Erbanlagen des Vaters und der Mutter sowie die Wechselwirkungen zwischen den von beiden Seiten stammenden Anlagen es schwer oder unmöglich machten, bestimmte Eigenschaften des Kindes einem bestimmten Elternteil zuzuordnen. Das Kind könne aus dem Erscheinungsbild der Eltern deshalb keine zuverlässigen Rückschlüsse auf im Erbgut verankerte eigene Wesensanteile ziehen¹⁵⁹³.

b. Befürwortende Stimmen in der Literatur

Der weit überwiegende Teil der Autoren sprach sich aber auch schon vor dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts für die Anerkennung eines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus. Teilweise wurde weiter nur Art. 1 Abs. 1 GG als rechtliche Grundlage dieses Rechts herangezogen. Treffend stellen *Mansees* und *Starck* als Vertreter dieser Gruppe fest, dass es bei dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – anders als die vorgehend dargestellte Argumentation *Hassensteins* vermuten lassen mag – nicht um die Kenntnis der genetischen Merkmale der Eltern per se geht, sondern um die Entstehung aus den Keimzellen einer bestimmten anderen Person, also um die „Geschichtlichkeit“ des Menschen, welche kennzeichnendes Merkmal des Menschen im Vergleich zum Tier und damit auch der Menschenwürde sei¹⁵⁹⁴. Die systematische Verschleierung der Herkunft – etwa durch Anordnung der Anonymität im Rahmen der heterologen Insemination – mache den Betroffenen zum „willenlosen Mittel anderer Zwecke“: Die damit verbundene Undurchsetzbarkeit des materiellen Anspruchs auf Kenntnis der eigenen Abstammung sei deshalb nicht mit Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar¹⁵⁹⁵. Diese zutreffende Erkenntnis kann dennoch systematisch nicht darüber hinwegtäuschen, dass

¹⁵⁹² Gottwald in: FS Hubmann, S. 111, 113.

¹⁵⁹³ Hassenstein, FamRZ 1988, 120.

¹⁵⁹⁴ Mansees, NJW 1988, 2984, 2985; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 24; vgl. auch Starck, JZ 1989, 338; ebenfalls an die „Geschichtlichkeit“ anknüpfend aber von vornherein auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abstellend: Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 73.

¹⁵⁹⁵ Giesen, FamRZ 1981, 413, 416 f., der das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung insgesamt aber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zuordnete.

die ausschließliche Anknüpfung an Art. 1 Abs. 1 GG, wie zuvor bereits festgestellt, keinen Raum für die Rechtfertigung etwaiger Eingriffe bietet und damit auch die Möglichkeit einer Abwägung mit konkurrierenden Rechtspositionen anderer ausschließt und deshalb letztlich so nicht haltbar ist¹⁵⁹⁶.

Ganz vereinzelt wurde weiter auch eine Verortung des Rechts in der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG mit der Begründung vertreten, dass ansonsten zu strenge Eingriffsvoraussetzungen für das ohnehin nicht lückenlos geschützte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gölten¹⁵⁹⁷. Diese strengeren Eingriffsvoraussetzungen sind aber aufgrund der Berührungspunkte zur Menschenwürde, welche das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aufweist, gerechtfertigt¹⁵⁹⁸.

Die Mehrheit der Befürworter des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung leitete das Recht in dieser Periode aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab¹⁵⁹⁹. Die Identifikation mit den genetischen Eltern und die Beantwortung der Frage nach der eigenen Herkunft als Teil der Persönlichkeitsfindung wurden als wichtiger Bestandteil der Selbstbestimmung aufgefasst. Deshalb erfolgte eine Zuordnung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁶⁰⁰. Neben der bereits angesprochenen Frage der

¹⁵⁹⁶ Vgl. oben I.1.5., S. 291 ff.; Giesen, JZ 1989, 364, 367.

¹⁵⁹⁷ Waibl, Kindesunterhalt als Schaden (fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination) – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht –, S. 217; zu Unrecht wird Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen: rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, S. 16 als Vertreter der eigenen Auffassung zitiert. Balz kritisiert vielmehr die oben (unter I.1.5., S. 293) besprochene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1973 (BVerfGE 35, 41) wegen der dort erfolgten Einordnung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in die allgemeine Handlungsfreiheit.

¹⁵⁹⁸ Vgl. die soeben dargestellten Positionen von Mansees und Starck: Mansees, NJW 1988, 2984, 2985; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 24; sowie Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 23 f., der ebenfalls davon ausging, dass bei Verortung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in Art. 2 Abs. 1 GG Eingriffe zu leicht gerechtfertigt werden könnten; vgl. auch Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen: rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, S. 15 f.

¹⁵⁹⁹ Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 73; Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen: rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, S. 15 f.; Schmidt-Didezuhn, JR 1989, 228; Adam, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, S. 57; Kolhosser, JA 1985, 553, 557; Schumacher, FamRZ 1987, 313, 319; Jarass, NJW 1989, 857, 860; Giesen, FamRZ 1981, 413, 416 f.

¹⁶⁰⁰ Adam, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, S. 57; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 53.

Wertigkeit des Kenntnisrechts wurden auch die anderen Argumente der ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ablehnenden Autoren umfassend entkräftet: Die nur eingeschränkte Verwirklichung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im damaligen BGB stehe der verfassungsrechtlichen Verankerung dieses Rechts nicht entgegen und könne allenfalls ein Hinweis darauf sein, dass es sich nicht um ein absolutes und uneingeschränktes Recht handle¹⁶⁰¹. Die Bevölkerungs- und Rassenpolitik des Dritten Reiches sei eher ein Grund für die Anerkennung des im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankerten Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, wie die Verschleppung und die Unterdrückung der Abstammung einer großen Zahl von Kindern mit dem Ziel der Germanisierung eindrucksvoll zeige¹⁶⁰². Und schließlich sei auch die Tatsache, dass es unter den genetischen Eltern negative Rollenvorbilder gebe, nicht zwangsläufig einem erfolgreichen Identifikationsprozess abträglich; denn ein solcher ließe auch die Verarbeitung negativer Erfahrungen zu. Vor allem aber könne die Ausübung vieler Rechtspositionen in der Konsequenz Belastungen nach sich ziehen. Die Existenz des jeweiligen Rechts werde dadurch dennoch nicht in Frage gestellt¹⁶⁰³.

7. Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Angesichts der dargestellten Entwicklung des Meinungsbildes in der Literatur und der bereits angesprochenen Entscheidung des BGH¹⁶⁰⁴ ist es nicht verwunderlich, dass das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, beginnend mit einem Nichtannahmebeschluss von 1988¹⁶⁰⁵, ebenfalls – und in Abkehr von der eigenen Entscheidung aus dem Jahr 1973¹⁶⁰⁶ – auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht stützte.

¹⁶⁰¹ Schmidt-Didczuhn, JR 1989, 228, 230.

¹⁶⁰² Schmidt-Didczuhn, JR 1989, 228, 230; vgl. zu den Lebensborn-Heimen auch bereits Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 44–46.

¹⁶⁰³ Schmidt-Didczuhn, JR 1989, 228, 230; Reinke, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, S. 97.

¹⁶⁰⁴ BGHZ 82, 173.

¹⁶⁰⁵ BVerfG, NJW 1988, 3010.

¹⁶⁰⁶ BVerfGE 35, 41, 49; vgl. oben I.1.5., S. 293.

a. Der Nichtannahmebeschluss des
Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.1988¹⁶⁰⁷

In der sehr knapp gehaltenen Entscheidungsbegründung ging es um den Auskunftsanspruch eines nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters. Das Bundesverfassungsgericht nahm die gegen das Urteil des LG Passau¹⁶⁰⁸ eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht an. Das Instanzgericht hatte die Mutter dazu verurteilt, ihrer Tochter Auskunft über den Namen und die Adresse des leiblichen Vaters zu gewähren, wobei es als Anspruchsgrundlage § 1618a BGB heranzog. Bei der im Rahmen dieser Norm erforderlichen Interessenabwägung zwischen der Rechtsposition des (nichtehelichen) Kindes und dem Schutz der Intimsphäre der Mutter gab es den Kindesinteressen den Vorrang. Die Verneinung des Auskunftsanspruchs würde zu einem „wesentlich stärkeren und unerträglichen Eingriff“ in die Rechte des Kindes führen als die Verpflichtung der Mutter zur Auskunftserteilung¹⁶⁰⁹.

Während das LG Passau die Rechtsposition des (nichtehelichen) Kindes primär aus Art. 6 Abs. 5 GG herleitete, stellte das Bundesverfassungsgericht in seiner Bestätigung dieser Entscheidung auch auf das dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordnete Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ab¹⁶¹⁰. Zur Abwägung bemerkte es, dass die Kindesinteressen aufgrund der Wertentscheidung des Gesetzgebers grundsätzlich vorrangig seien¹⁶¹¹, eine Einschätzung die später durch das Bundesverfassungsgericht selbst wieder eingeschränkt wurde¹⁶¹². Mit der durchaus relevanten Frage, wie der Auskunftsanspruch vollstreckt werden soll, beschäftigte sich der Beschluss nicht¹⁶¹³.

¹⁶⁰⁷ BVerfG, NJW 1988, 3010.

¹⁶⁰⁸ LG Passau, NJW 1988, 144.

¹⁶⁰⁹ LG Passau, NJW 1988, 144, 146; zum Auskunftsanspruch aus dieser Norm eingehend: oben G.I.1., S. 157 ff.

¹⁶¹⁰ Allerdings zitierte es sowohl im Zusammenhang mit der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Intimsphäre der Mutter als auch mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung lediglich Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁶¹¹ Unter Verweis auf BVerfGE 37, 217, 251; eine Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht allgemein dem Wohl des Kindes den Vorrang vor den Interessen der Mutter eingeräumt hat, weil die in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternverantwortung auf das Wohl des Kindes ausgerichtet ist.

¹⁶¹² BVerfGE 96, 56, 65.

¹⁶¹³ Vgl dazu oben G.I.1.d., S. 162.

b. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989

In dem 1989 entschiedenen Fall hatte das Bundesverfassungsgericht auf Vorlage des Amtsgerichts Hamburg die Frage zu klären, ob § 1598 i.V.m. § 1596 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. insoweit verfassungswidrig war, als ein volljähriges Kind seine Ehelichkeit nur anfechten konnte, wenn die Ehe seiner Mutter geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt war oder wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt gelebt haben und nicht zu erwarten war, dass sie die eheliche Lebensgemeinschaft wiederherstellen. Es hat diese Frage unter Rückgriff auf das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verwurzelte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bejaht: Dem Einzelnen stehe ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung zu, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren könne. Das setze die Kenntnis der für die Individualität konstitutiven Faktoren voraus, zu denen unter anderem die eigene Abstammung gehöre. Ihr komme eine Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung und das Selbstverständnis zu¹⁶¹⁴. Ohne Rückgriff auf die hier im Vorfeld erörterte Literatur stellte es fest, dass es dabei nicht allein um biologisch gesicherte Erkenntnisse gehe, sondern dass die Kenntnis der eigenen Herkunft dem Einzelnen auch außerhalb des Bereichs wissenschaftlicher Daten wichtige Anknüpfungspunkte für die Entfaltung der eigenen Individualität gebe¹⁶¹⁵, eine Feststellung, die nahtlos an die Argumentation von *Kleineke*¹⁶¹⁶, *Starck*, *Mansees* und *Schlüter* anknüpft¹⁶¹⁷.

Gleich in diesem frühen, grundlegenden Urteil zog das Bundesverfassungsgericht der Reichweite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch eine Grenze, welche im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung mehrfach bestätigt wurde und jetzt allgemein anerkannt ist¹⁶¹⁸: Ein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen der eigenen Abstammung besteht nicht, Schutz kann nur vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen verlangt werden¹⁶¹⁹.

Darüber hinaus solle eine gerichtliche Klärung der eigenen Abstammung nur aufgrund gesetzlicher Ausgestaltung möglich sein. Eine

¹⁶¹⁴ BVerfGE 79, 256, 268 f.

¹⁶¹⁵ BVerfGE 79, 256, 269.

¹⁶¹⁶ Oben I.I.5., S. 291 ff.; Kleineke, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 42 ff.; 50 f.

¹⁶¹⁷ Oben I.I.6.b.; Mansees, NJW 1988, 2984, 2985; Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. A 7, A 24; Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1, S. 69, 73.

¹⁶¹⁸ BVerfGE 90, 263, 271; 96, 56, 63; 117, 202, 226; 141, 186, 204.

¹⁶¹⁹ BVerfGE 79, 256, 269.

Verletzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch die entsprechende Ausgestaltung sei erst gegeben, wenn dadurch ein verfassungswidriger Zweck verfolgt oder der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht beachtet werde¹⁶²⁰.

Die Verfassungswidrigkeit der in dieser Entscheidung konkret zur Überprüfung stehenden Normen stützte das Bundesverfassungsgericht darauf, dass in bestimmten Fällen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn nicht gewahrt werde¹⁶²¹: Die sich aus § 1596 Abs. 1 BGB a.F. ergebenden Beschränkungen der Ehelichkeitsanfechtung durch ein volljähriges Kind diene dem vom Gesetzgeber intendierten Schutz von Ehe und Familie nämlich nicht mehr, wenn durch die Anfechtung eine Gefährdung der Ehe oder des Familienfriedens nicht zu erwarten sei. Ein Verzicht auf die Anfechtung könne dem Kind unter diesen Umständen nicht zugemutet werden¹⁶²².

i. Die Kritik an den beiden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts

Initial sahen sich die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts einer nicht unerheblichen Kritik von Teilen der Literatur ausgesetzt.

Einige Stimmen lehnten die Anerkennung eines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung nach wie vor grundsätzlich ab. *Ramm* wendete sich in seiner relativ polemisch gehaltenen, amüsant zu lesenden Besprechung beider Urteile nicht nur gegen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, sondern gleich auch noch gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht selbst: Es sei „der Tummelplatz richterlichen Dezisionismus“ und verstoße gegen das Prinzip der Gewaltenteilung, weil sich damit und mit der Menschenwürde „im Grunde alles – und damit gar nichts – begründen“ ließe¹⁶²³. Mit dieser Feststellung stellt er – soweit sie auf die

¹⁶²⁰ BVerfGE 79, 256, 269 f.

¹⁶²¹ Mit dem Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) habe der Gesetzgeber ein verfassungsgemäßes Ziel verfolgt und die Regelung in § 1596 BGB a.F. sei sowohl geeignet als auch erforderlich gewesen, dieses Ziel zu erreichen (BVerfGE 79, 256, 271).

¹⁶²² BVerfGE 79, 256, 272 ff.: Das Bundesverfassungsgericht führt an dieser Stelle verschiedene Beispielskonstellationen an. Auf den Schutz der Familie des nichtehelichen Vaters geht das Bundesverfassungsgericht nicht ein, was insoweit konsequent ist, als der nichteheliche Vater stets mit seiner Vaterschaftsfeststellung rechnen muss (Coester-Waltjen, Jura 1989, 520, 523; kritisch aber: Giesen, JZ 1989, 364, 370). In BVerfGE 96, 56, 60 hat das Bundesverfassungsgericht sogar ausdrücklich klargestellt, dass es zum allgemeinen Lebensrisiko gehöre, unbegründeten Ansprüchen ausgesetzt zu sein und das potentielle Väter selbst nach 30 Jahren keinen Anspruch darauf hätten, dass ihre Vaterschaft geheim bleibe.

¹⁶²³ Ramm, NJW 1989, 1594, 1595.

Menschenwürde bezogen ist – nicht nur den obersten Wert des Grundgesetzes¹⁶²⁴ in Frage, sie erscheint selbst im Gesamtgefüge seiner Analyse fragwürdig; denn seine Ablehnung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird auch aus seinen persönlichen Erfahrungen aus der Nazizeit abgeleitet¹⁶²⁵, welche aufgrund der in dieser Periode erfolgten massenhaften und systematischen Verletzung der Menschenwürde wiederum der primäre Grund des Verfassungsgebers war, dieses Grundrecht an die Spitze der Verfassung zu stellen und es der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG zu unterwerfen¹⁶²⁶. Die Widersprüchlichkeit seiner Argumentation liegt zusätzlich darin, dass er sich über die Verletzung der Intimsphäre der Ehefrau beklagt, welche mit der Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung einhergehe¹⁶²⁷, obwohl diese ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verortet wird. Auch findet *Ramm* keinen Gefallen am Menschenbild derjenigen, die ihr Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung geltend machen, weil es ihnen eigentlich um „etwas viel Handfesteres“ ginge, nämlich soziales „Avancement“, das sich in Fällen, in denen die leiblichen Väter „Großgrundbesitzer“, „Adlige“, „Richter“ oder „Politiker“ seien, einstellen würde¹⁶²⁸. Dass eheliche Kinder, die von diesen Vätern abstammen, automatisch in den Genuss der mit ihrer Abstammung verbundenen Vorteile kommen und die nichtehelichen Kinder nicht mehr und nicht weniger als eine grundrechtlich auch durch Art. 6 Abs. 5 GG mandatierte Gleichstellung erreichen wollen, wenn es ihnen wirklich um mehr als die bloße Kenntnis geht, stört ihn nicht. Der Schutz der bessergestellten Väter vor Ansprüchen ihrer „illegitimen“ Kinder scheint für ihn Vorrang zu haben, welches Menschenbild sich daraus auch immer ergeben mag. Zugestimmt werden kann *Ramm* allenfalls insoweit, als er die mangelnde Verwendung von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen bei der Begründung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch das Bundesverfassungsgericht beanstandet¹⁶²⁹.

Smid, der sich ebenfalls kritisch zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geäußert hat, konnte im Unterschied zu *Ramm* jedenfalls nichts Anstößiges an der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen finden¹⁶³⁰. Im Gegenteil: An der – aus damaliger Sicht noch hypo-

¹⁶²⁴ BVerfGE 32, 98, 108; 50, 166, 175.

¹⁶²⁵ *Ramm*, NJW 1989, 1594, 1595 f.

¹⁶²⁶ *Belling/Herold/Kneis* in: *Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis*, Band 2, S. 53; *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 217.

¹⁶²⁷ *Ramm*, NJW 1989, 1594, 1595.

¹⁶²⁸ *Ramm*, NJW 1989, 1594, 1596.

¹⁶²⁹ *Ramm*, NJW 1989, 1594, 1595; in diese Richtung auch *E. Koch*, *FamRZ* 1990, 569, 573.

¹⁶³⁰ *Smid*, *JR* 1990, 221, 225.

thetischen – isolierten Abstammungsklage kritisierte er nicht nur, dass ein im Rahmen dieses Verfahrens geführter Prozess auf die Beweisstation reduziert wäre, sondern vor allem, dass die zur Erstellung der erforderlichen Abstammungsgutachten erforderlichen Blutentnahmen bei den zeugnispflichtigen Beteiligten¹⁶³¹ mit Blick auf den damit verbundenen Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht zu rechtfertigen wären, wenn es statt um Unterhaltsrechte oder Erbansprüche um nicht mehr als die Kenntnis der genetischen Abstammung durch das Kind ginge¹⁶³². Ob der mit einer gegebenenfalls erzwungenen Blutentnahme verbundene Eingriff in die Rechte des Betroffenen tatsächlich unverhältnismäßig im engeren Sinne ist, hängt von der Gewichtung der betroffenen Grundrechte ab. Abzuwägen ist das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung primär mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Beteiligten, dessen genetische Probe für die Erstellung des Gutachtens benötigt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Konstellation inzwischen dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung den Vorrang eingeräumt¹⁶³³. Auf etwaige mit der Blutentnahme verbundene gesundheitliche Risiken der davon Betroffenen wird bei der Vollstreckung von Abstammungssachen gemäß § 96a FamFG Rücksicht genommen: Die Vollstreckung ist ausgeschlossen, wenn für die zu untersuchende Person gesundheitliche Schäden zu befürchten sind¹⁶³⁴. Allerdings ist die Speichelprobe als milderes Mittel heutzutage ohnehin im Verhältnis zur Blutprobe vorzugswürdig¹⁶³⁵. Die von *Smid* geäußerten Bedenken sind damit aus dem Weg geräumt. *Smid* vertritt nach eigener Aussage aber auch eine andere Konzeption des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und möchte den Inhalt dieses Rechts statt durch „Abwägungen im Einzelfall“ durch ein normatives Konzept bestimmen, das unbenannte Freiheitsrechte dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nur zuordnet, wenn sie mit den in § 823 Abs. 1 BGB benannten absoluten Rechten vergleichbar sind¹⁶³⁶. Mit dieser Forderung setzt er sich über die Trennung des sich aus den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ergebenden Grundrechts von dem im Privatrecht enthaltenen allgemeinen Persönlichkeitsrecht¹⁶³⁷ hinweg. Letzteres ist als konkrete Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen allgemeinen

¹⁶³¹ Gemeint sind der nichteheliche Vater und der Schein Vater.

¹⁶³² *Smid*, JR 1990, 221, 223.

¹⁶³³ BVerfGE 117, 202, 232; näher dazu bereits oben: G.II.1., S. 176 f. und unten I.I.7.c.iii., S. 312 ff.

¹⁶³⁴ Giers in: Keidel, § 96a FamFG, Rn. 2.

¹⁶³⁵ Sieghörtner in: BeckOK FamFG, § 96a FamFG, Rn. 1.

¹⁶³⁶ *Smid*, JR 1990, 221, 225.

¹⁶³⁷ Zur Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. oben I.I.1., S. 281 ff.

Persönlichkeitsrechts nur eine der verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten¹⁶³⁸ und deshalb nicht geeignet, als Maßstab für den Umfang des Schutzbereichs des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts herzuhalten. So bestimmt das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG denn auch nicht durch Rückgriff auf zivilrechtliche Normen, sondern mit Hilfe der Frage, ob das jeweilige Element der Persönlichkeit in seiner Bedeutung für den Einzelnen den speziellen Freiheitsgarantien, welche ebenfalls dem Schutz des persönlichen engeren Lebensbereichs dienen, in nichts nachsteht¹⁶³⁹.

E. Koch bemüht in ihrer Ablehnung der beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts unter anderem historische Argumente. So sei in familienrechtlichen Zusammenhängen der biologischen Komponente bisher immer eine geringere Bedeutung eingeräumt worden und eine Rechtspflicht der Mutter auf Benennung des Erzeugers bisher „überall zurückgewiesen“ worden¹⁶⁴⁰. Letzteres lässt sich mit Blick auf die bereits frühzeitig geäußerte Position *Krügers*, welche bei der Abwägung zwischen den Rechtspositionen von Mutter und Kind dem Recht des Kindes auf Kenntnis seines Vaters den Vorrang einräumte¹⁶⁴¹, nicht halten. *E. Koch* sieht auch die Gefahr, dass bei minderjährigen Kindern nunmehr der Amtspfleger gehalten sei, diesen Auskunftsanspruch geltend zu machen¹⁶⁴². Das Bundesverfassungsgericht selbst hatte sich zu dieser Frage in seinem Nichtannahmebeschluss zwar nicht geäußert. Die dem Beschluss zugrundeliegende Entscheidung des LG Passau differenzierte aber deutlich zwischen Interessen des Staats am Fortbestand der Amtspflegerschaft¹⁶⁴³ und den Interessen des nichtehelichen Kindes selbst. Nur Letzteren räumte es den Vorrang vor der Intimsphäre der Mutter ein. Es bezweifelte ausdrücklich die Berechtigung des Amtspflegers, Auskunftsansprüche in Vertretung des Kindes geltend zu machen¹⁶⁴⁴. Für die insoweit geäußerten Befürchtungen bestand deshalb bei genauer Betrachtung zum damaligen Zeitpunkt kein Grund.

Weitere Stimmen stellten das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht grundsätzlich in Frage, äußerten sich aber kritisch zur

¹⁶³⁸ Jarass, NJW 1989, 857, 858.

¹⁶³⁹ BVerfGE 54, 148, 153; 99, 185; 101, 361, 380.

¹⁶⁴⁰ E. Koch, FamRZ 1990, 569, 570.

¹⁶⁴¹ Krüger in: Die Grundrechte IV/1, S. 326, 347 f.; Krügers Auffassung wurde im weiteren Verlauf der Diskussion auch von J. Herzog geteilt (J. Herzog, Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht, S. 39).

¹⁶⁴² E. Koch, FamRZ 1990, 569, 572.

¹⁶⁴³ Vgl. dazu noch einmal BGHZ 82, 173.

¹⁶⁴⁴ LG Passau, NJW 1988, 144, 146.

Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht. So bemängelte *Giesen* an dem Kammerbeschluss des BVerfG vom 18.1.1988, dass keine ausführlichere Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter erfolgt sei¹⁶⁴⁵, und an der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Urteil vom 31.1.1989, dass die dem grundgesetzlichen Schutzauftrag für Ehe und Familie dienende Regelung in § 1596 Abs. 1 Nr. 2 BGB allein aufgrund von Ausnahmefällen für verfassungswidrig erklärt wurde; denn im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit habe sich der Gesetzgeber nicht von Einzelfallerwägungen leiten lassen müssen¹⁶⁴⁶. *Enders* ist demgegenüber nicht der Auffassung, dass die Entscheidung des Gesetzgebers keine Beachtung fand, er beanstandet nicht das vom Bundesverfassungsgericht gefundene Ergebnis, sondern zu Recht nur dessen Begründung: Eine Abwägung zwischen dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und dem Schutz von Ehe und Familie auf der Ebene der Zumutbarkeit sei nicht angezeigt gewesen, weil in den Ausnahmekonstellationen, die das Bundesverfassungsgericht anführt, der Familienfrieden nicht berührt ist; die Anfechtung der Vaterschaft wird für seine Störung nicht kausal. Die aus der damaligen gesetzlichen Regelung resultierende Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten war für diese Fälle nicht erforderlich¹⁶⁴⁷, so dass die Verfassungswidrigkeit bereits auf der zweiten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinn hätte festgestellt werden können.

ii. Die Schlussfolgerungen für die Problematik der heterologen Insemination

Bei vielen Autoren fanden die Entscheidungen aber auch Zustimmung¹⁶⁴⁸. Über die eigentliche Reichweite beider Urteile hinaus wurden vor allem aus dem Urteil vom 31.1.1989 Auswirkungen auf die Spender-

¹⁶⁴⁵ *Giesen*, JZ 1989, 364, 372; mit Blick auf die spätere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Problematik (BVerfGE 96, 56, 65) erscheint die geäußerte Kritik wegweisend.

¹⁶⁴⁶ *Giesen*, JZ 1989, 364, 374; für eine engere Grenzziehung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Verhältnis zum Schutz von Ehe und Familie auch: *Helms*, FuR 1996, 178, 179.

¹⁶⁴⁷ *Enders*, NJW 1989, 881, 883 f.

¹⁶⁴⁸ *Starck*, JZ 1989, 338; *Coester-Waltjen*, Jura 1989, 520; *Hohloch*, JuS 1989, 570; *Starck*, JZ 1989, 338; *Dethloff*, NJW 1992, 2200, 2208; von *Sethe*, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 85 ff.; ledig-

anonymität bei der heterologen Insemination gesehen. Diese Frage wurde zwar vom Bundesverfassungsgericht nur indirekt angesprochen¹⁶⁴⁹, sie war aber immerhin Gegenstand der mündlichen Verhandlung¹⁶⁵⁰. Fast einmütig wurde deshalb die Auffassung vertreten, dass der Staat nunmehr gehindert sei, die Anonymität des Samenspenders festzuschreiben, Anonymitätsvereinbarungen zugunsten des Samenspenders wurden für unzulässig gehalten¹⁶⁵¹, sie stellten im Verhältnis zu dem betroffenen Kind einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter dar¹⁶⁵².

c. Weitere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

In vielen weiteren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht in-
zwischen die Konturen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstam-
mung eingehend herausgearbeitet und zum Teil revidiert.

i. Der Beschluss vom 26.4.1994

In dem Beschluss vom 26.4.1994 hatte das Gericht zunächst über die
Verfassungsmäßigkeit der in § 1598 2. HS BGB a.F. enthaltenen zeit-
lichen Begrenzung der Ehelichkeitsanfechtung zu befinden. Sie betrug
– unabhängig von der Kenntnis des Kindes von Umständen, welche für
seine Nichtehelichkeit sprechen – zwei Jahre ab Eintritt der Volljährig-
keit. Unter Rückgriff auf das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht ver-
ankerte Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und die vorherge-
hende Entscheidung vom 31.1.1989 stellte das Bundesverfassungsgericht
fest, dass die sich aus der Norm ergebende Einschränkung des Anfech-
tungsrechts unverhältnismäßig ist¹⁶⁵³. Das allgemeine Persönlichkeits-
recht könne zwar durch Gesetz unter Beachtung des Grundsatzes der

lich zu BVerfG, NJW 1988, 3010; Lorenz, JuS 1995, 569, 571 f.; lediglich zu BVerfGE
79, 256; Oberloskamp, FuR 1991, 263; vgl. auch Kemper, FuR 1994, 231, 232.

¹⁶⁴⁹ Gaul in: Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, S. 23, 25.

¹⁶⁵⁰ Vgl. Giesen, JZ 1989, 364, 368; Smid, JR 1990, 221.

¹⁶⁵¹ Coester-Waltjen, Jura 1989, 520, 523; Enders, NJW 1989, 881, 884; Reinke, Das Recht
des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, S. 124; Giesen, JZ 1989, 364, 369;
Gaul in: Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, S. 23, 25.

¹⁶⁵² Vgl. bereits Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band
2, S. B 9, B 68; OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1168 m.w.N.

¹⁶⁵³ BVerfGE 90, 263, 270.

Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden. Einschränkungen seien aber nur zulässig, wenn die betreffende Regelung zum Schutz eines gewichtigen Gemeinschaftsguts geeignet und erforderlich ist und wenn dieser Schutzzweck so schwer wiegt, dass er die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in ihrem Ausmaß rechtfertigt. Die im zu entscheidenden Fall als Schutzzweck für die Beschränkung der Anfechtungsfrist in Frage kommende Rechtssicherheit stelle ein wichtiges Gut von beträchtlichem Gewicht dar¹⁶⁵⁴. Die zeitlich beschränkte Anfechtungsmöglichkeit war nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch noch geeignet, die Rechtssicherheit zu fördern, hinsichtlich der Erforderlichkeit äußerte es unter Verweis auf die Möglichkeit der Klärung der Abstammung im Wege einer statusfolgenlosen Feststellungsklage bereits Bedenken. Jedenfalls aber sei die kenntnisunabhängige Frist unverhältnismäßig; Das Interesse an Rechtssicherheit wiege nicht so schwer, dass eine weitgehende Aushöhlung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gerechtfertigt werden könne. Auch werde die Rechtssicherheit durch eine begrenzte Anzahl von Anfechtungsklagen nicht schwerwiegend beeinträchtigt, und schließlich könnten Auswirkungen auf die Rechtssicherheit dadurch minimiert werden, dass dem Kind eine Klärung seiner Abstammung ohne Auswirkungen auf die verwandtschaftlichen Beziehungen ermöglicht werde¹⁶⁵⁵. Wegen der fehlenden Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschrift¹⁶⁵⁶ gab das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber auf, die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen¹⁶⁵⁷.

Dieses sich an den Vorgaben der vorangegangenen Entscheidungen orientierende Urteil erregte in der Literatur bei weitem nicht mehr so viel Aufmerksamkeit¹⁶⁵⁸, was auch darauf zurückzuführen sein dürfte, dass selbst der BGH und die Bundesregierung die zeitlichen Grenzen des § 1598 BGB a.F. in seiner wörtlichen Auslegung mit dem Grundgesetz für unvereinbar hielten und die Vorschrift lediglich verfassungskonform auslegen wollten, ein Lösungsansatz, der aber aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Norm vom Bundesverfassungsgericht verworfen wurde¹⁶⁵⁹. Die erklärte Nichtigkeit sowohl von § 1596 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. als

¹⁶⁵⁴ Eine zeitlich unbegrenzte Anfechtungsmöglichkeit würde für die Beteiligten zu einer erheblichen Belastung führen, auch die Allgemeinheit habe ein erhebliches Interesse an der Klärung der Frage in absehbarer Zeit (BVerfGE 90, 263, 271).

¹⁶⁵⁵ BVerfGE 90, 263, 274.

¹⁶⁵⁶ BVerfGE 90, 263, 275.

¹⁶⁵⁷ BVerfGE 90, 263, 276.

¹⁶⁵⁸ Besprechungen finden sich nur bei Kemper, FuR 1994, 231 und Helms, FuR 1996, 178.

¹⁶⁵⁹ Vgl. Kemper, FuR 1994, 231, 232.

auch von § 1598 2. HS BGB a.F. gab den Anstoß für das vom Gesetzgeber am 16. Dezember 1997 verabschiedete und am 1. Juli 1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreformgesetz, durch das wesentliche Teile des Abstammungsrechts reformiert wurden¹⁶⁶⁰.

ii. Der Beschluss vom 6.5.1997

In dem Beschluss vom 6.5.1997¹⁶⁶¹ ging es erneut um einen aus § 1618a BGB geltend gemachten Auskunftsanspruch des Kindes auf Benennung des Vaters gegen seine Mutter. Anders als es noch in dem Nichtannahmebeschluss vom 18.1.1988¹⁶⁶² den Anschein hatte, gab das Bundesverfassungsgericht dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht pauschal den Vorrang, sondern verlangte eine konkrete, sich aus den Schutzpflichten der beteiligten Grundrechte ergebende Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen, zu denen auf Seiten der Mutter vor allem ihr Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre gehört, welches Sie vor der Preisgabe persönlicher und geschlechtlicher Beziehungen zu einem Partner schützt¹⁶⁶³. Als nicht zulässig wurde es angesehen, dass das LG Münster¹⁶⁶⁴, dessen Entscheidung Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war, ohne konkrete Abwägung den Interessen des Kindes Vorrang vor den Interessen der Mutter und der betroffenen Männer eingeräumt hatte. Bei der Entscheidung darüber, welchen Interessen der Vorrang einzuräumen sei, dürfe die Frage, wer das Aufeinandertreffen der verschiedenen Interessen zu vertreten hat, keine Rolle spielen, weil das Kind die von den Eltern durch seine Erzeugung geschaffene Kollision niemals zu vertreten habe¹⁶⁶⁵.

Auch wenn *Giesen* bereits zum Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.1988 eine stärkere Berücksichtigung der Grundrechte der vom Auskunftsanspruch betroffenen Mutter gefordert hatte¹⁶⁶⁶, fiel das Echo der Literatur auf diese Entscheidung des Bun-

¹⁶⁶⁰ Helms, FuR 1996, 178; BGBl. I 1997, 2942: Die Auswirkungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes auf die Bestimmung der Mutterschaft und deren Anfechtung wurden oben bereits untersucht: E.II., S. 89 ff. und F.II., S. 141 f.

¹⁶⁶¹ BVerfGE 96, 56.

¹⁶⁶² BVerfG, NJW 1988, 3010.

¹⁶⁶³ BVerfGE 96, 56, 63 ff. unter Verweis auf BVerfGE 27, 344, 350 f. und BVerfGE 65, 1, 43 f.

¹⁶⁶⁴ LG Münster, FamRZ 1990, 1031.

¹⁶⁶⁵ BVerfGE 96, 56, 65 f.

¹⁶⁶⁶ *Giesen*, JZ 1989, 364, 372.

desverfassungsgerichts verhalten aus. Nur wenige äußerten sich uneingeschränkt zustimmend¹⁶⁶⁷. Die Kritik kommt indes aus unterschiedlichen Richtungen: Zum Teil wurde der den Instanzgerichten eingeräumte weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum bei der Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter zwar begrüßt, aber nicht mehr nachvollzogen, aus welchen Gründen das Landgericht in der angegriffenen Entscheidung den Spielraum für die Abwägung verkannt haben soll¹⁶⁶⁸. Andere sahen in dem Beschluss im Vergleich zu den vorangegangenen Entscheidungen einen „Schritt zurück“¹⁶⁶⁹ und gingen mit dem LG Münster¹⁶⁷⁰ davon aus, dass dem Kind grundsätzlich solange ein Auskunftsanspruch gegen die Mutter zustehen müsse, wie keine gravierenden, das Kindesinteresse überwiegenden Belange der Mutter vorlägen¹⁶⁷¹; denn die vom LG aufgestellte Argumentationslastregel sei zulässig¹⁶⁷², und der Verweis des Bundesverfassungsgerichts auf den weiten Abwägungsspielraum würde ansonsten die Anerkennung der Rechtsfortbildung in diesem Fall wieder rückgängig machen. Generell mische sich das Bundesverfassungsgericht zu sehr in die Einzelfallabwägung der Instanzgerichte ein¹⁶⁷³. Zuzustimmen ist der Kritik jedenfalls insoweit, als die Frage, wer die Interessenkollision zu vertreten hat, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der Interessenabwägung gar keine Rolle spielen soll. Dieser Aspekt kann zwar immer auf Seiten des Kindes angeführt werden, ihn deshalb aus dem Abwägungsvorgang vollständig herauszunehmen, ist dennoch wenig einleuchtend¹⁶⁷⁴ und wird inzwischen auch vom Bundesverfassungsgericht selbst nicht mehr so vertreten¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁶⁷ Sachs, JuS 1998, 262.

¹⁶⁶⁸ Frank/Helms, FamRZ 1997, 1258, 1259.

¹⁶⁶⁹ Niemeyer, FuR 1998, 41.

¹⁶⁷⁰ LG Münster, FamRZ 1990, 1031.

¹⁶⁷¹ Eidenmüller, JuS 1998, 789, 791 f.; Starck, JZ 1997, 779, 780.

¹⁶⁷² Eidenmüller, JuS 1998, 789, 791 f.

¹⁶⁷³ Starck, JZ 1997, 779, 780.

¹⁶⁷⁴ Eidenmüller, JuS 1998, 789, 791 f.; Rauscher in: Staudinger, Einleitung zu §§ 1589–1600d BGB, Rn. 122.

