JURISTISCHE FAKULTÄT

UNIVERSITÄT HEIDELBERG
ZUKUNFT SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts –“

Dissertation vorgelegt von Konrad Duden

Erstgutachter Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme
Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
– Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts –

Konrad Duden, LL.M. (Cambridge)[*]

Die Arbeit beantwortet die Frage, wer aus Sicht des deutschen Rechts die Eltern eines im Ausland durch Leihmutterschaft geborenen Kindes sind beziehungsweise sein müssen. In vier Kapiteln wird diese Frage beantwortet: Bevor die Arbeit sich den Fällen der internationalen Leihmutterschaft zuwendet, wird in Kapitel 1 auf nationale Fälle der Leihmutterschaft eingegangen. Dabei werden die Unzulässigkeit der Leihmutterschaft im deutschen Recht und die abstammungsrechtlichen Folgen einer verbotswidrig in Deutschland durchgeführten Leihmutterschaft dargestellt.

In Kapitel 2 wird die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes bei einer internationalen Leihmutterschaft nach deutschem Internationalen Privat- und Verfahrensrecht untersucht: Es wird sowohl die Bestimmung der Abstammung anhand des Internationalen Privatrechts als auch die Möglichkeit einer verfahrensrechtlichen Anerkennung ausländischer Entscheidungen besprochen. Dabei soll auch rechtsvergleichend untersucht werden, wie die Leihmutterschaft in Rechtsordnungen, welche diese erlauben, ausgestaltet ist, wie die Abstammung nach dortigem Recht geregelt ist und wie Gerichte beziehungsweise Behörden im Rahmen einer Leihmutterschaft mitwirken. Dargestellt werden dabei die Rechte Kaliforniens, Großbritanniens, Indiens, Griechenlands, Israels und der Ukraine.

Die Möglichkeit eines *ordre public*-Verstoßes wird in Kapitel 3 untersucht. Dabei wird besonders auf die grund- und menschenrechtliche Dimension der Leihmutterschaft sowie der Elternschaft der Wunscheltern eingegangen.

Nachdem in den ersten drei Kapiteln die Rechtslage anhand des einfachen Rechts, einschließlich des *ordre public*-Vorbehalts, bestimmt wurde, wird im vierten und letzten Kapitel die Perspektive erweitert: Gibt es höherrangige Prinzipien, die in manchen Fallkonstellationen eine Elternschaft der Wunscheltern fordern? Existieren solche Vorgaben, muss verglichen werden, inwieweit die nationale Rechtslage und die bisherige Rechtsprechung diese Vorgaben des höherrangigen Rechts erfüllen. Dabei wird auch kurz auf die Entwicklung in anderen Rechtsordnungen, die Leihmutterschaften verbieten, und auf jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eingegangen.

Abschließend werden verschiedene Ansätze, wie mögliche Ergebnisvorgaben umgesetzt werden können, vorgestellt und die Ergebnisse der Arbeit zusammengeführt.

Die Arbeit kommt dabei zu den folgenden Ergebnissen:

Kapitel 1: Leihmutterschaft in Deutschland

Unzulässigkeit der Leihmutterschaft in Deutschland

– In Deutschland ist gem. § 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 ESchG die künstliche Befruchtung im Rahmen einer Leihmutterschaft sowie einer Eizellspende strafbewehrt verboten. Gem. §§ 13b f. AdVermiG ist die Adoptionsvermittlung ebenfalls verboten. Leihmutter und Wunscheltern sind von einer Strafbarkeit ausgenommen (§ 1 Abs. 3 ESchG, § 14b Abs. 3 AdVermiG) (Kapitel 1 – A.).

[*] Die Arbeit wird veröffentlicht in der Reihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht (StudIPR)“ des Verlags Mohr Siebeck.

– Die Leihmutterschaft an sich ist in Deutschland nicht verboten, ihr werden aber durch das Verbot der künstlichen Befruchtung und Leihmuttervermittlung erhebliche faktische Hindernisse in den Weg gelegt (Kapitel 1 – A.).

