

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
<i>A. Tatsächlicher Hintergrund</i>	3
I. Reproduktionsmedizin als Mittel zur Überwindung der Kinderlosigkeit.....	4
II. Leihmutterschaft als Streitfall.....	7
III. Reibungen wegen Divergenz der einzelstaatlichen Regelungsansätze	8
<i>B. Fragestellung der Arbeit</i>	10
<i>C. Begriffsklärung</i>	12
<i>D. Gang und Methode der Untersuchung</i>	13
Kapitel 1 – Leihmutterschaft in Deutschland	17
<i>A. Unzulässigkeit der Leihmutterschaft in Deutschland</i>	17
<i>B. Abstammung bei verbotswidrig durchgeführter Leihmutterschaft</i>	21
I. Mutterschaft	22
1. Unanfechtbare Mutterschaft der Leihmutter	22
2. Erwerb der Mutterschaft durch Adoption.....	23
II. Vaterschaft	24
1. Unmittelbarer Erwerb der Vaterschaft.....	24
2. Erste verfassungsrechtliche Zweifel an §§ 1591 ff. BGB.....	27
III. Männliche homosexuelle Paare.....	27
IV. Fazit	28

Kapitel 2 – Abstammung nach IPR und IZVR	29
A. Verweisungsmethode: Art. 19 Abs. 1 EGBGB	29
I. Einführendes zur Anwendung des Art. 19 Abs. 1 EGBGB	29
1. Anwendbarkeit von Art. 19 EGBGB	29
2. Struktur des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB, kein Vorrang des Satz 1	30
3. Abstammung als Vorfrage	32
4. Verweisung auf gespaltene Rechtsordnungen, Art. 4 Abs. 3 EGBGB	34
5. Beachtung von Rück- und Weiterverweisungen	37
a) Mögliche Fälle des <i>renvoi</i> bei der Leihmutterchaft	37
aa) Kalifornien: versteckte Kollisionsnorm, Sec. 7962(f)(2) Family Code	38
bb) Vereinigtes Königreich bzw. England: versteckte Kollisionsnormen, Sec. 54 HFEA bzw. Sec. 55A FLA 1986	39
cc) Indien: ungeschriebenes Domizil-Prinzip	41
dd) Griechenland: Verweisungsnorm, Art. 17 ff. ZGB	42
ee) Israel: Verweisungsnorm, §§ 76 f. Gesetz 5722-1962	44
ff) Ukraine: Regelungslücke in IPR-Gesetz	46
gg) Fazit	47
b) Widerspruch zum Sinn des Art. 19 Abs. 1 EGBGB	48
c) Bestimmung anhand der Rechtsanwendungsergebnisse	50
d) Befolgung eines <i>renvoi</i> bei Elternalternativität im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB	50
aa) Schnelligkeit der Abstammung: Prioritätsprinzip	51
bb) Wahlrecht des Kindes	53
cc) Wahrscheinlichkeit der Abstammung	53
dd) Ergebnisvorgaben gemäß §§ 1591 ff. BGB	55
(1) Soziale Vaterschaft als Ziel des deutschen Vaterschaftsrechts	56
(2) Genetischer und rechtlicher Vater ist nicht sozialer Vater	57
(3) Sozialer und rechtlicher Vater ist nicht genetischer Vater	59
(4) Fazit	60
ee) Kindeswohlvermutung zugunsten der sozialen Familie	61
(1) Die soziale Familie als zuverlässigster Zugang zum Kindeswohl	61
(2) Bedeutung der sozialen Elternschaft im Verfassungsrecht	65
(3) Anknüpfungskriterium mangels eindeutiger sozialer Familie	65