¹⁶⁷⁵ BVerfGE 141, 186, 209; eingehend zu dieser Entscheidung unten I.1.7.c. viii., S. 317 ff.

iii. Das Urteil vom 13.2.2007¹⁶⁷⁶

In dem Urteil verpflichtete das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber zur Bereitstellung eines geeigneten Verfahrens zur Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung eines Kindes von ihm¹⁶⁷⁷. Es ist die Folge der einschlägigen Rechtsprechung des BGH, wonach heimlich eingeholte DNA-Analysen in Vaterschaftsanfechtungsverfahren wegen der darin liegenden Verletzung des sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Kindes rechtswidrig und damit gegen den Willen des Kindes oder seines gesetzlichen Vertreters nicht verwertbar sind und auch nicht zur schlüssigen Darlegung von Zweifeln an der Vaterschaft taugen¹⁶⁷⁸. Bezogen auf das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass dieses nicht nur dem Kind zustehe, sondern auch dem Mann ein Recht auf Kenntnis darüber einräume, ob ein Kind von ihm abstamme. Dieses Recht stehe sowohl dem rechtlichen Vater zu, der wissen möchte, ob das ihm zugeordnete Kind von ihm abstamme als auch dem Mann, der annimmt, er könne Vater eines ihm rechtlich nicht zugeordneten Kindes sein. Die Kenntnis habe in beiden Konstellationen maßgebliche Auswirkungen auf das Selbstverständnis des Mannes und seine Beziehungen zum Kind und zur Mutter, es sei damit ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert. Gesprochen werden könne insoweit von einem Recht des Manns auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt¹⁶⁷⁹. Erneut verwies das oberste Gericht darauf, dass kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen, wohl aber Schutz vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen bestehe. Das setze den Bestand eines Verfahrens voraus, das einem Mann den Zugang zu den ihm vorenthaltenen Informationen ermögliche, welche für die Kenntnis der Abstammung eines Kindes von ihm erforderlich sind. Die gegenläufigen Interessen von Mutter und Kind müssten hinter dem Anspruch des Vaters zurücktreten, weil ein uneingeschränkter Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes es dem Vater vielfach unmöglich machte, Kenntnis über die Abstammung des Kindes von ihm zu erlangen¹⁶⁸⁰. Das Interesse des Kindes sei aufgrund

¹⁶⁷⁶ BVerfGE 117, 202.

¹⁶⁷⁷ Vgl. auch bereits oben G.II., S. 176 ff.

¹⁶⁷⁸ BGHZ 162, 1, 7; vgl. BVerfGE 117, 202, 240 ff.

¹⁶⁷⁹ BVerfGE 117, 202, 226 unter Bezugnahme auf BVerfGE 108, 82, 105; zu dieser Entscheidung oben H.II.2., S. 204 ff.

¹⁶⁸⁰ BVerfGE 117, 202, 231.

der zum Vater bestehenden rechtlichen Beziehung im Hinblick auf die Herausgabe genetischer Daten außerdem weniger schützenswert¹⁶⁸¹, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter müsse zurücktreten, weil sie den Mann bereits an ihrem Geschlechtsleben hat teilnehmen lassen und ihm dadurch schon den Zugang zu ihrer Intimsphäre eröffnet habe¹⁶⁸². Heimlich eingeholte Vaterschaftstests seien außerdem keine Alternative; denn sie verletzen das Kind in nicht zu rechtfertigender Weise in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Mutter in ihrem durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantierten elterlichen Sorgerecht, das die Entscheidung mit umfasse, ob jemand die genetischen Daten des Kindes erheben und verwerten darf¹⁶⁸³.

Die Notwendigkeit der Einführung eines Feststellungsverfahrens rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht auch damit, dass die in § 1592 Nr. 1 und 2 BGB aufgestellten Regeln, welche zur Begründung der rechtlichen Vaterschaft herangezogen werden, die leibliche Vaterschaft vor der Zuordnung nicht feststellen, sondern nur vermuten. Daraus folge, dass zugleich ein Verfahren vorzusehen sei, in dem etwaige im Einzelfall bestehende Zweifel geklärt werden können¹⁶⁸⁴. Das Anfechtungsverfahren sei in seinen Auswirkungen zu weitgehend und in den gesetzlichen Voraussetzungen unverhältnismäßig, wenn es dem rechtlichen Vater nur auf die Verfolgung seines Interesses, Kenntnis über die Abstammung des Kindes von ihm zu erlangen, ankomme und er nicht auch gleichzeitig seine rechtliche Vaterschaft aufgeben wolle oder er sich die Auseinandersetzung mit diesem Schritt erst für den Zeitpunkt nach Kenntnis der die Abstammung betreffenden Tatsachen vorbehalten möchte¹⁶⁸⁵. Dementsprechend gab das Gericht dem Gesetzgeber auf, die Rechtslage bis zum 31.3.2008 anzupassen.

Die Entscheidung wurde in der Literatur überwiegend zustimmend besprochen¹⁶⁸⁶ und vom Gesetzgeber mit der Einführung des in § 1598a

¹⁶⁸¹ BVerfGE 117, 202, 232.

¹⁶⁸² BVerfGE 117, 202, 233.

¹⁶⁸³ BVerfGE 117, 202, 226 ff.

¹⁶⁸⁴ BVerfGE 117, 202, 231 ff.: Dem Recht des betroffenen Kindes auf informationelle Selbstbestimmung maß das Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zum Recht des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung des Kindes von ihm geringeres Gewicht bei. Gleiches gelte für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter, vor allem auch deshalb, weil die Mutter dem rechtlichen Vater den Zugang zu ihrer Intimsphäre durch seine Teilnahme an ihrem Geschlechtsleben schon gewährt habe.

¹⁶⁸⁵ BVerfGE 117, 202, 238 f.

¹⁶⁸⁶ Brosius-Gersdorf, NJW 2007, 806; Gröschner, Jura 2008, 132; Wellenhofer, NJW 2008, 1185 f.; Klosinski, FPR 2007, 385; Groß, FPR 2007, 392; krit: Frank/Helms, FamRZ 2007, 1277; Balthasar, JZ 2007, 635.

BGB geregelten Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung, der am 1.4.2008 in Kraft getreten ist¹⁶⁸⁷, umgesetzt. Danach haben der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind jeweils gegenüber den anderen Beteiligten einen Anspruch auf Klärung der Abstammung durch Einholung eines Abstammungsgutachtens¹⁶⁸⁸.

iv. Der Nichtannahmebeschluss vom 13.10.2008¹⁶⁸⁹

Neben der Frage, ob die in § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 BGB¹⁶⁹⁰ bestehende Einschränkung¹⁶⁹¹ hinsichtlich der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den leiblichen Vater verfassungsgemäß ist, ging es in der Entscheidung auch darum, ob der leibliche, aber nicht rechtliche Vater ein eigenes Antragsrecht im Rahmen des Anspruchs aus § 1598a BGB hat. Ein solches ist in § 1598a BGB nicht vorgesehen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der leibliche Vater ausschließlich den Weg über das Anfechtungsverfahren beschreiten können, weil nur so gewährleistet sei, dass er auch Verantwortung für das Kind übernehme¹⁶⁹². Diese Regelung wurde vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsgemäß erachtet: Es bestätigte zwar ausdrücklich, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch die Möglichkeit umfassen muss, in einem rechtsförmigen Verfahren die Abstammung klären zu lassen. Das Interesse, die biologische Vaterschaft ohne Übernahme elterlicher Verantwortung feststellen zu können, werde von der Verfassung aber nicht geschützt¹⁶⁹³. Dessen ungeachtet wurde und wird in der Literatur zum Teil dennoch ein Antragsrecht zumindest für Fälle gefordert, in denen dem potentiellen biologischen Vater ein Anfechtungsrecht nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 BGB zusteht¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁸⁷ BGBl. 2008 I S. 441; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 7.

¹⁶⁸⁸ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 9; Helms, FamRZ 2008, 1033; vgl. oben G.II., S. 176 ff.

¹⁶⁸⁹ BVerfG, NJW 2009, 423.

¹⁶⁹⁰ Zum Zeitpunkt der Entscheidung war die nunmehr in Abs. 3 enthaltene Regelung noch in Abs. 4 verortet.

¹⁶⁹¹ Voraussetzung ist nach § 1600 Abs. 2 BGB das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind.

¹⁶⁹² BT-Drs. 16/6561, S. 12.

¹⁶⁹³ BVerfG, NJW 2009, 423 f.; vgl. auch die nachfolgende Entscheidung des EGMR, Urt. v. 5.11.2013 – 26610/09 (Hülsmann), FamRZ 2014, 1257.

¹⁶⁹⁴ Wellenhofer, NJW 2008, 1185, 1188; dies. in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 17; Schwonberg, FuR 2010, 441; vgl. auch Zimmermann, NJW 2009, 424, 425.

v. Der Beschluss vom 13.11.2008¹⁶⁹⁵

In der einer Verfassungsbeschwerde stattgebenden Kammerentscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf das dem Kind zustehende Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung fest, dass dieses im Anfechtungsverfahren dem Interesse des Vaters auf Erhalt seines Elternrechts nur indirekt gegenüberstehe, weil das Anfechtungsverfahren nicht vorrangig der Verwirklichung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung diene, sondern der Herstellung einer Übereinstimmung von rechtlicher und biologischer Vaterschaft. Komme im Anfechtungsverfahren kein anderer Mann als biologischer Vater in Betracht, könne das Kind durch die Anfechtung der Vaterschaft auch keine positive Kenntnis von seiner Abstammung erhalten. Das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des rechtlichen Vaters am Erhalt der rechtlichen Bindung und sozialen Beziehung müsse demgegenüber hinreichend gewürdigt werden. Das hatten die Instanzgerichte versäumt, welche in einem durch die Mutter initiierten Anfechtungsverfahren den rechtlichen Vater durch die Anordnung von Zwangsmitteln zur Mitwirkung an der Erstellung eines Abstammungsgutachtens zwingen wollten.

vi. Der Beschluss vom 18.8.2010¹⁶⁹⁶

Dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lag ein Verfahren über die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zugrunde, bei dem als Vater monozygote Zwillingsbrüder in Betracht kamen. Das OLG Celle hatte die Feststellungsklage des Kindes mit der Begründung abgewiesen, dass eine genetische Zuordnung eines der in Betracht kommenden Zwillingsbrüder jedenfalls nicht mit der für eine Verurteilung im Statusprozess erforderlichen Wahrscheinlichkeit möglich sei. Das Bundesverfassungsgericht gab der Verfassungsbeschwerde des Kindes statt. Eine Klärung der Abstammung im Wege des „whole genome sequencing“-Verfahrens sei möglich gewesen, und die erheblichen damit verbundenen Kosten wären wegen des wissenschaftlichen Interesses der in Betracht kommenden privaten Anbieter womöglich nicht der Staatskasse zur Last gefallen. Damit habe das OLG das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstam-

¹⁶⁹⁵ BVerfG, NJW 2009, 425; vgl. auch die zuvor ergangene einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts im Verfahren in: FamRZ 2008, 1507.

¹⁶⁹⁶ BVerfG, NJW 2010, 3772.

mung in seiner Tragweite verkannt. Bezogen auf dieses Grundrecht nahm es erneut Bezug auf die vorangegangenen Entscheidungen und stellte dessen grundsätzliche Bedeutung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit heraus, erwähnte, dass kein Recht auf Verschaffung von Kenntnissen bestehe, wohl aber Schutz vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen. Dieser Schutz könne nur durch ein Verfahren, das Betroffenen Zugang zu den vorenthaltenen Informationen ermögliche, gewährleistet werden¹⁶⁹⁷. Neu ist der Verweis darauf, dass es Fälle geben mag, in denen die Abstammung unaufklärbar bleibt, weil sie nur mit einem deutlich unangemessenen finanziellen Aufwand und lediglich geringer Aussicht auf weiteren Erkenntnisgewinn ermittelbar wäre. Dann könne davon ausgegangen werden, dass es keine erlangbaren Informationen gäbe, die dem Grundrechtsträger vorenthalten werden¹⁶⁹⁸.

vii. Der Beschluss vom 16.1.2013¹⁶⁹⁹

In dem Kammerbeschluss ging es vordergründig um die Versagung von Verfahrenskostenhilfe in einem Abstammungsverfahren, mit dem die Beschwerdeführerin den sich aus § 1598a BGB ergebenden Klärungsanspruch gegenüber ihrem mutmaßlichen biologischen Vater geltend machen wollte. Das Instanzgericht lehnte den Antrag auf Verfahrenskostenhilfe mit der Begründung ab, dass § 1598a BGB eine Klärung der Abstammung vom leiblichen Vater nicht vorsehe und die unterlassene Aufnahme des leiblichen Vaters in das Abstammungsverfahren durch den Gesetzgeber¹⁷⁰⁰ als unterlassener Gesetzgebungsakt auch nicht vorlagefähig sei nach Art. 100 GG. Dem widersprach das Bundesverfassungsgericht insoweit, als eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG – anders als bei schlichtem gesetzgeberischen Unterlassen – zulässig sei, wenn der Gesetzgeber auf einem bestimmten Gebiet bereits tätig geworden sei und ein Gericht die geschaffenen Vorschriften angesichts einer grundrechtlichen Schutzpflicht für unzureichend halte. Das gelte unter anderem in Fällen der unterlassenen Einbeziehung weiterer Tatbestände in eine

¹⁶⁹⁷ Unter Bezugnahme auf BVerfGE 79, 256, 269; BVerfGE 117, 202, 226.

¹⁶⁹⁸ Nach Rückverweisung hat das OLG Celle die Feststellungsklage dennoch abgewiesen. Die Abstammung ließe sich auch bei Anwendung des „whole genome sequencing“-Verfahrens nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit von 99,9 Prozent klären. Deshalb sei den Zwillingen die Abgabe von Sperma- sowie Blutproben und die Analyse auch des codierten Teils ihrer DNA nicht zumutbar (OLG Celle, FamRZ 2013, 1669).

¹⁶⁹⁹ BVerfG, NJW 2013, 1148.

¹⁷⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 16/6561, S. 10.

begünstigende Regelung¹⁷⁰¹. Darüber hinaus dürften schwierige, bislang ungeklärte Rechts- und Tatfragen nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden, sondern müssten auch von Bedürftigen einer prozessualen Klärung zugeführt werden können¹⁷⁰².

viii. Das Urteil vom 19.4.2016¹⁷⁰³

(1) Die Entscheidungsgründe

Die Klärung der im Beschluss vom 16.1.2013 aufgeworfenen Rechtsfrage erfolgte etwas mehr als drei Jahre später durch das Bundesverfassungsgericht selbst. Die Entscheidung befasst sich nunmehr inhaltlich mit der Frage, ob sich aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine Pflicht des Gesetzgebers ergibt, dem Kind neben dem in § 1600d BGB geregelten Vaterschaftsfeststellungsverfahren ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, in welchem es statusfolgenlos die Klärung der Abstammung von einem vermuteten leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater verlangen kann. Erforderlich war diese Klärung, weil sich ein solcher Anspruch weder ausdrücklich, noch durch erweiternde verfassungskonforme Auslegung aus der bisher schon in § 1598a BGB enthaltenen Regelung ergibt¹⁷⁰⁴ und die Beschwerdeführerin auch den Weg über § 1600d BGB nicht mehr beschreiten konnte, weil einem solchen Verfahren die Rechtskraft einer bereits 1955 ergangenen Entscheidung entgegenstand¹⁷⁰⁵.

Die Frage nach einer entsprechenden Verpflichtung des Gesetzgebers hat das Gericht verneint. Erneut wird zunächst klargestellt, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst ist und dass es vor Vorenthaltung verfügbarer Informationen über die eigene Abstammung schützt, aber keinen Anspruch auf Verschaffung von Informationen beinhaltet¹⁷⁰⁶. Hinderten, wie in der

¹⁷⁰¹ BVerfG, NJW 2013, 1148, 1149.

¹⁷⁰² BVerfG, NJW 2013, 1148.

¹⁷⁰³ BVerfGE 141, 186.

¹⁷⁰⁴ BVerfGE 141, 186, 200; vgl. auch OLG Nürnberg, FamRZ 2014, 404; OLG Karlsruhe, FamRZ 2010, 221; OLG Frankfurt a.M., ZKJ 2010, 72.

¹⁷⁰⁵ BVerfGE 141, 186, 189, 216 f. Zu diesem Zeitpunkt konnten lediglich Blutgruppengutachten zum Ausschluss der Vaterschaft erstellt werden; zu ihrer Bestätigung musste auf „anthropologisch-erbbiologische Gutachten“ zurückgegriffen werden, in denen es auf die Ähnlichkeit von Vater und Kind ankam (vgl. Schwonberg, FamRB 2016, 230, 231). Letzteres führte 1955 zu dem Ergebnis, dass der auch nunmehr in Anspruch genommene Antragsgegner nicht der Vater sein könne.

¹⁷⁰⁶ BVerfGE 141, 186, 201 f., 204.

Regel nicht der Staat, sondern Privatpersonen den Betroffenen an der Erlangung von Informationen über seine leibliche Herkunft, dann müsse der Staat im Rahmen seiner Schutzpflicht nötigenfalls ein Verfahren, in welchem die Abstammung geklärt werden kann, bereitstellen. Denn nur mit seiner Hilfe ließen sich die verweigerten Abstammungsinformationen erlangen¹⁷⁰⁷. Die mangelnde Absolutheit des Schutzes der Abstammungskennntnis wurde auch in dieser Entscheidung noch einmal wiederholt, es habe ein Ausgleich mit kollidierenden Grundrechten zu erfolgen¹⁷⁰⁸. Bei der Herstellung des Ausgleichs habe der Gesetzgeber – soweit es um die Ausgestaltung privater Rechtsbeziehungen gehe – aber einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum¹⁷⁰⁹, der nur in Ausnahmefällen auf null reduziert sei¹⁷¹⁰. Im Zusammenhang mit der Frage, ob dem Kind ein isolierter Abstammungskklärungsanspruch gegen den vermuteten leiblichen Vater einzuräumen ist, bestehe eine Verengung des Entscheidungsspielraums nicht. Denn durch ein solches Verfahren wären nicht nur das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung betroffen, sondern auch gegenläufige Grundrechte des vermuteten Vaters und seiner Familie sowie der rechtlichen oder sozialen Familie des Kindes¹⁷¹¹. Vor allem für den vermuteten Vater würden sich bereits aus der Durchführung des Abstammungskklärungsverfahrens erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigungen ergeben. Das gelte zwar nicht, wenn er sich im Verfahren als der leibliche Vater herausstelle, weil die leiblichen Eltern die Existenz des Kindes zu vertreten hätten und ihr Geheimhaltungsinteresse dem Aufklärungsinteresse des Kindes unterzuordnen sei¹⁷¹², wohl aber, wenn er im Ergebnis nicht der leibliche Vater sei, weil viele mit dem Verfahren verbundene Beeinträchtigungen auch durch den negativen Ausgang des Verfahrens nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Zu den betroffenen Grundrechten auf Seiten des vermuteten Vaters gehörten das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in seiner Ausprägung, Informationen über genetische Merkmale seiner Person nicht preiszugeben sowie seine körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), welche durch den mit der Entnahme der Probe verbundenen me-

¹⁷⁰⁷ BVerfGE 141, 186, 204; BVerfGE 117, 202, 227.

¹⁷⁰⁸ BVerfGE 141, 186, 204.

¹⁷⁰⁹ BVerfGE 141, 186, 205; so schon BVerfGE 96, 56, 64.

¹⁷¹⁰ Das Gericht verweist in diesem Zusammenhang auf die oben erörterte Entscheidung BVerfGE 117, 202 in welcher es von einer Verpflichtung des Gesetzgebers ausgegangen ist, dem rechtlichen Vater ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, in dem er klären lassen kann, ob ein Kind von ihm abstammt – BVerfGE 141, 186, 207 f.

¹⁷¹¹ BVerfGE 141, 186, 208.

¹⁷¹² BVerfGE 141, 186, 209.

dizinischen Eingriff in geringfügiger Weise beeinträchtigt werde¹⁷¹³. Besonders herausgestellt wird von den auf der Seite des vermuteten Vaters betroffenen Grundrechten das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entspringende Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre, das unter anderem davor schützt, geschlechtliche Beziehungen offenbaren zu müssen. Bereits die Erzwingung der Abstammungsuntersuchung impliziere, dass es zwischen dem als Vater in Betracht kommenden Mann und der Mutter geschlechtliche Beziehungen gegeben habe. Problematisch sei das vor allem, weil bei Ausweitung der isolierten Abstammungsklärung auf Personen, welche nicht wie in § 1598a BGB zum Kreis der rechtlichen Familie gehören, die Gefahr bestehe, dass Abstammungsuntersuchungen „ins Blaue hinein“¹⁷¹⁴ erfolgten und die Grundrechtsbeeinträchtigungen deshalb eine erhebliche „personelle Streubreite“ entfalteteten¹⁷¹⁵. Zöge man als Korrektiv eine Einschränkung dergestalt in Betracht, dass als Voraussetzung für das Bestehen des Klärungsanspruchs Umstände erkennbar sein müssten, welche auf die Möglichkeit der Vaterschaft des in Anspruch genommenen Manns schließen ließen, intensiviere sich die sich mit der Abstammungsklärung verbundene Grundrechtsbeeinträchtigung sogar noch, weil das zwangsläufig geschlechtliche Beziehungen des in Anspruch genommenen Manns zur Mutter des Kindes nahe lege und sich diese Implikation selbst bei negativem Ausgang des Verfahrens nicht mehr rückgängig machen lasse¹⁷¹⁶. Aus den gleichen Gründen solle auch eine Beeinträchtigung der Privat- und Intimsphäre der leiblichen Mutter folgen, welche ebenfalls ein Interesse daran habe, geschlechtliche Beziehungen nicht offenbaren zu müssen¹⁷¹⁷. Darüber hinaus könne selbst bei bekannten geschlechtlichen Beziehungen zwischen der Mutter und dem als Vater in Betracht kommenden Mann ein Interesse des betroffenen Manns bestehen, dass eine weitere Aufklärung der leiblichen Abstammung nicht stattfinde, vor allem wenn diese zuvor bereits in einem anderen Verfahren verneint wurde; denn die Annahme, nicht Vater des Kindes zu sein, könne ebenfalls Einfluss auf das Selbstverständnis eines Manns haben¹⁷¹⁸. Das gelte umgekehrt auch für den rechtlichen Vater, dessen Selbstverständnis von der bisherigen Annahme, leiblicher Vater des ihm

¹⁷¹³ BVerfGE 141, 186, 211.

¹⁷¹⁴ In Anlehnung an Rauscher in: Staudinger, § 1598a BGB, Rn. 19.

¹⁷¹⁵ BVerfGE 141, 186, 212.

¹⁷¹⁶ BVerfGE 141, 186, 213.

¹⁷¹⁷ BVerfGE 141, 186, 210 f.

¹⁷¹⁸ BVerfGE 141, 186, 213 f.

rechtlich zugeordneten Kindes zu sein, abhängen kann¹⁷¹⁹. Schließlich sei auch noch eine Beeinträchtigung des durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familienlebens der rechtlichen Familie zu berücksichtigen, welches anders als die zuvor aufgeführten Grundrechte besonders intensiv betroffen werde, wenn sich der rechtliche Vater im Verfahren nicht als leiblicher Vater herausstelle¹⁷²⁰.

Die soeben benannten Grundrechte der von dem Klärungsverfahren Betroffenen seien gegenüber dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht generell als weniger gewichtig anzusehen. Der Gesetzgeber habe im Rahmen seiner Abwägung berücksichtigen dürfen, dass für den Fall eines negativen Ergebnisses des Verfahrens eine irreversible Beeinträchtigung der Grundrechte des vermuteten Vaters und der leiblichen Mutter erfolge, ohne dass dem Kind dadurch Gewissheit über seine eigene leibliche Abstammung verschafft werden könne. Die Entscheidung des Gesetzgebers, kein isoliertes Abstammungsklärfahrverfahren zuzulassen, sei zwar verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, läge aber im Rahmen des ihm zustehenden Ausgestaltungsspielraums, zumal das Kind aufgrund der in § 1600d BGB verankerten Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung mit Statuswirkung nicht rechtlos gestellt sei¹⁷²¹. Auch aus der EMRK, welche als Auslegungshilfe Inhalt und Reichweite der Grundrechte mitbestimme, ergebe sich kein anderes Ergebnis. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung sei zwar in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankert, aus der Rechtsprechung des EGMR¹⁷²² lasse sich aber keine Verpflichtung des Gesetzgebers ableiten, neben einem Verfahren zur rechtlichen Vaterschaftsfeststellung auch eine statusfolgenlose Abstammungsklä rung zu ermöglichen¹⁷²³.

¹⁷¹⁹ BVerfGE 141, 186, 215 unter Verweis auf BVerfGE 117, 202, 225 f.

¹⁷²⁰ BVerfGE 141, 186, 214.

¹⁷²¹ BVerfGE 141, 186, 216 f.

¹⁷²² EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), FamRZ 2006, 1354; EGMR, Urt. v. 16.6.2011 – 19535/08 (Pascaud), NJW 2012, 2015; EGMR, Urt. v. 7.2.2002 – 53176/99 (Mikulic), BeckRS 2014, 21335, Rn. 64; EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145; EGMR, Urt. v. 25.9.2012 – 33783/09 (Godelli), BeckRS 2013, 21146; EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1940 (Rn. 78 ff.).

¹⁷²³ BVerfGE 141, 186, 218–220.

(2) Die Kritik

Die Entscheidung ist in der Literatur zu Recht nicht durchgehend kritikfrei geblieben¹⁷²⁴. Bemängelt wird unter anderem, dass das Bundesverfassungsgericht keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Verbrauch der statusrechtlichen Vaterschaftsfeststellung durch das bereits 1955 abgeschlossene gerichtliche Verfahren hatte, obwohl sich die medizinisch-naturwissenschaftlichen Methoden seit dieser Zeit erheblich weiterentwickelt haben¹⁷²⁵. Soweit in diesem Zusammenhang auf ein Recht des betroffenen Manns rekurriert wird, keine weitere Aufklärung stattfinden zu lassen, weil auch die Annahme, nicht Vater eines bestimmten Kindes zu sein, zum Selbstverständnis des potentiellen Vaters zähle¹⁷²⁶, ist das zumindest befremdlich. Zwar mag dieses Interesse, falls man es überhaupt anerkennen möchte¹⁷²⁷, ebenso wie das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankert sein. Ihm sollte aber mit Blick auf die Zielrichtung – fortgesetzte Leugnung einer (möglichen) Wahrheit in Bezug auf die Abstammung im Vergleich zum Streben des Kindes nach Abstammungswahrheit – im Rahmen der Abwägung beider Rechtspositionen kein vergleichbar starkes Gewicht eingeräumt werden, zumal das Bundesverfassungsgericht auch umgekehrt einem denkbaren Recht des Kindes auf Nichtkenntnis kein erhebliches Gewicht beigemessen hat: Anders als die positive Kenntnis eröffne es dem Einzelnen nicht die Möglichkeit, sich zu konkreten Personen in Beziehung zu setzen¹⁷²⁸.

Die weiteren vom obersten Gericht herangezogenen Grundrechte Dritter und ihre Gewichtung im Verhältnis zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Kindes werden ebenfalls zu Recht kritisch hinterfragt. Vor allem ist es wenig nachvollziehbar, wenn mit der nicht

¹⁷²⁴ Heiderhoff, NJW 2016, 1918; Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408; Muckel, JA 2016, 553; Spickhoff, FamRZ 2016, 885; Wellenhofer, NZFam 2016, 731, 733; ohne Kritik: Schwonberg, FamRB 2016, 230; bereits vor der Entscheidung kritisch: Frank/Helms, FamRZ 2007, 1277, 1278 f.

¹⁷²⁵ Die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 185 FamFG lagen nicht vor; denn Zulässigkeitsvoraussetzung für die Wiederaufnahme nach dieser Vorschrift ist die Vorlage eines neuen Gutachtens über die Abstammung, das die Antragstellerin ohne Einwilligung des Antragsgegners oder den Weg über § 1598a BGB (analog) aber nicht erlangen konnte. Auch die Voraussetzungen der §§ 578 ff. ZPO waren nicht gegeben. Zur Kritik: Spickhoff, FamRZ 2016, 885, 886; zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 185 FamFG vgl. auch Schwonberg, FamRB 2016, 230, 231.

¹⁷²⁶ Muckel spricht insoweit von einem „Recht auf Unkenntnis“: Muckel, JA 2016, 553, 555.

¹⁷²⁷ Dagegen: Heiderhoff, NJW 2016, 1918, 1920.

¹⁷²⁸ BVerfGE 117, 202, 230.

rückgängig zu machenden Implikation geschlechtlicher Beziehungen zwischen dem vermuteten Vater und der Mutter argumentiert wird; denn eine entsprechende Beeinträchtigung der im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verankerten Rechtspositionen ergibt sich bei negativem Ausgang eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens nach § 1600d BGB genauso. Ein Unterschied zwischen der statusrechtlichen und der statusfolgenlosen Abstammungsklärung besteht insoweit nicht¹⁷²⁹. Abgesehen davon hatte das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit gegen die Mutter gerichteten Auskunftsansprüchen auf Benennung der als Vater in Betracht kommenden (inzwischen verheirateten) Männer selbst zuvor ausdrücklich festgestellt, dass deren Interessen zwar im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen seien, eine Benachteiligung des Kindes durch Verneinung des Auskunftsanspruchs aber nicht rechtfertigen könnten. „Es gehöre [jedoch] zum allgemeinen Lebensrisiko, unbegründeten Ansprüchen ausgesetzt zu sein. Selbst nach 30 Jahren habe der Vater eines nichtehelichen Kindes keinen Anspruch darauf, dass seine Vaterschaft geheim bleibe.“¹⁷³⁰

Problematisch ist aus Sicht des Kindes darüber hinaus, dass der Verweis auf das Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach § 1600d BGB die vorherige Anfechtung der bestehenden rechtlichen Vaterschaft voraussetzt, was nicht nur den Verlust bisher bestehender unterhaltsrechtlicher und erbrechtlicher Ansprüche nach sich zieht¹⁷³¹, sondern auch wesentlich stärker in den vom Bundesverfassungsgericht selbst angeführten¹⁷³²

¹⁷²⁹ Muckel, JA 2016, 553, 555; Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408 f. Davon, dass diese Grundrechtsbeeinträchtigung, anders als das Bundesverfassungsgericht meint, reversibel sei, wenn festgestellt werde, dass das Kind nicht von dem in Anspruch genommenen Mann abstamme, kann bei Anwendung syllogistischer Logik nicht ausgegangen werden (so aber Heiderhoff, NJW 2016, 1918, 1920); denn nicht jeder Beischlaf muss zu einer Schwangerschaft geführt haben, bei Mehrverkehr trifft das nur auf einen Beischlaf zu. Die Möglichkeit, dass die Mutter auch mit dem in Anspruch genommenen Mann geschlafen hat, ohne dass das Kind von ihm abstammt, besteht durchaus und kann durch den negativen Ausgang des Feststellungsverfahrens auch nicht ausgeräumt werden. Ob der bleibende „Schaden“ bei Ausschluss der genetischen Vaterschaft als „sehr gering“ (so Heiderhoff, ebd.) einzuordnen ist, mag deshalb bezweifelt werden. Wie groß die damit verbundene Beeinträchtigung tatsächlich ist, wird in einer Gesellschaft, in der außereheliche Beziehungen seit langem nicht mehr generell geächtet sind, wohl auch vom individuellen Empfinden des Einzelnen abhängen. Das Gewicht des so betroffenen Interesses lässt sich deshalb tatsächlich nicht vorab und generalisierend bestimmen.

¹⁷³⁰ BVerfGE 96, 56, 59 f.

¹⁷³¹ So bereits Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 63.

¹⁷³² BVerfGE 141, 186, 214.

Schutz der rechtlichen Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG eingreift¹⁷³³. Gerade diese Konsequenzen sind schwer in Einklang mit der Begründung des obersten Gerichts in seiner Entscheidung zur Einführung eines statusfolgenlosen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens¹⁷³⁴ zu bringen¹⁷³⁵. Auch das Argument, ohne Beschränkung auf die rechtliche Familie entfalte § 1598a BGB eine erhebliche personelle Streubreite, welche mit der Gefahr einhergehe, dass Abstammungsuntersuchungen ins Blaue hinein erfolgten, lässt sich angesichts der mit solchen Verfahren verbundenen Kosten für den Antragsteller nicht einschränkungslos aufrechterhalten¹⁷³⁶. Im Ergebnis führt die auf der Grundlage dieser Entscheidung fortbestehende Rechtslage außerdem dazu, dass dem Kind die statusfolgenlose Feststellung der Vaterschaft von dem vermuteten Vater verwehrt ist, während der biologische Vater im Zusammenhang mit der Geltendmachung seiner in § 1686a BGB geregelten Rechte die Abstammung des Kindes von ihm klären lassen kann (vgl. § 167a Abs. 2 FamFG)¹⁷³⁷.

8. Die Auslegung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Lichte der analysierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die historische Analyse und eine Gesamtschau der Entscheidungen des obersten Gerichts ergeben damit folgendes Bild des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung:

Das Recht wird dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zugeordnet und erhält dadurch eine hochrangige Rechtsposition, anders als bei der im Vorfeld durch die Literatur teilweise befürworteten Ableitung aus Art. 1 Abs. 1 GG, aber keine ab-

¹⁷³³ Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408, 409; vgl. auch Heiderhoff, NJW 2016, 1918, 1920.

¹⁷³⁴ BVerfGE 117, 202, 237 f.: Dort hatte es das Gericht als zu weitgehend empfunden, wenn der rechtliche Vater, der seine Vaterschaft nur im Anfechtungswege klären lassen kann, als Konsequenz dieses Verfahrens den Verlust der rechtlichen Vaterschaft hinnehmen müsse (vgl. auch oben I.I.7.c. iii., S. 312 ff.).

¹⁷³⁵ Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408, 409.

¹⁷³⁶ Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408, 409; Muckel, JA 2016, 553, 555.

¹⁷³⁷ Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408, 409; vgl. auch Heiderhoff, NJW 2016, 1918, 1920, die stärker die enge Begrenzung von § 1686a BGB durch das Kindeswohl hervorhebt und deshalb eine unmittelbare Vergleichbarkeit mit einem hypothetischen Anspruch des Kindes auf statusfolgenlose Klärung der Vaterschaft ablehnt.

solute Schutzposition¹⁷³⁸. Die Verankerung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht beruht nach bisheriger Rechtsprechung auf der Schlüsselstellung, welche das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung für die Individualitätsfindung einnimmt¹⁷³⁹. Trotz neuerer entwicklungspsychologischer Erkenntnisse¹⁷⁴⁰ hat das Bundesverfassungsgericht an dieser Einordnung mit Blick auf ansonsten im Einzelfall bestehende negative Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentwicklung festgehalten¹⁷⁴¹.

a. Die Reichweite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Inhaltlich gewährt das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung vor allem dem Kind das Recht auf Kenntnis seiner genetischen Eltern. Ausdrücklich stand in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bisher die Abstammung des Kindes vom genetischen Vater im Mittelpunkt¹⁷⁴². Es steht nicht nur dem Kind zu, sondern gewährt umgekehrt auch dem Mann ein Recht auf Kenntnis darüber, ob ein Kind von ihm abstammt¹⁷⁴³. Das schließt ein entsprechendes auf die Mutter bezogenes Kenntnisrecht aber nicht aus. Die mütterliche Abstammung ist für die Identitätsfindung des Kindes von ebenso erheblicher Bedeutung wie die väterliche¹⁷⁴⁴.

i. Die Kenntnis von der (nicht genetischen) Geburtsmutter

Über diese in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannten Fälle hinaus stellt sich die Frage, ob sich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf die Kenntnis der Geburtsmutter bezieht, wenn das Kind nicht von dieser, sondern der Wunschmutter abstammt. Bedeutung erlangen kann die Problematik vor allem in Fällen der Leihmutterschaft, in denen das Kind im Anschluss – etwa aufgrund der Anerkennung einer

¹⁷³⁸ BVerfGE 141, 186, 201, 204; Damm, JZ 1998, 926, 931.

¹⁷³⁹ BVerfGE 79, 256, 268 f.; 90, 263, 270; 141, 186, 215.

¹⁷⁴⁰ Vgl. Walper/Wendt in: Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, S. 211, 233; BVerfGE 141, 186, 203.

¹⁷⁴¹ BVerfGE 141, 186, 203 f.

¹⁷⁴² BVerfG, NJW 1988, 3010; BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56; NJW 2010, 3772; NJW 2013, 1148; BVerfGE 141, 186.

¹⁷⁴³ BVerfGE 108, 82, 105; 117, 202, 226; BVerfG, NJW 2009, 423, 424.

¹⁷⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 13/4899, 83; Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 22; KG, StAZ 2013, 348, 350.

ausländischen Entscheidung zur Elternstellung der Wunscheltern¹⁷⁴⁵ oder nach erfolgreicher Adoption¹⁷⁴⁶ – bei den Wunscheltern aufwächst. Für ein derartiges Kennntnisrecht wird unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁴⁷ vom Kammergericht angeführt, dass die Abstammung nicht nur deshalb als für die Entfaltung der Individualität konstitutiver Faktor bezeichnet wird, „weil sie die genetische Ausstattung des Einzelnen festlegt, sondern auch wegen der Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis. Bei letzteren handele es sich um einen vielschichtigen Vorgang, in dem biologisch gesicherte Erkenntnisse keineswegs allein ausschlaggebend seien.“¹⁷⁴⁸ Diese Feststellung verkürzt die entsprechende Passage aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allerdings um eine maßgebliche Komponente. Dort stellt das oberste Gericht klar, dass der Persönlichkeitswert nicht von dem Maß an Aufklärung abhängt, das die Biologie derzeit über die Erbanlagen des Menschen, welche für seine Lebensgestaltung bedeutsam sein können, zu vermitteln vermag. Deshalb seien biologisch gesicherte Erkenntnisse für den Individualisierungsprozess nicht allein ausschlaggebend¹⁷⁴⁹. Nicht daraus ableiten lässt sich, dass eine genetische Komponente gleichsam vollständig entfallen kann. Von einer „Abstammung“, über die Kenntnis erlangt werden soll, kann außerhalb genetischer Verbindungen zwischen Eltern und Kind den Begrifflichkeiten nach nicht mehr gesprochen werden, auch wenn die Entwicklung des Kindes im Mutterleib als bedeutend für die weitere Entwicklung des Kindes nach dessen Geburt angesehen wird¹⁷⁵⁰. Die Argumentation des Kammergerichts ist für sich genommen deshalb nicht ausreichend, um ein entsprechendes Kennntnisrecht des Kindes auch auf die nicht genetische Geburtsmutter auszuweiten.

Inzwischen sind allerdings Studien erschienen, nach denen bestimmte Faktoren während der Schwangerschaft Einfluss auf die Epigenetik des Kindes haben können: Vor allem der Bodymaßindex der Mutter und ihre Ernährung während der Schwangerschaft können in der Folge aufgrund epigenetischer Prozesse (der Methylierung der DNA des Kindes)

¹⁷⁴⁵ Vgl. BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983.

¹⁷⁴⁶ Dazu oben F.V., S. 146 ff.

¹⁷⁴⁷ BVerfGE 79, 256, 268 f.

¹⁷⁴⁸ KG, StAZ 2013, 348, 350.

¹⁷⁴⁹ BVerfGE 79, 256, 269.

¹⁷⁵⁰ Darauf unter Bezugnahme auf BT-Drs. 11/4154, S. 6 abstellend: KG, StAZ 2013, 348; vgl. auch Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150.