Abstammung bei verbotswidrig durchgeführter Leihmutterschaft

– Im Rahmen des deutschen Abstammungsrechts ist stets die Leihmutter die rechtliche Mutter des Kindes, § 1591 BGB. Nur durch Adoption kann die Wunschmutter die Mutterschaft erwerben. Das Adoptionserschwernis des § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB ist dabei nicht anwendbar (Kapitel 1 – B.I.).
– Ist die Leihmutter unverheiratet, kann der Wunschvater im deutschen Abstammungsrecht die Vaterschaft anerkennen, selbst wenn er nicht der genetische Vater ist, § 1592 Nr. 2 BGB. Ist die Leihmutter verheiratet und hat ihr Ehemann in die Befruchtung eingewilligt, so ist seine Vaterschaft nicht anfechtbar, § 1600 Abs. 5 BGB, und der Wunschvater kann die Vaterschaft nur durch Adoption erwerben (Kapitel 1 – B.II.).
– Zugleich können die Wunscheltern durch eine gemeinsame Adoption oder eine Stiefkindadoption die rechtliche Elternschaft erwerben, allerdings nur wenn sie verheiratet sind, § 1741 BGB. Sind die Wunscheltern unverheiratet, so kann nur einer von beiden die rechtliche Elternschaft erwerben, ein gemeinsamer Erwerb ist ausgeschlossen. Kann der Wunschvater durch Vaterschaftsanerkennung rechtlicher Vater werden, ist dadurch die Wunschmutter von dem Erwerb der Mutterschaft gänzlich ausgeschlossen, solange das Paar nicht verheiratet ist (Kapitel 1 – B., insbes. Kapitel 1 – B.II.2.).
– Bei männlichen homosexuellen Paaren kann der eine Wunschvater die Vaterschaft anerkennen, wenn die Leihmutter unverheiratet ist, § 1592 Nr. 2 BGB. Andernfalls muss er das Kind zunächst alleine adoptieren, § 1741 Abs. 2 S. 1 BGB. Der zweite Wunschvater kann im Anschluss die Vaterschaft durch Stiefkind- oder Sukzessivadoption erwerben. Ist das Paar nicht verpartnert, so ist der Erwerb einer gemeinsamen Elternschaft ausgeschlossen (Kapitel 1 – B.III.).

Kapitel 2: Abstammung nach IPR und IZVR

Verweisungsmethode: Art. 19 Abs. 1 EGBGB

– Die Abstammung des Kindes bei einer internationalen Leihmutterschaft ist nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anzuknüpfen (Kapitel 2 – A.I.1.).
– Vorfragen sind grundsätzlich selbstständig anzuknüpfen. Für die kollisionsrechtliche Behandlung der Abstammung macht es daher keinen Unterschied, ob sich diese Frage als Vor- oder Hauptfrage stellt. Bei manchen Hauptfragen, etwa der Staatsangehörigkeit, dem Unterhalt oder dem Namen des Kindes wird ausnahmsweise unselbstständig angeknüpft. Im Rahmen dieser Hauptfragen entscheidet deutsches Kollisionsrecht nur dann über das auf die Vorfrage der Abstammung anwendbare Recht, wenn auf die Hauptfrage deutsches Recht anwendbar ist. Dies ist bei deutschen Wunscheltern bzw. bei einem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit der Fall (Kapitel 2 – A.I.2.).
– Im Recht der Vereinigten Staaten kommt es zu einer Rechtsspaltung im Familienrecht. Bei der Berufung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes im Sinne des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB wird unmittelbar das Recht des jeweiligen Teilstaates berufen. Im Rahmen der Sätze 2 und 3 ist gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB – mangels einheitlichen interlokalen Kollisionsrechts – das Recht des Teilstaats des gewöhnlichen Aufenthalts der Leihmutter als Teilrechtsordnung der engsten Verbindung anwendbar, wenn als Anknüpfungsmerkmal unmittelbar (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB) oder mittelbar (Satz 3) die Staatsangehörigkeit der Leihmutter fungiert. Die grundsätzliche Rechtspaltung im Familienrecht im Vereinigten Königreich, in Israel und in Indien

kommt hier nicht zum Tragen, da das Abstammungsrecht dort in Fällen der Leihmutterschaft einheitlich ist (Kapitel 2 – A.I.4.).