e) Keine Differenzierung zwischen den Sätzen des Art. 19 Abs. 1 EGBGB.....	66
f) Fazit	67
II. Heimatrecht des potenziellen Elternteils, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB	68
1. Auslegung „Elternteil“	68
2. Relevanter Zeitpunkt und Statutenwechsel	69
3. Doppelstaater, Art. 5 Abs. 1 EGBGB.....	70
4. Von Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB berufene Rechtsordnungen	71
a) Grundsätzlicher Ausschluss der Elternschaft der reinen Keimzellenspender.....	72
b) Elternschaft nach den Heimatrechten der Wunscheltern und der Leihmutter.....	72
aa) Elternschaft der Wunscheltern nach deutschem Heimatrecht.....	72
bb) Elternschaft der Leiheltern nach ihrem Heimatrecht	74
(1) Kalifornien: Abstammung von Wunscheltern <i>ipso iure</i>	74
(2) Ukraine: Abstammung von Wunscheltern <i>ipso iure</i>	77
(3) Griechenland: Abstammung von Wunscheltern <i>ipso</i> <i>iure</i> bei gerichtlicher Erlaubnis	78
(4) Vereinigtes Königreich: Abstammung von Wunscheltern durch <i>parental order</i>	80
(5) Israel: Abstammung von Wunscheltern durch Elternschaftsdekret	82
(6) Indien: Abstammung von Wunscheltern nach <i>soft law</i>	84
cc) Fazit	88
III. Ehwirkungsstatut der Ehe der Mutter, Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB.....	88
1. „Mutter“ im Sinne des Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB.....	89
2. Kreis der möglichen Eltern nach Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB	90
3. Notwendigkeit der Bestimmung beider Eheleute als Eltern	91
4. Verfassungsmäßigkeit und verfassungskonforme Auslegung des Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB.....	92
a) Ungleichbehandlung durch geschlechtsspezifisches Anknüpfungsmerkmal.....	92
b) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	93
c) Beseitigung des Verfassungsverstößes	94
5. Anwendbarkeit auf andere Lebensgemeinschaften	94
6. Fazit: Nach Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB berufenes Recht <i>in</i> <i>concreto</i>	95
IV. Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes, Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB.....	95
1. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ allgemein	96
2. Gewöhnlicher Aufenthalt bei ausländischer Leihmutterchaft.....	97

a) Gewöhnlicher Aufenthalt am Geburtsort?	98
b) Bestimmung der Abstammung nach Satz 1 mangels eines gewöhnlichen Aufenthaltes	101
3. Wandelbarkeit der Anknüpfung und Fortbestand der Abstammung	103
4. Fazit	105
V. Häufung der von Art. 19 Abs. 1 bestimmten Eltern	106
1. Häufung durch Mehrzahl der Anknüpfungsmomente des Art. 19 Abs. 1	106
2. Notwendigkeit der Reduktion auf zwei Elternteile	108
3. Soziale Elternschaft als Ziel der günstigsten Anknüpfung	109
VI. Fazit bezüglich Verweisungsmethode	110
 B. <i>Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Entscheidung</i>	111
I. Grundlegendes zur verfahrensrechtlichen Anerkennung	111
II. Anerkennungsfähige Entscheidung, § 108 FamFG	112
1. Art der Mitwirkung der ausländischen Gerichte bei Leihmutterchaften	112
2. Der Ursprung der „Entscheidung“ im Sinne des § 108 FamFG	114
3. Die Art der „Entscheidung“ im Sinne des § 108 FamFG	115
a) Sonderfall: Beurkundung oder Registrierung	115
b) Sonderfall: Vaterschaftsanerkennung	117
4. Umfang der Anerkennung einer „ausländischen Entscheidung“	118
a) Anerkennung nur der unmittelbaren Folgen	118
aa) Anerkennung der Feststellung der Abstammung	119
(1) Kalifornische Feststellungsurteile	119
(2) Sonderfall: Entscheidungen, die ausdrücklich nur die genetische Abstammung oder Wirksamkeit der Leihmuttervereinbarung feststellen	120
bb) Anerkennung der Gestaltung der Abstammung	122
(1) Britische <i>parental orders</i>	123
(2) Israelische Elternschaftsdekrete	124
cc) Elternschaft durch Feststellung oder Gestaltung	124
b) Bestimmung mittelbarer Wirkungen nach der <i>lex causae</i>	124
aa) Recht des Geburtsorts als <i>lex causae</i>	126
bb) Deutsches Recht als <i>lex causae</i>	126
cc) Fazit	128
c) Sonderfall: Wirkung <i>erga omnes</i> oder <i>inter partes</i>	128
III. Anerkennungszuständigkeit, § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG	129
IV. Fazit bezüglich verfahrensrechtlicher Anerkennung	131
 C. <i>Zwischenergebnis</i>	131