Auswirkungen auf die Entstehung von ADHS haben¹⁷⁵¹ und auch eine Erhöhung der Nüchterninsulinkonzentration und damit des Risikos, Übergewicht zu entwickeln¹⁷⁵², nach sich ziehen. Sowohl Übergewicht als auch ADHS stellen ohne weiteres konstitutive Faktoren im Zusammenhang mit der Individualitätsfindung dar. Insoweit und mit Blick auf die zumindest epigenetischen Auswirkungen, die eine Schwangerschaft mit sich bringen kann, scheint eine Ausweitung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung dergestalt, dass auch die nicht genetische Geburtsmutter erfasst ist, sinnvoll zu sein¹⁷⁵³. Einer Feststellung durch ein (gerichtlich einzuholendes) Abstammungsgutachten ist die nur auf der Epigenetik fußende Verbindung des Kindes zur Geburtsmutter allerdings nicht zugänglich. Insoweit kommt eine Erweiterung von § 1598a BGB dergestalt, dass auch die Geburtsmutter mit erfasst wäre, von vornherein nicht in Betracht. Lediglich Auskunftsansprüche können erweiternd so ausgelegt werden, dass sie auch die Auskunft über die Identität der Leih- bzw. Geburtsmutter mit umfassen, soweit sich diese nicht ohnehin bereits aus der Geburtsurkunde des Kindes ergibt.

ii. Die Kenntnis von der Spenderin mitochondrialer DNA

Ob sich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch auf die Kenntnis der Spenderin mitochondrialer DNA erstreckt, erscheint fraglich. Tragender Grund für den Bestand des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist dessen Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung und das Selbstverständnis. Zu diesem Zweck ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Kenntnis der für die Individualität konstitutiven Faktoren erforderlich¹⁷⁵⁴. Maßgeblich für die Bewertung der aufgeworfenen Frage ist also, ob die mitochondriale DNA, welche einen Anteil von etwa 0,001 Prozent der gesamten DNA darstellt¹⁷⁵⁵, eine individualitätsstiftende Funktion hat. Mit Blick auf die Steuerung des individuellen Stoffwechsels wird ihr zumindest eine „in-

¹⁷⁵¹ Rijlaarsdam et al., *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2017, 19; vgl. zur Studie auch: <http://edition.cnn.com/2016/08/19/health/pregnancy-adhd-unhealthy-diet/index.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁷⁵² Brandt et al., *Pediatric Diabetes* 2014, 453; vgl. zur Studie auch: <http://www.spiegel.de/gesundheit/ernaehrung/uebergewicht-in-der-schwangerschaft-schadet-dem-stoffwechsel-des-kindes-a-1004970.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁷⁵³ Dafür: BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 87, These 87.

¹⁷⁵⁴ BVerfGE 79, 256, 268 f.

¹⁷⁵⁵ Oben C.III.2., S. 58 ff. und 5., S. 61 f.

dividuenpezifische, wichtige und dringend erforderliche Funktion“ zugesprochen¹⁷⁵⁶. Gegen eine individualitätsstiftende Funktion, die eine Auswirkung auf das Selbstverständnis haben könnte, spricht aber zunächst, dass im Zusammenhang mit dem Klonen für die Identität zweier menschlicher Lebewesen nur auf die im Zellkern enthaltene DNA abgestellt wird¹⁷⁵⁷. Ob die biochemischen Vorgänge in den Mitochondrien, welche von der mitochondrialen DNA gesteuert werden¹⁷⁵⁸, Auswirkungen auf individuelle Charaktereigenschaften, das Aussehen oder andere individualitätsstiftende Eigenschaften haben, ist zumindest zweifelhaft. Beschränkt sein wird ihre Auswirkung im Fall eines zu Erkrankungen führenden Gendefekts auf das Vorhandensein der Erkrankung oder deren Fehlen, wenn eine Spende mitochondrialer DNA erfolgreich durchgeführt wird. Diese Auswirkung ist dem Kind aber bereits bekannt, weitere Rückschlüsse auf seine Individualität lässt die Kenntnis der Spenderin mitochondrialer DNA nicht zu. Dem entspricht es, wenn in Großbritannien, wo das Verfahren ausdrücklich zugelassen ist, anders als bei Eizell- und Embryospenden, die Anonymität der Spender vorgeschrieben ist. Das Kind kann keine Kenntnis von der Identität der Spenderin erlangen¹⁷⁵⁹. Nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand und unter Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Erkenntnis aus Großbritannien kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Kenntnis der Spenderin mitochondrialer DNA einen Beitrag zur Individualitätsfindung und Entwicklung des Selbstverständnisses von Kindern, die unter Anwendung eines solchen Verfahrens gezeugt wurden, leisten kann. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist nicht berührt.

b. Die Beschränkung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterliegt das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zwar grundsätzlich – ebenso wie die allgemeine Handlungsfreiheit – einem einfachen Gesetzesvor-

¹⁷⁵⁶ Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 6 ESchG, Rn. 16.

¹⁷⁵⁷ Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls des Europarats zu dem Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen vom 12.1.1998 in: Honnefelder/Streffer, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, S. 332.

¹⁷⁵⁸ Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Mitochondrium#Funktion>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁷⁵⁹ Varvaštian, European Journal of Health Law 2015, 405, 413.

behalt¹⁷⁶⁰, dennoch sind Einschränkungen nur unter strenger Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit möglich¹⁷⁶¹. Vor allem kollidierende Grundrechte Dritter können zu einer Begrenzung führen.

i. Der Prüfungsmaßstab bei ausgestaltenden gesetzlichen Regelungen

Wird durch eine ausgestaltende gesetzliche Regelung in das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eingegriffen, darf mit der Vorschrift kein verfassungswidriger Zweck verfolgt werden, außerdem muss die mit der ausgestaltenden Regelung verbundene Beeinträchtigung einer Überprüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten¹⁷⁶². Einer derartigen Überprüfung unterzogen hat das Bundesverfassungsgericht die Regelungen in § 1598 i.V.m. § 1596 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.¹⁷⁶³ und § 1598 2. HS BGB a.F.¹⁷⁶⁴. Der Prüfungsmaßstab deckt sich mit demjenigen, der oben auch im Zusammenhang mit auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bezogenen ausgestaltenden gesetzlichen Regelungen als Rechtfertigungsmaßstab herangezogen wurde¹⁷⁶⁵.

ii. Der Prüfungsmaßstab bei gesetzgeberischem Unterlassen¹⁷⁶⁶

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat, wie andere Grundrechte auch, nicht nur eine abwehrrechtliche Dimension. Aus der damit verbundenen Wertentscheidung ergeben sich auch Schutzpflichten für die staatlichen Organe¹⁷⁶⁷, es muss namentlich Schutz vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen gewährt werden¹⁷⁶⁸. Wird der Grundrechtsträger nicht durch den Staat, sondern durch Privatpersonen an der Er-

¹⁷⁶⁰ BVerfGE 97, 228, 269; Jarass in: Jarass/Pieroth, Art. 2 GG, Rn. 58; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 459.

¹⁷⁶¹ BVerfGE 90, 263, 271: Die Einschränkung muss zum Schutz eines gewichtigen Gemeinschaftsguts geeignet und erforderlich sein und der Schutzzweck muss so schwer wiegen, dass er die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in ihrem Ausmaß rechtfertigt.

¹⁷⁶² BVerfGE 79, 256, 269 f.; 90, 263, 269, 271.

¹⁷⁶³ BVerfGE 79, 256, 269 f.

¹⁷⁶⁴ BVerfGE 90, 263, 269, 271.

¹⁷⁶⁵ Oben H.II.2.e.i., S. 213 ff.

¹⁷⁶⁶ Zum Begriff in diesem Zusammenhang vgl. BVerfG, NJW 2013, 1148, Rn. 19–21; oben I.I.7.c.vii., S. 316 f.

¹⁷⁶⁷ BVerfGE 117, 202, 227.

¹⁷⁶⁸ BVerfGE 79, 256, 269; 90, 263, 270; 96, 56, 63; 117, 202, 226; 141, 186, 204.

langung von Informationen über seine Abstammung dadurch gehindert, dass diese ihre Einwilligung in die Verwendung von Genmaterial für die Erstellung eines Abstammungsgutachtens verweigern, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verpflichtung des Staats besteht, ein Verfahren bereitzustellen, mit dem der Betroffene die Feststellung der Abstammung auch gegen den Willen des Dritten durchsetzen kann. Die auf den Schutz vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen gerichteten Pflichten des Staats schützen den Betroffenen nicht absolut¹⁷⁶⁹. Deshalb steht dem Staat bei der Umsetzung der Schutzpflicht ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu¹⁷⁷⁰, im Rahmen dessen er die widerstreitenden Interessen gegeneinander abwägen und einen gerechten Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechten herstellen muss¹⁷⁷¹. Nur in Ausnahmefällen ist der gesetzliche Gestaltungsspielraum so verengt, dass eine Pflicht des Gesetzgebers besteht, Regelungen zur Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu schaffen¹⁷⁷². So habe eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestanden, dem rechtlichen Vater ein Verfahren zur Klärung der Abstammung eines Kindes von ihm zur Verfügung zu stellen, weil die gegenläufigen Interessen von Mutter und Kind hinter dem Klärungsinteresse des Vaters zurückzutreten hätten¹⁷⁷³. Demgegenüber soll die Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des vermuteten leiblichen, nicht rechtlichen Vaters aber nicht zu einer Verengung des Abwägungsspielraums dergestalt geführt haben, dass dem Kind zwingend die verfahrensrechtliche Möglichkeit zu eröffnen gewesen wäre, Kenntnis über die Abstammung vom vermuteten leiblichen Vater zu erlangen¹⁷⁷⁴. Deshalb ist der vom Gesetzgeber im Auftrag des Bundesverfassungsgerichts geschaffene § 1598a BGB weiterhin auf Klärungsansprüche gegenüber den rechtlichen Familienmitgliedern beschränkt.

¹⁷⁶⁹ BVerfGE 141, 186, 204.

¹⁷⁷⁰ BVerfGE 141, 186, 205; 117, 202, 227; 96, 56, 64.

¹⁷⁷¹ BVerfGE 141, 186, 204.

¹⁷⁷² BVerfGE 141, 186, 207 f.

¹⁷⁷³ BVerfGE 141, 186, 207; BVerfGE 117, 202, 228–233; oben I.I.7.c.iii., S. 312 ff.

¹⁷⁷⁴ BVerfGE 141, 186, 208–218; oben I.I.7.c.viii., S. 317 ff.

- iii. Die Erweiterung des in § 1598a BGB enthaltenen Klärungsanspruchs auf die vermuteten leiblichen Eltern in den Fällen der ärztlich unterstützten artifiziellen Reproduktion

Nicht auseinandergesetzt haben sich das Bundesverfassungsgericht und die oben aufgegriffenen kritischen Stimmen in der Literatur abgesehen vom Arbeitskreis Abstammungsrecht¹⁷⁷⁵ bisher mit der Frage, ob der Gesetzgeber dazu verpflichtet ist, ein Verfahren zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung von einem mutmaßlich leiblichen, aber nicht rechtlichen Elternteil bereitzustellen, wenn das Kind im Wege der ärztlich unterstützten artifiziellen Reproduktion gezeugt wurde und die Möglichkeit besteht, dass die zu diesem Zweck verwendeten Gameten von dem in Anspruch Genommenen stammen.

(1) Die medizinisch assistierte heterologe Insemination

Der Entscheidung vom 19.4.2016¹⁷⁷⁶ lag ein Fall der natürlichen Fortpflanzung zugrunde, was sich im erheblichen Maße auf die im Wege der Abwägung zu berücksichtigenden Interessen des vermuteten Vaters, aber auch der leiblichen Mutter ausgewirkt hat. Bei beiden war aufgrund der insinuierten geschlechtlichen, ggf. außerehelichen Beziehungen die Privat- und Intimsphäre betroffen. Das unter Berücksichtigung dieser Interessen gefundene Abwägungsergebnis kann keinen Bestand haben, wenn die Fortpflanzung nicht auf natürliche Weise erfolgt. Denn viele der vom Bundesverfassungsgericht aufgeführten Rechtspositionen auf Seiten des vermuteten Vaters sind im Fall einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung nicht oder zumindest nicht in der gleichen Intensität betroffen. Das gilt vor allem für das soeben schon erwähnte, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entspringende Recht der in Anspruch Genommenen auf Achtung der Privat- und Intimsphäre, soweit es davor schützt, geschlechtliche Beziehungen offenbaren zu müssen. Die Verlagerung des Zeugungsakts in den medizinischen Bereich und die damit verbundene Einbeziehung von medizinischem Personal hat zur Folge, dass die Intimität des Zeugungsakts verloren geht¹⁷⁷⁷ und der Vorwurf (als illegitim

¹⁷⁷⁵ I.1.7.c.viii.(2), S. 321 ff. und BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 86, These 84 f.

¹⁷⁷⁶ BVerfGE 141, 186.

¹⁷⁷⁷ So schon oben G.I.1.b., S. 159 f.; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 62; Wolf, FuR 1998, 392, 396.

empfundener) geschlechtlicher Beziehungen zwischen der Mutter und dem vermuteten Vater gar nicht erst aufkommen kann. Eine vergleichbare Beeinträchtigung des Familienlebens auf Seiten des Samenspenders, wie sie sich durch außereheliche geschlechtliche Beziehungen ergeben könnte, besteht deshalb ebenfalls nicht. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist mit Blick auf die umfassenden gesundheitlichen und persönlichen Angaben, zu welchen Spender verpflichtet sind¹⁷⁷⁸, und die ohnehin erfolgende Dokumentation der Identität des Samenspenders durch den behandelnden Arzt¹⁷⁷⁹ bei der späteren Feststellung nicht betroffen, wenn der Spender über die rechtlichen Konsequenzen, welche eine Samenspende nach sich ziehen kann, unterrichtet wurde¹⁷⁸⁰ und sich deshalb durch sein mit der Spende verbundenes Einverständnis dieses Rechts begeben hat¹⁷⁸¹. Betroffen sein kann das Recht des Spenders auf informationelle Selbstbestimmung deshalb nur in den Fällen der – wenn auch nichtigen¹⁷⁸² – Vereinbarung von Anonymität zwischen Arzt und Spender. Aber selbst unter diesen Umständen kommt ihm im Verhältnis zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kein stärkeres Gewicht zu, weil der Spender aufgrund der bewussten Beteiligung an der Zeugung menschlichen Lebens eine soziale und ethische Verantwortung trägt, welche die Abwägung zugunsten des Kindes ausschlagen lässt¹⁷⁸³. Das gilt sogar, wenn aufgrund der Verwendung von Mischsperma die Rechte mehrerer Spender im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind¹⁷⁸⁴, weil die Verwendung von Mischsperma mit dem Ziel der Anonymisierung der Spende ausdrücklich durch die für die

¹⁷⁷⁸ Vgl. Punkt 5.3.1. der Musterrichtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006: http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/AssRepro.pdf, eingesehen am 25.1.2018: Erforderlich sind nicht nur Tests auf Infektionen mit HI-Viren, Hepatitis B und C, Treponema pallidum und Cytomegalieviren; empfohlen wird auch die Erfassung von medizinischen und phänotypischen Merkmalen, wie Blutgruppe, Augenfarbe, Haarfarbe, Statur, Körpergröße und Ethnie.

¹⁷⁷⁹ Vgl. Punkt 5.3.3.2. der Musterrichtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006, ebd.

¹⁷⁸⁰ Vgl. Punkt 5.3.3.1. der Musterrichtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006, ebd.

¹⁷⁸¹ Vgl. BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 53) zu Auskunftsansprüchen des Kindes gegen den behandelnden Arzt.

¹⁷⁸² Rauscher in Staudinger, Anhang zu § 1592 BGB, Rn. 16; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 68; offen gelassen in BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 54).

¹⁷⁸³ So der BGH (Z 204, 54, 70 (Rn. 54)) zum vergleichbaren Abwägungsproblem im Zusammenhang mit den gegen den behandelnden Arzt gerichteten Auskunftsansprüchen (oben G.I.3.c., S. 168 ff.).

¹⁷⁸⁴ BGHZ 204, 54, 71 (Rn. 57 f.); OLG Hamm, NJW 2013, 1167, 1169.

Reproduktionsmedizin einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer untersagt ist¹⁷⁸⁵. Soweit dabei auch Spender in Anspruch genommen werden können, deren Gameten selbst nicht zur Zeugung des Kindes beigetragen haben, ändert sich am Abwägungsergebnis nichts. Denn durch ihre Beteiligung an einer Gametenspende haben sie selbst die Ursache für die Inanspruchnahme durch das Kind, für das sie als leiblicher Elternteil in Betracht kommen, gesetzt. Nach dem am 1.7.2018 in Kraft getretenen Samenspenderegistergesetz gilt im Hinblick auf die zuvor erwähnten Aufklärungspflichten der Entnahmeeinrichtung (§ 2 Abs. 1 SaRegG) und die Speicherung der personenbezogenen Daten des Spenders (§ 2 Abs. 2 SaRegG) nunmehr nichts anderes. In der Abwägung mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung haben die Rechte eines oder mehrerer Samenspender deshalb ein vergleichsweise geringes Gewicht, was – beschränkt auf den Bereich der künstlichen Fortpflanzung – eine Verengung des ansonsten weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers zur Folge hat. Insoweit ist die Lage vergleichbar mit derjenigen, welche der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.2.2007 zugrunde lag: Auch dort stand dem rechtlichen Vater, der die Kenntnis der Abstammung des Kindes von ihm begehrte, vor allem das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber. Das Bundesverfassungsgericht ist in diesem Zusammenhang von einem Überwiegen der Interessen des Vaters und einer Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung eines statusfolgenlosen Abstammungsverfahrens ausgegangen¹⁷⁸⁶. In der vorliegend zu beurteilenden umgekehrten Situation, in der das Kind Kenntnis seiner Abstammung von einem oder mehreren Samenspendern verlangt, verhält es sich nicht anders. Bei vorhandener Aufklärung durch den Arzt streitet für den Samenspender nicht einmal sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, und wegen der in den medizinischen Bereich verlagerten Zeugung ist auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter nicht mehr im gleichen Maß betroffen wie bei der möglichen Offenbarung außereheli-

¹⁷⁸⁵ Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl 2006, 1392, 1397 unter Punkt 5.3.1.

¹⁷⁸⁶ BVerfGE 117, 202, 232; oben I.I.7.c.iii., S. 312 ff.; Betroffen war außerdem das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter, weil die Klärung, ob das Kind von dem Mann abstammt, der als rechtlicher Vater gilt, im Fall der Vaterschaft eines anderen Manns auch zu Einblicken in ihre Intimsphäre führt. Einen unzulässigen Eingriff hat das Bundesverfassungsgericht dennoch nicht gesehen, weil die Mutter dem rechtlichen Vater den Zugang zu ihrer Intimsphäre schon eröffnet habe (BVerfGE 117, 202, 233). Wie soeben gezeigt, ist dieser Bereich der Intimsphäre bei der artifiziellen Reproduktion aber ohnehin nicht betroffen (s. auch oben G.I.1.b., S. 159 f.).

cher geschlechtlicher Beziehungen zu dem vermuteten Vater. Das Abwägungsergebnis spricht deshalb an dieser Stelle erst recht für eine entsprechende Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines statusfolgenlosen Feststellungsanspruchs gegen den vermuteten Samenspender. Das Kind stattdessen auf die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft und die darauf folgende gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB zu verweisen, hätte den Verlust bisher bestehender unterhaltsrechtlicher und erbrechtlicher Ansprüche gegen den rechtlichen Vater und einen erheblichen Eingriff in die durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte rechtliche Familie zur Folge. Das Kind muss sich *de lege lata* zwischen der Geltendmachung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung und den soeben benannten Rechtspositionen entscheiden, ohne dass auf Seiten des Samenspenders ausreichend gewichtige Grundrechte einer statusfolgenlosen Feststellung entgegenstehen. Seit Inkrafttreten des neuen § 1600d Abs. 4 BGB am 1.7.2018 ist dem Kind die Möglichkeit zur Durchführung eines Statusverfahrens gegenüber dem Samenspender ohnehin genommen, wenn es durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung nach § 1a Nr. 9 TPG unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden ist, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG zur Verfügung gestellt wurde¹⁷⁸⁷.

(2) Die Eizellspende

Das zur medizinisch assistierten Zeugung unter Verwendung heterologen Samens gefundene Abwägungsergebnis lässt sich auf die Fälle der Eizellspende, welche ohnehin nur mit ärztlicher Unterstützung durchführbar sind, übertragen. In diesem Bereich kommt erschwerend noch hinzu, dass das Kind nach der geltenden Rechtslage nicht einmal auf ein Statusverfahren – Anfechtung der bestehenden rechtlichen Mutterschaft, Feststellung der Eizellspenderin als rechtliche Mutter – zurückgreifen kann, weil es ein solches Verfahren ausweislich der in § 1591 BGB enthaltenen Regelung nicht gibt.

Die vorhandenen Auskunftsansprüche gegen die rechtlichen Eltern und den behandelnden Arzt machen den Feststellungsanspruch nicht überflüssig. Zwar werden dem Kind bei Erfolg entsprechender Auskunftsverlangen Daten der als Spenderin in Betracht kommenden Frau

¹⁷⁸⁷ BGBl. I 2017, S. 2513, 2518.

oder Frauen zur Verfügung gestellt¹⁷⁸⁸, ob es sich dabei tatsächlich um den genetischen Elternteil handelt, kann endgültig aber nur durch ein Abstammungsgutachten geklärt werden¹⁷⁸⁹. Denn eine Amtsermittlung erfolgt in der reinen Auskunftsklage nicht¹⁷⁹⁰. Auch bei der Nennung nur eines Namens gibt es deshalb keine Gewähr für die Richtigkeit der Auskunft¹⁷⁹¹. Hinzu kommt, dass es im Zusammenhang mit der Eizellspende ein entsprechendes Spenderregister, wie es mit Inkrafttreten des Samenspenderegistergesetzes eingeführt werden soll, aufgrund des strafrechtlichen Verbots der Eizellspende im Inland nicht geben wird. Soweit Eizellspenden im Ausland in Anspruch genommen werden, ist von der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung abhängig, ob entsprechende Dokumentationspflichten oder sogar die Speicherung der Spenderdaten in zentral verwalteten Registern vorgesehen sind. Die Sicherheit der im Auskunfts- oder Einsichtsweg erlangbaren Informationen unterliegt deshalb – abhängig von der jeweiligen Rechts- und Tatsachenlage im Ausland – nicht unerheblichen Schwankungen, was zusätzlich für ein gesteigertes Interesse des Kindes an der statusfolgenlosen gerichtlichen Abstammungsfeststellung spricht. Dass bei fehlender Einwilligung der Spenderin in die Speicherung ihrer personenbezogenen Daten im Ausland ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung doch betroffen sein kann, führt aufgrund der soeben im Zusammenhang mit der Samenspende herausgestellten Gewichtung dieses Interesses im Verhältnis zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht zu einem anderen Ergebnis¹⁷⁹².

Die Normierung eines Verfahrens nach § 1598a BGB gegenüber der mutmaßlichen Eizellspenderin ist deshalb ebenfalls angezeigt. Der Anwendungsbereich des erweiterten Abstammungsfeststellungsverfahrens liefe auch nicht dadurch leer, dass ein Großteil der Eizellspenden von deutschen Frauen aufgrund des hierzulande herrschenden Verbots im Ausland in Anspruch genommen wird; denn soweit das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, kommt über Art. 19 Abs. 1

¹⁷⁸⁸ Vgl. zu Auskunftsansprüchen gegen den Arzt: OLG Hamm, NJW 2013, 1167; BGHZ 204, 54; Fink/Grün, NJW 2013, 1913 und eingehend oben G I.3., S. 163 ff.

¹⁷⁸⁹ Für die Einführung eines Klärungsanspruchs im Zusammenhang mit der Samenspende deshalb auch: Zypries/Zeeb, ZRP 2014, 54, 54.

¹⁷⁹⁰ Seidel in: MüKo⁵, § 1591 BGB, Rn. 23.

¹⁷⁹¹ Wellenhofer in: MüKo⁶, § 1591 BGB, Rn. 30.

¹⁷⁹² Denn die Spenderin trägt aufgrund der bewussten Beteiligung an der Zeugung menschlichen Lebens eine soziale und ethische Verantwortung, welche die Abwägung zugunsten des Kindes ausschlagen lässt – vgl. BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 54); und soeben I.1.8.b.iii (1), S. 331; vgl. auch BVerfGE 117, 202, 230 f.

S. 1 EGBGB deutsches Recht auch gegenüber im Ausland lebenden Eizellspenderinnen zur Anwendung¹⁷⁹³. Da es sich bei dem gerichtlichen Verfahren nach § 1598a Abs. 2 BGB gemäß § 169 Nr. 2 FamFG um eine Abstammungssache handelt¹⁷⁹⁴, besteht nach § 100 FamFG eine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, unter anderem wenn das Kind Deutscher ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat¹⁷⁹⁵. Das Kind könnte also, selbst wenn die in Anspruch Genommene ausländische Staatsbürgerin ist und im Ausland lebt, ein deutsches Gericht anrufen. In dem Rechtsstreit vor deutschen Gerichten ist die lex fori und damit deutsches Prozessrecht anwendbar. Die Beklagte wäre demnach unter den Voraussetzungen von § 178 FamFG verpflichtet, die zur Feststellung der Abstammung erforderlichen Untersuchungen, regelmäßig also die Entnahme einer Speichelprobe, zu dulden¹⁷⁹⁶. Lediglich die Frage, ob eine unberechtigte Verweigerung der Untersuchung im Wege der Rechtshilfe zwangsweise durchgesetzt werden kann, richtete sich nach dem Recht des ersuchten Staats¹⁷⁹⁷.

(3) Die Embryospende

Übertragen werden kann das gefundene Abwägungsergebnis schließlich auf den in Deutschland teilweise erlaubten Bereich der Embryospende¹⁷⁹⁸, weil die Interessenlage aller Beteiligten mit derjenigen bei Eizell- und Samenspenden vergleichbar ist. Trotz der selbst auferlegten Dokumentationspflichten des in Deutschland tätigen Netzwerks Embryospende¹⁷⁹⁹ kann dem Kind nur eine gerichtliche statusfolgenreiche Ab-

¹⁷⁹³ Vgl. zur Anknüpfung an Art. 19 Abs. 1 EGBGB für Feststellungsverfahren nach § 1598a BGB oben G.V.1., S. 181 f.

¹⁷⁹⁴ Rauscher in: Staudinger, § 1598a BGB, Rn. 37.

¹⁷⁹⁵ Rauscher in: Staudinger, Anhang zu § 1600d BGB, Rn. 68.

¹⁷⁹⁶ Zur Vaterschaftsfeststellung und bezogen auf die Parallelvorschrift in § 372a ZPO: BGH, NJW 1986, 2371, 2372; OLG Bremen, NJW-RR 2009, 876; zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs von § 178 FamFG und § 372a ZPO vgl. Engelhardt in: Keidel, § 178 FamFG, Rn. 2.

¹⁷⁹⁷ OLG Bremen, NJW-RR 2009, 876, 877; vgl. Art. 13 der Verordnung [EG] Nr. 1206/2001 des Rats vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen.

¹⁷⁹⁸ Vgl. oben C.II.6., S. 56.

¹⁷⁹⁹ Vgl. dazu Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 21 f. und https://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 3 f., eingesehen am 25.1.2018.

stammungsklärung die letzte Sicherheit über seine leibliche Abstammung von den Spendern des Embryos geben.

9. Das Ergebnis

Insgesamt kann zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung festgehalten werden, dass es auch im Angesicht einzelner fortbestehender Streitfragen als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kaum mehr grundsätzlich in Frage gestellt wird und allgemeine Anerkennung gefunden hat¹⁸⁰⁰. Einigkeit besteht weiterhin darüber, dass das Grundrecht aus Sicht des Kindes nicht nur die Kenntnis der väterlichen, sondern auch der mütterlichen Abstammung einschließt¹⁸⁰¹. Dazu kann aufgrund der Epigenetik sogar die Kenntnis von der Geburtmutter zählen, zu der ansonsten keine genetische Verbindung besteht¹⁸⁰². Eine Erstreckung des Kenntnisrechts auf die Spenderin mitochondrialer DNA ist nach dem gegenwärtigen Stand der Erkenntnis nicht erforderlich¹⁸⁰³.

Im Hinblick auf die aus dem Grundrecht resultierenden Schutzpflichten bestehen aber noch Umsetzungsdefizite des Gesetzgebers. Die Analyse der vorhandenen Rechtsprechung macht deutlich, dass – die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt – eine Verpflichtung der Legislative besteht, Kindern einen § 1598a BGB entsprechenden Klärungsanspruch gegenüber Keimzellspendern zur Verfügung zu stellen. Die Erweiterung sollte nicht nur die Fälle der Eizellspende erfassen, sondern sich auch auf den Bereich der Samen- und Embryospende erstrecken, selbst wenn insoweit entweder bereits jetzt oder jedenfalls in Zukunft entsprechende Register mit hoher Zuverlässigkeit Auskunft über die Identität des Spenders oder der Spender geben können. Denn ungeachtet der im Einzelfall immer möglichen fehlerhaften Dokumentation (vgl. auch § 7 Abs. 3 SaRegG)¹⁸⁰⁴ ist für all diejenigen in der Ver-

¹⁸⁰⁰ DiFabio in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 212–214; D. Lorenz in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 243–245; Murswiek in: Sachs GG, Art. 2 GG, Rn. 75a; Budzikiewicz in: Jauernig, Vorbemerkungen § 1591 BGB, Rn. 3; Diederichsen, Einf v § 1591 BGB, Rn. 2; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 2; Rauscher in: Staudinger, Einleitung zu §§ 1589–1600d BGB, Rn. 116; E. Hammermann in: Erman, Vor § 1598a BGB, Rn. 1; Schwab, Familienrecht, Rn. 659, 721 ff.

¹⁸⁰¹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 27; Spickhoff in: Streit um die Abstammung, S. 13, 27 f.; Dethloff, Familienrecht, § 10, Rn. 96; Wolf, FuR 1998, 392, 396.

¹⁸⁰² Oben I.1.8.a.i., S. 324 ff.

¹⁸⁰³ Oben I.1.8.a.ii., S. 326 f.

¹⁸⁰⁴ Ein Feststellungsverfahren aufgrund der Neuregelung für überflüssig haltend: BT-Drs. 18/11291, S. 35. Auf die Möglichkeit von Dokumentationsfehlern wurde in diesem Zu-

gangenheit liegenden Fälle, in denen eine Eintragung in entsprechenden Registern noch nicht erfolgt ist und die Betroffenen weiter auf die gerichtliche Geltendmachung von Auskunftsansprüchen angewiesen sind, ein erhöhter Klärungsbedarf aufgrund der aufgezeigten Defizite bei der gerichtlichen Durchsetzung von Auskunftsansprüchen¹⁸⁰⁵ nicht von der Hand zu weisen.

Im Hinblick auf die Einführung eines korrespondierenden Anspruchs der genetischen, aber nicht rechtlichen Eltern gegenüber dem Kind lässt sich eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers nicht begründen; denn der genetische Vater kann insoweit grundsätzlich auf das Anfechtungs- und Feststellungsverfahren verwiesen werden¹⁸⁰⁶. Das gleiche gilt auch für die Mutterschaft, wenn auf der Grundlage der oben gewonnenen Erkenntnisse¹⁸⁰⁷ ein Anfechtungs- und Feststellungsverfahren für diesen Bereich eingeführt wird. Allerdings verzichten Spender aufgrund ihrer Mitwirkung an der konsentierten heterologen Befruchtung konkludent auf ihr Anfechtungsrecht, wenn der Spende eine Abrede zugrunde liegt, wonach ausschließlich die rechtliche Vaterstellung eines anderen Manns (oder Mutterstellung einer anderen Frau im Fall der Eizellspende) begründet werden soll¹⁸⁰⁸. Daraus folgt, dass dem Spender oder der Spenderin auch kein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse zusteht, die biologische Elternschaft ohne Übernahme der elterlichen Verantwortung festgestellt zu erhalten¹⁸⁰⁹. Dem entspricht es, wenn von Seiten der rechtlichen Eltern gegenüber dem Samenspender nach § 11 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 S. 1 und 3 S. 1 des am 1. Juli 2018 in Kraft getretenen Samenspenderregistergesetzes keine auf das gezeugte Kind bezogenen Auskunftspflichten bestehen.

Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung eines allgemeinen, von der Anwendung von Methoden assistierter Reproduktion unabhängigen Klärungsanspruchs gegen vermutete Elternteile lässt sich nicht

sammenhang aber nicht eingegangen. Hervorgehoben hat diese zur Begründung eines Klärungsanspruchs des Kindes gegen den vermuteten leiblichen Vater in den Fällen der artifiziellen Insemination aber der Arbeitskreis Abstammungsrecht. Der Klärungsanspruch soll sich nach Auffassung des Arbeitskreises in den Fällen der Eizell- und Embryospende auch gegen die vermutete genetische Mutter richten. (BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 86, Thesen 84, 86).

¹⁸⁰⁵ Oben G.VI., S. 183 f.

¹⁸⁰⁶ BVerfG, NJW 2009, 423 und nachfolgend EGMR, Urt. v. 5.11.2013 – 26610/09, FamRZ 2014, 1257 (Hülsmann) zur Vaterschaft.

¹⁸⁰⁷ H.II.2., S. 204 ff.

¹⁸⁰⁸ Vgl. BGHZ 197, 242, 246 (Rn. 16, 21 f.).

¹⁸⁰⁹ Vgl. BVerfG, NJW 2009, 423, 424 und BGH, NZFam 2018, 76 zu dem Ausschluss der Anfechtbarkeit der Vaterschaft auf der Grundlage von § 1600 Abs. 2 und 3 BGB.

ohne weiteres begründen¹⁸¹⁰. Im Rahmen seines Gestaltungsspielraums könnte der Gesetzgeber aber auch einen derartigen weitergehenden Klärungsanspruch schaffen, was angesichts der geäußerten Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2016¹⁸¹¹ durchaus wünschenswert wäre.

II. Art. 8 EMRK

1. Die Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts

In der Entscheidung zur Frage, ob sich aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung eine Pflicht des Gesetzgebers ergibt, dem Kind ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, in welchem es rechtsfolgenlos die Klärung der Abstammung von einem vermuteten leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater verlangen kann, analysierte das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des EGMR. Danach soll sich, auch unter Berücksichtigung der EMRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung und die Reichweite der Grundrechte, keine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers ableiten lassen¹⁸¹².

Das Bundesverfassungsgericht erkennt insoweit zwar an, dass von dem in Art. 8 EMRK verankerten Recht auf Achtung des Privatlebens auch das Recht auf Identität umfasst ist¹⁸¹³. Zu diesem gehöre das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, nach dem es für die Betroffenen möglich sein soll, notwendige Informationen über wesentliche Aspekte der eigenen Identität und derer seiner Eltern zu erhalten¹⁸¹⁴. Die meisten der zitierten Entscheidungen hielt das Bundesverfassungsgericht ihrem Gegenstand nach aber nicht für unmittelbar relevant¹⁸¹⁵. Abgegrenzt

¹⁸¹⁰ BVerfGE 141, 186.

¹⁸¹¹ Oben I.1.7.c.viii.(2)., S. 321 ff.

¹⁸¹² BVerfGE 141, 186, 218.

¹⁸¹³ BVerfGE 141, 186, 218.

¹⁸¹⁴ BVerfGE 141, 186, 218 f. unter Verweis auf EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145, 2147 (Rn. 42); vgl. auch Nettesheim in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 8 EMRK, Rn. 22.

¹⁸¹⁵ In der Rechtssache Mikulic (EGMR, Urt. v. 7.2.2002 – 53176/99, BeckRS 2014, 21335) sei es um die Vaterschaftsfeststellung, nicht die isolierte Abstammungsklä rung gegangen; in der Rechtssache Odièvre (EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98, NJW 2003, 2145) habe sich der EGMR im Zusammenhang mit der anonymen Geburt mit der Frage der behördlichen Vorenthaltung von Personenstandsurkunden beschäftigt; im Verfahren Pascaud (EGMR, Urt. v. 16.6.2011 – 19535/08, NJW 2012, 2015) sei es um die fehlende Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung der Vaterschaft nach dem Tod

wurde auch zur Rechtssache Jäggi. In diesem Fall hatte der EGMR die Exhumierung des Vaters zur Abstammungsfeststellung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig gehalten¹⁸¹⁶. Das Bundesverfassungsgericht sah den maßgeblichen Unterschied darin, dass einer Abstammungsfeststellung nach dem Tod des vermuteten Vaters keine gewichtigen Persönlichkeitsinteressen mehr entgegenstünden¹⁸¹⁷. Außerdem verwies das oberste Gericht auf die Rechtssache Kautzor¹⁸¹⁸, mit welcher der EGMR festgestellt habe, dass die Entscheidung Deutschlands, eine gesonderte statusunabhängige genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung eines Kindes nicht zu gestatten, innerhalb des staatlichen Ermessensspielraums gelegen habe.

2. Die Abwägung unter Berücksichtigung der Vorgaben des EGMR

Die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts zu dem sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Recht auf Achtung der Privatsphäre lässt sich nicht aufrechterhalten, wenn die Frage nach der Abstammungsklärung auf den Bereich der Feststellung des Gametenspenders nach artifizierlicher Reproduktion verengt wird.

Der EGMR entnimmt Art. 8 EMRK nicht nur ein Abwehrrecht, es sollen daneben auch positive Verpflichtungen („positive obligations“) der Staaten bestehen, die Maßnahmen zum Schutz des Privatlebens erforderlich machen können¹⁸¹⁹. Soweit es in diesem Zusammenhang um die Regelung der Beziehungen zwischen Privatpersonen geht, kommt den

des Vaters und nicht um die isolierte Abstammungsklärung gegangen; in der Rechtssache Godelli (EGMR, Urt. v. 25.9.2012 – 33783/09, BeckRS 2013, 21146) schließlich habe der EGMR die absolute Weigerung der Behörden beanstandet, der dortigen Beschwerdeführerin Einblick in ihre persönliche Herkunft zu gewähren, ohne danach zu differenzieren, ob die Mutter weiterhin ihre Identität geheim halten wolle oder nicht, die statusfolgenreiche Abstammungsfeststellung erfolge aber gerade gegen den Willen des vermuteten biologischen Vaters (BVerfGE 141, 186, 218 f.).

¹⁸¹⁶ Der Betroffene musste ein Interesse an der Feststellung der Vaterschaft nachhaltig unter Beweis gestellt haben, wohingegen die Familie des Verstorbenen für die Weigerung, eine Exhumierung durchzuführen zu lassen, keine überzeugenden Motive vorgebracht haben durfte (EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), FamRZ 2006, 1354).

¹⁸¹⁷ BVerfGE 141, 186, 219.

¹⁸¹⁸ EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1940, (Rn. 78 ff.).

¹⁸¹⁹ EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145, 2147 (Rn. 40); eingehend zur Klassifizierung der „positive obligations“ in verschiedene Kategorien: Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 19, Rn. 2; am ehesten sind mit den Schutzpflichten i.S.d. deutschen Rechts die sog. „obligations to secure“ gleichzusetzen – Gersdorf in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 8 EMRK, Rn. 7.