- Zu einer Rückverweisung kann es unter den hier untersuchten Rechtsordnungen in dem besprochenen Standardfall (Leihmutter gehört dem Staat der Durchführung der Leihmutterschaft an und hat dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt) lediglich in Griechenland (Art. 17 ff. griechisches ZGB) und Israel (§§ 76 f. Gesetz 5722-1962) kommen. Im Recht der Vereinigten Staaten und des Vereinigten Königreiches ist das Kollisionsrecht gespalten; bezüglich der anwendbaren Teilrechtsordnung gilt das im vorherigen Spiegelstrich Gesagte. Das kalifornische beziehungsweise englische Recht nehmen die Verweisung im Rahmen einer versteckten Kollisionsnorm an, ebenso wie das indische Recht. Im ukrainischen Recht ist die Verweisungsnorm nicht bestimmbar. Die Verweisung des deutschen Rechts wird in diesem Fall ausnahmsweise als Sachnormverweisung verstanden (Kapitel 2 – A.I.5.a)).
- Ob eine Rückverweisung befolgt wird, ist nach dem Zweck der Verweisung des Art. 19 Abs. 1 EGBGB zu bestimmen (Kapitel 2 – A.I.5.c). Dasselbe gilt für die Fragen, welches Heimatrecht eines Mehrstaaters anzuwenden ist (Kapitel 2 – A.II.3.), welche der verschiedenen Anknüpfungsvarianten des Art. 19 Abs. 1 EGBGB bei einer Bestimmung verschiedener Eltern zu befolgen ist (Kapitel 2 – A.V.3.) und ob die Wandelbarkeit der Anknüpfungsmerkmale des Art. 19 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB teleologisch zu reduzieren ist (Kapitel 2 – A.II.2. bzw. Kapitel 2 – A.IV.3.). Einheitliches Kriterium bei diesen Fragen ist das Kindeswohl als vorrangiger Zweck des Art. 19 Abs. 1 EGBGB. Konkretisiert wird dies Kriterium – bei Bestimmung unterschiedlicher Eltern – danach, welche Rechtsordnung eine Verrechtlichung der sozialen Elternschaft ermöglicht und – bei Bestimmung identischer Eltern – danach, wie leicht und schnell deren Bestimmung erfolgt. Ob dabei die Zahl der berufenen Rechte reduziert wird, ist unerheblich.
- Welches Heimatrecht eines Mehrstaaters im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB angewandt wird und ob die Wandelbarkeit des Satz 1 teleologisch reduziert wird beziehungsweise eine nach vormals anwendbarem Recht begründete Abstammung als wohlerworbenes Recht fortbesteht, ist nach dem Kindeswohl, konkretisiert im eben dargestellten Sinne, zu bestimmen. Die Wandelbarkeit des Art. 19 Abs. 1 S. 1 beziehungsweise die Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 EGBGB sind gegebenenfalls entsprechend teleologisch zu reduzieren (Kapitel 2 – A.II.2. bzw. Kapitel 2 – A.II.3.).
- Nach dem Heimatrecht der verschiedenen Elternprätendenten kann gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB meist keine Elternschaft begründet werden. Sind die Wunscheltern Deutsche, so verhindert die Elternschaft der Leihmutter und ihres Ehemanns die Elternschaft der Wunscheltern. Ist die Leihmutter unverheiratet, kann allerdings der deutsche Wunschvater die Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen (Kapitel 2 – A.II.4.b)aa). Ist das Recht Kaliforniens, Israels, Indiens, Griechenlands oder der Ukraine als Heimatrecht der Leiheltern anwendbar, erwerben auch diese keine Elternschaft, da nach diesen Rechten die Wunscheltern die Eltern werden. Eine Ausnahme bildet hier das britische Recht. Gemäß Sec. 33 ff. HFEA 2008 erwerben zunächst die Leihmutter und ihr Partner oder ihre Partnerin die Elternschaft. Sind diese britisch, kann ihre Elternschaft gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB begründet werden (Kapitel 2 – A.II.4.b)bb).
- Wer „Mutter“ im Sinne des Art. 19 Abs. 1 S. 3 EGBGB ist, muss nach dem Ehestatut der Mutterschaftsprätendentin bestimmt werden (Kapitel 2 – A.III.1.). Gemäß Satz 3 kann nur der Ehemann der Mutter im Sinne des Satz 3 als Vater bestimmt werden (Kapitel 2 – A.III.2.). Damit eine Bestimmung der Elternschaft nach Satz 3 möglich ist, müssen beide Eheleute nach dem Ehewirkungsstatut Eltern werden können (Kapitel 2 – A.III.3.). Die Verwendung des geschlechtsspezifischen Anknüpfungsmerkmals „Mutter“ in Satz 3 verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG, selbst wenn bei der hier vertretenen Anforderung, dass eine Mutterschaft nach Satz 3 nur begründet werden kann, wenn danach auch die

Vaterschaft des Ehemanns besteht, eine Ungleichbehandlung im Ergebnis nicht vorliegt (Kapitel 2 – A.III.4.).