Kapitel 3 – <i>Ordre public</i>	133
A. Verstoß gegen Grundrechte	135
I. Einführendes zur Prüfung des Art. 6 S. 2 EGBGB	135
1. Entwicklung und bestehende Unklarheiten	136
2. Wirkung der Grundrechte im Rahmen des <i>ordre public</i> -Vorbehalts	138
a) Grundrechte als Schutzpflichten	138
b) Grundrechte als Schutzpflichten im Privatrecht	139
c) Grundrechtsbedrohung und -bindung beim ausländischen Recht	140
aa) Regelmäßig kein eigener Eingriff des Richters	141
bb) Schutzpflicht des Richters	143
cc) Keine Differenzierung nach Fallgestaltung	144
dd) Zwischenergebnis: Grundrechte wirken in ihrer Schutzfunktion	144
3. Auswirkung auf die Prüfung der Grundrechte in Art. 6 S. 2 EGBGB	144
a) Konkretes Ergebnis als Prüfungsgegenstand	145
b) Restriktive Annahme von Schutzpflichten	145
c) Auslandsbezug des Sachverhalts	146
d) Bedeutung des Grundrechts, Schwere der Bedrohung versus Relativität des <i>ordre public</i>	148
e) Möglichkeit des Schutzes	148
4. Zwischenergebnis	149
II. Elternschaft als Stellung	149
1. Grundrechte der Leihmutter, Recht auf das „eigene“ Kind aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	151
2. Grundrechte des Kindes	155
3. Fazit: Grundrechtliche Zulässigkeit der Elternschaft der Wunscheltern	157
III. Leihmutterschaft als Vorgang	158
1. Grundrechte der Leihmutter	159
a) Beeinträchtigung der Würde der Leihmutter	159
aa) Freiwilligkeit und Verobjektivierung	161
bb) Beeinträchtigung des Menschenwürdekerns	162
(1) Zugehörigkeit zur Intimsphäre: Vergleich zu Prostitution und Peepshows	163
(2) Verkauf von Körperteilen: Vergleich zu Organhandel bzw. Lebendorganspende	169
(3) Besonders entwürdigende Behandlung als Menschenwürdekern	170
cc) Fazit: Keine Beeinträchtigung der Menschenwürde	172

b) Körperliche und geistige Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 GG	172
2. Grundrechte des Kindes	177
a) Beginn des Schutzes der Würde des Kindes, objektiver Gehalt des Menschenwürdeschutzes	177
b) Kind als Handelsobjekt	179
aa) Abgrenzung zu Kinderhandel	180
bb) Behandlung des Kindes als Ware	182
cc) Exkurs: Abgrenzung zu Eugenik und ähnlichen Verfahren	183
c) Fazit bezüglich der Grundrechte des Kindes	183
IV. Fazit	183
<i>B. Verstoß gegen Völkerrecht, insbesondere Menschenrechte</i>	184
I. Körperliche und geistige Unversehrtheit	184
II. Kindeswohl	185
III. Schutz der Familie und Elternschaft	185
IV. Gefahr des Kinderhandels	186
V. Fazit	186
<i>C. Weitere Argumente für einen ordre public-Verstoß</i>	186
I. Umgehung des Leihmutterverbots bzw. § 1591 BGB als international zwingendes Recht	186
II. Rechtsvergleichung und <i>ordre public</i>	190
III. Rechtspolitische Erschütterung als Ergebniskontrolle	192
<i>D. Fazit: Grundsätzlich kein Verstoß gegen den ordre public</i>	193
<i>E. Sonderfälle der Leihmutterchaft</i>	193
I. Entgeltliche Leihmutterchaft	194
1. Verfassungsrecht	194
2. Völkerrecht	199
II. Erzwungene Herausgabe des Kindes, Wegfall der Freiwilligkeit der Leihmutter	199
1. Menschenwürde der Leihmutter, Art. 1 Abs. 1 GG	201
a) Beeinträchtigung des Schutzbereichs	201
b) Elternschaft der Wunscheltern als Perpetuierung der Beeinträchtigung	205
c) Vaterschaft des Wunschvaters bei sonstiger Vaterlosigkeit	207
d) Anerkennung gewisser Rechtsfolgen solange Kind bei den Wunscheltern ist	207
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG	208