Staaten ein Ermessensspielraum bei der Umsetzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens zu. Sein Umfang ist nicht nur von den betroffenen Rechten selbst, sondern auch von der Natur der geltend gemachten Interessen abhängig¹⁸²⁰. Zu beachten ist insoweit, dass das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung einen integralen Bestandteil des Rechts auf Achtung des Privatlebens darstellt¹⁸²¹. Die Informationen über die eigene Abstammung bilden auch nach der Rechtsprechung des EGMR einen wesentlichen Aspekt der persönlichen Identität¹⁸²². Die entgegenstehenden Interessen Dritter, welche sich einer Abstammungsuntersuchung verweigern, müssen aber ebenfalls Berücksichtigung finden¹⁸²³. Dennoch kann der Ermessens- und Gestaltungsspielraum im Einzelfall, ebenso wie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁸²⁴, so verengt sein, dass dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung der Vorrang einzuräumen ist¹⁸²⁵.

Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass das oben zur Grundrechtslage gefundene Abwägungsergebnis hinsichtlich der statusfolgenlosen Feststellung der vermuteten genetischen Mutter oder des vermuteten genetischen Vaters durch ein im Wege der artifiziellen Reproduktion mit gespendeten Gameten gezeugtes Kind¹⁸²⁶ an dieser Stelle nicht anders ausfällt, wenn zusätzlich die Vorgaben aus der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR Berücksichtigung finden. Denn ebenso wie in der Rechtssache Jäggi¹⁸²⁷ stehen dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung keine ausreichend gewichtigen Drittinteressen

¹⁸²⁰ EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), Rn. 36 f.; EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145, 2147 (Rn. 46).

¹⁸²¹ EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), Rn. 37.

¹⁸²² EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), Rn. 38; EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145, 2147 (Rn. 42).

¹⁸²³ EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), Rn. 38; EGMR, Urt. v. 13.2.2003 – 42326/98 (Odièvre), NJW 2003, 2145, 2147 (Rn. 42); Urt. v. 7.2.2002 – 53176/99 (Mikulic), BeckRS 2014, 21335, Rn. 64.

¹⁸²⁴ BVerfGE 117, 202, 227 ff.; vgl. auch BVerfGE 141, 186, 205.

¹⁸²⁵ EGMR, Urt. v. 13.7.2006 – 58757/00 (Jäggi), Rn. 38–44: Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung des Antragstellers überwiegt die Interessen der anderen Beteiligten. Der verstorbene Vater werde durch die Entnahme einer DNA-Probe nicht in seinen Rechten verletzt, seine Angehörigen hätten keine religiösen oder philosophischen Gründe vorgebracht, welche aus ihrer Sicht gegen die Probenentnahme gesprochen hätten, und auch das öffentliche Interesse am Schutz der Rechtssicherheit genüge nicht, um die Rechte des Antragstellers auf Kenntnis seiner Abstammung einzuschränken. Dementsprechend hätten die schweizerischen Behörden mit der Ablehnung der Exhumierung sein Recht auf Schutz des Privatlebens, das ihm die EMRK garantiere, nicht respektiert. Daraus folge eine Verletzung von Art. 8 EMRK.

¹⁸²⁶ Oben I.1.8.b.iii., S. 330 ff. und 9., S. 336 ff.

¹⁸²⁷ Vgl. soeben Fn. 1825.

gegenüber: Das Recht der Gametenspender auf Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre in der Form, geschlechtliche Beziehungen nicht offenbaren zu müssen, ist – wie gezeigt – wegen der Verlagerung des Zeugungsakts in den medizinischen Bereich nicht betroffen¹⁸²⁸. Jedenfalls soweit Dokumentationspflichten bestehen und eine entsprechende Einwilligung des Gametenspenders vorliegt, gilt das auch hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹⁸²⁹. Ist letzteres im Einzelfall aufgrund etwaiger im Ausland bestehender Anonymitätsregelungen doch betroffen, überwiegen die Interessen des Kindes, weil die Spenderin (oder der Spender) aufgrund der bewussten Beteiligung an der Zeugung menschlichen Lebens eine soziale und ethische Verantwortung trägt, welche die Abwägung zugunsten des Kindes ausschlagen lässt¹⁸³⁰.

Der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts auf die Entscheidung Kautzor, soweit sich daraus ergebe, dass die Nichtgestattung einer gesonderten statusunabhängigen genetischen Untersuchung zur Klärung der Abstammung eines Kindes innerhalb des staatlichen Ermessensspielraums liege¹⁸³¹, wird zumindest den Besonderheiten der hiesigen Problematik nicht gerecht. Zunächst ging es in Kautzor um einen Feststellungsanspruch des genetischen Vaters gegenüber seinem Kind und nicht des Kindes gegenüber dem vermuteten Vater. Zu ersterem hatte das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt, dass der leibliche Vater ausschließlich den Weg über das Anfechtungsverfahren beschreiten können soll, weil nur so gewährleistet sei, dass er auch Verantwortung für das Kind übernehme¹⁸³². Dargelegt wurde für den umgekehrten Fall der Geltendmachung eines statusfolgenlosen Anspruchs auf Abstammungsklärung durch das Kind, dass der in diesem Zusammenhang denkbare Verweis des Kindes auf das Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach § 1600d BGB die vorherige Anfechtung der bestehenden rechtlichen Vaterschaft voraus-

¹⁸²⁸ Oben I.1.8.b.iii.(1), S. 330 f.

¹⁸²⁹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist in der EMRK ebenfalls in dem in Art. 8 EMRK enthaltenen Recht auf Achtung der Privatsphäre verankert (Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22, Rn. 11).

¹⁸³⁰ Vgl. BGHZ 204, 54, 70 (Rn. 54) sowie BVerfGE 117, 202, 230 f.; vgl. auch Urt. v. 7.2.2002 – 53176/99 (Mikulic), BeckRS 2014, 21335, Rn. 64 f., wonach die kroatischen Regelungen, nach denen der Vater nicht zur Abgabe einer DNA-Probe verpflichtet werden konnte, keinen angemessenen und verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und demjenigen des Vaters, sich einem DNA-Test nicht unterziehen zu müssen (m.a.W. seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung), hergestellt haben.

¹⁸³¹ BVerfGE 141, 186, 220 bezugnehmend auf EGMR, Urt. v. 22.3.2012 – 23338/09 (Kautzor), NJW 2013, 1937, 1940 (Rn. 79).

¹⁸³² BVerfG, NJW 2009, 423 f.; BT-Drs. 16/6561, S. 12.

setzt, was nicht nur den Verlust bisher bestehender unterhaltsrechtlicher und erbrechtlicher Ansprüche nach sich zöge¹⁸³³, sondern auch in den vom Bundesverfassungsgericht selbst angeführten¹⁸³⁴ Schutz der rechtlichen Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG eingriffe¹⁸³⁵. Zusätzlich gibt es in Bezug auf die Mutterschaft noch nicht einmal einen Anspruch, auf den das Kind de lege lata verwiesen werden könnte. Aus den relativ allgemein gehaltenen Ausführungen des EGMR zur Rechtssache Kautzor ergeben sich dementsprechend keine Rückschlüsse darauf, wie der EGMR die Frage nach einem statusfolgenlosen Feststellungsanspruch des Kindes gegenüber vermuteten Gametenspendern beantworten würde.

3. Das Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der EGMR dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, welches er dem in Art. 8 EMRK verankerten Recht auf Achtung der Privatsphäre zuordnet, eine ähnlich hohe Bedeutung beimisst wie das Bundesverfassungsgericht. Auch in Bezug auf die Ableitung von Schutzpflichten und die insoweit erforderliche Interessenabwägung bestehen Parallelen. Selbst wenn den Mitgliedstaaten ein weitgehender Spielraum bei der Wahl der Mittel zur Umsetzung von Schutzpflichten zugestanden wird, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber nach der Konvention zur Erfüllung bestimmter Schutzpflichten berufen sein kann¹⁸³⁶. Angesichts der dargestellten Interessenlage der Parteien und aufgrund der fehlenden Möglichkeit, das Klärungsinteresse außerhalb eines gesetzlich geregelten Verfahrens durchzusetzen¹⁸³⁷, kann auch unter besonderer Berücksichtigung der EMRK und der Vorgaben aus der Rechtsprechung des EGMR davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, dem Kind ein Verfahren zur statusfolgenlosen Klärung und Feststellung der Abstammung von seinen vermuteten genetischen Eltern im Fall der medizinisch assistierten Zeugung unter Verwendung gespendeter Gameten zur Verfügung zu stellen.

¹⁸³³ So bereits Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 63.

¹⁸³⁴ BVerfGE 141, 186, 214.

¹⁸³⁵ Löhnig/Plettenberg/Runge-Rannow, NZFam 2016, 408, 409; vgl. auch Heiderhoff, NJW 2016, 1918, 1920; oben I.I.7.c.viii.(2), S. 321 ff.

¹⁸³⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, § 19, Rn. 4.

¹⁸³⁷ Vgl. BVerfGE 117, 202, 228 f.

J. Die Zusammenfassung und das Ergebnis zur Rechtslage *de lege lata*

Die Analyse der bestehenden Rechtslage hat an verschiedenen Stellen im Gesetz Defizite aufgezeigt. Dabei sind abhängig von der verwendeten Methode der assistierten Reproduktion unterschiedliche Grundrechte betroffen. Während es im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft vordergründig um das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Recht von genetischer Wunschmutter und dem von ihr abstammenden Kind geht, rechtlich einander zugeordnet zu werden, steht in Fällen der Eizell- und Embryospende das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung im Vordergrund. Drei wesentliche Erkenntnisse haben sich herauskristallisiert:

I. Zur Leihmutterschaft

1. Die rechtliche Zuordnung des Kindes

Im Inland gilt § 1591 BGB. Danach wird das Kind der gebärenden Leihmutter rechtlich zugeordnet. Werden Leihmütter aufgrund der hierzulande anwendbaren strafrechtlichen Verbote durch die Wunscheltern im Ausland in Anspruch genommen, ist die Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft davon abhängig, ob eine ausländische gerichtliche Entscheidung vorliegt, die gemäß §§ 108, 109 FamFG anerkannt werden kann oder nicht. Im ersteren Fall bereitet die Anerkennung unter den vom BGH¹⁸³⁸ aufgestellten Voraussetzungen keine größeren Probleme mehr¹⁸³⁹. Liegt eine anerkennungsfähige ausländische Entscheidung aber nicht vor, bestimmt sich die Mutterschaft nach dem gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbaren Recht. Insoweit besteht das Problem, dass vor Ablauf eines halben Jahrs häufig noch kein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Ausland und – mangels einer physischen Anwesenheit vor Ort – auch noch nicht in Deutschland begründet wird, so dass eine Anknüpfung an Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB bis zum Ablauf von fünf oder sechs Monaten nicht möglich ist¹⁸⁴⁰. Hinzu kommt, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB, soweit dort an das Heimatrecht des Elternteils oder die allge-

¹⁸³⁸ BGHZ 203, 350; BGH, NZFam 2018, 983.

¹⁸³⁹ Vgl. eingehend oben E.IV., S. 92 ff.

¹⁸⁴⁰ Oben E.V.1.b., S. 102 und E.V.6.c.ii.(2), S. 127 ff.

meinen Ehwirkungen angeknüpft wird, nur relativ und im Verhältnis zur jeweils als Mutter in Betracht kommenden Frau Anwendung finden. Das kann dazu führen, dass das Kind keiner Frau positiv zugeordnet wird, namentlich wenn bei noch nicht begründetem gewöhnlichen Aufenthalt im Geburtsland das Heimatrecht der deutschen Wunschmutter und ihr Ehwirkungsstatut die rechtliche Mutterschaft der ausländischen Leihmutter zuweisen und umgekehrt das Heimatrecht der ausländischen Leihmutter und ihr Ehwirkungsstatut die rechtliche Mutterschaft der deutschen Wunschmutter begründen¹⁸⁴¹.

Vorgeschlagen wird deshalb eine Ergänzung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB dergestalt, dass auch an den einfachen Aufenthalt des Kindes angeknüpft werden kann, wenn ein gewöhnlicher Aufenthalt nicht ermittelbar ist. Diese bereits aus Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB im Zusammenhang mit dem Personalstatut Staatenloser bekannte Erweiterung der Vorschrift ermöglichte in jedem Fall, auch vor Ablauf von sechs Monaten, eine positive Zuordnung der Mutterschaft und käme dem Kindeswohl auf diese Weise zugute¹⁸⁴².

2. Die Anfechtbarkeit der Mutterschaft

§ 1591 BGB schließt die Anfechtung der einmal begründeten rechtlichen Mutterschaft aus und verfolgt damit vordergründig das Ziel, gespaltene Mutterschaften zu verhindern: Die Eizellspenderin soll nicht als rechtliche Mutter festgestellt werden können, und Leihmutterchaften, auch solche, deren Verlagerung ins Ausland zur Umgehung inländischer Strafvorschriften angestrebt wird, sollen präventiv verhindert werden.

Durch den Ausschluss der Anfechtbarkeit beeinträchtigt der Gesetzgeber das von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Interesse der genetischen Mutter, die rechtliche Stellung als Mutter und das korrespondierende Interesse des Kindes, die rechtliche Stellung als Kind seiner genetischen Mutter einzunehmen¹⁸⁴³. Diese von einer ausgestaltenden gesetzlichen Regelung ausgehende Beeinträchtigung ist nicht durch die damit verfolgten Ziele gerechtfertigt.

Soweit dadurch die noch nicht gezeugten Kinder präventiv vor aus der Leihmutterchaft resultierenden Beeinträchtigungen geschützt wer-

¹⁸⁴¹ Oben E.V.2. und 3., S. 110 ff. sowie E.V.6.c.ii.(2), S. 127 ff.

¹⁸⁴² Oben E.V.6.c.ii.(2), S. 127 ff. und E.VI., S. 136 ff.

¹⁸⁴³ Oben H.II.2.b. und c., S. 205 ff. sowie d.ii., S. 211 f.; vgl. auch BVerfGE 108, 82, 108.

den sollen, ist § 1591 BGB schon als nicht geeignet anzusehen, weil vor Drittbeeinträchtigungen nicht dadurch geschützt werden kann, dass die Entstehung des zu schützenden Rechtssubjekts verhindert wird¹⁸⁴⁴.

Im Hinblick auf die anderen mit der Regelung verfolgten Ziele stehen mildere Mittel zur Verfügung: Sozial-familiäre Bindungen zwischen der Leihmutter und dem Kind, wie sie sich aus psychosozialen Bindungen während der Schwangerschaft entwickeln können, lassen sich durch einen auf diese Konstellationen beschränkten, mit § 1600 Abs. 2, 3 BGB vergleichbaren Anfechtungsausschluss schützen. Auch der dem Kindeswohl dienende Ausschluss der Anfechtung in den Fällen der Eizell- und Embryospende kann, dem Vorbild von § 1600 Abs. 4 BGB entsprechend, auf diese Fälle beschränkt werden. Die klare Zuordnung des Kindes nach der Geburt erfordert ebenfalls nicht die Unanfechtbarkeit; eine anfechtbar ausgestaltete Vermutungsregelung ist insoweit als milderer Mittel ausreichend¹⁸⁴⁵.

Hinsichtlich des mit § 1591 BGB intendierten präventiven Schutzes der Leihmutter muss differenziert werden. Im Inland ist aus Sicht der Wunscheltern bereits ein milderer Mittel in Form der die Leihmutter-schaft unter Strafe stellenden Vorschriften aus dem Embryonenschutzgesetz und dem Adoptionsvermittlungsgesetz (§§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 ESchG sowie §§ 13a – 13d, 14b AdVermiG) vorhanden. Vor allem die an Ärzte und andere Angehörige der Heilberufe gerichteten Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes machen es Wunscheltern praktisch unmöglich, die in jedem Fall der Leihmutterschaft erforderliche ärztliche Hilfe erlangen zu können. Mit der Herausnahme der Wunscheltern aus der Strafbarkeit (§ 1 Abs. 3 ESchG und 14b Abs. 3 AdVermiG) haben sie außerdem keine über die vorbenannten Auswirkungen hinausgehenden Nachteile zu befürchten. Im Ausland existieren, soweit dort die Leihmutterschaft zugelassen ist, vergleichbare Strafvorschriften nicht. Die inländischen Normen erfassen de lege lata keine Auslandstaten von potentiellen Wunscheltern. Deshalb wird § 1591 BGB auch als die einzige Möglichkeit erachtet, dem Fortpflanzungstourismus in das Ausland generalpräventiv entgegenzuwirken¹⁸⁴⁶. Allerdings erstrecken sich die sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten auf ausländische Staatsbürger so lange nicht, wie sie mit der Territorialhoheit des deutschen Staats nicht in Berührung gelangen¹⁸⁴⁷. Für das mehrpolige Verfassungsverhältnis,

¹⁸⁴⁴ Vgl. oben H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹⁸⁴⁵ Oben H.2.e.iv.(1), S. 223 ff.

¹⁸⁴⁶ Rauscher in: Staudinger, § 1591 BGB, Rn. 14; BGHZ 203, 350, 364 (Rn. 46).

¹⁸⁴⁷ Oben H.II.e.iv.(2)(b)(i) und (ii), S. 227 ff.

welches zwischen dem Störer (in unserem Fall den deutschen Wunscheltern), dem Opfer (der ausländischen Leihmutter) und dem Staat als Grundrechtsverpflichteten besteht, folgt daraus, dass ein Eingriff in die Grundrechte des Störers nicht mit gegenüber dem Opfer bestehenden Schutzpflichten gerechtfertigt werden kann, wenn das Opfer selbst nicht Grundrechtsträger ist und sich deshalb gegenüber dem deutschen Staat nicht auf Schutzpflichten berufen kann. Schutz muss insoweit der Heimatstaat der Leihmutter gewähren; denn auch die deutschen Wunscheltern unterliegen, solange sie sich dort aufhalten, seiner Territorialhoheit¹⁸⁴⁸. Abgesehen davon steht als milderes Mittel de lege ferenda die Schaffung einer Strafnorm, welche die Inanspruchnahme einer Leihmutter durch die Wunscheltern unter Strafe stellt, und eine mit § 5 Nr. 9 b StGB vergleichbare Erstreckung dieser Strafnorm auf Auslandstaten zur Verfügung, auch wenn dieser Weg auf ähnliche Bedenken stößt, wie sie der generalpräventiven Wirkung von § 1591 BGB ins Ausland hinein entgegenstehen¹⁸⁴⁹.

Nicht aufgrund einer Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG¹⁸⁵⁰, aber wegen einer ansonsten nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung, ist dem im Wege einer Eizell- und Embryospende gezeugten Kind (anders als seinen rechtlichen und genetischen Eltern) außerdem ein mit § 1600 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 BGB vergleichbares Anfechtungsrecht in Bezug auf die Mutterschaft einzuräumen¹⁸⁵¹. Im Übrigen ergibt sich die Verfassungswidrigkeit des Anfechtungsausschlusses in den Fällen der Leihmutterschaft nicht nur aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern auch aus den Gleichheitsrechten¹⁸⁵².

II. Zur statusfolgenlosen Feststellung der genetischen Mutterschaft durch das Kind

Abgesehen von der bei Eizell- und Embryospenden allein unter Gleichheitsgesichtspunkten notwendigen Einräumung eines Anfechtungsrechts für das Kind hinsichtlich der Mutterschaft liegt der Schwerpunkt auf die-

¹⁸⁴⁸ Oben H.II.e.iv.(2)(b)(iii) und (iv), S. 230 ff.

¹⁸⁴⁹ Eingehend oben H.II.2.e.iv.(2)(b)(v), S. 232 ff.

¹⁸⁵⁰ Vgl. oben H.II.2.d.i., S. 211.

¹⁸⁵¹ Oben H.III.3.b., S. 247 ff.; lediglich im Zusammenhang mit Eizell- und Embryospenden ausdrücklich erwogen und verworfen wurde die Einführung einer Anfechtungsregelung durch: BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 36, These 4.

¹⁸⁵² Oben H.III.3.d. und e., S. 255 ff.

sem Gebiet der medizinisch assistierten Reproduktion bei dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. Dem der Wunschmutter zugeordneten Kind muss die Möglichkeit eröffnet werden, seine genetische Mutter zu kennen. Dazu dienen Auskunftsansprüche, welche gegenüber der rechtlichen Wunschmutter und dem Arzt geltend gemacht werden können. Diese bieten allerdings bei weitem keine ausreichende Sicherheit¹⁸⁵³. Deshalb muss es dem Kind möglich sein, von Frauen, welche nach der Auskunft als genetische Mutter in Betracht kommen, die Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung zu verlangen. Gezeigt wurde, dass mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung entsprechende Schutzpflichten einhergehen, aus denen sich eine Verpflichtung des Gesetzgebers ergeben kann, dem Kind einen entsprechenden Klärungsanspruch zur Verfügung zu stellen. Die insoweit erforderliche Abwägung zwischen dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auf Seiten des Klärungsberechtigten und den grundrechtlich geschützten Interessen des Klärungsverpflichteten führt allerdings nur in Ausnahmefällen zu einer Verengung des dem Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraums dergestalt, dass Handlungspflichten der Legislative hervorgerufen werden. Bejaht hatte das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers, soweit es um die Klärung der Abstammung eines Kindes von dem rechtlichen Vater ging¹⁸⁵⁴, verneint hingegen für die umgekehrte Konstellation, in der ein Kind von dem vermuteten genetischen, aber nicht rechtlichen Vater die Einwilligung in die Abstammungsuntersuchung begehrte¹⁸⁵⁵. Eingehend nachgewiesen wurde, dass dem Klärungsinteresse des Kindes in den Fällen der Eizell-, Embryo- und Samenspende aufgrund der Verlagerung der Fortpflanzung in den medizinischen Bereich keine vergleichbar gewichtigen Interessen auf Seiten der vermuteten genetischen Elternteile gegenüberstehen und deshalb eine Verpflichtung des Gesetzgebers besteht, § 1598a BGB so zu erweitern, dass mit Methoden der assistierten Fortpflanzung gezeugte Kinder von den Gametenspendern, welche sie als leibliche Eltern vermuten, die Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung verlangen können¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁵³ Oben I.1.8.b.iii.(2), S. 333 ff.

¹⁸⁵⁴ BVerfGE 117, 202.

¹⁸⁵⁵ BVerfGE 141, 186.

¹⁸⁵⁶ Oben I.1.8.b.iii., S. 330 ff.; Dieses Ergebnis entspricht den Empfehlungen des Arbeitskreises Abstammungsrecht (BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 86, Thesen 84 und 86).

K. Die Rechtslage de lege ferenda

Ausgehend von den herausgearbeiteten Ergebnissen muss entschieden werden, wie die Rechtslage de lege ferenda unter Berücksichtigung der Interessen aller jeweils Beteiligten ausgestaltet werden soll. Zu den drei wesentlichen Erkenntnissen sollen deshalb entsprechende Vorschläge herausgearbeitet werden. Jenseits der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus der Analyse des bestehenden Rechts soll auch darüber nachgedacht werden, ob aus rechtspolitischen Erwägungen heraus weitere Änderungen der Gesetzeslage angezeigt sind.

I. Die Erweiterung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB um den einfachen Aufenthalt

Die für notwendig befundene Erweiterung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB um den „einfachen“ oder „schlichten“ Aufenthalt, wie er in Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB verwendet wird¹⁸⁵⁷, bereitet gesetzestechnisch wenig Schwierigkeiten. Die Formulierung aus Art. 5 Abs. 2 a.E. EGBGB kann ohne inhaltliche Änderungen aufgegriffen werden, so dass Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB folgende Fassung erhalten könnte¹⁸⁵⁸:

„Die Abstammung eines Kindes unterliegt dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt *oder, mangels eines solchen, seinen Aufenthalt* hat.“

Innerhalb des Satzes 1 wäre der gewöhnliche Aufenthalt im Verhältnis zum schlichten Aufenthalt – ebenso wie bei Art. 5 Abs. 2 EGBGB¹⁸⁵⁹ – vorrangig anwendbar. Am Verhältnis der Gleichrangigkeit von S. 1 zu den Anknüpfungen in S. 2 und 3 änderte sich aber nichts, selbst wenn innerhalb des ersten Satzes nur der schlichte Aufenthalt zur Anwendung gelangen sollte. Dementsprechend wäre unter den drei Möglichkeiten die anwendbare Anknüpfung nach dem am Kindeswohl orientierten Günstigkeitsprinzip auszuwählen, wenn diese auf unterschiedliche Rechtsordnungen verweisen, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen¹⁸⁶⁰. We-

¹⁸⁵⁷ Verwendung findet diese Ersatzanknüpfung etwa auch in Art. 12 Abs. 1 des Staatenlosenübereinkommens und Art. 12 der Genfer Flüchtlingskonvention (v. Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 121).

¹⁸⁵⁸ Änderungen im Verhältnis zur bestehenden Rechtslage sind kursiv hervorgehoben.

¹⁸⁵⁹ Vgl. von Hein in: MüKo⁷, Art. 5 EGBGB, Rn. 103.

¹⁸⁶⁰ Vgl. zur geltenden Rechtslage: Helms in: MüKo⁷, Art. 19 EGBGB, Rn. 13; zum Einfluss des Kindeswohls auf das Günstigkeitsprinzip: OLG Karlsruhe, StAZ 2015, 182, 183; BayOblG, NJW-RR 2002, 1009, 1010; OLG Schleswig, NJW-RR 2003, 581, 582;

gen der nur relativen Anwendbarkeit der in den S. 2 und 3 enthaltenen Anknüpfungen auf die jeweils als Mutter in Betracht kommende Frau (Geburtsmutter oder Wunschmutter) und der mehrfach dargestellten Konsequenz, dass die Anwendung des Heimatrechts von Wunsch- und Leihmutter nicht selten dazu führen wird, dass keiner der beiden Frauen die Mutterschaft positiv zugewiesen wird, verbliebe es aus Kindeswohlgründen bei der Anwendung von S. 1, der aufgrund seiner Erweiterung sicherstellte, dass das Recht des Geburtsstaats zur Anwendung gelangen kann. Dass es sich dabei in der Regel um ein Land handeln wird, in dem die Leihmutterschaft erlaubt ist und deshalb häufig die Wunschmutter als rechtliche Mutter des Kindes gelten wird¹⁸⁶¹, ist eher zufällige Folge der Notwendigkeit, dem Kind überhaupt eine rechtliche Mutter zur Seite zu stellen, die dazu noch im In- als auch im Ausland als solche rechtlich anerkannt ist.

II. Die Neuregelung der Mutterschaftsanfechtung

1. Die grundsätzlichen Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung der Mutterschaftsanfechtung

Festgestellt wurde, dass § 1591 BGB in den Fällen der Leihmutterschaft durch die Unanfechtbarkeit der rechtlichen Zuordnung des Kindes zur Leihmutter die Rechte des Kindes und der genetischen Mutter aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG¹⁸⁶² sowie Art. 3 Abs. 1 und 3 GG¹⁸⁶³ verletzt. Darüber hinaus ist Art. 3 Abs. 1 GG auch verletzt, soweit es Kindern aus Eizell- und Embryospenden nicht gestattet ist, die Mutterschaft anzufechten, obwohl die Anfechtung der Vaterschaft in den Fällen der Samen- und Embryospende möglich ist (§ 1600 Abs. 4 BGB)¹⁸⁶⁴. Dementsprechend muss über die Schaffung eines Anfechtungs- und Feststellungsverfahrens auch in Bezug auf die Mutterschaft nachgedacht werden. Auf der Grund-

vgl. noch zur alten Rechtslage BT-Drs. 10/5632, S. 43 zu Art. 20 EGBGB; Kropholler, Internationales Privatrecht, § 48 IV 1. f).

¹⁸⁶¹ Für eine entsprechende Reform mit diesem ausdrücklichen Ziel: Helms, FamRZ 2015, 245, 246; vgl. auch: BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 38 f., wonach für im Ausland rechtmäßig durchgeführte Leihmutterschaften zu regeln sei, unter welchen Voraussetzungen dem Kind im Inland der ihm nach ausländischem Recht zugeordnete Elternteil erhalten bleiben soll (These 6).

¹⁸⁶² Oben H.II.2., S. 204 ff.

¹⁸⁶³ H.III.3.d. und e., S. 255 ff. sowie 4., S. 259.

¹⁸⁶⁴ H.III.3.b., S. 247 ff.

lage der auf diesem Gebiet bereits zur Vaterschaft bestehenden Rechtslage und den bisher gewonnenen Erkenntnissen wird ein Regelungsvorschlag erarbeitet.

a. Die gesetzestechnische Ausgestaltung
der Vermutungsregelung

Gesetzestechnisch muss zunächst Beachtung finden, dass die gegenwärtige Regelung in § 1591 BGB keine Mutterschaftsvermutung enthält, sondern die Mutterschaft von vornherein und unverrückbar feststellt („ist die Frau“)¹⁸⁶⁵. Eine Abänderung müsste die Zuordnung der Mutterschaft deshalb zunächst auf dem Vermutungsweg regeln, bevor über eine Anfechtung der so begründeten rechtlichen Mutterschaft nachgedacht werden kann. Ob dafür allerdings tatsächlich eine Änderung des in § 1591 BGB enthaltenen Gesetzestexts erforderlich ist, erscheint angesichts der insoweit nicht weniger definitiven Zuweisungen der Vaterschaft durch § 1592 BGB („ist der Mann“) zweifelhaft. In Anlehnung an § 1600c Abs. 1 BGB genügt es deshalb, die Vermutung, dass das Kind von der Frau abstammt, die es geboren hat, im Zusammenhang mit dem zu regelnden Anfechtungsverfahren festzuschreiben. Die Ausgestaltung der Mutterschaft als anfechtbare Vermutungsregelung ergäbe sich darüber hinaus auch aus einer *de lege ferenda* zu schaffenden § 1599 Abs. 1 BGB entsprechenden Regelung, wonach § 1591 BGB nicht gelten solle, wenn aufgrund einer Anfechtung rechtskräftig festgestellt sei, dass die Frau nicht die Mutter des Kindes ist. Am bestehenden Wortlaut von § 1591 BGB kann deshalb trotz der intendierten Einführung eines Anfechtungs- und Feststellungsverfahrens festgehalten werden.

b. Zur Aufnahme einer Anerkennungsregelung
in Fällen der Leihmutterschaft

Zum Teil wird für Leihmutterschaften, welche im Ausland rechtmäßig durchgeführt wurden, eine Einschränkung von § 1591 BGB gefordert, mit der ohne den Umweg über eine Mutterschaftsanfechtung eine sofortige Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter erreicht werden könne, so wie sie sich regelmäßig auch bei der Anwendung des ausländischen

¹⁸⁶⁵ BT-Drs. 13/4899, S. 82; Gaul, FamRZ 1997, 1441, 1463.

Rechts über Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB ergäbe. Erreicht werden könnte dieses Ziel durch eine auf Leihmutterschaftsfälle beschränkte Anerkennungsregelung¹⁸⁶⁶. Mit den Interessen des Kindes an einer unmittelbar nach der Geburt erfolgenden klaren Zuordnung der Mutterschaft, welche vor allem die nachgeburtliche Betreuung durch die gebärende und anwesende Frau sicherstellen soll¹⁸⁶⁷, ist eine Anerkennungsregelung, die zusätzlich noch an die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft nach dortigen Maßstäben anknüpfen soll¹⁸⁶⁸, aber nicht vereinbar¹⁸⁶⁹. Verfassungsrechtlich geboten ist sie ebenfalls nicht, weil der Gesetzgeber die Zuweisung der Mutterschaft auf Vermutungen, wie die Publizität der Geburt, stützen kann, die zwar regelmäßig, aber nicht immer zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Mutterschaft führen¹⁸⁷⁰. Lediglich eine Korrektur auf dem Anfechtungsweg muss auch in Bezug auf die Mutterschaft möglich sein.

Zum Teil wird vorgeschlagen, Vorschriften zu schaffen, welche vorab eine Genehmigung der konkret durchgeführten Leihmutterschaft durch deutsche Behörden oder Gerichte und auch eine notarielle Beurkundung des Leihmuttervertrags vorsehen, um auf dieser Grundlage gleich nach der Geburt eine Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter gewährleisten zu können¹⁸⁷¹. Die oben beschriebenen Unsicherheiten ließen sich dadurch vermeiden, statusrechtliche Klarheit wäre gewährleistet. Derartige Regelungsmodelle scheiterten de lege lata aber am Verbot der Leihmutterschaft, weil sich die behördlichen oder gerichtlichen Genehmigungsakte in Widerspruch zu den Verbotsnormen des ESchG setzten¹⁸⁷². In der Konsequenz müsste dafür auch die Leihmutterschaft legalisiert werden¹⁸⁷³, eine Option, die wenig erstrebenswert ist¹⁸⁷⁴.

¹⁸⁶⁶ Mayer, IPRax 2014, 57, 62 a.E.; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 59; etwas allgemeiner Helms, FamRZ 2015, 245, 246: Einschränkung von § 1591 BGB.

¹⁸⁶⁷ Vgl. oben E.II., S. 89 f. und H.II.2.e.iv.(1), S. 224 f.

¹⁸⁶⁸ So Helms, FamRZ 2015, 245, 246.

¹⁸⁶⁹ Vgl. zu den weiteren Problemen, welche die Einführung einer Anerkennungsregelung nach sich zöge unten K.II.1.g., S. 359 f.

¹⁸⁷⁰ Vgl. BVerfGE 79, 256, 267; 108, 82, 100; BVerfG, NJW 2009, 423.

¹⁸⁷¹ Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 53; für eine mit Art. 1464 ZGB-Griechenland vergleichbare Regelung: Kaiser in: FS Brudermüller, S. 357, 367 f.; vgl. auch Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19, 27 f.

¹⁸⁷² Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 54.

¹⁸⁷³ Vgl. den Regelungsvorschlag in § 8 Abs. 1 AME-FMedG bei Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), S. 6 f. und 37.

¹⁸⁷⁴ Gegen die Einführung von Regelungen der initialen rechtlichen Zuordnung des Kindes zur intendierten Mutter aus diesem Grund auch: BMJV, Arbeitskreis Abstammungs-

c. Die zu beachtenden Rechte und Interessen des Kindes

Bei der Ausgestaltung einer Neuregelung sind die Vorgaben zu beachten, welche im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Überprüfung der geltenden Rechtslage herausgearbeitet wurden. Von besonderer Relevanz sind insoweit vor allem die im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Ebene der Erforderlichkeit angesprochenen Interessen und Rechte, für deren Schutz jeweils ein milderes Mittel zur Verfügung steht¹⁸⁷⁵. Dazu gehören für die Fälle der Leihmutterschaft der Schutz einer zwischen Kind und Leihmutter bestehenden sozial-familiären Beziehung und in den Konstellationen der Eizell- und Embryospende der Schutz des Kindes vor Abbruch von zwischen ihm und der Wunschmutter bestehenden familiären Bindungen sowie vor Verlust von Unterhalts- und Erbrechtsansprüchen durch die nicht vom Kind selbst initiierte Anfechtung der Mutterschaft¹⁸⁷⁶. In der Konsequenz sollte die Anfechtung zum Schutz der vorbenannten Rechte und Interessen des Kindes nach dem Vorbild von § 1600 Abs. 2–4 BGB ausgeschlossen sein (vgl. die vorgeschlagene Neuregelung § 1591b Abs. 2–4 BGB-E¹⁸⁷⁷).

d. Der Kreis der Anfechtungsberechtigten

Eng mit den im Rahmen der gesetzlichen Ausgestaltung zu beachtenden Rechten der Beteiligten verknüpft ist die Frage, wer zum Kreis der Anfechtungsberechtigten gehören soll. Insoweit ist zwischen den Fällen der Eizell- und Embryospende auf der einen und denjenigen der Leihmutterschaft auf der anderen Seite zu unterscheiden.

i. Die Anfechtungsberechtigten bei der Eizell- und Embryospende

In den erstgenannten Konstellationen kann – ebenso wie bei der heterologen Samenspende – grundsätzlich nur das Kind anfechtungsberechtigt sein (vgl. § 1600 Abs. 4 BGB)¹⁸⁷⁸. Anfechtungen durch die Wunschmutter

recht, Abschlussbericht, S. 38 (These 5); zur Legalisierung der Leihmutterschaft vgl. unten K.IV.5., S. 383 ff.

¹⁸⁷⁵ Oben H.II.2.e.iv.(1), S. 223 ff.

¹⁸⁷⁶ Oben H.II.2.e.iv.(1), S. 223 ff.; vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600 BGB, 56 f.

¹⁸⁷⁷ Unten K.II.2.b., S. 364 f.

¹⁸⁷⁸ Auch die Eizell- und Embryospenderin verzichten – ebenso wie der Samenspender (vgl. BGHZ 197, 242, 247 (Rn. 21 f.)) – konkludent auf ihr Anfechtungsrecht und können

ter und den Wunschvater müssen zum Schutz des Kindes ausscheiden¹⁸⁷⁹. Anfechtungen durch die rechtlichen Eltern als gesetzliche Vertreter des Kindes sollten ebenso wie bei der Vaterschaftsanfechtung nur zugelassen werden, wenn sie dem Kindeswohl dienen (vgl. § 1600a Abs. 4 BGB), damit der Anfechtungsausschluss für die rechtlichen Wunscheltern nicht durch eine Anfechtung im Namen des Kindes umgangen werden kann¹⁸⁸⁰.

ii. Die Anfechtungsberechtigten bei der Leihmutterschaft

(1) Die Anfechtungsberechtigung von genetischer
Wunschlutter und Kind

Wegen des herausgearbeiteten, durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten und von der gegenwärtigen Rechtslage verletzten Interesses von genetischer, aber nicht rechtlicher Mutter und ihrem Kind, einander zugeordnet zu werden, ist beiden eine Berechtigung zur Anfechtung der rechtlichen Mutterschaft der Leihmutter einzuräumen¹⁸⁸¹. Die Anfechtbarkeit der Mutterschaft durch die genetische Wunschlutter ist aber nach dem Vorbild von § 1600 Abs. 2 und 3 BGB einzuschränken, damit das Kind und die Leihmutter ausreichend vor dem Abbruch von sozial-familiären Bindungen geschützt werden. Das Anfechtungsrecht des Kindes bedarf – anders als das Anfechtungsrecht der genetischen Mutter – allerdings keiner vergleichbaren Einschränkung; denn auch bei der Vaterschaftsanfechtung besteht eine entsprechende Beschränkung nicht. Dem volljährigen Kind muss also selbst bei Fortbestand einer sozial-familiären Bindung zur Leihmutter die Anfechtung der rechtlichen Mutterschaft möglich sein.

deshalb selbst ohne eine entsprechende gesetzliche Einschränkung – ebenso wie bei der Vaterschaft – grundsätzlich nicht anfechtungsberechtigt sein. Konstellationen der privaten Samenspende, die ausnahmsweise doch zu einer Anfechtbarkeit durch den Spender führen können (BGH a.a.O.), sind wegen der im Bereich von Eizell- und Embryospende immer erforderlichen medizinischen Assistenz, die im Inland dazu noch den Verboten aus § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 ESchG unterliefe, kaum denkbar.