- Sind die Wunscheltern unmittelbar nach der Geburt mit dem Kind nach Deutschland gereist, so ist sein gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB in Deutschland. Danach ist die Leihmutter die Mutter, § 1591 BGB. Ist sie verheiratet, ist ihr Ehemann der Vater, §§ 1592 Nr. 1, 1600 Abs. 5 BGB. Andernfalls kann der Wunschvater die Vaterschaft anerkennen, § 1592 Nr. 2 BGB (Kapitel 2 – A.IV.2.).
- Leben die Wunscheltern mit dem Kind längerfristig am Geburtsort und wollen nicht unmittelbar nach der Geburt zurück, so befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt am Geburtsort. Ist das Kind mit den Wunscheltern noch am Geburtsort, da eine eigentlich beabsichtigte Rückreise nicht möglich ist, so hat das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort (Kapitel 2 – A.IV.2.a). Scheitert in diesen Fällen auch eine Bestimmung der Elternschaft nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 oder 3 EGBGB, so muss im Rahmen der Bestimmung der Elternschaft des Kindes im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf das Recht am reinen Aufenthaltsort zurückgegriffen werden. Ist das Recht des Geburtsortes anwendbar, so führt dies meist zu einer Elternschaft der Wunscheltern (Kapitel 2 – A.IV.2.b).
- Ob ein Statutenwechsel im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB befolgt wird beziehungsweise ob eine vor diesem bestehende Abstammung als wohlerworbenes Recht fortbesteht, ist nach dem Kindeswohl, konkretisiert durch die Verrechtlichung der sozialen Familie, zu bestimmen (Kapitel 2 – A.IV.3.).
- In dem hier untersuchten Standardfall (deutsche Wunscheltern mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland und Leiheltern mit Staatsangehörigkeit des Landes der Durchführung der Leihmutterschaft und dortigem gewöhnlichem Aufenthalt) ist eine Elternhäufung aufgrund der Mehrzahl der Anknüpfungsmomente des Art. 19 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich ausgeschlossen (Kapitel 2 – A.V.1.). Kommt es ausnahmsweise doch zu einer Elternhäufung, so ist eine Reduktion auf zwei Eltern kollisionsrechtlich notwendig, da es sonst zu einer Normhäufung kommt (Kapitel 2 – A.V.2.). Die verschiedenen Anknüpfungsmerkmale des Art. 19 Abs. 1 EGBGB sind gleichrangig (Kapitel 2 – A.I.2.). Es setzt sich das Recht durch, welches die Eltern beruft, die für das Kindeswohl am günstigsten sind. Anwendbar ist daher das Recht, welches die Elternschaft der sozialen Eltern ermöglicht. Werden durch die verschiedenen Anknüpfungsmomente dieselben Eltern berufen, so ist das Recht anwendbar, welches leichter und schneller zu deren Elternschaft führt (Kapitel 2 – A.V.3.).

Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Entscheidung

- Im Rahmen der Leihmutterschaft wirken Gerichte und andere Institutionen in sehr unterschiedlicher Art und Weise mit. Teilweise muss die Leihmutterschaft vor der Befruchtung erlaubt werden (Griechenland und Israel); teilweise ist schon während der Schwangerschaft eine Feststellung der Abstammung möglich (Kalifornien); teilweise erwerben die Wunscheltern erst durch eine konstitutive gerichtliche Entscheidung die Elternschaft (Vereinigtes Königreich und Israel); teilweise wirken Gerichte grundsätzlich nicht mit (Indien und Ukraine); meist werden Geburtsurkunden zugunsten der Wunscheltern ausgestellt (Kapitel 2 – B.II.1.).
- Dass eine Behörde eine Entscheidung erlässt, verhindert nicht grundsätzlich eine Anerkennung. Die Behörde muss jedoch funktional eine gerichtliche Rolle einnehmen. Bezüglich der israelischen Erlaubnis der Leihmutterschaft ist dies nicht der Fall (Kapitel 2 – B.II.2.).
- Geburtsurkunden werden grundsätzlich nicht anerkannt, da bei deren Erlass eine Prüfung der Sach- und Rechtslage meist nicht erfolgt (Kapitel 2 – B.II.3.a). Aus demselben Grund kann eine Vaterschaftsanerkennung, selbst wenn sie gerichtlich registriert ist, nicht

anerkannt werden. Ob sie Wirkung entfaltet, richtet sich nach dem anwendbaren Recht beziehungsweise danach, ob eine Substitution möglich ist (Kapitel 2 – B.II.3.b).