3. Körperliche und geistige Unversehrtheit der Leihmutter, Art. 2 Abs. 2 GG	210
4. Elternrecht der Leihmutter, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	211
5. Völkerrecht	212
6. Fazit	212
III. Homosexuelle Wunscheltern	213
1. Verfassungsrecht	213
2. Völkerrecht	214
IV. Anonyme Spender oder Leihmütter	214
V. Leihmutter ist genetische Mutter	215
VI. Fazit zu den Sonderfällen	215
<i>F. Ordre public im Internationalen Zivilverfahrensrecht</i>	<i>216</i>
<i>G. Zwischenergebnis</i>	<i>217</i>

Kapitel 4 – Materielle Ergebnisvorgaben höherrangigen Rechts

<i>A. Ergebnisvorgaben für Zulässigkeit der Leihmutterschaft und Abstammung des Kindes</i>	<i>221</i>
I. Grundrechte	221
1. Zulässigkeit der Leihmutterschaft	221
a) Recht auf Familiengründung, Art. 6 Abs. 1 GG	221
b) Recht auf Heilbehandlung, Art. 2 Abs. 2 GG	224
c) Zugang zur Reproduktionsmedizin als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	225
aa) Schutzbereich	225
bb) Rechtfertigung eines Verbots der Leihmutterschaft	226
d) Fazit: Zulässigkeit der Leihmutterschaft nicht grundrechtsdeterminiert	227
2. Vorgaben für die Abstammung des Kindes	227
a) Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund geburtsbedingter Faktoren	228
aa) Herleitung aus Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 5 GG	228
bb) Verbot der Ungleichbehandlung bei der Eingliederung in die Familie	230
cc) Recht auf Eingliederung in welche Familie?	230
dd) Notwendige Ungleichbehandlung	231
(1) Notwendige Ungleichbehandlung bei Leihmutterschaft	232

(2) Adoption: keine notwendige Ungleichbehandlung	233
ee) Keine Differenzierung nach Folgefragen der Elternschaft	236
b) Verbot der Ungleichbehandlung der Mutter- und Vaterschaft, Art. 3 Abs. 2 GG	237
c) Schutz der Familie und Elternrecht, Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG	239
d) Generalprävention und Menschenwürde des Kindes, Art. 1 Abs. 1 GG	240
e) Fazit: Vorgaben für die rechtliche Abstammung	241
3. Grundrechtsgeltung bei Auslandssachverhalten und Bedeutung nationaler Ergebnisvorgaben für Auslandssachverhalte	242
a) Grundrechte des Kindes als Deutscher im Ausland und Ausländer in Deutschland	242
b) Grundrechte des Kindes als Ausländer im Ausland	243
aa) Keine allgemeinen Vorgaben im Grundgesetz	244
bb) Grundrechtsspezifischer Inlandsbezug als Grundlage der Anwendung	244
cc) Inlandsbezug bei Fällen der ausländischen Leihmutterschaft	246
dd) Durch den Inlandsbezug zur Anwendung berufene Rechte	251
ee) Fazit: Anwendbarkeit der hier entscheidenden Grundrechte	251
c) Identität der Ergebnisvorgaben bei inländischer und ausländischer Leihmutterschaft	252
4. Keine spezifischen Vorgaben für internationale Leihmutterschaft	252
II. Europarecht	253
1. Unionsbürgerfreizügigkeit des Kindes, Art. 21 AEUV	254
a) Persönlicher Anwendungsbereich	254
b) Sachlicher Anwendungsbereich und Beeinträchtigung	256
c) Rechtfertigung der Beeinträchtigung	259
aa) Rechtfertigung aufgrund der Freizügigkeitsrichtlinie	260
bb) Ungeschriebene Schranke der Freizügigkeit	261
cc) Verhältnismäßigkeit	263
dd) Keine Rechtfertigung der Beeinträchtigung	263
d) Grundrechtecharta als Schranke der Freizügigkeit	264
aa) Anwendbarkeit der EU-Grundrechtecharta	264
bb) Schutz der Menschenwürde, Art. 1 ff. GR-Charta	265
cc) Körperliche und geistige Unversehrtheit, Art. 3 Abs. 1 GR-Charta	267
e) Fazit: Materielle, unionsrechtliche Ergebnisvorgabe	267
III. Völkerrecht	267
1. Vorgaben für die Zulässigkeit der Leihmutterschaft	268