¹⁸⁷⁹ Zur intendierten Neuregelung vgl. unten K.II.2.b., S. 364 f., § 1591b Abs. 4 BGB-E.

¹⁸⁸⁰ Vgl. Wellenhofer in MüKo⁷, § 1600 BGB, Rn. 67, zur Parallelproblematik bei der Vaterschaftsanfechtung; der entsprechende Regelungsvorschlag findet sich unten K.II.2.c., S. 366, § 1591c Abs. 4 BGB-E.

¹⁸⁸¹ Zum Regelungsvorschlag s. unten K.II.2.b., S. 364 f., § 1591b Abs. 1 Nr. 2 und 4 BGB-E.

(2) Die Anfechtungsberechtigung der Geburtsmutter

Größere Probleme als das Anfechtungsrecht von genetischer Wunschmutter und Kind bereitet das Anfechtungsrecht der Leihmutter selbst. Auf den ersten Blick scheint eine Gleichstellung mit dem rechtlichen, aber nicht genetischen Vater (vgl. § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB) angezeigt zu sein¹⁸⁸². Bei genauerer Betrachtung ist die Einführung eines Anfechtungsrechts der Leihmutter und damit der rechtlichen Mutter selbst aber abzulehnen; denn mit der Übernahme der Schwangerschaft hat die Leihmutter auch die Verantwortung für das Kind übernommen¹⁸⁸³. Geburtsmutter und Kind bilden infolgedessen eine Schicksalsgemeinschaft¹⁸⁸⁴. Vor allem aber könnte das Kind durch eine von der Leihmutter initiierte Anfechtung der Mutterschaft mutterlos enden, wenn die genetische Wunschmutter nicht bereit ist, einzuspringen und ihre rechtliche Mutterschaft feststellen zu lassen¹⁸⁸⁵. Denkbar sind solche Fälle vor allem im Zusammenhang mit der Geburt behinderter Kinder, deren Übernahme die Wunscheltern verweigern. Die Interessen der rechtlichen Mutter werden auf diese Weise auch nicht mehr als nötig eingeschränkt; denn die Möglichkeit, das Kind zur Adoption freizugeben, besteht unabhängig von einem Anfechtungsrecht¹⁸⁸⁶.

Lediglich in Fällen, in denen der zur Geburt des Kindes führende Embryotransfer gegen oder ohne den Willen der Geburtsmutter – etwa aufgrund einer Verwechslung von Embryonen – erfolgt ist, wird die Einräumung einer Anfechtungsmöglichkeit für erforderlich gehalten¹⁸⁸⁷. Ob de lege lata die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen Mutter und Kind in solchen Konstellationen auch schon auf der Grundlage von § 169 Nr. 1 FamFG erfolgen kann, darf bezweifelt werden¹⁸⁸⁸, weil nach dieser Vorschrift klärungsfähig nur die Voraussetzungen sind, welche § 1591 BGB gegenwärtig für die Begründung der rechtlichen Mutterschaft vorsieht. Dafür kommt es lediglich darauf an,

¹⁸⁸² Für ein Anfechtungsrecht: Muscheler, Familienrecht, Rn. 530; vgl. auch Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 113 f., wonach der Gebärenden sogar bei der Eizellspende ein Anfechtungsrecht eingeräumt werden sollte.

¹⁸⁸³ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 56; Helms, FuR 1996, 178, 188.

¹⁸⁸⁴ Mutschler, FamRZ 1994, 65, 69.

¹⁸⁸⁵ Helms, FuR 1996, 178, 188.

¹⁸⁸⁶ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 56.

¹⁸⁸⁷ Mutschler, FamRZ 1994, 65, 69; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 57.

¹⁸⁸⁸ Dafür aber Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 57.

ob ein Kind durch eine bestimmte Frau geboren wurde¹⁸⁸⁹. Die Fälle der insoweit nach § 169 Nr. 1 FamFG beachtlichen Kindsverwechslungen nach der Geburt¹⁸⁹⁰ sind nicht mit denjenigen vergleichbar, in denen es eine Verwechslung des Embryos vor dessen Implantation gegeben hat. Letztere führen schlicht nicht dazu, dass sich an der nach § 1591 BGB allein maßgeblichen Tatsache der Geburtsmatterschaft etwas ändert. Insoweit ist die Einführung einer Anfechtungsberechtigung der Geburtsmutter mit Blick auf ihre fehlende Mitwirkung an der Verwechslung und erst recht bei einem unter Zwang erfolgten Embryotransfer angezeigt¹⁸⁹¹.

Auch an dieser Stelle muss durch eine § 1600a Abs. 4 BGB entsprechende Regelung sichergestellt werden, dass der grundsätzliche Ausschluss der rechtlichen Geburtsmutter von der Anfechtbarkeit der Mutterschaft nicht durch eine im Namen des Kindes erfolgende Anfechtung umgangen werden kann¹⁸⁹².

(3) Die Anfechtungsberechtigung des rechtlichen Vaters

In den Fällen der Leihmatterschaft können abhängig von den Umständen des Einzelfalls verschiedene Männer die rechtliche Vaterposition einnehmen. Ist die Leihmutter verheiratet, wird das Kind – die Anwendbarkeit deutschen Rechts vorausgesetzt – durch § 1592 Nr. 1 BGB dem Ehemann der Leihmutter zugeordnet. Bei unverheirateten Leihmüttern kann im Anerkennungsweg (§§ 1592 Nr. 2, 1594–1598 BGB) auch der Wunschvater die rechtliche Vaterschaft erwerben.

Nach § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB ist die Mutter im Hinblick auf die rechtliche Vaterschaft anfechtungsberechtigt. Dementsprechend scheint es nahezuliegen, dem rechtlichen Vater ebenfalls eine Anfechtungsberechtigung hinsichtlich der Mutterschaft einzuräumen. Aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen ist aber zu differenzieren: Das der Mutter zugestandene auf die rechtliche Vaterschaft bezogene Anfechtungsrecht wurde durch den Gesetzgeber damit begründet, dass die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft ganz erhebliche mittelbare Wirkungen auf deren Rechtsstellung, vor allem im Zusammenhang mit dem Sorge-

¹⁸⁸⁹ Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani in: MüKo³, § 169 FamFG, Rn. 7.

¹⁸⁹⁰ Für eine Anwendbarkeit von § 169 Abs. 1 FamFG auf solche Fälle: Brudermüller in: Palandt, § 1598a BGB, Rn. 6; Löhnig in: Bork/Jacoby/Schwab, § 169 FamFG, Rn. 4.

¹⁸⁹¹ Zum Regelungsvorschlag s. unten K.II.2.b., S. 364 f., § 1591b Abs. 1 Nr. 1 BGB-E.

¹⁸⁹² Der entsprechende Regelungsvorschlag findet sich unten K.II.2.c., S. 366, § 1591c Abs. 4 BGB-E.

recht für das Kind entfalte¹⁸⁹³. Vergleichbares gilt auch umgekehrt für die Rechtsstellung des rechtlichen Vaters. Die erfolgreiche Anfechtung der Mutterschaft hätte mit der Aufhebung des Eltern-Kind-Verhältnisses den Wegfall des Sorgerechts der Leihmutter zur Folge¹⁸⁹⁴. Rechtserheblich ist diese Konsequenz allerdings nur für den Wunschvater, der nach der Geburt des Kindes die Vaterschaft anerkannt hat. Dem Ehemann der Leihmutter, der gemäß § 1592 Nr. 1 BGB als rechtlicher Vater gilt, wird es dagegen primär um die Beseitigung seiner eigenen rechtlichen Vaterschaft gehen. Insoweit kann er auf die Regeln zur Vaterschaftsanfechtung verwiesen werden, eine Anfechtung der Mutterschaft der Leihmutter ist dafür nicht erforderlich und letztlich auch nicht geboten. Denn der zum Schutz des Kindes notwendige Ausschluss des Anfechtungsrechts der rechtlichen Geburtsmutter darf nicht durch ein Anfechtungsrecht ihres Ehemanns umgangen werden können.

Will der Ehemann der Leihmutter im Einzelfall ausnahmsweise die Vaterrolle übernehmen, weil sich zwischen der Leihmutter, ihm selbst und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung herausgebildet hat, bedarf es dagegen keines auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsrechts.

Anstatt die Anfechtung der Mutterschaft durch den Vater, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB begründet wurde, an Treu und Glauben (§ 242 BGB) scheitern zu lassen¹⁸⁹⁵, sollte er deshalb von vornherein nicht mit in den Kreis der Anfechtungsberechtigten aufgenommen werden¹⁸⁹⁶.

Etwas anderes gilt für den Wunschvater, der die Vaterschaft für das im Wege der Leihmutterchaft geborene Kind nach §§ 1592 Nr. 2, 1594–1598 BGB anerkannt hat. Für die Ausübung des ihm zustehenden Sorgerechts spielt es eine erhebliche Rolle, ob neben ihm auch die Leih- oder aber die Wunschmutter sorgeberechtigt ist. Eine durch ihn erfolgende Anfechtung der Geburtsmutterchaft hätte außerdem nicht die Elternlosigkeit des Kindes zur Folge. Neben dem Fortbestand seiner Vaterschaft käme es den Wunscheltern nämlich regelmäßig darauf an, im Nachgang der Anfechtung die Wunschmutter als rechtliche Mutter feststellen zu lassen, damit beide Wunscheltern als rechtliche und gemeinsam sorgeberechtigte Elternteile fungieren können.

¹⁸⁹³ BT-Drs. 13/4899, S. 54.

¹⁸⁹⁴ Vgl. zum Wegfall des Sorgerechts des Vaters nach erfolgreicher Anfechtung: Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1599 BGB, Rn. 64.

¹⁸⁹⁵ Dafür noch: Wellenhofer in: MüKo⁶, § 1591 BGB, Rn. 38.

¹⁸⁹⁶ Der entsprechende Ausschluss der Anfechtbarkeit kann durch die in § 1591b Abs. 5 BGB-E vorgeschlagene Regelung erreicht werden (unten K.II.2.b., S. 364 f.).

e. Die Anfechtungsfrist

Grundsätzlich können die zur Vaterschaftsanfechtung bestehenden Regelungen aus § 1600b BGB auf die Mutterschaftsanfechtung übertragen werden. Spezielle Bezüge zu den Vorschriften über die Vaterschaft kraft Anerkennung (§ 1600b Abs. 2 S. 1 a.E. und S. 2 BGB), die im Bereich der Mutterschaftszuordnung keine Rolle spielen, können entfallen. Außerdem werden die Beteiligten aufgrund der Besonderheiten der artifiziiellen Reproduktion zumeist von Beginn an Kenntnis von der abweichenden Abstammung des Kindes haben. Das Kind selbst muss von seinen rechtlichen Eltern aber nicht zwangsläufig über seine wahre Abstammung unterrichtet worden sein, so dass an dem Merkmal der Kenntniserlangung für den Fristbeginn festgehalten werden kann¹⁸⁹⁷.

f. Die Rechtsfolgen der Anfechtung

Ebenso wie bei der Vaterschaftsanfechtung¹⁸⁹⁸ sollte das Nichtbestehen der Mutterschaft durch rechtsgestaltenden Beschluss mit Wirkung inter omnes festgestellt werden können. Im Zusammenhang mit der Mutterschaftsanfechtung problematisch wäre aber die Rückwirkung des Beschlusses auf den Tag der Geburt des Kindes, so wie sie bei erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung gilt¹⁸⁹⁹. Denn der rückwirkende Wegfall der Mutterschaft ließe grundsätzlich auch die nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB begründete Vaterschaft entfallen. Für § 1592 Nr. 1 BGB ergäbe sich diese Konsequenz daraus, dass die Frau, mit welcher der rechtliche Vater des Kindes verheiratet ist, rückwirkend nicht mehr als Mutter des Kindes gilt, so dass die Vaterschaft nicht mehr aus der zu dieser Frau bestehenden Ehe abgeleitet werden kann. Bei einer im Anerkennungsweg begründeten Vaterschaft entfielen die nach § 1595 Abs. 1 BGB erforderliche Zustimmung der rechtlichen Mutter aus den gleichen Gründen. Zumindest letzteres wäre aus Sicht der rechtlichen Wunscheltern und des Kindes, das in aller Regel auch tatsächlich vom Wunschvater abstammt, eine unerwünschte Wirkung der Mutterschaftsanfechtung. Auf dem Anerkennungsweg neu begründet werden könnte die Vaterschaft dann erst, nachdem die Mut-

¹⁸⁹⁷ Vgl. den Regelungsvorschlag in § 1591d BGB-E (unten K.II.2.d., S. 367 f.).

¹⁸⁹⁸ Vgl. Rauscher in: Staudinger, § 1599 BGB, Rn. 25; Brudermüller in: Palandt, § 1599 BGB, Rn. 8.

¹⁸⁹⁹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1599 BGB, Rn. 55; Brudermüller in: Palandt, § 1599 BGB, Rn. 8; Rauscher in: Staudinger, § 1599 BGB, Rn. 25.

terschaft der genetischen Wunschmutter festgestellt wurde. Alternativ möglich wäre lediglich die Einleitung eines Feststellungsverfahrens nach § 1600d BGB. Bis zu dem Abschluss der eingeleiteten Anfechtungs- und Feststellungsverfahren wäre das Kind elternlos, eine mit dem Kindeswohl nicht in Einklang zu bringende Wirkung der Mutterschaftsanfechtung, die es zu vermeiden gilt. Deshalb spricht viel dafür, die Anfechtung der Mutterschaft, anders als bei der Vaterschaft, nur mit ex-nunc Wirkung zuzulassen¹⁹⁰⁰.

- g. Zur Möglichkeit der Anerkennung der rechtlichen Mutterschaft durch die Wunschmutter nach erfolgreicher Anfechtung der Geburtsmutterchaft der Leihmutter

Ist die rechtliche Mutterschaft der Leihmutter angefochten, stellt sich die Frage, ob die Mutterschaft der Wunschmutter – wie bei der Vaterschaft – nicht nur im Wege der gerichtlichen Feststellung, sondern auch auf dem Anerkennungsweg begründet werden kann¹⁹⁰¹.

Die Beschreitung des Anerkennungswegs bereitet im Zusammenhang mit der Mutterschaft indessen nicht unerhebliche Schwierigkeiten: Gemäß § 1595 Abs. 1 BGB ist bei der Vaterschaftsanerkennung grundsätzlich die Zustimmung der Mutter erforderlich. Sie handelt dabei aus eigenem Recht, soll aber gleichzeitig auch das Wohl des Kindes im Auge behalten¹⁹⁰², der Anerkennende soll der Mutter und dem Kind nicht aufgezwungen werden können¹⁹⁰³.

Die Schaffung einer vergleichbaren auf die Mutterschaft bezogenen Anerkennungsregelung wäre insoweit problematisch, als sie spiegelbildlich die Zustimmung des rechtlichen Vaters voraussetzte. Denn rechtlicher Vater kann nicht nur der genetische Wunschvater sein, welcher zuvor die Vaterschaft selbst – mit Zustimmung der zu diesem Zeitpunkt noch als rechtlicher Mutter fungierenden Leihmutter – anerkannt hat, sondern

¹⁹⁰⁰ Für diesen Weg auch in Bezug auf die Vaterschaftsanfechtung mit beachtlichen Gründen: Heiderhoff, FamRZ 2010, 8, 14 ff. Im ersten Lebensjahr soll die Vaterschaftsanfechtung aber auch ihrem Vorschlag nach mit Wirkung ex tunc möglich sein. Zum Regelungsvorschlag vgl. unten K.II.2.a., S. 363 f., § 1591a Abs. 2 BGB-E.

¹⁹⁰¹ Dafür Kaiser in: FS Brudermüller, S. 357, 366.

¹⁹⁰² Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1595 BGB, Rn. 2, 9.

¹⁹⁰³ Brudermüller in: Palandt, § 1595 BGB, Rn. 1; sehr kritisch zur aktuellen Rechtslage, die es der Mutter ermögele, eine durch eigene Interessen beeinflusste Zustimmung zu einer unrichtigen Vaterschaftsanerkennung zu erteilen: Rauscher in: Staudinger, § 1595 BGB, Rn. 5 ff.; vgl. auch BVerfG, FamRZ 2008, 2257.

über § 1592 Nr. 1 BGB auch der mit der Leihmutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratete Ehemann. Ist dessen rechtliche Vaterschaft noch nicht wirksam angefochten und wäre er deshalb zustimmungsberechtigt, kann nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden, dass er bei Erteilung seiner Zustimmung zur Anerkennung im gleichen Maße wie der Wunschvater die Interessen des Kindes berücksichtigt. Vor allem aber muss dem Kind nicht zwangsläufig überhaupt ein rechtlicher Vater zugeordnet sein; sei es, dass die Leihmutter unverheiratet ist oder die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter wirksam angefochten wurde und der Wunschvater die Vaterschaft jeweils (noch) nicht anerkannt hat.

Im Zusammenhang mit der Vaterschaftsanerkennung sind Fälle, in denen keine rechtliche Mutter existiert, welche die Zustimmung erklären kann, selten und auf Konstellationen begrenzt, in denen die Mutter verstorben ist¹⁹⁰⁴. Für diese Konstellationen ist umstritten, ob nur noch ein gerichtliches Feststellungsverfahren in Betracht kommen¹⁹⁰⁵ oder der Weg über die Anerkennung dennoch weiter beschreitbar sein soll¹⁹⁰⁶. Der Gesetzgeber selbst stuft in solchen Fällen das gerichtliche Feststellungsverfahren wegen der größeren Sicherheit für das Kind als günstiger ein¹⁹⁰⁷. Diese Wertung lässt sich mit Blick auf die dargelegten Unsicherheiten, welche in der Folge der Einführung eines auf die Mutterschaft bezogenen Anerkennungsverfahrens aufträten, übertragen. Die Einführung einer nach erfolgreicher Anfechtung der Mutterschaft greifenden Anerkennungsregelung kann deshalb ebenso wenig befürwortet werden, wie zuvor schon eine Anerkennungsregelung, mit deren Hilfe die Wunschmutter auch ohne Anfechtung der Geburtsmutterschaft das Kind zugeordnet erhalten kann¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰⁴ Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Mutter das elterliche Sorgerecht insoweit – also bezogen auf Abstammungsfragen – nicht zusteht. Diese Konstellationen lösen gemäß § 1595 Abs. 2 BGB zusätzlich die Zustimmungsbedürftigkeit durch das Kind aus (Schwab, Familienrecht, Rn. 675).

¹⁹⁰⁵ LG Koblenz, StAZ 2003, 303.

¹⁹⁰⁶ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1595 BGB, Rn. 14: Für das minderjährige Kind könne die Zustimmung durch den Vormund erteilt werden.

¹⁹⁰⁷ BT-Drs. 13/4899, S. 54.

¹⁹⁰⁸ Oben K.II.1.b., S. 351 f.

h. Zur gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft

Für die gerichtliche Feststellung der Mutterschaft kann entsprechend auf die Vorgaben für die Vaterschaftsfeststellung aus § 1600d BGB zurückgegriffen werden.

i. Die Antragsberechtigten

Der Kreis der Antragsberechtigten ist bei der Vaterschaftsfeststellung im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Zugestanden wird die Antragsbefugnis und damit das Feststellungsrecht in Anlehnung an § 1600 Abs. 1 BGB und § 172 FamFG dem potentiellen Vater, der Mutter und dem Kind, wobei das minderjährige Kind durch seine allein sorgeberechtigte Mutter, einen gesetzlichen Beistand, Vormund oder Pfleger vertreten werden kann¹⁹⁰⁹.

Daran anknüpfend sollten bei der Mutterschaftsfeststellung die potentielle Mutter und das Kind in den Kreis der Antragsberechtigten aufgenommen werden. Für den rechtlichen Vater, dem im Feststellungsverfahren spiegelbildlich die gleiche Rolle zukommen müsste wie der Mutter bei der Vaterschaftsfeststellung, gilt das hingegen nur, soweit es sich um den leiblichen Wunschvater handelt, dessen Vaterschaft auf dem Anerkennungsweg oder nach § 1600d BGB festgestellt wurde. Für ein eigenes Beteiligungsrecht des Ehemanns der Leihmutter, der gemäß § 1592 Nr. 1 BGB als Vater gilt, besteht ebenso wie im Zusammenhang mit der Anfechtungsberechtigung¹⁹¹⁰ keine Veranlassung. Dieses Ergebnis wird sich allerdings nur im Wege der Auslegung herleiten lassen, wenn, wie bei der Vaterschaftsfeststellung nach § 1600d BGB, auf eine ausdrückliche Regelung der Antragsberechtigten verzichtet wird.

ii. Die Feststellung der genetischen Mutter als rechtlicher Mutter

Die Möglichkeit der Feststellung der genetischen Wunschmutter eines im Wege der Leihmutterschaft gezeugten Kindes als rechtlicher Mutter war erklärtes Ziel der Einführung eines auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsverfahrens. Es dient der Verwirklichung ihres durch Art. 6

¹⁹⁰⁹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600d BGB, Rn. 13 f.

¹⁹¹⁰ Oben K.II.1.d.ii.(3), S. 356 f.

Abs. 2 S. 1 GG geschützten Interesses, die Mutterposition zu erlangen und vor allem auch dem korrespondierenden Interesse des Kindes, sie als Mutter rechtlich zugeordnet zu erhalten¹⁹¹¹.

Bei Kindern aus Eizell- und Embryospenden soll de lege ferenda in Anknüpfung an die zur Vaterschaft bestehende Regelung in § 1600 Abs. 4 BGB zwar lediglich dem Kind selbst ein Anfechtungsrecht gewährt werden. Das schließt die nachfolgende Feststellung der Eizell- oder Embryospenderin als rechtlicher Mutter aber nicht von vornherein aus.

Allerdings ist die Feststellung des Samenspenders als Vater des Kindes seit 1.7.2018 unter der Voraussetzung, dass das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nr. 9 TPG unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden ist, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SaRegG zur Verfügung gestellt wurde, nicht mehr möglich (§ 1600d Abs. 4 BGB n.F.)¹⁹¹². Hintergrund ist, dass der Wunschvater die elterliche Verantwortung für das Kind übernehmen wolle und eine Zuordnung des Kindes zu ihm dem Kindeswohl am besten diene. Die Feststellung der rechtlichen Vaterschaft des Samenspenders sei wegen des dem Kind zustehenden Anspruchs auf Auskunft aus dem Samenspenderregister (§ 10 SaRegG¹⁹¹³) außerdem nicht zur Verwirklichung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung erforderlich und auch die Bereitschaft des Samenspenders, mit dem Kind in Kontakt zu treten, werde gefördert, wenn er nicht befürchten müsse, auf Zahlung von Unterhalt in Anspruch genommen zu werden¹⁹¹⁴. Unter diesen Prämissen scheint es erwägenswert zu sein, in Zukunft auch die Feststellung der Eizell- oder Embryospenderin als rechtlicher Mutter auszuschließen. Anders als bei der heterologen Samenspende wird es – auch wegen der insoweit fortbestehenden strafrechtlichen Verbote aus dem Embryonenschutzgesetz – aber kein vergleichbares Register für Eizellspenden geben, das dem Kind Auskunft über seine Abstammung erteilen könnte. Die durch das Netzwerk Embryospende dem Kind gewährten Auskunftsmöglichkeiten¹⁹¹⁵ haben keine Gesetzesqualität und sind auf den Teilbereich der in Deutschland zulässigen Embryospende

¹⁹¹¹ Vgl. nochmals BVerfGE 108, 82, 108 zum vergleichbaren auf die Vaterschaft bezogenen Recht des Kindes.

¹⁹¹² BGBl. I 2017, 2513, 2518.

¹⁹¹³ BGBl. I 2017, 2513, 2516.

¹⁹¹⁴ BT-Drs. 18/11291, S. 35.

¹⁹¹⁵ Oben G.I.3.d., S. 172 f.; http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 4, eingesehen am 25.1.2018.

begrenzt. Die Feststellung der Eizell- und auch der Embryospenderin als rechtlicher Mutter könnte dementsprechend nur ausgeschlossen werden, wenn es zu einer Legalisierung der Eizellspende käme und mit dem Sa-RegG vergleichbare Regelungen existierten.

2. Der Regelungsvorschlag

Auf der Grundlage der vorstehenden Erörterungen wird eine Ergänzung des BGB um folgende Vorschriften vorgeschlagen:

a. § 1591a Nichtbestehen der Mutterschaft

(1) § 1591 gilt nicht, wenn aufgrund einer Anfechtung rechtskräftig festgestellt ist, dass die Frau nicht Mutter des Kindes ist.

(2) Die Rechtswirkungen der Anfechtung können erst mit der Rechtskraft des der Anfechtung stattgebenden Beschlusses geltend gemacht werden.

Abs. 1 der Vorschrift ist an § 1599 Abs. 1 BGB angelehnt. Die dort vorgesehene Möglichkeit der Anfechtung von nicht auf gerichtlicher Feststellung beruhenden Vaterschaften wird auf den Bereich der Mutterschaft übertragen. Daraus folgt zugleich, dass die Zuweisung der Mutterschaft durch § 1591 BGB nur auf der Grundlage einer an die Geburt des Kindes geknüpften Vermutung erfolgt. Für die Aufnahme einer § 1599 Abs. 2 BGB entsprechenden Vorschrift bestand keine Veranlassung, weil sich in § 1591 BGB für die Begründung der rechtlichen Mutterschaft keine mit § 1592 Nr. 1 und 2 BGB vergleichbaren Regelungen finden. Stattdessen begrenzt der Entwurf von Abs. 2 die Rechtswirkungen der Anfechtung auf die Zeit ab der Rechtskraft des der Anfechtung stattgebenden Beschlusses. Dadurch soll primär verhindert werden, dass eine zuvor nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB begründete Vaterschaft als Folge der Mutterschaftsanfechtung ebenfalls entfällt¹⁹¹⁶. Alternativ käme eine Regelung in Betracht, die zwar an der grundsätzlichen Rückwirkung der Anfechtung

¹⁹¹⁶ Dazu oben K.II.1.f., S. 358 f.

nichts ändert, aber nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB begründete Vaterschaften in ihrem Fortbestand schützt¹⁹¹⁷.

b. § 1591b Anfechtungsberechtigte

(1) Berechtigt, die Mutterschaft anzufechten, sind:

1. die Frau, deren Mutterschaft nach § 1591 BGB besteht, nur insoweit, wie der Transfer einer fremden Eizelle oder eines fremden Embryos auf sie ohne oder gegen ihren Willen erfolgt ist,
2. die Frau, von der die Eizelle stammt, aus der das Kind entstanden ist,
3. der Vater und
4. das Kind.

(2) Die Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 2 setzt voraus, dass zwischen dem Kind und seiner Mutter im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt ihres Todes bestanden hat und dass die Anfechtende leibliche Mutter des Kindes ist.

(3) Eine sozial-familiäre Beziehung nach Absatz 2 besteht, wenn die Mutter im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 zum maßgeblichen Zeitpunkt für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn die Mutter im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

(4) Ist das Kind mit Einwilligung der Mutter im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 und dem Vater durch künstliche Befruchtung mittels Eizell- oder Embryospende von Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Mutterschaft durch den Vater ausgeschlossen.

(5) Wurde das Kind durch eine Leihmutter geboren, so ist die Anfechtung der Mutterschaft durch den Vater im Sinne von § 1592 Nr. 1 ausgeschlossen.

¹⁹¹⁷ Danach könnte Abs. 2 folgenden Wortlaut erhalten: „Der Bestand einer nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB begründeten Vaterschaft wird durch die Anfechtung der Mutterschaft nicht berührt.“

Die Vorschrift wurde nach dem Muster von § 1600 BGB und unter Berücksichtigung der Erörterungen zu den maßgeblichen Rechten und Interessen des Kindes¹⁹¹⁸ und dem Kreis der Anfechtungsberechtigten¹⁹¹⁹ entworfen. Abs. 1 Nr. 1 schließt die Anfechtbarkeit der Mutterschaft durch die rechtliche Mutter außer in den Fällen von Embryoübertragungen, welche ohne oder gegen ihren Willen erfolgt sind, aus¹⁹²⁰. Abs. 1 Nr. 2 und 4 setzen das von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Interesse von genetischer Mutter und Kind auf Schaffung eines Verfahrens, welches die gegenseitige Zuordnung ermöglicht, um¹⁹²¹. Das in Abs. 1 Nr. 3 enthaltene Anfechtungsrecht des rechtlichen Vaters entspricht spiegelbildlich dem Anfechtungsrecht der Mutter bei der Vaterschaftsanfechtung aus § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB. In den Fällen der Leihmutterschaft wird der Ehemann der Leihmutter aber aus den dargelegten Gründen¹⁹²² aus dem Kreis der Anfechtungsberechtigten herausgenommen (Abs. 5). Die Absätze 2 und 3 schränken das Anfechtungsrecht der genetischen Wunschmutter nach dem Muster von § 1600 Abs. 2 und 3 BGB zum Schutz von zwischen Kind und Geburtsmutter bestehenden sozial-familiären Beziehungen ein¹⁹²³. Abs. 4 dient ebenso wie das Vorbild in § 1600 Abs. 4 BGB dem Schutz des Kindes vor Verlust von Bindungen zur rechtlichen Mutter sowie von unterhalts- und erbrechtlichen Ansprüchen in den Fällen der Eizell- und Embryospende. Die Aufnahme der „Mutter im Sinne von Absatz 1 Nr. 1“¹⁹²⁴ war an dieser Stelle nicht mehr erforderlich, weil Abs. 1 Nr. 1 eine Anfechtung durch die Geburtsmutter ohnehin nur in den Fällen einer ohne oder gegen ihren Willen erfolgten Embryonenübertragung zulässt. An einer entsprechenden Anfechtungsmöglichkeit in diesen Konstellationen soll auch für den Bereich der Eizell- und Embryospende festgehalten werden. Die Interessen der Geburtsmutter sind insoweit nicht weniger schutzwürdig als bei der Leihmutterschaft.

¹⁹¹⁸ Oben K.II.1.c., S. 353.

¹⁹¹⁹ Oben K.II.1.d., S. 353 ff.

¹⁹²⁰ Zu den Gründen s. oben K.II.1.d.ii.(2), S. 355 f.

¹⁹²¹ Oben K.II.1.d.ii.(1), S. 354.

¹⁹²² Vgl. K.II.1.d.ii.(3), S. 356 f.

¹⁹²³ Oben K.II.1.c., S. 353 und d.ii.(1), S. 354; nach der Rechtsprechung des BGH wäre die Anfechtung beim Fortbestand einer sozial-familiären Beziehung zwischen Leihmutter und Kind selbst dann ausgeschlossen, wenn sich zwischen der genetischen Wunschmutter und dem Kind ebenfalls eine sozial-familiäre Beziehung entwickelt hätte: vgl. zur Vaterschaft BGH, NZFam 2018, 76.

¹⁹²⁴ Vgl. § 1600 Abs. 4 BGB, der die Anfechtung der Vaterschaft durch „den Mann oder die Mutter“ ausschließt.

c. § 1591c Persönliche Anfechtung; Anfechtung bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit

(1) Die Anfechtung kann nicht durch einen Bevollmächtigten erfolgen.

(2) Die Anfechtungsberechtigten im Sinne von § 1591b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 können die Mutterschaft nur selbst anfechten. Dies gilt auch, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind; sie bedürfen hierzu nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Sind sie geschäftsunfähig, so kann nur ihr gesetzlicher Vertreter anfechten.

(3) Für ein geschäftsunfähiges oder in der Geschäftsfähigkeit beschränktes Kind kann nur der gesetzliche Vertreter anfechten.

(4) Die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter ist nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Vertretenen dient.

(5) Ein geschäftsfähiger Betreuer kann die Mutterschaft nur selbst anfechten.

Die Regelung übernimmt § 1600a BGB nahezu unverändert. Lediglich durch die entsprechenden Bezüge wird klargestellt, dass sie auf den Bereich der Mutterschaftsanfechtung übertragen wurde. Eine Vorschrift, die lediglich die entsprechende Anwendung von § 1600a BGB vorschreibt, wäre dennoch nicht ausreichend gewesen, weil der Kreis der Anfechtungsberechtigten trotz des sich insoweit deckenden Wortlauts in Abs. 2 („§ 1600 Abs. 1 Nr. 1 bis 3“ und „§ 1591b Abs. 1 Nr. 1 bis 3“) in den zitierten Vorschriften nicht deckungsgleich ist und deshalb eine ausdrückliche Regelung für erforderlich gehalten werden kann. Erwähnenswert ist schließlich § 1591c Abs. 4 BGB-E, der durch die Kindeswohlgebundenheit einer im Namen des Kindes durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgenden Anfechtung sicherstellt, dass die in § 1591b Abs. 1 Nr. 1 sowie Abs. 2–5 BGB-E enthaltenen Beschränkungen des Anfechtungsrechts der gesetzlichen Vertreter nicht zum Nachteil des Kindes unterlaufen werden können¹⁹²⁵.

¹⁹²⁵ Vgl. oben K.II.1.d.i., S. 353 f. und ii.(2), S. 355 f.

d. § 1591d Anfechtungsfristen

(1) Die Mutterschaft kann binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Mutterschaft sprechen; das Vorliegen einer sozial-familiären Beziehung im Sinne des § 1591b Abs. 2 erste Alternative hindert den Lauf der Frist nicht.

(2) Die Frist beginnt nicht vor der Geburt des Kindes.

(3) Hat der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Kindes die Mutterschaft nicht rechtzeitig angefochten, so kann das Kind nach dem Eintritt der Volljährigkeit selbst anfechten. In diesem Falle beginnt die Frist nicht vor Eintritt der Volljährigkeit und nicht vor dem Zeitpunkt, in dem das Kind von den Umständen erfährt, die gegen die Mutterschaft sprechen.

(4) Hat der gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen die Mutterschaft nicht rechtzeitig angefochten, so kann der Anfechtungsberechtigte nach dem Wegfall der Geschäftsunfähigkeit selbst anfechten. Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Die Frist wird durch die Einleitung eines Verfahrens nach § 1598a Abs. 2 gehemmt; § 204 Abs. 2 gilt entsprechend. Die Frist ist auch gehemmt, solange der Anfechtungsberechtigte widerrechtlich durch Drohung an der Anfechtung gehindert wird. Im Übrigen sind § 204 Absatz 1 Nummer 4, 8, 13, 14 und Absatz 2 sowie die §§ 206 und 210 entsprechend anzuwenden.

(6) Erlangt das Kind Kenntnis von Umständen, aufgrund derer die Folgen der Mutterschaft für es unzumutbar werden, so beginnt für das Kind mit diesem Zeitpunkt die Frist des Absatzes 1 Satz 1 erneut.

Auch diese Norm greift den Wortlaut ihrer Parallelvorschrift zur Vaterschaftsanfechtung (§ 1600b BGB) nahezu unverändert auf. Die gegebenen Anfechtungsfristen werden auf den Bereich der Mutterschaftsanfechtung übertragen. In § 1600b Abs. 2 BGB enthaltene Bezüge zur Vaterschaft kraft Anerkennung wurden gestrichen, weil es nach den dar-

gestellten Vorgaben¹⁹²⁶ eine Anerkennungsregelung bei der Mutterschaft nicht geben soll.

e. § 1591e Mutterschaftsvermutung im Anfechtungsverfahren

In dem Verfahren auf Anfechtung der Mutterschaft wird vermutet, dass das Kind von der Frau abstammt, die es geboren hat.

Mit der an § 1600c BGB angelehnten Regelung wird nicht nur erneut¹⁹²⁷ klargestellt, dass § 1591 BGB lediglich eine Vermutung der genetischen Mutterschaft ausspricht und diese nicht unverrückbar festschreibt, sie hat – ebenso wie bei der Vaterschaft¹⁹²⁸ – vor allem den Zweck, den Bestand der sich aus § 1591 BGB ergebenden Mutterschaft zu schützen¹⁹²⁹. Gemessen an dieser Schutzrichtung wird ihr allerdings in Anbetracht der vorhandenen modernen Begutachtungsmethoden und den im Abstammungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz keine gesteigerte Bedeutung mehr zukommen¹⁹³⁰.

f. § 1591f Gerichtliche Feststellung der Mutterschaft

- (1) Besteht keine Mutterschaft nach § 1591, so ist die Mutterschaft gerichtlich festzustellen.
- (2) Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Mutterschaft wird die Frau als Mutter vermutet, die die Eizelle oder den Embryo zur Verfügung gestellt hat, deren oder dessen Übertragung auf eine andere Frau zur Geburt des Kindes geführt hat. Die Vermutung gilt nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Mutterschaft bestehen.
- (3) Die Rechtswirkungen der Mutterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden.

¹⁹²⁶ Oben K.II.1.b., S. 351 f. und h., S. 361 ff.

¹⁹²⁷ Vgl. oben § 1591a Abs. 1 BGB-E.

¹⁹²⁸ Vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600c BGB, Rn. 1.

¹⁹²⁹ Zur verfahrensrechtlichen Bedeutung im Hinblick auf die objektive Beweislast im Vaterschaftsanfechtungsverfahren vgl. Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600c BGB, Rn. 2.

¹⁹³⁰ Vgl. zu § 1600c BGB: Hammermann in: Erman, § 1600c BGB, Rn. 1 f.

Die Neuregelung orientiert sich an § 1600d BGB zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft. Dessen Absätze 1 und 4 finden sich in den Absätzen 1 und 3 des Entwurfs mit auf die Mutterschaftsfeststellung ausgerichteten Anpassungen entsprechend wieder. Abs. 2 enthält eine Vermutungsregelung, die anders als bei der Vaterschaft nicht an die Beiwohnung anknüpft, sondern daran, wer die Eizelle oder den Embryo zur Verfügung gestellt hat, deren bzw. dessen Übertragung auf eine andere Frau die Geburt des Kindes nach sich zog. Die hohe Wahrscheinlichkeit, mit der die Abstammung gutachtlich festgestellt werden kann, und die Verpflichtung des entscheidenden Gerichts, alle zur Verfügung stehenden Beweise zu erheben und damit auch ein entsprechendes Abstammungsgutachten einzuholen, lassen die Bedeutung der Vermutungsregelung gering erscheinen¹⁹³¹. Fälle der Beweisvereitelung, Nichterreichbarkeit der als Mutter vermuteten Frau oder auch Konstellationen, in denen eineiige Schwestern als Mutter in Betracht kommen, können aber nicht vollständig ausgeschlossen werden. Insoweit ist im Zusammenhang mit der Mutterschaftsfeststellung ebenfalls eine subsidiär anwendbare Vermutungsregelung erforderlich. Für den Bereich der artifiziellen Reproduktion kann letztlich nur daran angeknüpft werden, wer die zur Geburt des Kindes führende Eizelle oder den Embryo dem behandelnden Arzt zum Zweck der Übertragung auf die Geburtsmutter zur Verfügung gestellt hat¹⁹³². Durch die in Abs. 2 S. 2 enthaltene Zweifelsregelung soll, wie bei der Vaterschaft auch, die Entkräftung der Vermutung erleichtert werden; es genügt, wenn mehr gegen als für die (nach Abs. 2 S. 1 vermutete) Mutterschaft spricht¹⁹³³. Berücksichtigt werden können insoweit neben einem

¹⁹³¹ Zur Vaterschaft (§ 1600d Abs. 2 BGB): Hammermann in: Erman, § 1600d, Rn. 18; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600d BGB, Rn. 82; Brudermüller in: Palandt, § 1600d BGB, Rn. 13.