- Es werden nur unmittelbare Folgen ausländischer Entscheidungen anerkannt (Kapitel 2 – B.II.4.a). Möglich ist etwa die Anerkennung einer ausländischen Feststellung der rechtlichen Elternschaft (Kalifornien) oder deren Gestaltung (Vereinigtes Königreich und Israel) (Kapitel 2 – B.II.4.a)aa)(1) bzw. Kapitel 2 – B.II.4.a)bb). Stellt eine ausländische Entscheidung ausdrücklich nur die Bindungswirkung der Leihmuttervereinbarung oder die genetische Elternschaft fest, so kann dies dennoch als Feststellung der rechtlichen Elternschaft anerkannt werden, wenn die Entscheidung funktional einer solchen Feststellung nach hiesigem Verständnis gleichkommt (Kapitel 2 – B.II.4.a)aa)(2).
- Mittelbare Folgen einer Entscheidung (Tatbestandsfolgen) bestimmen sich nach dem anwendbaren Recht. Eine ausländische Erlaubnis der Leihmutterschaft (Griechenland) begründet daher bei Anwendung deutschen Rechts keine Elternschaft der Wunscheltern, wohl aber bei Anwendung griechischen Rechts. Eine ausländische Entscheidung, die auch bei funktionaler Betrachtung nur die genetische Vaterschaft feststellt, kann bei Anwendung deutschen Rechts nur dann eine Vaterschaft begründen, wenn sonst nach deutschem Recht keine Vaterschaft besteht und eine Vaterschaft durch Vaterschaftsfeststellung gemäß §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB möglich ist (Kapitel 2 – B.II.4.b).
- Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen, die nur *inter partes* die Abstammung feststellen, reicht im Rahmen vieler Folgefragen, etwa der Staatsangehörigkeit oder Eintragung ins Geburtenregister (§§ 4 StAG, 21, 26 oder 36 PStG), nicht aus. Im Rahmen der Leihmutterschaft sind solche Entscheidungen allerdings nicht zu erwarten (Kapitel 2 – B.II.4.c).
- Für eine Anerkennungszuständigkeit der Gerichte am Geburtsort reichen der dortige gewöhnliche Aufenthalt der Leihmutter oder deren dortige Staatsangehörigkeit aus, §§ 109 Abs. 1 Nr. 1, 100 FamFG (Kapitel 2 – B.III.).

Kapitel 3: Ordre public

Verstoß gegen Grundrecht

- Die Grundrechte wirken im Rahmen des Art. 6 S. 2 EGBGB in ihrer Schutzpflichtfunktion in dem Sinne, dass sie die staatliche Stelle, welche das ausländische Recht anwenden soll, dazu verpflichten, die Betroffenen im Einzelfall vor einer Grundrechtsverletzung durch das eigentlich anwendbare ausländische Recht zu schützen (Kapitel 3 – A.I.2.c).
- Die Bedrohung der Grundrechte geht nicht von der deutschen staatlichen Stelle aus, welche das ausländische Recht anwenden soll, sondern vom ausländischen Recht an sich (Kapitel 3 – A.I.2.c)aa).
- Das Verständnis der Grundrechte als Schutzpflichten im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts ändert im Ergebnis die bestehende Prüfung des *ordre public*-Vorbehalts nicht, kann jedoch manche der Prüfungskriterien aus den Besonderheiten der Wirkung der Grundrechte als Schutzpflichten erklären (Kapitel 3 – A.I.3.).
- Die Elternschaft der Wunscheltern an sich bedroht grundsätzlich keine Grundrechte der Leihmutter. Eine Vorgabe, dass die Leihmutter als biologische Mutter stets die rechtliche Mutter werden muss, lässt sich Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht entnehmen. Dieser lässt auch eine rechtliche Elternschaft, die von der leiblichen abweicht, zu. Das Bundesverfassungsgericht schreibt der sozialen Elternschaft große Bedeutung zu (Kapitel 3 – A.II.1.).
- Auch Grundrechte des Kindes werden grundsätzlich nicht durch eine Elternschaft der Wunscheltern an sich bedroht. Bisherige psychologische Forschung legt nahe, dass die Leihmutterschaft keine erhebliche Gefahr für die Entwicklung des Kindes darstellt. Ein

Schutz der psychischen Gesundheit des Kindes gemäß Art. 2 Abs. 2 GG vor einer Elternschaft der Wunscheltern ist nicht geboten (Kapitel 3 – A.II.2.).