a) Recht auf Familiengründung beziehungsweise auf Fortpflanzung, Art. 8 Abs. 1 EMRK	268
b) Leihmutterschaft als Heilbehandlung	271
c) Fazit: Keine völkerrechtlichen Vorgaben	272
2. Vorgaben für Stellung des Kindes.....	272
a) Schutz von Familien- und Privatleben, Art. 8 Abs. 1 EMRK	272
aa) Die entscheidende „Familie“ bei der Leihmutterschaft	273
bb) Schutzbereich: Rechtliche Integration des Kindes in die Familie	274
cc) Rechtfertigung einer unterbleibenden Integration	275
(1) Einschätzungsspielraum der Einzelstaaten.....	275
(2) Abwägung der widerstreitenden Interessen.....	277
b) Verbot der Ungleichbehandlung des Kindes.....	279
aa) Art. 8 EMRK i. V.m. Art. 14 EMRK	279
bb) Art. 2 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention	281
c) Kindeswohl, Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention	282
d) Drohende Staatenlosigkeit	282
3. Fazit und Bedeutung völkerrechtlicher Vorgaben	283
IV. Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, die Leihmutterschaft verbieten, und zu aktueller Rechtsprechung des EGMR.....	284
1. Österreichischer Verfassungsgerichtshof: Abstammung muss anerkannt werden	284
2. Französische Cour de cassation: Gesetzesumgehung verhindert Elternschaft der Wunscheltern.....	285
3. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Verweigerung der Abstammung kann gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK verstoßen.....	287
V. Sonderfälle	291
1. Kommerzielle Leihmutterschaft.....	291
a) Deutsches Recht.....	291
b) Europa- und Völkerrecht.....	291
2. Erzwungene Herausgabe des Kindes.....	293
a) Deutsches Recht.....	293
b) Europa- und Völkerrecht.....	294
3. Homosexuelle Wunscheltern	295
a) Deutsches Recht.....	295
b) Europa- und Völkerrecht.....	296
4. Zwischenfazit	296
VI. Fazit: Pflicht zur Ermöglichung der Abstammung von den Wunscheltern	297
 B. Bisherige Umsetzung der Vorgaben.....	298
I. Abstammung bei inländischer Leihmutterschaft.....	298

II. Abstammung bei internationaler Leihmutterschaft.....	299
1. Abstammung nach hier vertretener Auslegung des IPR und IZVR.....	299
2. Abstammung nach bisheriger Rechtsprechung.....	301
a) Abstammung bei internationaler Leihmutterschaft.....	301
aa) Rechtsprechung vor der Entscheidung des BGH im Einzelnen	301
bb) Leitlinien der Rechtsprechung vor der Entscheidung des BGH.....	307
cc) Entscheidung des BGH vom 10. Dezember 2014: Öffnung gegenüber der Leihmutterschaft	311
b) Möglichkeit der Adoption durch Wunscheltern.....	312
aa) Anwendung von § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB	313
bb) Erforderlichkeit der Adoption für das Wohl des Kindes, § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB.....	316
c) Fazit	317
III. Kritik der bisherigen Rechtslage.....	318
 C. Mögliche Umsetzung der Vorgaben des höherrangigen Rechts.....	321
I. <i>De lege lata</i> : verfassungs-, völkerrechts- bzw. europarechtskonforme Auslegung	321
1. Reduktion des § 1600 Abs. 5 BGB: Anfechtung der Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter	322
2. Auslegung des Adoptionsrechts	323
3. Anknüpfung an den Geburtsort des Kindes i. R. d. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB	323
4. Fazit: Lücken in der Umsetzung der Vorgaben des höherrangigen Rechts	325
II. Umsetzung der Vorgaben <i>de lege ferenda</i>	325
1. Ergänzung des Art. 19 EGBGB.....	325
2. Außergerichtliches oder gerichtliches Anerkennnisverfahren.....	326
 Diskussion der Ergebnisse und Ausblick.....	329
 Zusammenfassung in Thesenform.....	333
 Literaturverzeichnis.....	349
Rechtsprechungsverzeichnis	375
Sachverzeichnis.....	383