¹⁹³² Soweit die Zeugung des Kindes durch heterologe Samenspende erfolgt ist, wird im Zusammenhang mit der Vaterschaftsfeststellung gemäß § 1600d Abs. 2 BGB ebenfalls derjenige als Vater vermutet, der den Samen übertragen hat. Die „Übertragung“ ist zwar keine Beiwohnung, wird dieser aber gleichgestellt (Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600d BGB, Rn. 85; Hammermann in: Erman, § 1600d BGB, Rn. 22; Brudermüller in: Palandt, § 1600d BGB, Rn. 12; a.A. Rauscher in: Staudinger, § 1600d BGB, Rn. 50). Da die Eizelle oder der Embryo von der Spenderin (bzw. der Wunschmutter in den Fällen der Leihmutterschaft) nicht direkt auf die Geburtsmutter übertragen wird, sondern die Übertragung erst durch den behandelnden Arzt erfolgt, war der Wortlaut von § 1591f Abs. 2 BGB-E entsprechend anzupassen und nicht lediglich auf die „Übertragung“ der Eizelle oder des Embryos abzustellen.

¹⁹³³ Vgl. zur Vaterschaftsfeststellung im Einzelnen: BGHZ 61, 165; BGH, NJW 1976, 368; Hammermann in: Erman, § 1600d BGB, Rn. 23–29; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1600d BGB, Rn. 87 f.; Brudermüller in: Palandt, § 1600d BGB, Rn. 13.

geringen Grad an biostatistischer Wahrscheinlichkeit¹⁹³⁴ auch nachgewiesene Verwechslungen von Eizellen oder Embryonen in der Klinik.

§ 1600d BGB Abs. 3 BGB findet in dem Entwurf zur Mutterschaftsfeststellung aus in der Natur der Sache liegenden Gründen keine Entsprechung; die Empfängniszeit spielt für die Frage der Abstammung von der Mutter keine Rolle.

Eine mit § 1600d Abs. 4 BGB in der ab 1.7.2018 gültigen Fassung vergleichbare Regelung kann im Zusammenhang mit der Mutterschaftsfeststellung aus den dargestellten Gründen¹⁹³⁵ zumindest gegenwärtig nicht befürwortet werden.

g. §§ 169–185 FamFG

Zusätzlich zu den Vorschriften des BGB müssen auch die das Verfahren in Abstammungssachen regelnden Normen des FamFG (§§ 169–185) dergestalt angepasst und erweitert werden, dass sie die Mutterschaftsanfechtung und -feststellung mitefassen.

III. Die Erweiterung des in § 1598a BGB geregelten Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung

Die aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung resultierenden Schutzpflichten begründen eine Verpflichtung des Gesetzgebers, ein Verfahren bereitzustellen, mit dem das Kind ohne Auswirkungen auf seinen rechtlichen Status von den vermuteten genetischen, aber nicht rechtlichen Eltern die Klärung der Abstammung verlangen kann. Diese Verpflichtung besteht allerdings aufgrund des weiten Spielraums, welcher dem Gesetzgeber bei dem Ausgleich widerstreitender Grundrechte zusteht, nicht in jedem Fall¹⁹³⁶, sondern lediglich soweit die betroffenen Kinder unter Anwendung von Methoden assistierter Reproduktion durch Samen-, Eizell- oder Embryospende gezeugt wurden¹⁹³⁷. Auch im Hinblick auf die Einführung eines korrespondierenden Anspruchs der genetischen, aber

¹⁹³⁴ Vgl. Hammermann in: Erman, § 1600d BGB, Rn. 28.

¹⁹³⁵ Oben K.II.1.h.ii., S. 361 ff.

¹⁹³⁶ BVerfGE 141, 186.

¹⁹³⁷ Eingehend oben I.I.8.b.iii., S. 330 ff.

nicht rechtlichen Eltern gegenüber dem Kind lässt sich eine entsprechende Verpflichtung des Gesetzgebers nicht begründen¹⁹³⁸.

Folgende, auf die herausgearbeitete Verpflichtung des Gesetzgebers beschränkte Ergänzung von § 1598a BGB wird vorgeschlagen:

Abs. 1 ist um eine weitere Nummer zu ergänzen:

4. das Kind jeweils von dem vermuteten leiblichen, aber nicht rechtlichen Elternteil

Zusätzlich ist ein neuer Abs. 1a einzufügen¹⁹³⁹:

(1a) Die Abstammungsklärung nach Abs. 1 Nr. 4 setzt voraus, dass das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt oder infolge einer Eizell- oder Embryospende geboren worden ist und Umstände erkennbar sind, die auf die Möglichkeit der leiblichen Elternschaft des Mannes oder der Frau schließen lassen.

An dem Begriff der „leiblichen“ Abstammung bzw. Elternschaft kann trotz seiner Mehrdeutigkeit im Bereich der Mutterschaft¹⁹⁴⁰ festgehalten werden. Aus dem systematischen Zusammenhang mit der in § 1598a Abs. 2 BGB vorgesehenen genetischen Abstammungsuntersuchung ergibt sich, dass nur die Klärung der genetischen Abstammung und nicht auch diejenige einer biologischen Verbindung, wie sie infolge von Schwangerschaft und Geburt zwischen Geburtsmutter und Kind entsteht¹⁹⁴¹, gemeint sein kann.

Den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁴² und den Ergebnissen der eigenen Abwägung¹⁹⁴³ entsprechend wurde der Anspruch auf Fälle beschränkt, in denen das Kind durch eine Samenspende gezeugt oder infolge einer Eizell- oder Embryospende geboren wurde. Von dem

¹⁹³⁸ Oben I.I.9., S. 337; de lege ferenda einen entsprechenden Anspruch des mutmaßlichen genetischen Vaters (mit Ausnahme des Samenspenders bei der ärztlich assistierten Fortpflanzung) fordernd aber: BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 87 f., Thesen 88–90.

¹⁹³⁹ Nach dem Vorbild der in § 1600 Abs. 2 BGB verwendeten Regelungstechnik.

¹⁹⁴⁰ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 2; vgl. auch Quantius, FamRZ 1998, 1145, 1150 zum Begriff der „biologischen“ Mutter.

¹⁹⁴¹ Dazu oben I.I.8.a.i., S. 324 ff.

¹⁹⁴² BVerfGE 141, 186.

¹⁹⁴³ Oben I.I.8.b.iii., S. 330 ff.

Begriff der Embryospende mit erfasst sein soll die Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium, bei denen es noch nicht zu einer Kernverschmelzung gekommen ist¹⁹⁴⁴.

Ausdrücklich aufgenommen wurde die Voraussetzung des Einsatzes von Methoden der assistierten Reproduktion lediglich für den Bereich der Samenspende; denn sowohl die Eizell- als auch die Embryospende sind ohne ihren Einsatz nicht denkbar. Eine darauf bezogene Voraussetzung war deshalb entbehrlich. Der für die Fälle der Samenspende gewählte Wortlaut des Entwurfs („durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt“) orientiert sich an § 1600d Abs. 4 BGB. Auf die dort enthaltenen Bezüge zum TPG und SaRegG wurde aber verzichtet, weil es an dieser Stelle lediglich darauf ankommt, von den Konstellationen der nicht ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung abzugrenzen. Das Feld privater Samenspenden wurde deshalb ausgespart, weil die Intimsphäre von den Beteiligten gegenüber dritten Personen nicht im gleichen Maße preisgegeben wird wie bei der Einbeziehung von medizinischem Personal und sich der insoweit immer mögliche Vorwurf, es sei doch zu geschlechtlichen Beziehungen gekommen, nicht in jedem Fall ausräumen lässt. Deshalb unterscheidet sich die Interessenlage der Beteiligten nicht zwangsläufig so wesentlich von derjenigen, welche der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2016¹⁹⁴⁵ zugrunde lag, dass im Hinblick auf die Aufnahme dieser Fälle in § 1598a BGB von einer Verpflichtung des Gesetzgebers ausgegangen werden kann. Der dem Gesetzgeber insoweit zustehende Gestaltungsspielraum¹⁹⁴⁶ ermöglichte ohne weiteres aber auch eine Aufnahme solcher Konstellationen in die Neuregelung¹⁹⁴⁷.

Anknüpfend an die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts ist die Geltendmachung des Klärungsanspruchs außerdem an das Vorliegen von Umständen geknüpft, die auf die Möglichkeit der genetischen Elternschaft der in Anspruch Genommenen schließen lassen. Dadurch soll die Streubreite der Norm verringert werden; Abstammungsuntersuchungen

¹⁹⁴⁴ Vgl. dazu oben B.II.5.b., S. 34 f.

¹⁹⁴⁵ BVerfGE 141, 186.

¹⁹⁴⁶ Vgl. BVerfGE 141, 186, 216.

¹⁹⁴⁷ Abs. 1a des Entwurfs könnte mit dieser Prämisse einen Wortlaut erhalten, der vollständig auf die Bezüge zur ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung verzichtet. Denkbar wäre folgende Fassung: Die Abstammungsklärung nach Abs. 1 Nr. 4 setzt voraus, dass das Kind unter heterologer Verwendung von Samen oder Eizellen gezeugt oder infolge einer Embryospende geboren worden ist und Umstände erkennbar sind, die auf die Möglichkeit der leiblichen Elternschaft des Mannes oder der Frau schließen lassen.

sollen nicht „ins Blaue hinein“ erfolgen können. Das Bundesverfassungsgericht äußerte sich bezogen auf die natürliche Fortpflanzung insoweit dennoch skeptisch. Durch eine derartige Einschränkung des Anspruchs käme es zu einer Steigerung der Beeinträchtigung von Privat- und Intimsphäre der Betroffenen, weil sich die insinuierten geschlechtlichen Beziehungen zwischen Vater und Mutter auch bei nicht nachgewiesener Abstammung des Kindes nicht mehr widerlegen ließen¹⁹⁴⁸. Soweit es sich um eine Fortpflanzung im medizinischen Bereich handelt, bestehen derartige Bedenken nicht, weil von vornherein keine (außerehelichen) geschlechtlichen Beziehungen im Raum stehen. Zu den Umständen, die auf die Möglichkeit der leiblichen Vaterschaft des Mannes oder der Frau schließen lassen, gehören unter anderem erteilte Auskünfte der rechtlichen Eltern, des behandelnden Arztes oder eines Spenderregisters sowie entsprechende Unterlagen, Aufzeichnungen oder Urkunden, aus denen sich die Möglichkeit der Elternschaft des in Anspruch genommenen vermuteten Elternteils ergibt. Darüber hinaus einen substantiierten Vortrag dahingehend zu fordern, dass Umstände vorliegen müssen, aus denen sich die Unrichtigkeit der Auskunft ergibt, ist zu weitgehend¹⁹⁴⁹. Denn das Kind hat – abgesehen von offensichtlichen phänotypischen Unterschieden zum vermuteten genetischen Elternteil – für gewöhnlich keine Möglichkeit, in der Sphäre des Registers liegende Dokumentationsfehler zu erkennen oder nachzuweisen. Es muss genügen, dass es sich die Richtigkeit der Auskunft bestätigen lassen möchte. „Ins Blaue hinein“ erfolgt die Abstammungsklärung auch unter diesen Voraussetzungen nicht, die Streubreite ist begrenzt.

Nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, wohl aber aus dem Sinn und Zweck der vorgeschlagenen Regelung ergibt sich die Einschränkung, dass bei der Samenspende lediglich der als Spender vermutete Mann und bei der Eizellspende die als Spenderin vermutete Frau und nicht auch der jeweils andere Elternteil in Anspruch genommen werden kann. Auf eine im Gesetzestext verankerte Differenzierung wurde zugunsten einer besseren sprachlichen Verständlichkeit verzichtet. Die Klärung der Abstammung von dem jeweils anderen Elternteil wird in der Praxis aber ganz überwiegend auch gar nicht nötig sein, weil dem Kind die Mutter in den Fällen der Samen- und der Vater in den Fällen der Eizellspende regelmäßig bekannt sein dürfte. Kumulative Eizell- und Samenspenden sowie

¹⁹⁴⁸ BVerfGE 141, 186, 213.

¹⁹⁴⁹ So aber BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 86, These 85.

Embryospenden lösen wiederum Klärungsansprüche gegenüber beiden als Spender vermuteten genetischen Elternteilen aus.

Sollte sich der Gesetzgeber im Rahmen seines ihm insoweit zustehenden Gestaltungsspielraums¹⁹⁵⁰ und mit Blick auf die geäußerte Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁵¹ dazu entschließen, dem Kind die isolierte Abstammungsklä rung auch ohne eine Beschränkung auf die Bereiche der Samen-, Eizell- oder Embryospende zuzubilligen¹⁹⁵², könnte Abs. 1a des obigen Entwurfs folgende Fassung erhalten:

Die Abstammungsklä rung nach Abs. 1 Nr. 4 setzt voraus, dass Umstände erkennbar sind, die auf die Möglichkeit der leiblichen Elternschaft des Mannes oder der Frau schließen lassen.

Diese Regelung hätte lediglich eine Begrenzung der personellen Streubreite zur Folge¹⁹⁵³.

IV. Nebenfragen

Nur mittelbar mit dem Thema der Mutterschaftsanfechtung und Mutterschaftsfeststellung verknüpft sind weitere Fragen, namentlich diejenigen nach einer Legalisierung der Eizellspende und der Leihmutterschaft in Deutschland.

1. Die Legalisierung der Eizellspende

a. Die Position des Gesetzgebers

Befürwortet wurde das gegenwärtig bestehende Verbot¹⁹⁵⁴ bei seiner Verabschiedung, weil sich die Eizellspende von der natürlichen Fortpflanzung im Gegensatz zur Samenspende, die nur einen natürlichen Vorgang

¹⁹⁵⁰ Vgl. BVerfGE 141, 186, 216.

¹⁹⁵¹ Oben I.1.7.c.viii.(2), S. 321 ff.

¹⁹⁵² Dafür ausdrücklich: Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1598a BGB, Rn. 25; § 1591 BGB, Rn. 58.

¹⁹⁵³ Vgl. aber zu den Implikationen, welche sich Einengung des Kreises der Betroffenen bei der natürlichen Fortpflanzung ergeben und den damit verbundenen befürchteten zusätzlichen Beeinträchtigungen ihrer Privat- und Intimsphäre: BVerfGE 141, 186, 213.

¹⁹⁵⁴ Dazu eingehend oben: C.I., S. 45 ff.

nachahme, weit entferne. Die gespaltene Mutterschaft stelle nicht nur einen tiefen Einbruch in das menschliche und kulturelle Selbstverständnis dar, zu dem die Eindeutigkeit der Mutterschaft gehöre, sondern führe beim Kind auch zu erheblichen Problemen im Zusammenhang mit der Identitätsfindung. Es sei außerdem nicht auszuschließen, dass die Eizellspenderin Anteil an dem Schicksal des von der anderen Frau geborenen Kindes nehme und damit erhebliche seelische Konflikte auslöse¹⁹⁵⁵.

b. Das Recht auf Fortpflanzung

Inzwischen sprechen sich mehrere Autoren für eine Legalisierung der Eizellspende aus¹⁹⁵⁶. Ihre Forderung nach der Abschaffung des im ESchG enthaltenen Verbots wird teilweise mit einem Grundrecht auf Fortpflanzung oder reproduktive Selbstbestimmung begründet. Das Verbot der Eizellspende stelle insoweit zu Lasten fortpflanzungswilliger Eltern einen im Ergebnis nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff dar¹⁹⁵⁷. Diese Einschätzung vermag auf den ersten Blick deshalb nicht zu überzeugen, weil Frauen, die aufgrund einer Erkrankung eigene Eizellen nicht ausbilden können, sich mit gespendeten Eizellen nicht selbst fortpflanzen oder reproduzieren¹⁹⁵⁸. Denn Fortpflanzung setzt ihrer Definition nach voraus, dass eine Zellteilung erfolgt, mit der die Weitergabe der eigenen genetischen Informationen gewährleistet wird¹⁹⁵⁹. Auch der Partner kann sich unter dieser Prämisse nicht auf ein Recht auf Fortpflanzung mit seiner Frau berufen. Ebenso, wie mit der mehr oder weniger beliebig ausgewähl-

¹⁹⁵⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 7; 11/5710, S. 13; vgl. auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 164; Wolenschläger, MedR 2011, 21, 22.

¹⁹⁵⁶ Gassner, ZRP 2015, 126, Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), S. 35 f.; Müller-Terpitz in: Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 12–15; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 45–50; Schewe, FamRZ 2014, 90, 92 f.; vgl. aber auch bereits: Kolhossler, JA 1985, 553, 559; Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 110 f.; Harder, JuS 1986, 505, 512.

¹⁹⁵⁷ Gassner, ZRP 2015, 126, Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG), S. 33; Müller-Terpitz in: Spickhoff, Art. 6 GG, Rn. 12–15; Müller-Götzmann, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 285–288; vgl. auch Gutmann in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 63, 69 f.

¹⁹⁵⁸ Hüppe, ZRP 2015, 126.

¹⁹⁵⁹ Kompaktlexikon der Biologie, <http://www.spektrum.de/lexikon/biologie-kompakt/fortpflanzung/4340>, eingesehen am 25.1.2018.

ten Eizellspenderin, könnte er auch mit jeder anderen Frau ein Kind zeugen. Lediglich wenn die Wertungen des EGMR zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens i.S. von Art. 8 EMRK zugrunde gelegt werden und unter dem Recht auf Fortpflanzung allgemeiner die Entscheidung eines Paares verstanden wird, ein Kind durch künstliche Befruchtung zu zeugen, das von wenigstens einem Elternteil abstammt¹⁹⁶⁰, können auch die Fälle der Eizell- und Samenspende vom Schutzbereich eines derartigen Rechts erfasst sein. Allerdings hatte der EGMR das im österreichischen Recht vorgesehene Verbot der Eizellspende insoweit als gerechtfertigt angesehen¹⁹⁶¹.

c. Die Ungleichbehandlung von Samen- und Eizellspenden

Zum Teil wird aber auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von legaler Samenspende und illegaler Eizellspende angenommen¹⁹⁶². Gemeinsamer Oberbegriff wäre derjenige der Gametenspende. An dieser Stelle geht es nicht um eine Ungleichbehandlung der aus Eizell- und Samenspenden stammenden Kinder im Hinblick auf ihre in den §§ 1591 ff. BGB geregelte Abstammung und die rechtliche Zuordnung zu den Eltern¹⁹⁶³, sondern um die Ungleichbehandlung von Paaren mit zeugungs- bzw. fortpflanzungsunfähigen Männern und Frauen. Während erstere mit Hilfe einer heterologen Gametenspende ein Kind durch künstliche Befruchtung zeugen können, ist diese Möglichkeit letzteren verwehrt. Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung konnte zumindest der EGMR in Bezug auf Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK aber ebenfalls nicht feststellen¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶⁰ EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207.

¹⁹⁶¹ EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207, 210 f. (Rn. 90–106).

¹⁹⁶² Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 46; unter Rückgriff auf EGMR (1. Sektion) Urt. v. 1.4.2010 – 57813/00 (S. H. u.a.), FamRZ 2010, 957.

¹⁹⁶³ Dazu oben H.III.3.b., S. 247 ff.

¹⁹⁶⁴ Vgl. EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207, 213 (Rn. 119 f.): Das Gericht befand, den diesbezüglichen Beschwerdepunkten bereits im Rahmen der Prüfung von Art. 8 EMRK ausreichend Rechnung getragen zu haben; anders noch die Vorinstanz EGMR (1. Sektion) Urt. v. 1.4.2010 – 57813/00 (S. H. u.a.), FamRZ 2010, 957, bei der als Vergleichsgruppe zu Betroffenen, denen eine Eizellspende verwehrt wurde, allerdings Paare herangezogen wurden, die zwar auf Methoden assistierter Reproduktion, aber nicht zusätzlich auf eine Eizellspende angewiesen waren (vgl. Orientierungssatz 3a). Da sich die Rechtfertigungsmaßstäbe der freiheits- und der gleichheitsrechtlichen Perspektive kaum unterscheiden (Wollenschläger, MedR 2011, 21, S. 25), brächte auch eine anders gelagerte Vergleichsgruppenbildung, die eine bessere

d. Die betroffenen Rechtsgüter und Interessen

Unabhängig davon, ob sich die Wertungen des EGMR zu den in Art. 8 und 14 EMRK geregelten Menschenrechten auf die Beurteilung und Rechtfertigung etwaiger Beeinträchtigungen eines Rechts auf Fortpflanzung aus Art. 6 Abs. 1 GG und die Frage der Ungleichbehandlung von Eizell- und Samenspenden nach Art. 3 GG übertragen lassen, scheint eine Legalisierung der Eizellspende aus rechtspolitischen Erwägungen heraus zumindest wünschenswert zu sein. Klargestellt hat der EGMR insoweit, dass eine Regelung, welche die Eizellspende erlaubt, zulässig wäre. Er hat damit sogar die Einschätzung verbunden, dass dadurch (vielleicht) ein besserer Ausgleich der unterschiedlichen Interessen möglich wäre¹⁹⁶⁵.

i. Die gesundheitlichen Risiken für die Eizellspenderin

Zu den Interessen, welche in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden müssen, gehören vor allem die gesundheitlichen Risiken, denen sich die Eizellspenderin ausgesetzt sieht. Sie umfassen das mit der Entnahme der Eizellen verbundene Verletzungs- und Infektionsrisiko, wobei die Gefahr lebensbedrohlicher Komplikationen als äußerst gering eingestuft wird¹⁹⁶⁶. Hinzu kommt die Möglichkeit des Auftretens eines ovariellen Überstimulationssyndroms. Bis zu einem Drittel der Patientinnen, denen in Vorbereitung der Entnahme von Eizellen entsprechende Medikamente verabreicht werden, kann an diesem Syndrom erkranken, etwa zwei Prozent der Eizellspenderinnen entwickelt eine schwere Verlaufsform. Allerdings ist die Erkrankung selbstbegrenzend und endet bei Nichteintritt der Schwangerschaft von allein¹⁹⁶⁷. Soweit diese Risiken durch die Eizellspenderin nach entsprechender medizinischer Aufklärung und Beratung freiwillig übernommen werden, sind Grundrechte der betroffenen Frauen, vor allem ihre Menschenwürde und ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit, nicht verletzt¹⁹⁶⁸.

Gegenüberstellung der Illegalität der Eizellspende und der Legalität der Samenspende ermöglichte, aller Voraussicht nach kein anderes Ergebnis mit sich.

¹⁹⁶⁵ EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u. a.), NJW 2012, 207, 211 (Rn. 106).

¹⁹⁶⁶ Oben B.II.4.a., S. 30 f.

¹⁹⁶⁷ Oben B.II.4.b., S. 31.

¹⁹⁶⁸ Vgl. zur Parallelproblematik bei der Leihmutterchaft: BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); bereits geklärt wurde, dass die Menschenwürde nicht der Disposition des Einzelnen ent-

ii. Die Rechte des ungezeugten Kindes

Die Rechte des Kindes, das ohne die Eizellspende nicht existierte, sind ebenfalls von vornherein nicht betroffen¹⁹⁶⁹. Selbst wenn Grundrechtsschutz durch Existenzverhinderung des nondum conceptus zulässig wäre¹⁹⁷⁰, kann nicht unbeachtet bleiben, dass zwischen der Wunschmutter und dem Kind aufgrund von Schwangerschaft und Geburt eine psychosoziale Bindung entsteht, auf welche im Vergleich dazu ein Wunschvater, der lediglich seine Zustimmung zu einer Samenspende erteilt, nicht zurückgreifen kann¹⁹⁷¹. Vor allem aber böte die Legalisierung der Eizellspende die Möglichkeit, das Samenspenderregistergesetz zu einem Gametenspenderegistergesetz zu erweitern und die Fälle der Eizellspende mit aufzunehmen. Dadurch könnte das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung der betroffenen Kinder in einem viel größeren Umfang als bisher verwirklicht werden. Denn im Ausland ist zu einem nicht unerheblichen Teil die Anonymität der Spenderinnen vorgesehen oder die Vereinbarung der Anonymität zumindest möglich¹⁹⁷². In der Konsequenz haben Kinder deutscher Mütter, die im Ausland eine Eizellspende in Anspruch nehmen, de lege lata nicht in jedem Fall die Aussicht, ihr Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durchzusetzen¹⁹⁷³. Die vom Gesetzgeber bei der Schaffung der Verbotsregelung befürchteten Probleme hinsichtlich der Identitätsfindung durch die betroffenen Kinder haben sich in Zeiten, in denen jährlich 4.000 Paare zu einer Fruchtbarkeitsuntersuchung mit dem überwiegenden Ziel der Inanspruchnahme einer Eizellspende ins Ausland reisen¹⁹⁷⁴, ins Gegenteil verkehrt. Die insoweit auftretenden Schwierigkeiten der Kinder bei der Identitätsfindung resultieren vielmehr aus einer Verbotsregelung, deren Folge vielfach die Undurchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist.

zogen ist (eingehend oben: H.I.1.b., S. 197 ff. zur Leihmutterschaft und H.I.2., S. 201 zur Eizellspende).

¹⁹⁶⁹ Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 111; vgl. bezogen auf die Leihmutterschaft eingehend: oben H.I.1.a., S. 189 ff. und H.I.2.e.iii.(1), S. 220 f.

¹⁹⁷⁰ So Taupitz in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG, Rn. 8.

¹⁹⁷¹ Schewe, FamRZ 2014, 90, 93; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 49; vgl. auch Kolhoser, JA 1985, 553, 559.

¹⁹⁷² Zum spanischen Recht: Berg in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, S. 143, 145; zum belgischen Recht: Pennings, European Journal of Health Law 2007, 251, 255; zum griechischen Recht: Koutsouradis, FamRZ 2003, 1067.

¹⁹⁷³ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 28.

¹⁹⁷⁴ Schewe, FamRZ 2014, 90, 92.

Den ursprünglichen Bedenken des Gesetzgebers, die Eizellspenderin könne Anteil an dem Schicksal des von der anderen Frau geborenen Kindes nehmen und damit erhebliche seelische Konflikte auslösen¹⁹⁷⁵, kann vorgebeugt werden. Ein Ausschluss von Auskunftsansprüchen der Eizellspenderin, welche die Identität des Kindes betreffen, ist nach dem Vorbild von § 11 Abs. 1 SaRegG ohne weiteres möglich¹⁹⁷⁶. Unerwünschte, möglicherweise konfliktbeladene Kontakte zwischen Spenderin und Kind können so zuverlässig ausgeschlossen werden.

iii. Das kulturelle Selbstverständnis im Wandel

Auch das vom Gesetzgeber zur Begründung des Verbots herangezogene menschliche und kulturelle Selbstverständnis hat sich im Zuge des stetig zunehmenden Fortpflanzungstourismus gewandelt. Der Grundsatz der Eindeutigkeit der Mutterschaft kann in Anbetracht der Tatsache, dass die Eizellspende in den Konventionsstaaten der EMRK ganz überwiegend erlaubt ist¹⁹⁷⁷, keine absolute Geltung mehr beanspruchen. Nach Einschätzung des EGMR gebe es in den Konventionsstaaten eine Tendenz, die Spende von Gameten für eine IVF, und damit auch die Eizellspende, zuzulassen. Ein europäischer Konsens zeichne sich ab¹⁹⁷⁸. Viel spricht deshalb dafür, die Eizellspende zu legalisieren. Etwaigen Missbrauchs- und Ausbeutungsgefahren kann durch einen entsprechenden gesetzlichen Rahmen im ausreichenden Maß vorgebeugt werden¹⁹⁷⁹. Zugelassen wer-

¹⁹⁷⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 7; 11/5710, S. 13; vgl. auch von Sethe, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung, S. 164; Wollenschläger, MedR 2011, 21, 22.

¹⁹⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11291, S. 33.

¹⁹⁷⁷ Vgl. EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207, 210 (Rn. 95); zur zwischenzeitlich erfolgten Legalisierung der Eizellspende in Österreich vgl. § 3 Abs. 3 Fortpflanzungsmedizingesetz (vgl. das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015, abgedruckt in: StAZ 2015, 316, 317).

¹⁹⁷⁸ EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207, 210 (Rn. 96).

¹⁹⁷⁹ Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 48; vgl. zum Interessenausgleich auch EGMR (große Kammer) Urt. v. 3.11.2011 – 57813/00 (S. H. u.a.), NJW 2012, 207, 211 (Rn. 106).

den sollte die Eizellspende aber lediglich bei medizinischen Indikationen¹⁹⁸⁰. Fälle 65-jähriger Mütter gilt es zu vermeiden¹⁹⁸¹.

2. Die Spende mitochondrialer DNA

Die Spende mitochondrialer DNA ist bereits de lege lata nicht verboten, wenn die sog. Spindelmethode zur Anwendung gelangt. Daran sollte festgehalten werden¹⁹⁸². Identitätsprobleme der auf diese Weise gezeugten Kinder sind – anders als bei der Eizellspende – von vornherein nicht zu befürchten; denn das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird von der Spende mitochondrialer DNA nicht tangiert¹⁹⁸³. Die Anwendung der Methode des Vorkern-Transfers, welche schon de lege lata die Tatbestände von § 1 Abs. 2 und § 6 ESchG erfüllt¹⁹⁸⁴, muss zum vorbeugenden Schutz menschlichen Lebens und der Menschenwürde¹⁹⁸⁵ weiter ausgeschlossen bleiben.

3. Die Ausgestaltung von Regelungen zur Embryospende

Bereits zulässig ist in Deutschland die (rettende) Embryospende in Fällen, in denen die genetische Mutter selbst aufgrund einer Erkrankung nicht mehr in der Lage oder nach erfolgreichem Abschluss der Behandlung nicht mehr willens ist, den bereits in vitro vorhandenen (überzähligen) Embryo selbst auszutragen¹⁹⁸⁶. Eine Erweiterung auf Konstellationen, in denen Embryonen speziell zum Zweck der Spende in vivo oder in vitro gezeugt werden, erscheint aber problematisch. Vor allem müsste weiter an § 2 Abs. 1 Fall 1 ESchG¹⁹⁸⁷ festgehalten werden, um die Menschenwürde des Embryos, welcher droht, im Zuge einer Veräußerung zur Handelsware degradiert zu werden, zu schützen. Denn auf die Wunscheltern über-

¹⁹⁸⁰ Vgl. zur heterologen Insemination: Hoppe/Scriba (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl 2006, 1392, 1394, Punkt 2.1.6. f.

¹⁹⁸¹ <https://www.welt.de/vermishtes/article139428177/Berliner-Lehrerin-erwartet-mit-65-Jahren-Vierlinge.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁹⁸² Vgl. dazu oben C.III.6., S. 63.

¹⁹⁸³ Oben I.I.8.a.ii., S. 326 f.

¹⁹⁸⁴ Oben C.III.3., S. 60 und 5, S. 61 f.

¹⁹⁸⁵ Vgl. zum Schutzzweck von § 1 Abs. 2 ESchG: Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 ESchG, Rn. 4.

¹⁹⁸⁶ Oben C.II.6., S. 56.

¹⁹⁸⁷ Dazu oben C.II.4., S. 54 f.

tragen werden in solchen Fällen nicht lediglich Gameten, sondern mit dem Embryo bereits ein konkretes Rechtssubjekt, das zumindest unter den Schutz der Menschenwürde und von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fällt¹⁹⁸⁸.

Mangels einer genetischen Verbindung zu wenigstens einem Wunschelternteil kann außerdem nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Wunscheltern von Natur aus berufen sind, die Verantwortung und Pflege für das Kind zu übernehmen¹⁹⁸⁹. Nicht ohne Grund wird neben dem Begriff der Embryospende, soweit es um den Blickwinkel der annehmenden künftigen Eltern geht, von „Embryooption“ gesprochen¹⁹⁹⁰. Zwar trägt die Wunschmutter das Kind – im Unterschied zu den in §§ 1741 ff. BGB geregelten Adoptionsfällen – selbst aus, wodurch häufig bereits eine psychosoziale Bindung zwischen Geburtmutter und Kind entsteht. Dennoch ist eine umfassendere gesetzliche Regelung auch der rettenden Embryospende erforderlich. Mit Blick auf das fehlende, Eltern und Kind einende genetische Band sollte vor allem eine § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Kindeswohlprüfung vorgesehen werden. Zwar lassen sich nicht alle in diesem Zusammenhang aufgestellten Voraussetzungen ohne Anpassungen auf den Bereich der Embryospende übertragen, weil das Kind noch nicht geboren ist. Kindbezogene Umstände können deshalb nur in einer allgemeineren Form und nicht im gleichen Maß konkret individuell berücksichtigt werden. Umstände, welche auf die Adoptionsbewerber bezogen sind¹⁹⁹¹, lassen sich aber umfassend prüfen. Die selbstgesetzten Regeln des Netzwerks Embryospende¹⁹⁹² sind insoweit nicht ausreichend. Im Übrigen wäre ebenso wie im Zusammenhang mit der Legalisierung der Eizellspende eine Integration auch der Embryospende in den Rahmen eines Gametenspenderegistergesetzes¹⁹⁹³ erforderlich, um die Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung durch das Kind auf gesetzlich gesicherter Grundlage zu ermöglichen¹⁹⁹⁴.

¹⁹⁸⁸ Vgl. Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 66.

¹⁹⁸⁹ Vgl. dazu BVerfGE 108, 82, 100 und eingehend oben: H.II.2.a., S. 204 f.

¹⁹⁹⁰ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 9 und 13.

¹⁹⁹¹ Vgl. Maurer in: MüKo⁷, § 1741 BGB, Rn. 83–103; Saar in: Erman, § 1741 BGB, Rn. 4–8.

¹⁹⁹² Vgl. <http://www.netzwerk-embryonenspende.de/index.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁹⁹³ Das Gesetz könnte unter diesen Umständen auch Gameten- und Embryonenspenderegistergesetz genannt werden.

¹⁹⁹⁴ Vgl. zur Regelung des Netzwerks Embryospende: http://www.netzwerk-embryonenspende.de/Haeufig_gestellte_Fragen_zur_Embryonenspende_in_Deutschland.pdf, S. 4, eingesehen am 25.1.2018.

4. Die Legalisierung der Spende von imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium

Anders als die Embryospende, die in Bezug auf überzählige Embryonen bereits de lege lata zulässig ist, scheidet die Spende von überzähligen kryokonservierten Eizellen im Pronukleusstadium an dem in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG enthaltenen Verbot¹⁹⁹⁵. Das erscheint vor dem Hintergrund, dass auch bei imprägnierten Eizellen im Pronukleusstadium das genetische Programm bereits feststeht¹⁹⁹⁶, mit Blick auf die Vorwirkungen der Menschenwürde und den Lebensschutz bedenklich. In der Praxis werden imprägnierte Eizellen im Pronukleusstadium bereits durch das Netzwerk Embryonenspende vermittelt¹⁹⁹⁷. Deshalb ist insoweit eine Anpassung der Rechtslage erforderlich. Der Gesetzgeber selbst sah auch imprägnierte Eizellen im Vorkernstadium als schutzwürdig an. Er hat bereits ihre Erzeugung zu einem anderen Zweck als die Herbeiführung einer Schwangerschaft der Frau, von der die Eizelle stammt, durch § 1 Abs. 2 ESchG unter Strafe gestellt und sah die Gefahr, dass jederzeit Embryonen entstehen können, die dem Absterben ausgesetzt wären¹⁹⁹⁸. Konsequenterweise muss, soweit Vorkernstadien zur Verwendung in späteren Zyklen erlaubterweise erzeugt werden¹⁹⁹⁹, ihre Spende unter den gleichen Voraussetzungen wie diejenige von Embryonen möglich sein, um sie vor dem Absterben oder der zeitlich unbeschränkt fortdauernden Kryokonservierung zu bewahren.

¹⁹⁹⁵ Oben C.II.7., S. 57; Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG, Rn. 15; Müller-Terpitz in: Spickhoff, § 1 ESchG, Rn. 10; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 11 f., 37 ff.

¹⁹⁹⁶ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 15; BT-Drs. 11/5460, S. 9.

¹⁹⁹⁷ Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, S. 18; dabei geht das Netzwerk selbst nicht von einer Strafbarkeit dieser Vermittlung aus: <http://www.netzwerk-embryonenspende.de/verfahren/verfahren.html>, eingesehen am 25.1.2018.

¹⁹⁹⁸ BT-Drs. 11/5460, S. 9.

¹⁹⁹⁹ Vgl. dazu Günther in: Günther/Taupitz/Kaiser, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG, Rn. 3.

5. Die Legalisierung der Leihmutterschaft

Ähnlich wie im Zusammenhang mit der Eizellspende wird von Teilen der Literatur auch eine Legalisierung der Leihmutterschaft gefordert²⁰⁰⁰. Grundlegende Erwägungen scheinen mit denen, welche zur Eizellspende angestellt werden, übereinzustimmen: Die Rechte des nondum conceptus werden durch die Leihmutterschaft nicht verletzt, weil Grundrechtsschutz durch Existenzverhinderung unzulässig ist²⁰⁰¹. Außerdem können Leihmütter nach entsprechender Aufklärung – ebenso wie bei der Eizellspende – wirksam in die mit der Übernahme der Leihmutterschaft verbundenen Risiken einwilligen, ohne dass Grundrechtspositionen auf ihrer Seite, vor allem ihre Menschenwürde und ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit, verletzt sind²⁰⁰². Die in diesem Zusammenhang heraufbeschworene Parallele zwischen der auch als „Schwangerschaftsspende“ bezeichneten Leihmutterschaft und der Lebendorganspende²⁰⁰³ ist gleichwohl fehlgeleitet. Denn § 8 Abs. 1 Nr. 1c TPG setzt voraus, dass der Spender nach ärztlicher Beurteilung nicht über das Operationsrisiko hinaus gefährdet oder über die unmittelbaren Folgen der Entnahme hinaus gesundheitlich schwer beeinträchtigt wird. Diese Einschätzung kann vor der Übernahme der Leihmutterschaft nicht mit der gleichen Sicherheit erfolgen wie bei der Organspende. Das Ausmaß der mit der Schwangerschaftsübernahme verbundenen Risiken für die Frau zeigt sich endgültig nämlich erst nach Begründung der Schwangerschaft. Zuvor steht noch nicht fest, ob auf die Leihmutter die mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen zusätzlichen Risiken zukommen²⁰⁰⁴. Zu ihnen gehören auch

²⁰⁰⁰ Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 53 f.; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 51–55; Kaiser in: FS Brudermüller, S. 357, 364 f.; „unter engen Voraussetzungen“: Mayer, IPRax 2014, 57, 62 a.E.; Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19, 28; gegen ein gesetzliches Verbot auch bereits: Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 79–82.

²⁰⁰¹ Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, S. B 9, B 82; eingehend oben: H.I.1.a., S. 189 ff. und H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

²⁰⁰² BGHZ 203, 350, 365 f. (Rn. 49); oben: H.I.1.b., S. 197 ff.