- Selbst wenn die Elternschaft der Wunscheltern an sich keine Grundrechte der Wunscheltern bedroht, so kann dennoch eine Schutzpflicht vor der Anwendung eines ausländischen Rechts bestehen, welches eine entsprechende Elternschaft vorsieht, falls der Vorgang der Leihmutterschaft grundrechtswidrig ist und sich eine entsprechende Grundrechtsbeeinträchtigung in der Elternschaft der Wunscheltern fortsetzt. In diesem Fall kann eine Verweigerung ihrer Elternschaft zwar die Beeinträchtigung nicht ungeschehen machen, wohl aber deren weitere Perpetuierung verhindern (Kapitel 3 – A.III.).
- Grundsätzlich beeinträchtigt der Vorgang der Leihmutterschaft keine Grundrechte der Leihmutter. Solange die Leihmutter freiwillig als Leihmutter agiert, gefährdet die Leihmutterschaft ihre Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG nicht (Kapitel 3 – A.III.1.a). Ein Vergleich mit Prostitution und Peep-Shows zeigt, dass allein die Tatsache, dass die Leihmutterschaft die Intimsphäre der Leihmutter betrifft, bei einer freiwillig handelnden Leihmutter keine Beeinträchtigung der Menschenwürde bedeutet (Kapitel 3 – A.III.1.a)bb)(1). Auch ein Vergleich mit der Lebendorganspende spricht gegen eine Unvereinbarkeit der freiwilligen Leihmutterschaft mit der Menschenwürde der Leihmutter (Kapitel 3 – A.III.1.a)bb)(2). Auch sonst liegt keine besonders entwürdigende Behandlung der Leihmutter vor (Kapitel 3 – A.III.1.a)bb)(3).
- Eine relevante Bedrohung für die körperliche Unversehrtheit der Leihmutter bedeutet die Leihmutterschaft nicht. Bisherige psychologische Forschung spricht dafür, dass die Leihmutterschaft auch die psychische Gesundheit der Leihmutter nicht in einem relevanten Maße bedroht. Für die Leihmutter scheint oft ein Abbruch der Beziehung zu den Wunscheltern belastender zu sein als die Trennung von dem Kind. Art. 2 Abs. 2 GG fordert keinen Schutz der Leihmutter vor der Durchführung einer Leihmutterschaft (Kapitel 3 – A.III.1.b).
- Auch die Grundrechte des Kindes werden durch eine Leihmutterschaft nicht verletzt. Das Kind wird nicht in seiner Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt. Ein Kinderhandel ist in der unentgeltlichen Leihmutterschaft nicht zu sehen. Entscheidend für die Abgrenzung ist der Zeitpunkt des Abschlusses der Leihmutterschaftsvereinbarung noch vor der Zeugung des Kindes (Kapitel 3 – A.III.2.). Zu trennen ist die Leihmutterschaft auch von einer möglichen Menschenwürdebeeinträchtigung durch Eugenik. Zwar kann im Rahmen der Leihmutterschaft durch Präimplantationsdiagnostik theoretisch eine unzulässige Selektion der Embryonen stattfinden. Dies ist jedoch eine generelle Gefahr der In-vitro-Fertilisation und nicht spezifisch mit der Leihmutterschaft verbunden (Kapitel 3 – A.III.2.b)cc).

Verstoß gegen Völkerrecht, insbesondere Menschenrechte

- Auch ein Verstoß gegen Völkerrecht, insbesondere Menschenrechte, könnte einen *ordre public*-Verstoß durch die Elternschaft der Wunscheltern begründen. Ein solcher liegt jedoch nicht vor. Die Leihmutterschaft gefährdet nicht in relevantem Maße die körperliche oder geistige Unversehrtheit der Leihmutter oder des Kindes, Art. 2 bzw. 8 EMRK. Sie ist mit dem Kindeswohl vereinbar, Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention. Art. 8 Abs. 1 EMRK fordert keine rechtliche Elternschaft der leiblichen Eltern. Die Leihmutterschaft stellt keinen gemäß Art. 35 UN-Kinderrechtskonvention verbotenen Kinderhandel dar (Kapitel 3 – B.).