²⁰⁰³ Krefß, FPR 2013, 240, 423; Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 54; Duden, StAZ 2014, 164, S. 169 f.

²⁰⁰⁴ Die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Mehrlingsschwangerschaften ließe sich zwar durch den Transfer nur eines Embryonen verringern; bei einem Embryonentransfer im Blastozystenstadium besteht aber dennoch eine erhöhte Inzidenz von monozygoten Zwillingsschwangerschaften (Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.4.2, S. 311). Abgesehen davon ist in Deutschland wegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG der sog. elektive Einzelembryotransfer, der ausreichend hohe Schwangerschaftsraten auch bei der Übertragung nur eines Embryos gewährleis-

für die Schwangere potentiell lebensbedrohende Erkrankungen, wie die Präeklampsie und die akute Fettleber, welche im Zusammenhang mit Mehrlingsschwangerschaften und allgemein in der Folge eines Embryotransfers vermehrt auftreten²⁰⁰⁵. Vor allem aber ist die Organentnahme nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 TPG nur zulässig, wenn dessen Übertragung auf den Empfänger geeignet ist, sein Leben zu erhalten, eine schwerwiegende Krankheit zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder damit zusammenhängende Beschwerden zu lindern. Ein vergleichbarer Zweck kann bei der Leihmutterschaft nicht ausgemacht werden. Zwar haben die Gründe, welche die Betroffenen veranlassen, eine Leihmutter in Anspruch zu nehmen, durchaus Krankheitswert²⁰⁰⁶, es handelt sich aber nicht um eine lebensbedrohende oder schwerwiegende Erkrankung, die durch eine Leihmutterschaft geheilt werden könnte.

Auch der Vergleich mit der freiwilligen Ausübung der Prostitution²⁰⁰⁷ ist nicht treffend. Eine Prostituierte geht keine Risiken ein, wie sie mit der Übernahme einer Schwangerschaft verbunden sind, ganz abgesehen davon, dass der Vergleich auch unter einem ethisch-moralischen Blickwinkel die Argumentation für die Zulassung der Leihmutterschaft nicht gerade erleichtert²⁰⁰⁸.

Gegen eine Legalisierung der Leihmutterschaft spricht neben der mit einer Kommerzialisierung einhergehenden Gefahr der Ausbeutung von mittellosen Frauen²⁰⁰⁹ aber vor allem das Konfliktpotential, welches die Übernahme einer Schwangerschaft für Dritte birgt, namentlich die Gefahr von Streitigkeiten über einen aus medizinischen Gründen notwendig werdenden Schwangerschaftsabbruch²⁰¹⁰. Die Behandlung der bereits erwähnten, im besonderen Maße mit Mehrlingsschwangerschaften einhergehenden Risiken der Präeklampsie besteht nämlich – nach

ten könnte, gegenwärtig nicht zugelassen (oben B.II.5.c., S. 36 ff.). Deshalb bestünde bei in Deutschland durchgeführten Leihmutterschaften aus Sicht der Wunscheltern, welche die Kosten für mehrere erfolglose Behandlungszyklen scheuen, durchaus der Wunsch, dass zwei oder gar drei Embryonen auf die Leihmutter übertragen werden.

²⁰⁰⁵ Vgl. Pecks/Maass/Neulen, DÄBl 2011, 23; Mahany/Smith in: Falcone/Hurd, Clinical Reproductive Medicine and Surgery, Kap. 17.4.2, S. 311 f. und oben B.II.4.c.

²⁰⁰⁶ Oben B.I., S. 27 f.

²⁰⁰⁷ Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, S. 163–168.

²⁰⁰⁸ Letztlich sind unmittelbare Vergleiche aber auch nicht erforderlich, um feststellen zu können, dass die selbstbestimmte Einwilligung der Leihmutter Grundrechtsverletzungen auf ihrer Seite ausschließt, vgl. oben H.I.1.b., S. 197 ff.

²⁰⁰⁹ Vgl. Lagarde, ZEuP 2015, 233; Diese Gefahr ließe sich freilich dadurch bannen, dass die Entgeltlichkeit der Leihmutterschaft, von Aufwandsentschädigungen abgesehen, ausgeschlossen wird (so etwa in Großbritannien: oben D.IV., S. 82).

²⁰¹⁰ Vgl. bereits: BT-Drs. 11/4154, S. 7.

Ausschöpfung aller anderen medizinischen Maßnahmen – in der vorzeitigen Beendigung der Schwangerschaft²⁰¹¹. Im Fall des Auftretens dieser Komplikation stehen sich die Interessen der Leihmutter an einer möglichst frühzeitigen Beendigung der Schwangerschaft und diejenigen der Wunscheltern, welche zur Vermeidung einer Frühgeburt an einer möglichst langen Fortdauer der Schwangerschaft interessiert sind, diametral gegenüber. Eine Frau, die ihr eigenes Kind austrägt, kann die zusätzlichen Risiken, welche mit der Herausögerung der Geburtseinleitung einhergehen, in Absprache mit ihrem Partner eigenverantwortlich eingehen. Eine Leihmutter wird unter den gleichen Umständen wenig geneigt sein, ihre Gesundheit und ihr Leben zu riskieren, um dem ungeborenen Kind die zusätzliche Zeit zu gewähren, welche im Einzelfall erforderlich sein kann, um die mit einer Frühgeburt verbundenen Mortalitäts- und Morbiditätsrisiken²⁰¹² für das Kind auf ein erträgliches Maß zu senken. Derartige Konflikte lassen sich vorab zwar vertraglich und gegebenenfalls auch gesetzlich in der Form regeln, dass der Leihmutter die alleinige Entscheidung über den Fortbestand oder die Beendigung der Schwangerschaft übertragen wird. Eine Einflussnahme der Wunscheltern auf die Leihmutter dergestalt, dass diese unter Inkaufnahme zusätzlicher Risiken für die eigene Gesundheit auf eine vorzeitige Entbindung – vielleicht sogar für ein unter der Hand gewährtes zusätzliches Entgelt – verzichten soll, kann dadurch aber trotzdem nicht ausgeschlossen werden. Entsprechende Versuche der Wunscheltern wären aus menschlicher Sicht verständlich. Die beschriebene Konfliktlage muss nicht sehr häufig auftreten. Das bedeutet aber nicht, dass mit ihrem Eintritt nicht elementare Interessen und Rechte aller Beteiligten betroffen sein können.

Schließlich ist – anders als im Zusammenhang mit der Eizellspende – europaweit keine Tendenz zur Legalisierung der Leihmuttertschaft erkennbar²⁰¹³. Der Fortbestand des Verbots der Leihmuttertschaft sollte nach allem deshalb nicht infrage gestellt werden. Zwar sind dadurch

²⁰¹¹ Pecks/Maass/Neulen, DÄBl 2011, 23, 29.

²⁰¹² Vgl. dazu ebenfalls oben B.II.4.c., S. 32.

²⁰¹³ Im Gegensatz zur Eizellspende nicht zulässig ist die Leihmuttertschaft in Österreich, Dänemark, Spanien und Slowenien. In Belgien existieren keine Regelungen, die nicht-kommerzielle Leihmuttertschaft wird geduldet. Zusätzlich zur Eizellspende zugelassen ist die Leihmuttertschaft unter anderem in Großbritannien, Griechenland und den Niederlanden (vgl. für eine aktuelle Übersicht: Wellenhofer in: MüKo⁷, § 1591 BGB, Rn. 32–38 m.w.N.; vgl. im Hinblick auf einen Konsens über die Rechtmäßigkeit von Leihmuttertschaften auch: EGMR, Urt. v. 26.6.2014 – 65192/11 (Mennesson), NJW 2015, 3211, 3214 f. (Rn. 78); Urt. v. 26.6.2014 – 65941/11 (Labassee), FamRZ 2014, 1349 (Leitsatz), Rn. 57; zur Rechtslage in Spanien, Belgien, Griechenland und Großbritannien s. oben D., S. 77 ff.

auch gesetzliche Regelungen ausgeschlossen, die vor der Durchführung der Leihmutterschaft eine behördliche oder gerichtliche Genehmigung vorsehen, um das Kind bereits mit der Geburt der Wunschmutter sicher zuordnen zu können²⁰¹⁴. Der Einführung von Anfechtungsregelungen, wie sie oben vorgeschlagen wurden, steht ein Verbot aber ebenso wenig im Weg wie die gegenwärtige unanfechtbar ausgestaltete Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter dem Verbot der Eizellspende. Denn aus einer zivilrechtlichen Regelung lässt sich keine Billigung einer „öffentlich-rechtlich“ verbotenen Methode der künstlichen Befruchtung ableiten²⁰¹⁵.

²⁰¹⁴ Vgl. Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, S. F 7, F 53 f.

²⁰¹⁵ Vgl. zur Eizellspende und § 1591 BGB: BT-Drs. 13/4899, S. 82 f.; vgl. auch Lagarde, ZEuP 2015, 233, 240, der sich für die Aufrechterhaltung des Verbots der Leihmutterschaft in Deutschland und Frankreich ausspricht, aber den rechtlichen Status des Kindes schützen möchte.

L. Ergebnis und Ausblick

Das deutsche Abstammungsrecht weist im Umgang mit Methoden artifizierlicher Reproduktion, die zur Behandlung weiblicher Sterilität und Infertilität eingesetzt werden können, namentlich der Eizell- und Embryospende sowie der Leihmutterschaft, de lege lata erhebliche Defizite auf. Ungeachtet der insoweit bestehenden Verbote aus dem ESchG und dem AdVermiG sind die betreffenden Konstellationen mit Blick auf den zunehmenden Fortpflanzungstourismus ins Ausland regelungsbedürftig.

Zwei zentrale Fragen waren zu beantworten: Bezogen auf die Fälle der Leihmutterschaft musste geklärt werden, ob der Ausschluss der Mutterschaftsanfechtung gerechtfertigt ist. Für den Bereich der Eizell- und Embryospende stellte sich primär die Frage, ob dem Kind unter Erweiterung von § 1598a BGB ein Anspruch gegen die als Eizell- oder Embryospenderin vermutete Frau auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung zu gewähren ist²⁰¹⁶. Für das Kind streiten in beiden Konstellationen unterschiedliche Grundrechte.

Im Bereich der Leihmutterschaft konnte ein in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verankertes Interesse des Kindes nachgewiesen werden, die rechtliche Stellung als Kind seiner genetischen Mutter einzunehmen²⁰¹⁷. Dasselbe von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Interesse steht mit umgekehrtem Vorzeichen auch der genetischen Mutter zu. Es wird durch die Regelung in § 1591 BGB beeinträchtigt. Eingehend begründet wurde, warum diese Beeinträchtigung nicht gerechtfertigt ist: Der mit ihr intendierte Schutz des nondum conceptus vor Vorenthaltung psychosozialer Bindungen in der Schwangerschaft und anderen denkbaren Beeinträchtigungen geht ins Leere, weil das Kind grundsätzlich nicht durch einen Vorgang, dem es seine Existenz erst verdankt, in seinen Grundrechten verletzt sein kann²⁰¹⁸. Auch mit dem Schutz ausländischer Leihmütter vor einer Inanspruchnahme durch deutsche Wunscheltern kann der Ausschluss der Anfechtbarkeit nicht begründet werden; denn die ausländische Leihmutter unterfällt weder der Personal- noch der Territorialhoheit des deutschen Staats. Mangels eines daraus resultierenden *status passivus* bestehen ihr gegenüber von Seiten des Staats auch keine Schutzpflichten, mit denen ein Eingriff in die aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abgeleiteten Rechte von

²⁰¹⁶ Daneben stellte sich aus einer gleichheitsrechtlichen Perspektive auch die Fragen nach einem auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsrecht des Kindes (oben H.III.3.b., S. 247 ff.).

²⁰¹⁷ Vgl. zur Vaterschaft: BVerfGE 108, 82, 108.

²⁰¹⁸ Oben H.I.1.a., S. 189 ff. und H.II.2.e.iii.(1), S. 220 f.

Mutter und Kind gerechtfertigt werden könnte²⁰¹⁹. Für alle weiteren von § 1591 BGB geschützten Rechte und Interessen stehen mildere Mittel in Form von Einschränkungen hinsichtlich der Anfechtbarkeit zur Verfügung²⁰²⁰. Ein entsprechender Gesetzesvorschlag wurde auf der Grundlage dieser Erkenntnisse ausgearbeitet²⁰²¹. Dem im Wege der Leihmutterschaft geborenen Kind und der genetischen Wunschmutter eröffnete er im Fall seiner Umsetzung – ebenso wie zuvor schon dem biologischen Vater und seinem Kind²⁰²² – verfahrensrechtlich die Möglichkeit, rechtlich einander zugeordnet zu werden.

Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Erweiterung von § 1598a BGB um Ansprüche des Kindes gegen die vermuteten genetischen Eltern wurde – beschränkt auf den Bereich der artifiziellen Reproduktion – mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und darauf bezogenen Schutzpflichten des Gesetzgebers begründet. Ihm steht zwar bei der Umsetzung von Schutzpflichten grundsätzlich ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu²⁰²³, der nur in Ausnahmefällen auf null reduziert ist²⁰²⁴. Anders als im Bereich der natürlichen Fortpflanzung, für den das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Verengung des Entscheidungsspielraums abgelehnt hatte²⁰²⁵, konnte eine solche aufgrund der in den medizinischen Bereich verlagerten Fortpflanzung, dem damit einhergehenden Verlust der Intimität des Zeugungsakts und der wegfallenden Gefahr eines Vorwurfs außerehelicher Beziehungen bejaht werden²⁰²⁶. Auf der Grundlage dieses Befunds wurde ebenfalls ein Gesetzesvorschlag erarbeitet²⁰²⁷. Aus rechtspolitischer Sicht wäre insoweit aber angesichts der berechtigten Kritik, welche von Seiten der Literatur²⁰²⁸ an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geäußert wurde, auch die Einführung einer nicht auf Methoden assistierter Reproduktion beschränkten Regelung wünschenswert. Sie läge im Rah-

²⁰¹⁹ Oben H.II.2.e.iv.(2)(b), S. 227 ff.; Zu ihrem Schutz verpflichtet ist ihr Heimatstaat, dessen Territorialhoheit auch die sich dort zum Zweck der Durchführung der Leihmutterschaft aufhaltende Wunschmutter unterfällt.

²⁰²⁰ H.II.2.e.iv.(1), S. 223 ff. und (2)(a), S. 225 f.

²⁰²¹ Oben K.II., S. 350 ff.

²⁰²² Vgl. BVerfGE 108, 82.

²⁰²³ BVerfGE 141, 186, 205; so schon BVerfGE 96, 56, 64.

²⁰²⁴ BVerfGE 141, 186, 207 f. mit Verweis auf BVerfGE 117, 202.

²⁰²⁵ BVerfGE 141, 186, 208 ff.

²⁰²⁶ Eingehend: oben I.I.8.b.iii., S. 330 ff.

²⁰²⁷ Oben K.III., S. 370 ff.

²⁰²⁸ Oben I.I.7.c.viii.(2), S. 321 ff.

men des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums²⁰²⁹, ein entsprechender Vorschlag wurde mit entworfen²⁰³⁰.

Ein letzter Änderungsvorschlag betrifft das Kollisionsrecht. Er befasst sich mit einer unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls erforderlichen Erweiterung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB um den schlichten Aufenthalt. Notwendig ist die Ergänzung der Vorschrift, weil der bisher in S. 1 enthaltene gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im ausländischen Geburtsstaat vor Ablauf von fünf bis sechs Monaten nicht begründet wird, wenn die das Kind betreuenden Wunscheltern das Ziel haben, mit dem Kind alsbald nach Deutschland auszureisen. Mangels einer physischen Anwesenheit vor Ort besteht aber auch noch kein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland, was eine Anknüpfung an S. 1 letztlich ausschließt. Die beiden verbleibenden Varianten in Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB erlauben eine Anknüpfung an das Heimatrecht der Mutter und ihr Ehwirkungsstatut. Sie gelten aber nur relativ und im Verhältnis zur jeweils als Mutter in Betracht kommenden Frau. In der Konsequenz kann es dazu kommen, dass das Kind keiner Frau positiv zugeordnet wird, wenn die unterschiedlichen Rechtsordnungen, auf die mit dem Heimatrecht und dem Ehwirkungsstatut der Wunsch- und der Leihmutter verwiesen wird, jeweils der anderen Frau das Kind rechtlich zuweisen²⁰³¹. Dieser Konsequenz soll zum Schutz des Kindeswohls durch die vorgeschlagene Erweiterung abgeholfen werden.

Zusätzlich zu den angeregten Gesetzesänderungen wird, vor allem mit Blick auf den sich europaweit herausbildenden Konsens, das gewandelte kulturelle Selbstverständnis hinsichtlich der Eindeutigkeit der Mutterschaft und die überschaubaren medizinischen Risiken, in welche die Spenderin eigenverantwortlich einwilligen kann, die Legalisierung der Eizellspende befürwortet. Eine im Zuge der Legalisierung mögliche Erweiterung des Samenspenderregistergesetzes zu einem Gametenspenderregistergesetz ermöglichte den betroffenen Kindern außerdem die erfolgreiche Durchsetzung ihres Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in einem viel größeren Umfang als bisher²⁰³².

Die Legalisierung der Leihmutterschaft wird dagegen nach wie vor nicht als gangbare Lösung erachtet. Erkrankungen der Leihmutter während der Schwangerschaft bergen ein zu großes und mit gesetzlichen oder vertraglichen Mitteln nicht vollständig beherrschbares Konfliktpoten-

²⁰²⁹ BVerfGE 141, 186, 216.

²⁰³⁰ Oben K.III. a.E., S. 374.

²⁰³¹ Oben J.I.1., S. 343 f. und E.V.2., 3., S. 110 ff. sowie 6.c.ii.(2), S. 127 ff.

²⁰³² Vgl. oben K.IV.1., S. 374 ff.

tial, bei dem sich die Interessen der Leihmutter an einer Beendigung der Schwangerschaft und diejenigen der Wunscheltern an dessen Fortbestand diametral gegenüberstehen. An einem Verbot sollte deshalb weiterhin festgehalten werden. Der Einführung einer auf die Mutterschaft bezogenen Anfechtungsregelung steht es nicht entgegen²⁰³³.

Die vorgeschlagenen, auf grundrechtlichen Erwägungen beruhenden Gesetzesänderungen können nicht abschließend sein. So hat sich der Arbeitskreis Abstammungsrecht für eine Gleichbehandlung der rechtlichen Vaterschaft und der Mit-Mutterschaft sowohl bei der Zeugung eines Kindes durch ärztlich assistierte Fortpflanzung als auch bei privater Insemination und natürlicher Zeugung ausgesprochen. Darüber hinaus soll die rechtliche Geschlechtsidentität bei der Zuordnung der ersten Elternstelle (bisher der Mutterschaft) und das Geschlecht bei der Zuordnung der zweiten Elternstelle nach den Empfehlungen des Arbeitskreises in Zukunft unerheblich sein²⁰³⁴. Fortschreitende Entwicklungen im Bereich der Medizin werden im Anschluss an die gegenwärtig angestrebte Reform des Abstammungsrechts²⁰³⁵ über kurz oder lang aber auch weitere Anpassungen erforderlich machen. So ist es bereits gegenwärtig möglich, Eizellen aus Hautzellen herzustellen und damit Nachkommen zu zeugen, selbst wenn die Technik bisher nur bei Mäusen erfolgreich angewandt wurde²⁰³⁶. Eine Übertragung dieser Forschungsergebnisse auf den Menschen ermöglichte die Behandlung weiblicher Sterilität, der Bedarf an Eizellspenden nähme ab. Es wäre aber darüber hinaus z.B. auch einem homosexuellen Paar möglich, gemeinsam von beiden Partnern abstammende Kinder zu zeugen und von einer Leihmutter austragen zu lassen²⁰³⁷. Die Begriffe der Mutter- und Vaterschaft gerieten dadurch noch stärker in Fluss als durch das Modell der bereits jetzt im Ausland zulässigen Co-Mutterschaft. Bei der Beurteilung neuer Methoden der assistierten Reproduktion ist indessen Weitblick angesagt. Nicht jedes Verfahren muss, nur weil es aus medizinischer Sicht durchführbar ist, auch angewandt werden. Die Grundrechte aller Beteiligten und die abstammungsrechtlichen Folgen dürfen nicht aus dem Blickfeld geraten. Vor allem Bestrebungen, mit Hilfe von „gene editing“ an Embryonen De-

²⁰³³ Oben K.IV.5., S. 383 ff.

²⁰³⁴ BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 70 ff., Thesen 50–58, 60 f.

²⁰³⁵ Vgl. dazu auch noch: Ernst, NZFam 2018, 443 ff.

²⁰³⁶ <http://www.nature.com/news/mouse-eggs-made-from-skin-cells-in-a-dish-1.20817> und <http://www.sueddeutsche.de/wissen/stammzellforschung-erstmal-fortpflanzungsfahige-eizellen-im-labor-gezuechtet-1.3209392>, eingesehen am 25.1.2018.

²⁰³⁷ <http://www.sueddeutsche.de/wissen/stammzellforschung-vaeter-werden-zu-muettern-frauen-zu-samenspendern-1.3211050>, eingesehen am 25.1.2018.

signerkinder zu zeugen²⁰³⁸, gilt es Einhalt zu gebieten. Selbst der Einsatz zur Heilung von Krankheiten, wie der Muskeldystrophie Duchenne²⁰³⁹, steht nicht nur wegen der damit verbundenen Risiken, sondern auch der Gefahr einer Ausweitung auf nicht-therapeutische Einsatzzwecke in der Kritik²⁰⁴⁰.

²⁰³⁸ <http://www.nature.com/news/uk-scientists-gain-licence-to-edit-genes-in-human-embryos-1.19270>, <http://www.sciencemag.org/news/2016/01/uk-researcher-details-proposal-crispr-editing-human-embryos>, eingesehen am 25.1.2018.

²⁰³⁹ Zur Anwendung der CRISPR/Cas-Methode auf Mäuse in diesem Zusammenhang: <http://www.sciencemag.org/news/2015/12/crispr-helps-heal-mice-muscular-dystrophy>, zur Methode selbst: <https://de.wikipedia.org/wiki/CRISPR/Cas-Methode>, eingesehen am 25.1.2018.

²⁰⁴⁰ <https://www.nature.com/news/don-t-edit-the-human-germ-line-1.17111>, eingesehen am 25.1.2018.

Literaturverzeichnis

56. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1986, S. 3069–3075.
59. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1992, S. 3016–3026.
- Adam, Sabine, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin – ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, Konstanz 1989.
- Andrae, Marianne, Internationales Familienrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Andrae, Marianne, Die gesetzliche Zuordnung des Kindes nach ausländischem Recht bei lesbischer institutioneller Partnerschaft, StAZ 2015, S. 163–171.
- Argyle, Catrin E. / Harper, Joye C. / Davies, Melanie C., Oocyte cryopreservation: where are we now?, Human Reproduction Update 2016, S. 1–10.
- Bach, Rudolf P., Neue Regelungen gegen Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung, FamRZ 1990, S. 574–577.
- Backmann, Jan L., Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht, München 2002.
- Balthasar, Stephan, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 13.2.2007 – Az. 1 BvR 421/05 (BVerfGE 117, 202), JZ 2007, S. 635–637.
- Balz, Manfred, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen: rechtliche und politische Überlegungen zu einem Vorhaben des Europarats, Tübingen 1980.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 47. Edition, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK BGB).
- Baruffi, Ricardo / Mauri, Ana / Petersen, Claudia / Nicoletti, Andreia / Pontes, Anagloria / Oliveira, Joao / Franco, Jose, Single-embryo transfer reduces clinical pregnancy rates and live births in fresh IVF and Intracytoplasmic Sperm Injection (ICSI) cycles: a meta-analysis, Reproductive Biology and Endocrinology 2009, S. 36.
- Bedaiwy, Mohamed A. / Shahin, Ahmed Y. / Falcone, Tommaso, Reproductive organ transplantation: advances and controversies, Fertility and Sterility 2008, S. 2031–2055.
- Behm, Ulrich, Zur Wirksamkeit von Rechtsgeschäften über „Telefonsex“, NJW 1990, S. 1822–1826.
- Behrentin, Rolf (Hrsg.), Handbuch Adoptionsrecht, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Hdb Adoptionsrecht).
- Belling, Detlev W., Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – Eine ungelöste Aufgabe des Gesetzgebers, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Bub zum 60. Geburtstag: Wohnen, Bauen, Markt und Recht, Derleder, Peter / Petersen, Jens (Hrsg.), Berlin 2007, S. 455–492 (zitiert: Belling in: FS Bub).

- Belling, Detlev W. / Herold, Antje / Kneis, Marek, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Rechtswentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2, Badó, Attila / Belling, Detlev W. (Hrsg.), Potsdam 2014, S. 53–111 (zitiert: Belling/Herold/Kneis in: Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis, Band 2).
- Benda, Ernst, Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik, APuZ 1985, S. 18–36.
- Benicke, Christoph, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterchaft, StAZ 2013, S. 101–114.
- Berg, Gisela, Eizellspende – eine notwendige Alternative?, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit und Zusammenarbeit mit dem Robert Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000 in Berlin, Arndt, Dietrich / Obe, Günter (Hrsg.), Baden-Baden 2000, S. 143–152 (zitiert: Berg in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland).
- Bergmann, Alexander / Ferid, Murad / Henrich, Dieter (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht: mit Staatsangehörigkeitsrecht, Band 6 [Frankreich – Indien], 199. Ergänzungslieferung, 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Bergmann/Ferid/Henrich).
- Bergmann, Sven, Fertility Tourism: Circumventive Routes That Enable Access to Reproductive Technologies and Substances, Signs 2011, S. 280–289.
- Bernat, Erwin, Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, S. 245–253.
- Bernat, Erwin, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt am Main 1989.
- Bernat, Erwin, Fortpflanzungsmedizin und Recht – Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Großbritannien, MedR 1991, S. 308–315.
- Bertelsmann, Hilke / Gomes, Helena de Carvalho / Mund, Monika / Bauer, Susanne / Matthias, Katja, Fehlbildungsrisiko bei extrakorporaler Befruchtung, DÄBl. 2008, S. 11–17.
- Bienwald, Werner / Coester, Michael / Dörner, Heinrich / Jacoby, Florian / Löhnig, Martin / Löwisch, Manfred / Mankowski, Peter / Martens, Sebastian A. E. / Neumann, Dirk / Omlor, Sebastian / Peters, Frank / Rauscher, Thomas / Rolfs, Christian / Schiemann, Gottfried / Staudinger, Ansgar / Thiele, Burkhard / Thüsing, Gregor / Voppel, Reinhard / Werner, Olaf (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Art. 219–232 EGBGB, 15. Neubearbeitung, Berlin 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).
- Bilsdorfer, Peter, Rechtliche Probleme der In-Vitro-Fertilisation und des Embryo-Transfers, MDR 1984, S. 803–806.

- Bork, Reinhard / Jacoby, Florian / Schwab, Dieter (Hrsg.), FamFG: Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Bielefeld 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Bork/Jacoby/Schwab).
- Borth, Helmut, Das Verfahren zum Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Abstammung unabhängig vom Anfechtungsverfahren gemäß § 1598a BGB-E und dessen Verhältnis zum Anfechtungsverfahren nach dem FamFG, FPR 2007, S. 381–385.
- Bosch, Friedrich Wilhelm, Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen?, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 1, 1. Teil, Heft B, 1962, S. 5–172 (zitiert: Bosch in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Band 1, 1. Teil, Heft B).
- Botthof, Andreas / Diel, Alexander, Voraussetzungen für die (Stiefkind-)Adoption eines Kindes nach Inanspruchnahme einer Leihmutterchaft, StAZ 2013, S. 211–216.
- Brandt, Stephanie / Moß, Anja / Lennerz, Belinda / Koenig, Wolfgang / Weyermann, Maria / Rothenbacher, Dietrich / Brenner, Hermann / Wabitsch, Martin, Plasma insulin levels in childhood are related to maternal factors – results of the Ulm Birth Cohort Study, *Pediatric Diabetes* 2014, S. 453–463.
- Breckwoldt, Meinert / Kaufmann, Manfred / Pfeleiderer, Albrecht, Gynäkologie und Geburtshilfe, 5. Auflage, Stuttgart 2008.
- Brosius-Gersdorf, Frauke, Das Kuckucksei im Familiennest – Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung, NJW 2007, S. 806–812.
- Brudermüller, Gerd / Ellenberger, Jürgen / Götz, Isabell / Grüneberg, Christian / Herrler, Sebastian / Sprau, Hartwig / Thorn, Karsten / Weidenkaff, Walter / Weidlich, Dietmar / Wicke, Hartmut (Hrsg.), Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, München 2019 (zitiert: Bearbeiter in: Palandt).
- Brüggemann, Dieter, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft, Gerstenberg, Hildesheim 1964.
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht (Hahne, Meo-Micaela et al.), Abschlussbericht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Köln 2017 (zitiert: BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht).
- Bündgen, N. / Diedrich, K. / Griesinger, G., Bericht vom 26. Jahrestreffen der Europäischen Gesellschaft für humane Reproduktion und Embryologie in Rom, *Gynäkologische Endokrinologie* 2010, S. 213–214.
- Büttner, Eva Anette, Kindschaftsrechtsreform in England – Ein Vergleich mit den deutschen Reformplänen –, FamRZ 1997, S. 464–471.
- Büttner, Helmut, Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1998, S. 585–594.
- Calliess, Christian, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321–330.

- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: Calliess/Ruffert).
- Coester, Michael, Reform des Kindschaftsrechts, JZ 1992, S. 809–816.
- Coester, Michael, Ersatzmutterschaft in Europa, in: Festschrift für Erik Jayme, Mansel, Heinz-Peter / Pfeiffer, Thomas / Kronke, Herbert / Kohler, Christian / Hausmann, Rainer (Hrsg.), Bielefeld 2004, S. 1243–1258 (zitiert: Coester in: FS Jayme).
- Coester-Waltjen, Dagmar, Rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft, NJW 1982, S. 2528–2534.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Befruchtungs- und Gentechnologie bei Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, S. 230–236.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen (Gutachten B), in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, Berlin 1986, S. B 9–B 127 (zitiert: Coester-Waltjen in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2).
- Coester-Waltjen, Dagmar, Zivilrechtliche Probleme künstlicher Befruchtungen, Jura 1987, S. 629–640.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Ersatzmutterschaft auf amerikanisch, FamRZ 1988, S. 573–575.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Jura 1989, S. 520–523.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, S. 369–373.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Die Mitmutterschaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtsregister, IPrax 2016, S. 132–139.
- Council of Europe, Medically assisted procreation and the protection of the human embryo – Comparative study on the situation in 39 states: Cloning – Comparative study on the situation in 44 states, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016803113ec>, eingesehen am 25.1.2018, Strasbourg 1998 (zitiert: Council of Europe, Comparative Study).
- Craven, Lyndsey / Tuppen, Helen A. / Greggains, Gareth D. / Harbottle, Stephen J. / Murphy, Julie L. / Cree, Lynsey M. / Murdoch, Alison P. / Chinnery, Patrick F. / Taylor, Robert W. / Lightowers, Robert N. / Herbert, Mary / Turnbull, Douglass M., Pronuclear transfer in human embryos to prevent transmission of mitochondrial DNA disease, Nature 2010, S. 82–85.
- Damm, Reinhard, Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, S. 926–938.
- Degenhart, Christoph, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361–368.

- Deichfuß, Hermann, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutsmäßigen (genetischen) Abstammung? – Zur Diskussion um die Zulässigkeit der heterologen Insemination, NJW 1988, S. 113–117.
- Dethloff, Nina, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, S. 2200–2208.
- Dethloff, Nina, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922–932.
- Dethloff, Nina, Familienrecht, 32. Auflage, München 2018.
- Dethloff, Nina, Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Röthel, Anne / Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Frankfurt am Main 2016, S. 19–30 (zitiert: Dethloff in: Regelungsaufgabe Mutterstellung).
- Deutsch, Erwin, Artificielle Wege menschlicher Reproduktion: Rechtsgrundsätze Konservierung von Spermia, Eiern und Embryonen; künstliche Insemination und außerkörperliche Fertilisation; Embryotransfer, MDR 1985, S. 177–183.
- Deutscher Ethikrat (Hrsg.), Inzestverbot, Berlin 2014.
- Deutscher Ethikrat (Hrsg.), Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, Berlin 2016.
- Deutscher Juristinnenbund, Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts, FamRZ 1992, S. 912–913.
- Devine, Patricia / Malone, Fergal / Athanassiou, Achilles / Harvey-Wilkes, Karen / D'Alton, Mary, Maternal and Neonatal Outcome of 100 Consecutive Triplet Pregnancies, American Journal of Perinatology 2001, S. 225–236.
- Diederichsen, Uwe, Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts, NJW 1998, S. 1977–1991.
- Diedrich, Klaus / Holzgreve, Wolfgang / Jonat, Walter / Schultze-Mosgau, Askan / Schneider, Klaus-Theo M. / Weiss, Jürgen M., Gynäkologie und Geburtshilfe, 2. Auflage, Berlin 2006.
- Diel, Alexander, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, München 2014.
- Dolzer, Rudolph (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 187. Aktualisierung, Heidelberg 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz).
- Dörner, Heinrich, Probleme des neuen internationalen Kindschaftsrechts, in: Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Gottwald, Peter / Jayme, Erik / Schwab, Dieter (Hrsg.), Bielefeld 2000, S. 119–131 (zitiert: Dörner in: FS Henrich).
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Präambel, Artikel 1–19, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert: Bearbeiter in: Dreier).
- Duden, Konrad, Ausländische Leihmutterschaft: Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung, StAZ 2014, S. 164–170.
- Duden, Konrad, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts, Tübingen 2015.
- Eberbach, Wolfram H., Rechtliche Probleme der „Leihmutterschaft“, MedR 1986, S. 253–259.

- Eckebrecht, Marc, Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte, FPR 2005, S. 205–210.
- Eckebrecht, Marc, Das vertauschte Kind, FPR 2011, S. 394–400.
- Edenfeld, Stefan, Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, FuR 1996, S. 190–196.
- Ehmann, Horst, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, S. 193–203.
- Eidenmüller, Horst, Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters – BVerfGE 96, 56, JuS 1998, S. 789–795.
- Enders, Christoph, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, NJW 1989, S. 881–884.
- Enders, Christoph, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997.
- Engel, Martin, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538–561.
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Epping, Volker, Grundrechte, 7. Auflage, Heidelberg 2017.
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, 38. Edition, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK GG).
- Erbs, Georg / Kohlhaas, Max / Ambs, Friedrich (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 220. Ergänzungslieferung, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Erbs/Kohlhaas).
- Ernst, Rüdiger, Abstammungsrecht – die Reform ist vorbereitet!, NZFam 2018, S. 443–447.
- Eser, Albin / Frühwald, Wolfgang / Honnefelder, Ludger / Markl, Hubert / Reiter, Johannes / Tanner, Widmar / Winnacker, Ernst-Ludwig, Klonierung beim Menschen. Biologische Grundlagen und ethisch-rechtliche Bewertung, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 2, Honnefelder, Ludger / Streffer, Christian (Hrsg.), Berlin, New York 1997, S. 357–373 (zitiert: Eser et al. in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Band 2).
- Eser, Albin / Koch, Hans-Georg, Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive, in: Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Eberhard Karls Universität Tübingen, Juristische Fakultät; Justizministerium Baden Württemberg (Hrsg.), Tübingen 2003, S. 15–36 (zitiert: Eser/Koch in: GS Keller).
- Falcone, Tommaso / Hurd, William W., Clinical Reproductive Medicine and Surgery, 3. Auflage, Philadelphia 2017.
- Ferrer i Riba, Josep, Neueste Entwicklungen im spanischen Personen- und Familienrecht in den Jahren 2006–2007, FamRZ 2007, S. 1513–1517.
- Fink, Sandra / Grün, Klaus-Jürgen, Der Auskunftsanspruch über die Abstammung des durch heterologe Insemination gezeugten Kindes gegen den Arzt, NJW 2013, S. 1913–1916.

- Fox, Nathan S. MD / Chervenak, Frank A. M., Cervical Cerclage: A Review of the Evidence, *Obstetrical & Gynecological Survey* 2008, S. 58–65.
- Frank, Rainer, Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?, *FamRZ* 1988, S. 113–120.
- Frank, Rainer, Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung, *FamRZ* 1995, S. 975–981.
- Frank, Rainer, Die unglückselige Mehrfachanknüpfung in Art. 19 Abs. 1 EGBGB, *StAZ* 2003, S. 65–70.
- Frank, Rainer (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 1741–1772 (Adoption)*, 14. Neubearbeitung, Berlin 2007 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).
- Frank, Rainer, Zur Mutterschaftsanerkennung in Frankreich, *StAZ* 2012, S. 190–190.
- Frank, Rainer, Personenstandsrechtliche Fragen bei der Vertauschung von Kindern, *StAZ* 2015, S. 225–228.
- Frank, Rainer, Vertauschte Kinder, *FamRZ* 2015, S. 1149–1154.
- Frank, Rainer / Helms, Tobias, Der Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters, *FamRZ* 1997, S. 1258–1263.
- Frank, Rainer / Helms, Tobias, Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“, *FamRZ* 2007, S. 1277–1281.
- Frie, Birgit, Ausländische standesamtliche Beurkundung der Abstammung eines Leihmutterschaftskindes als „Entscheidung“ iSv § 108 I FamFG?, *NZFam* 2018, S. 97–102.
- Frie, Birgit, Die Mitmutter kraft ausländischen Rechts, *FamRZ* 2015, S. 889–896.
- Gaaz, Berthold, Ausgewählte Probleme des neuen Eheschließungs- und Kindschaftsrechts, *StAZ* 1998, S. 241–251.
- Gassner, Ulrich / Kersten, Jens / Krüger, Matthias / Lindner, Josef Franz / Rosenau, Henning / Schroth, Ulrich, *Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG)*, Tübingen 2013.
- Gassner, Ulrich M., Legalisierung der Eizellspende?, *ZRP* 2015, S. 126–126.
- Gaul, Hans Friedhelm, Ehelichkeitsstatus und das Recht des volljährigen Kindes auf Klärung der eigenen Abstammung, in: *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstags von Friedrich Wilhelm Bosch* am 2. Dezember 1991, Gaul, Hans Friedhelm (Hrsg.), 1992, S. 23–47 (zitiert: Gaul in: *Familienrecht in Geschichte und Gegenwart*).
- Gaul, Hans Friedhelm, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsreformgesetz, *FamRZ* 1997, S. 1441–1466.
- Gaul, Hans Friedhelm, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, *FamRZ* 2000, S. 1461–1476.

- Geddart-Steinacher, Tatjana, Menschenwürde als Verfassungsbegriff: Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Berlin 1990.
- Gellermann, Martin, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000.
- Gernhuber, Joachim / Coester-Waltjen, Dagmar, Familienrecht, 6. Auflage, München 2010.
- Gersdorf, Hubertus / Paal, Boris P. (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Informations- und Medienrecht, 22. Edition, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK Informations- und Medienrecht).
- Giesen, Dieter, Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem, Bielefeld 1962.
- Giesen, Dieter, Heterologe Insemination – Ein neues legislatives Problem?, FamRZ 1981, S. 413–418.
- Giesen, Dieter, Probleme künstlicher Befruchtungsmethoden beim Menschen, JZ 1985, S. 652–661.
- Giesen, Dieter, Zum Sorgerecht für ein im Wege der heterologen Insemination gezeugtes und in Mietmutterchaft ausgetragenes Kind, JZ 1985, S. 1055–1058.
- Giesen, Dieter, Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, S. 364–377.
- Giesen, Dieter, Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen 1997.
- Gnoth, Christian / Czeromin, Ute / Krüssel, Jan-Steffen / Tandler-Schneider, Andreas, Deutsches IVF Register Jahrbuch 2015, Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, Sonderheft 1 2016, S. 4–44.
- Goedel, Alexandra, Leihmutterchaft: eine rechtsvergleichende Studie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1994.
- Gottwald, Peter, Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung?, in: Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen: Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Forkel, Hans / Kraft, Alfons (Hrsg.), Frankfurt am Main 1985, S. 111–125 (zitiert: Gottwald in: FS Hubmann).
- Govaerts, I. / Devreker, F. / Delbaere, A. / Revelard, Ph. / Englert, Y., Short-term medical complications of 1500 oocyte retrievals for in vitro fertilization and embryo transfer, European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology 1998, S. 239–243.
- Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München 2016.
- Griesinger, G., Reproduktionsmedizin in Europa und Deutschland, Der Gynäkologe 2009, S. 487–494.
- Grießler, Erich et al., Stammzellen und Embryonenschutz Status quo, Rechtsvergleich und öffentliche Debatte am Beispiel ausgewählter europäischer Staaten, <http://www.oesta.gv.at/DocView.axd?CobId=32188>, eingesehen am 25.1.2018, Wien 2008.

- Gröschner, Rolf, Pater semper incertus? Vaterschaftstests im Verfassungsstreit, Jura 2008, S. 132–135.
- Groß, Ingrid, Fristen und Anfangsverdacht im Abstammungsrecht, FPR 2007, S. 392–394.
- Gruber, Malte-Christian, Das Recht des „Spenderkindes“, ZfPW 2016, S. 68–83.
- Guggemos, M., Die Abstammungsklage des unehelichen Kindes, NJW 1947, S. 59–60.
- Günther, Hans-Ludwig / Taupitz, Jochen / Kaiser, Peter (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Auflage, Stuttgart 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Günther/Taupitz/Kaiser).
- Gutmann, Thomas, Mutterschaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung, in: Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Röthel, Anne / Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Frankfurt am Main 2016, S. 63–86 (zitiert: Gutmann in: Regelungsaufgabe Mutterstellung).
- Hahne, Meo-Micaela / Schlögel, Jörgen / Schlünder, Rolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, FamFG, 28. Edition, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK FamFG).
- Harder, Manfred, Wer sind Vater und Mutter? – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, JuS 1986, S. 505–512.
- Hassenstein, B., Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, FamRZ 1988, S. 120–123.
- Hefendehl, Roland / Joecks, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 5, §§ 263–358 StGB, 2. Auflage, München 2014 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo²).
- Heidel, Thomas / Hüftege, Rainer / Mansel, Heinz-Peter / Noack, Ulrich (Hrsg.), Nomos Kommentar BGB, Band 1, Allgemeiner Teil / EGBGB, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: Bearbeiter in: NK-BGB).
- Heiderhoff, Bettina, Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung?, FamRZ 2010, S. 8–16.
- Heiderhoff, Bettina, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPRax 2012, S. 523–526.
- Heiderhoff, Bettina, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673–2678.
- Heiderhoff, Bettina, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), NJW 2015, S. 485–485.
- Heiderhoff, Bettina, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 19.4.2016 – Az. 1 BvR 3309/13 (BVerfGE 141, 186), NJW 2016, S. 1918–1920.
- Hein, Jan von / Henrich, Dieter (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Art 19–24 EGBGB; ErwSÜ, 16. Neubearbeitung, Berlin 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).
- Helms, Tobias, Reform des deutschen Abstammungsrechts, FuR 1996, S. 178–189.

- Helms, Tobias, Das neue Verfahren zur Klärung der leiblichen Abstammung, FamRZ 2008, S. 1033–1037.
- Helms, Tobias, Die Stellung des biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, S. 1–8.
- Helms, Tobias, Im Ausland begründete – im Inland unbekannte Statusverhältnisse, StAZ 2012, S. 2–8.
- Helms, Tobias, „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, in: „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, Coester-Waltjen, Dagmar / Lipp, Volker / Schumann, Eva / Veit, Barbara (Hrsg.), Göttingen 2015, S. 47–64 (zitiert: Helms in: „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?).
- Helms, Tobias, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), FamRZ 2015, S. 245–246.
- Helms, Tobias, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen (Gutachten F), in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1, München 2016, S. F 7–F 103 (zitiert: Helms in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band 1).
- Henrich, Dieter, Das Kollisionsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz, StAZ 1998, S. 1–6.
- Henrich, Dieter, Kindschaftsrechtsreformgesetz und IPR, FamRZ 1998, S. 1401–1405.
- Henrich, Dieter, Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht, in: Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Hofer, Sybille (Hrsg.), Bielefeld 2005, S. 1141–1152 (zitiert: Henrich in: FS Schwab).
- Henrich, Dieter, Vorfragen im Familien- und Erbrecht: eine unendliche Geschichte, in: Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, Michaels, Ralf / Solomon, Dennis (Hrsg.), München 2012, S. 63–72 (zitiert: Henrich in: Liber Amicorum Klaus Schurig).
- Henrich, Dieter, Leihmütterkinder: Wessen Kinder?, IPRax 2015, S. 229–233.
- Hepting, Reinhard, Konkurrierende Vaterschaften in Auslandsfällen, StAZ 2000, S. 33–42.
- Hepting, Reinhard, Mehrfachanknüpfung und doppelte Vaterschaft im Abstammungsrecht, IPRax 2002, S. 388–391.
- Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rüßmann, Helmut / Weth, Stephan / Würdinger, Markus (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB, Band 6, Internationales Privatrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-BGB).
- Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rüßmann, Helmut / Weth, Stephan / Würdinger, Markus / Viefhues, Wolfram (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB, Band 4, Familienrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017 (zitiert: Bearbeiter in: jurisPK-BGB).
- Herdegen, Matthias, Die Menschenwürde im Fluß des bioethischen Diskurses, JZ 2001, S. 773–779.

- Herdegen, Matthias, Europarecht, 20. Auflage, München 2018.
- Herdegen, Matthias, Völkerrecht, 17. Auflage, München 2018.
- Herzog, Jürgen, Die heterologe Insemination in verfassungsrechtlicher Sicht, Würzburg 1971.
- Hieb, Anabel, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, Berlin 2005.
- Hilgendorf, Eric, Klonverbot und Menschenwürde – Vom Homo sapiens zum Homo xerox? Überlegungen zu § 6 Embryonenschutzgesetz, in: Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, Geis, Max-Emanuel / Lorenz, Dieter (Hrsg.), München 2001, S. 1147–1164 (zitiert: Hilgendorf in: FS Maurer).
- Hillgruber, Christian, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.
- Hinrichs, Ulrike, „Big Brother“ und die Menschenwürde, NJW 2000, S. 2173–2176.
- Höfling, Wolfram, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, S. 1582–1585.
- Hohloch, Gerhard, „Kinder mit drei Eltern“ – Medizintechnologie und Personenstandsrecht, StAZ 1986, S. 153–160.
- Hohloch, Gerhard, Rechtsprechungsübersicht, JuS 1989, S. 570–571.
- Holzhauser, Heinz, Gentechnik und künstliche Fortpflanzung, FamRZ 1986, S. 1162–1166.
- Honnefelder, L. / Streffer, C., Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik, Berlin, New York 1998.
- Hoppe, J.-D. / Scriba, P. C. (Hrsg.), Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, DÄBl, 2006, S. 1392–1403.
- Hösel, Stefanie, Verstärkte Rechtsunsicherheit bei grenzüberschreitenden Leihmutterchaften, StAZ 2017, S. 162–167.
- Huber, Christian, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 9.4.2003 – Az. 1 BvR 1493/96 und 1724/01 (BVerfGE 108, 82), FamRZ 2003, S. 825–826.
- Hubmann, Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln, Graz 1967.
- Hufen, Friedhelm, Präimplantationsdiagnostik aus verfassungsrechtlicher Sicht, MedR 2001, S. 440–451.
- Hüppe, Hubert, Legalisierung der Eizellspende?, ZRP 2015, S. 126.
- Isensee, Josef, Der grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik, in: Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht, Hoffe, Otfried / Honnefelder, Ludger / Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Köln 2002, S. 37–77 (zitiert: Isensee in: Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht).
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Auflage, Heidelberg 2000 (zitiert: Bearbeiter in: Handbuch des Staatsrechts V).
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011 (zitiert: Bearbeiter in: Handbuch des Staatsrechts IX).

- Jarass, Hans D., Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857–862.
- Jarass, Hans D. / Piroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Jarass/Piroth).
- Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1905.
- Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, §§ 1–37 StGB, 3. Auflage, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo³).
- Kaiser, Dagmar, Elternglück durch Fremdspende und Leihmutterchaft?, in: Familie – Recht – Ethik: Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, Götz, Isabell / Schwenzer, Ingeborg / Seelmann, Kurt / Taupitz, Jochen (Hrsg.), München 2014, S. 357–370 (zitiert: Kaiser in: FS Brudermüller).
- Kaiser, Dagmar / Schnitzler, Klaus / Friederici, Peter / Schilling, Roger (Hrsg.), Nomos Kommentar BGB, Band 4, Familienrecht: §§ 1297–1921, 3. Auflage, Baden-Baden 2014 (zitiert: Bearbeiter in: NK-BGB).
- Kaiser, Günther, Künstliche Insemination und Transplantation, in: Arzt und Recht, Medizinisch-juristische Grenzprobleme aus unserer Zeit, Hanack, Ernst Walter / Göppinger, Hans (Hrsg.), München 1966, S. 58–95 (zitiert: Kaiser in: Arzt und Recht).
- Kaufhold, Ann-Kathrin, Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Röthel, Anne / Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Frankfurt am Main 2016, S. 87–116 (zitiert: Kaufhold in: Regelungsaufgabe Mutterstellung).
- Keidel, Theodor / Engelhardt, Helmut / Sternal, Werner (Hrsg.), FamFG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Auflage, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Keidel).
- Kemper, Rainer, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 26.4.1994 – Az. 1 BvR 1299/89 und 1 BvL 6/90 (BVerfGE 90, 263), FuR 1994, S. 231–233.
- Kentenich, H. / Utz-Billing, I., Verbot der Eizellspende, Gynäkologische Endokrinologie 2006, S. 229–234.
- Kiechle, Marion, Gynäkologie und Geburtshilfe, 2. Auflage, München, Jena 2011.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfried / Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–79b StGB, 5. Auflage, Baden-Baden 2017 (zitiert: Bearbeiter in: NK-StGB).
- Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf, Grundrechte, Staatsrecht II, 34. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2018.

- Kirchhof, Paul, Genforschung und die Freiheit der Wissenschaft, in: Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht, Hoffe, Otfried / Honnefelder, Ludger / Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Köln 2002, S. 9–35 (zitiert: Kirchhof in: Gentechnik und Menschenwürde: an den Grenzen von Ethik und Recht).
- Kiriakaki, Irini, Recht der Reproduktionsmedizin in Griechenland, MedR 2005, S. 143–153.
- Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633–1640.
- Kleineke, Wilhelm, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Göttingen 1976.
- Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht II, München 2010.
- Klosinski, Gunther, Ist der Anspruch auf Abstammungsabklärung und anschließender Vaterschaftsanfechtung dem Familienwohl förderlich?, FPR 2007, S. 385–389.
- Koch, Elisabeth, Der Anspruch der Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung – ein Paradigmenwechsel im Abstammungsrecht, FamRZ 1990, S. 569–574.
- Koch, Hans-Georg, Fortpflanzungsmedizin im europäischen Rechtsvergleich, Aus Politik und Zeitgeschichte 2001, S. 44–54.
- Kollhoser, Helmut, Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen, JA 1985, S. 553–562.
- Kötter, Hans-Wilhelm, Nochmals: Die Klage auf Feststellung der „blutsmäßigen“ Abstammung eines unehelichen Kindes, JR 1951, S. 395–399.
- Koutsouradis, Achilles G., Griechenland: Medizinisch unterstützte Fortpflanzung beim Menschen, FamRZ 2003, S. 1067–1069.
- Koutsouradis, Achilles G., Kurzer Bericht über nennenswerte Entwicklungen auf dem Gebiet des Familienrechts in Griechenland in den Jahren 2004–2005, FamRZ 2005, S. 1624–1626.
- Koutsouradis, Achilles G., Zum aktuellen Stand des griechischen Abstammungsrechts, in: Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich –, Spickhoff, Andreas / Schwab, Dieter / Henrich, Dieter / Gottwald, Peter (Hrsg.), Bielefeld 2007, S. 206–257 (zitiert: Koutsouradis in: Streit um die Abstammung).
- Koutsouradis, Achilles G., Aktuelle Entwicklungen im griechischen Familienrecht 2008–2009, FamRZ 2009, S. 1544–1546.
- Kreß, Hartmut, Samenspende und Leihmutterchaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze, FPR 2013, S. 240–244.
- Krois, Christopher, Inhalt und Grenzen des unionsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, DB 2010, S. 1704–1708.
- Krones, Tanja / Neuwohner, Elke / El Ansari, Susan / Wissner, Thomas / Richter, Gerd, Kinderwunsch und Wunschkind, Ethik in der Medizin 2006, S. 51–62.

- Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006.
- Krüger, Hildegard, Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter, NJW 1954, S. 1509–1512.
- Krüger, Hildegard, Uneheliche Kinder, in: Die Grundrechte – Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Viertes Band, 1. Halbband, Bettermann, Karl August / Nipperdey, Hans Carl / Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Berlin 1960, S. 326–367 (zitiert: Krüger in: Die Grundrechte IV/1).
- Kupfer, Kann die Mutter eines unehelichen Kindes gezwungen werden, den Namen des natürlichen Vaters anzugeben?, ZBIFG 1910, S. 77–79.
- Lagarde, Paul, Die Leihmutterchaft: Probleme des Sach- und des Kollisionsrechts, ZEuP 2015, S. 233–240.
- Lange, Peter, In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie: Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe des Bundesministers für Forschung und Technologie und des Bundesministers der Justiz, München 1985 (zitiert: Benda-Kommission, In-vitro-Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie).
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Rissing-van Saan, Ruth / Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Erster Band, Einleitung; §§ 1 bis 31 StGB, 12. Auflage, Berlin 2007 (zitiert: Bearbeiter in: LK¹²–StGB).
- Law Commission of India, Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy, 2009, <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf>, eingesehen am: 25.1.2018.
- Leinmüller, Renate, Reproduktionsmedizin: Weg zum eigenen Kind führt quer durch Europa, DÄBl. 2007, S. 2558.
- Leipold, Dieter, Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht – Privatrecht, Rechberger, Walter H. / Welsch, Rudolf (Hrsg.), Wien 1986, S. 467–484 (zitiert: Leipold in: FS Kralik).
- Liermann, Stephan, Ersatzmutterchaft und das Verbot ihrer Vermittlung, MDR 1990, S. 857–862.
- Liermann, Stephan, Der Begriff „Ersatzmutter“ im Embryonenschutzgesetz, FamRZ 1991, S. 1403.
- Löhnig, Martin, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015 – Az. 1 BvR 472/14 (BVerfGE 138, 377), NZFam 2015, S. 359–359.
- Löhnig, Martin / Plettenberg, Ina / Runge-Rannow, Maria-Viktoria, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 19.4.2016 – Az. 1 BvR 3309/13 (BVerfGE 141, 186), NZFam 2016, S. 408–410.
- Looschelders, Dirk, Alternative und sukzessive Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nach dem neuen internationalen Kindschaftsrecht, IPRax 1999, S. 420–426.
- Lorenz, Stephan, Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1995, S. 569–575.

- Lübbe-Wolff, Gertrude, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.
- Lüderitz, Alexander, Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, NJW 1990, S. 1633–1637.
- Luke, Barbara / Brown, Morton B., The Changing Risk of Infant Mortality by Gestation, Plurality, and Race: 1989–1991 Versus 1999–2001, Pediatrics 2006, S. 2488–2497.
- Maaß, Rainald, Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz – Ein Neuansatz?, NVwZ 1988, S. 14–21.
- Maier, Barbara, Elternschaft, Rolle der Frau und Beratung bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung: Medizinisch-ethische Aspekte, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland 2001, S. 86–95.
- Mankowski, Peter (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Art 13–17b EGBGB, Anhang zu Art. 13 EGBGB: Verlöbnis und nichteheliche Lebensgemeinschaft, 15. Neubearbeitung, Berlin 2011 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).
- Mansees, Norbert, Fremdmutterschaft und Adoptionsrecht, ZfJ 1986, S. 496–501.
- Mansees, Norbert, Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, NJW 1988, S. 2984–2987.
- Manssen, Gerrit, Staatsrecht II, 15. Auflage, München 2018.
- Marburger, Peter (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 779–811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung), 14. Neubearbeitung, Berlin 2015 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).
- Marina, S. / Marina, D. / Marina, F. / Fosas, N. / Galiana, N. / Jové, I., Sharing motherhood: biological lesbian co-mothers, a new IVF indication, Human Reproduction 2010, S. 938–941.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H. / Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, Art. 1–5 GG, 84. Ergänzungslieferung, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H. / Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 2, Art. 6–15 GG, 84. Ergänzungslieferung, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig).
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Klein, Hans H. / Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 3, Art. 16–22 GG, 84. Ergänzungslieferung, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig).
- Mayer, Claudia, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutter-schaftsfällen, IPRax 2014, S. 57–62.

- McCandless, Julie / Sheldon, Sally, *The Human Fertilisation and Embryology Act (2008) and the Tenacity of the Sexual Family Form*, *The Modern Law Review* 2010, S. 175–207.
- Medicus, Dieter, *Das fremde Kind – Komplikationen bei „Leihmutterchaften“*, *Jura* 1986, S. 302–309.
- Merten, Detlef / Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte, Band II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I*, Heidelberg 2006 (zitiert: Bearbeiter in: *Handbuch der Grundrechte II*).
- Meyer-Ladewig, Jens / Nettesheim, Martin / von Raumer, Stefan (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 4. Auflage*, Baden-Baden 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer).
- Moritz, Heinz Peter, *Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des Namens seines leiblichen Vaters*, *Jura* 1990, S. 134–140.
- Motzer, Stefan / Kugler, Roland, *Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug*, Bielefeld 2003.
- Muckel, Stefan, *Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 19.4.2016 – Az. 1 BvR 3309/13 (BVerfGE 141, 186)*, *JA* 2016, S. 553–555.
- Müller-Götzmann, Christian, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Berlin, Heidelberg 2009.
- Müller-Terpitz, Ralf, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Tübingen 2007.
- Murawiek, Dietrich, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin 1985.
- Muscheler, Karlheinz, *Die Klärung der Vaterschaft*, *FPR* 2008, S. 257–263.
- Muscheler, Karlheinz, *Familienrecht, 4. Auflage*, München 2017.
- Muscheler, Karlheinz / Bloch, Anke, *Das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung und der Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters*, *FPR* 2002, S. 339–352.
- Mutschler, Dietrich, *Emanzipation und Verantwortung – Zur Neuordnung des Abstammungsrechts*, *FamRZ* 1994, S. 65–71.
- Neidert, Rudolf, *Embryonenschutz im Zwiespalt zwischen staatlichem Gesetz und ärztlicher Lex artis*, *ZRP* 2006, S. 85–87.
- Neidert, Rudolf, *„Entwicklungsfähigkeit“ als Schutzkriterium und Begrenzung des Embryonenschutzgesetzes*, *MedR* 2007, S. 279–286.
- Neumann-Duesberg, Horst, *Die Abstammungs-Feststellungsklage*, *NJW* 1950, S. 14–15.
- Neumann-Duesberg, Horst, *Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB*, *NJW* 1957, S. 1341–1344.
- Niemeyer, Gisela, *Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Auskunft über seinen Vater – Der Beschluß des BVerfG vom 6. 5. 1997 –*, *FuR* 1998, S. 41–42.

- Oberloskamp, Helga, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, FuR 1991, S. 263–269.
- Opsahl, Michael S. / Blauer, Keith L. / Black, Susan H. / Dorfmann, Andrew / Sherins, Richard J. / Schulman, Joseph D., Pregnancy Rates in Sequential In Vitro Fertilization Cycles by Oocyte Donors, *Obstetrics Gynecology* 2001, S. 201–204.
- Ostendorf, Heribert, Experimente mit dem „Retortenbaby“ auf dem rechtlichen Prüfstand, JZ 1984, S. 595–600.
- Palacios-González, César, Mitochondrial replacement techniques: egg donation, genealogy and eugenics, *Monash Bioethics Review* 2016, S. 37–51.
- Pasquay, Jürgen, Die künstliche Insemination – Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen staatlicher Strafbefugnis, Freiburg im Breisgau 1968.
- Pecks, Ulrich / Maass, Nicolai / Neulen, Joseph, Eizellspende – ein Risikofaktor für Schwangerschaftshochdruck, DÄBl 2011, S. 23–31.
- Pennings, Guido, Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the Disposition of Supernumerary Embryos and Gametes, *European Journal of Health Law* 2007, S. 251–260.
- Pintens, Walter, Belgisches Familien- und Erbrecht 2006–2007, *FamRZ* 2007, S. 1491–1495.
- Pintens, Walter, Die Abstammung im belgischen Recht, in: Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich –, Spickhoff, Andreas / Schwab, Dieter / Henrich, Dieter / Gottwald, Peter (Hrsg.), Bielefeld 2007, S. 119–137 (zitiert: Pintens in: Streit um die Abstammung).
- Poll, Jens / Jurisic, Zaklina, Recht und medizinischer Fortschritt – Die höchstgerichtliche deutsche Zivilrechtsprechung zu neuen biomedizinischen Technologien, *JR* 1999, S. 226–234.
- Potdar, Neelam / Gelbaya, Tarek A. / Nardo, Luciano G., Oocyte vitrification in the 21st century and post-warming fertility outcomes: a systematic review and meta-analysis, *Reproductive BioMedicine Online* 2014, S. 159–176.
- Pottmeyer, Klaus, Die Strafbarkeit von Auslandstaten nach dem Kriegswaffenkontroll- und dem Außenwirtschaftsrecht, *NStZ* 1992, S. 57–62.
- Quantius, Markus, Die Elternschaftsanhfechtung durch das künstlich gezeugte Kind, *FamRZ* 1998, S. 1145–1152.
- Rakete-Dombek, Ingeborg, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 9.4.2003 – Az. 1 BvR 1493/96 und 1724/01 (BVerfGE 108, 82), *FPR* 2003, S. 478–479.
- Ramm, Thilo, Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?, *JZ* 1989, S. 861–874.
- Ramm, Thilo, Ehelichkeitsanhfechtung und Bundesverfassungsgericht, *NJW* 1989, S. 1594–1597.
- Ramm, Thilo, Kindschaftsreform?, *JZ* 1996, S. 987–995.
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 1589–1600d (Abstammung), 16. Neubearbeitung, Berlin 2011 (zitiert: Bearbeiter in: Staudinger).

- Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zum FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) mit Internationalem und Europäischem Zivilverfahrensrecht in Familiensachen (IZVR, EuZVR), 3. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo³).
- Rauscher, Thomas, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 24.2.2015 – Az. 1 BvR 472/14 (BVerfGE 138, 377), JZ 2015, S. 624–627.
- Rauscher, Thomas / Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, §§ 1–354 ZPO, 5. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo³).
- Reinhardt, Jörg / Kemper, Rainer / Weitzel, Wolfgang (Hrsg.), Adoptionsrecht Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2015 (zitiert: Bearbeiter in: Reinhardt/Kemper/Weitzel).
- Reinke, Birgit, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, Bayreuth 1991.
- Rhein, Kay-Uwe (Hrsg.), Personenstandsgesetz, Baden-Baden 2012 (zitiert: Bearbeiter in: Rhein).
- Rieck, Jürgen (Hrsg.), Ausländisches Familienrecht, 16. Ergänzungslieferung, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Rieck).
- Rijlaarsdam, Jolien / Cecil, Charlotte A. M. / Walton, Esther / Mesirow, Maurissa S. C. / Relton, Caroline L. / Gaunt, Tom R. / McArdle, Wendy / Barker, Edward D., Prenatal unhealthy diet, insulin-like growth factor 2 gene (IGF2) methylation, and attention deficit hyperactivity disorder symptoms in youth with early-onset conduct problems, *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2017, S. 19–27.
- Robbers, Gerhard, Sicherheit als Menschenrecht, Baden-Baden 1987.
- Sachs, Michael, Auskunftsrecht des nichtehelichen Kindes auf Benennung des Vaters, JuS 1998, S. 262–263.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Sachs GG).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 3. Auflage, München 1992 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo³).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 5. Auflage, München 2008 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo³).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24), 5. Auflage, München 2010 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁵).

- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25–248), 5. Auflage, München 2010 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁵).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁶).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1–240, ProStG, AGG, 8. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁸).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁷).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁷).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 7. Auflage, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁷).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VIII, 7. Auflage, München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁷).
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26), 7. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo⁷).
- Sanders, Anne, Was ist eine Familie? – Der EGMR und die Mehrelternschaft, NJW 2017, S. 925–927.
- Sauer, M. V. / Bustillo, M. / Gorill, M. J. / Louw, J. A. / Marshall, J. R. / Buster J. E., An instrument for the recovery of preimplantation uterine ova, Obstetrics and Gynecology 1988, S. 804–806.
- Schäkel, Imke, Die Abstammung im neuen deutschen internationalen Privatrecht, Kiel 2004.
- Schall, Christian, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), DNotZ 2015, S. 306–309.
- Schenker, Joseph G., Sperm, Oocyte and Pre-embryo Donation, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 1995, S. 499–508.

- Scherpe, Jens M., Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, S. 1513–1516.
- Schewe, Anke, Mater semper certa est?, FamRZ 2014, S. 90–93.
- Schlegel, Thomas, Zur Wirksamkeit von Ersatzmutterchaftsverträgen und deren Rechtsfolgen für das Kind, FuR 1996, S. 116–118.
- Schlüter, Julia, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, Berlin 2008.
- Schlüter, Wilfried, Der werdende Mensch – Familienrechtliche Probleme der Fortpflanzungstechnologie, in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben: die Menschenwürde als Maßstab der Rechtspolitik, Teil 1, Rechtspolitische Grundsätze von CDU und CSU zur Fortpflanzungsmedizin, Seesing, Heinz (Hrsg.), München 1987, S. 69–77 (zitiert: Schlüter in: Technologischer Fortschritt und menschliches Leben, Teil 1).
- Schlüter, Wilfried, BGB-Familienrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2012.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Hofmann, Hans / Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke).
- Schmidt-Didczuhn, Andrea, (Verfassungs)Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, JR 1989, S. 228–232.
- Schmitz, Alexandra, Das aktive Personalitätsprinzip im internationalen Strafrecht, Frankfurt am Main 2002.
- Schneider, Mark, Aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Familienrecht, MDR 2015, S. 809–814.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst / Eser, Albin (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München 2014 (zitiert: Bearbeiter in: Schönke/Schröder).
- Schumacher, Klaus, Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, S. 313–324.
- Schütze, Hinner, Embryonale Humanstammzellen, Berlin, Heidelberg 2007.
- Schwab, Dieter, Abstammungsklärung – leicht gemacht, FamRZ 2008, S. 23–27.
- Schwab, Dieter, Familienrecht, 26. Auflage, München 2018.
- Schwab, Dieter / Wagenitz, Thomas, Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 1997, S. 1377–1383.
- Schwenzer, Ingeborg, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? (Gutachten A), in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band 1, Berlin 1992, S. A 9–A 112 (zitiert: Schwenzer in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Band 1).
- Schwerdtner, Peter, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, S. 289–299.
- Schwonberg, Alexander, Die Beteiligten im Abstammungsverfahren, FuR 2010, S. 441–451.
- Schwonberg, Alexander, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), FamRB 2015, S. 55–56.

- Schwonberg, Alexander, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 19.4.2016 – Az. 1 BvR 3309/13 (BVerfGE 141, 186), FamRB 2016, S. 230–231.
- Seifert, Fedor, Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1999, S. 1889–1897.
- Sieberichs, Wolf, Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen IPR und Personenstandsrecht am Beispiel der belgischen Mitmutter, StAZ 2015, S. 1–6.
- Siebwert, W. / Baur, Jürgen F. (Hrsg.), Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589–1921, EheG, HausratsVO, 12. Auflage, München 1987 (zitiert: Bearbeiter in: Soergel¹²).
- Siehr, Kurt, Das Internationale Abstammungsrecht im EGBGB, Vorschläge zur Reform der Art. 19–20, 23 EGBGB, StAZ 2015, S. 258–269.
- Smid, Stefan, Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung, JR 1990, S. 221–226.
- Spickhoff, Andreas, Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion, in: Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich –, Spickhoff, Andreas / Schwab, Dieter / Henrich, Dieter / Gottwald, Peter (Hrsg.), Bielefeld 2007, S. 13–72 (zitiert: Spickhoff in: Streit um die Abstammung).
- Spickhoff, Andreas, Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 6.2.2013 – Az. I-14 U 7/12 (NJW 2013, 1167), MedR 2013, S. 677–678.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Spickhoff).
- Spickhoff, Andreas, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 19.4.2016 – Az. 1 BvR 3309/13 (BVerfGE 141, 186), FamRZ 2016, S. 885–886.
- Starck, Christian, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen (Gutachten A), in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2, Berlin 1986, S. A 7–A 58 (zitiert: Starck in: Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Band 2).
- Starck, Christian, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und heterologe Insemination, JZ 1989, S. 338–339.
- Starck, Christian, Zum Anspruch des nichtehelichen Kindes auf Auskunft über seine Abstammung gegenüber seiner Mutter, JZ 1997, S. 779–780.
- Stern, Klaus / Sachs, Michael (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988 (zitiert: Bearbeiter in: Stern III/1).
- Strauß, Bernhard / Beyer, Karla / Henning, Kathrin / Hoppe, Ines / Starker, Wolfgang, Ungewollte Kinderlosigkeit, Gesundheitsberichterstattung des Bundes 2004.
- Sturm, Fritz, Das Abstammungsstatut und seine alternative Anknüpfung, StAZ 2003, S. 353–361.
- Sturm, Fritz, Dürfen Kinder ausländischer Leihmütter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?, in: Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Baur, Jürgen F. / Sandrock, Otto / Scholtka, Boris / Shapira, Amos (Hrsg.), Frankfurt am Main 2009, S. 919–932 (zitiert: Sturm in: FS Kühne).

- Stürner, Rolf / Berger, Christian / Stadler, Astrid / Mansel, Heinz-Peter / Teichmann, Arndt (Hrsg.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 17. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: Jauernig).
- Varvaštian, Samvel, UK's Legalisation of Mitochondrial Donation in IVF Treatment: A Challenge to the International Community or a Promotion of Life-saving Medical Innovation to Be Followed by Others?, *European Journal of Health Law* 2015, S. 405–425.
- Veit, Barbara / Hinz, Katharina, *Vertauschte Kinder*, *FamRZ* 2010, S. 505–510.
- von Bülow, Detlev, *Dolly und das Embryonenschutzgesetz*, *DÄBl* 1997, S. A 718–A 725.
- von der Tann, Christiane, *Mutterschaft eines lesbischen Paares – Keine analoge Anwendung des § 1592 BGB auf die „genetische“ Mutter*, *NZ Fam* 2015, S. 936–936.
- von Hoffmann, Bernd / Thorn, Karsten, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München 2007.
- von Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich / Starck, Christian / Huber, Peter M. / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *GG Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1: Präambel, Artikel 1–19, 7. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter in: von Mangoldt/Klein/Starck).
- von Münch, Ingo / Kunig, Philip (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band 1, Präambel, Art. 1 – 69, 6. Auflage, München 2012 (zitiert: Bearbeiter in: von Münch/Kunig).
- von Olshausen, Henning, *Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?*, *NJW* 1982, S. 2221–2224.
- von Sethe, Henning, *Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes: eine Analyse des geltenden Rechts und Vorschläge für eine künftige Rechtsgestaltung*, Berlin 1995.
- Waibl, Katharina, *Kindesunterhalt als Schaden (fehlgeschlagene Familienplanung und heterologe Insemination) – zugleich ein Beitrag zum Arzthaftungsrecht –*, München 1986.
- Waldburg, Oliver, *Anpassungsprobleme im internationalen Abstammungsrecht*, Frankfurt am Main, Berlin 2001.
- Walper, Sabine / Wendt, Eva-Verena, *Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz: Adoption, Samenspende und frühe Vaterabwesenheit nach Trennung der Eltern*, in: *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft: Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Schwab, Dieter / Vaskovics, Lazlo A. (Hrsg.), Opladen, Farmington Hills 2011, S. 211–238 (zitiert: Walper/Wendt in: *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft*).
- Warnock, Mary et al. (Hrsg.), *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology (Warnock Report)*, Cmnd. 9314, London 1984 (zitiert: Warnock Report).
- Wellenhofer, Marina, *Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*, *NJW* 2008, S. 1185–1189.

- Wellenhofer, Marina, Beweiserhebung bei der Klärung der leiblichen Abstammung, NZFam 2014, S. 117–121.
- Wellenhofer, Marina, Vereinbarkeit einer ausländischen gerichtlichen Elternfeststellung mit dem ordre public, JuS 2015, S. 841–845.
- Wellenhofer, Marina, Kindschaftsrecht auf dem Prüfstand – Vorschau auf den 71. Deutschen Juristentag 2016 –, FamRZ 2016, S. 1333–1337.
- Wellenhofer, Marina, Rechtsprechungsübersicht zum Abstammungsrecht (2014–2016), NZFam 2016, S. 731–734.
- Wellenhofer, Marina, Familienrecht, 4. Auflage, München 2017.
- Westermann, Harm Peter / Grunewald, Barbara / Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, Köln 2017 (zitiert: Bearbeiter in: Erman).
- Weyerstahl, Thomas / Stauber, Manfred, Gynäkologie und Geburtshilfe, 4. Auflage, Stuttgart 2013.
- Woitge, Evelyn, Der Status von Kindern ausländischer Leihmütter in Deutschland – zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), Jura 2015, S. 496–505.
- Wolf, Andrea, Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 1998, S. 392–397.
- Wollenschläger, Ferdinand, Das Verbot der heterologen In-vitro-Fertilisation und der Eizellspende auf dem Prüfstand der EMRK, MedR 2011, S. 21–28.
- Zimmermann, Jan-Martin, Die Abstammungsfeststellungsklage, Aachen 1995.
- Zimmermann, Michael J., Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 13.10.2008 – Az. 1 BvR 1548/03 (BVerfG, NJW 2009, 423), NJW 2009, S. 424–425.
- Zwißler, Finn, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13 (BGHZ 203, 350), NZFam 2015, S. 118–119.
- Zypries, Brigitte / Zeeb, Monika, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZRP 2014, S. 54–58.

Acta Iuridica Universitatis Potsdamiensis

ISSN (print) 2199-9686

ISSN (online) 2199-9694

Herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Dorothea Assmann

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.)

Prof. Dr. iur. Wolfgang Mitsch

Prof. Dr. iur. Thorsten Ingo Schmidt

Mitbegründet von

OKR i. R. Dr. iur. utr. Joachim Gaertner †

Zuletzt erschienene Ausgaben:

Band 5 Attila Badó (Hrsg.):

Deutsch-Ungarisches Symposium 2018. – ISBN 978-3-86956-428-9
2018 | urn:nbn:de:kobv:517-opus4-407923

Band 4 Viktor V. Blažeev, Detlev W. Belling (Hrsg.):

Vierte Woche des Russischen Rechts, Potsdam, 31.05.–03.06.2016
mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin Universität
(Akademie). – ISBN 978-3-86956-420-3
2018 | urn:nbn:de:kobv:517-opus4-406935

Band 3 Viktor V. Blažeev, Detlev W. Belling (Hrsg.):

Dritte Woche des Russischen Rechts, Potsdam, 13.–17.10.2014,
mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin Universität
(Akademie). – ISBN 978-3-86956-340-4
2016 | urn:nbn:de:kobv:517-opus4-83660

Band 2 Attila Badó, Detlev W. Belling (Hrsg.):

Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert. –
ISBN 978-3-86956-309-1
2014 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-72260

Band 1 Attila Badó, Detlev W. Belling, János Bóka, Péter Mezei (Hrsg.):

Internationale Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Instituts für
Rechtsvergleichung der Universität Szeged. – ISBN 978-3-86956-308-4
2014 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-72039

Der althergebrachte Grundsatz, wonach das Kind von der Frau abstammt, welche es geboren hat, ist durch die moderne Fortpflanzungsmedizin ins Wanken geraten. Dennoch ordnet § 1591 BGB das Kind unanfechtbar der Geburtsmutter zu. Rechtliche und genetische Mutterschaft fallen deshalb dauerhaft auseinander, wenn das Kind im Wege der Leihmutterschaft oder nach einer Eizell- bzw. Embryospende zur Welt kommt. Die auf diese Methoden der artifiziiellen Reproduktion bezogenen, im Inland bestehenden Verbote halten Paare mit Kinderwunsch nicht davon ab, auf entsprechende Angebote im Ausland zurückzugreifen. Daraus resultierende kollisions- und verfassungsrechtliche Probleme sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Für den Bereich der Leihmutterschaft wird der Frage nachgegangen, ob die mit dem Anfechtungsausschluss verfolgten Ziele des Gesetzgebers die damit einhergehenden Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Rechtspositionen von genetischer Mutter und Kind rechtfertigen können. Besonderes Augenmerk liegt auf dem von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Interesse von leiblichen Eltern und Kindern, die verfahrensrechtliche Möglichkeit zu erhalten, rechtlich einander zugeordnet zu werden. Dieses Interesse wird den Zielen des Gesetzgebers, der mit dem Anfechtungsausschluss die Rechte von Leihmüttern und Kindern zu schützen beabsichtigt, im Rahmen einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenübergestellt.

In den Konstellationen der Eizell- und Embryospende tritt schwerpunktmäßig das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung in den Vordergrund und mit ihm die Frage, ob sich daraus eine Verpflichtung des Gesetzgebers ableiten lässt, den Tatbestand von § 1598a BGB so zu erweitern, dass die vermuteten genetischen Eltern für den Bereich der artifiziiellen Reproduktion in den Kreis der Klärungsverpflichteten aufgenommen werden.

Neben diesen Schwerpunkten werden viele weitere Probleme angesprochen. Im Ergebnis mündet die Arbeit in einen Vorschlag für die Legislative.

ISSN 2199-9686
ISBN 978-3-86956-437-1



OnLine