Weitere Argumente für einen ordre public-Verstoß

- Eine Umgehung des deutschen Leihmutterschaftsverbots welche eine Verhinderung der rechtlichen Elternschaft der Wunscheltern fordern könnte, liegt nicht vor. Auch ist § 1591 BGB nicht international zwingend (Kapitel 3 – C.I.).
- Rechtsvergleichung kann bei der Bestimmung einer Vereinbarkeit eines Ergebnisses der Anwendung ausländischen Rechts mit dem *ordre public*-Vorbehalt hilfreich sein. Bezüglich der Leihmutterschaft kann ein Rechtsvergleich ihre Vereinbarkeit mit dem *ordre public* sowie die Abgrenzung der Leihmutterschaft vom Kinderhandel bestätigen (Kapitel 3 – C.II.).
- Auch die Berücksichtigung rechtspolitischer Debatten kann grundsätzlich bei der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts helfen. Bei der Leihmutterschaft sind entsprechende Rückschlüsse jedoch nicht möglich (Kapitel 3 – C.III.).

Fazit: Grundsätzlich kein Verstoß gegen den ordre public

- Grundsätzlich verstößt die Elternschaft der Wunscheltern nicht gegen den *ordre public* im Sinne des Art. 6 EGBGB (Kapitel 3 – D.).

Sonderfälle der Leihmutterschaft

- Die Entgeltlichkeit einer Leihmutterschaft wirft zwar Zweifel an der tatsächlichen Freiwilligkeit der Leihmutter auf. Liegt eine solche jedoch vor, ist auch eine entgeltliche Leihmutterschaft mit den Grundrechten der Leihmutter und des Kindes, insbesondere ihrer Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, vereinbar. Selbst wenn man eine Unvereinbarkeit mit den Grundrechten annimmt, beschränkt sich diese auf den Vorgang der Leihmutterschaft und setzt sich nicht in der Elternschaft der Wunscheltern fort. Diese verstößt somit nicht gegen den *ordre public*-Vorbehalt (Kapitel 3 – E.I.).
- Will die Leihmutter die Schwangerschaft abbrechen und wäre dies nach sonstigen Vorschriften möglich, so beeinträchtigt es ihre Menschenwürde, wenn sie von den Wunscheltern daran gehindert wird. Wird die Leihmutter dennoch an einer Abtreibung gehindert, obwohl sie diese sonst durchführen dürfte, so setzt sich die Beeinträchtigung ihrer Menschenwürde nicht in der rechtlichen Elternschaft der Wunscheltern fort. Ihre Elternschaft verstößt nicht gegen den *ordre public*-Vorbehalt (Kapitel 3 – E.II.1.a).
- Will die Leihmutter das Kind doch behalten, wird aber dazu gezwungen, es an die Wunscheltern herauszugeben, so beeinträchtigt dies ihre Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG. Entsprechendes gilt, wenn die Wunscheltern eine Rückgabe des Kindes verweigern, nachdem die Leihmutter ihnen das Kind zunächst freiwillig übergeben, sich kurz danach aber doch entschieden hat, es selber aufziehen zu wollen (Kapitel 3 – E.II.1.a). In diesem Fall würde eine rechtliche Elternschaft der Wunscheltern die Beeinträchtigung der Menschenwürde perpetuieren. Sie verstößt somit gegen den *ordre public*-Vorbehalt. Befindet sich das Kind bereits längere Zeit bei den Wunscheltern und gewinnt sein Interesse an Kontinuität der Bezugspersonen Oberhand gegenüber der Prägung der Elternschaft der Wunscheltern durch deren ursprünglich grundrechtswidrige Begründung, so ist ein Verstoß gegen den *ordre public*-Vorbehalt durch die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern nicht mehr anzunehmen (Kapitel 3 – E.II.1.b). Auch schon vor diesem Zeitpunkt verstößt eine rechtliche Elternschaft eines genetisch verwandten Wunschvaters nicht gegen den *ordre public,* wenn das Kind sonst keinen Vater hätte (Kapitel 3 – E.II.1.c). Zudem ist während dieses Zeitraums bezüglich der Folgen der rechtlichen Elternschaft zu differenzieren. Manche Folgen, die das Kindeswohl fördern, sind bereits während dieses Zeitraums mit dem *ordre public* vereinbar, so wie etwa ein Anspruch auf Unterhalt oder die Möglichkeit der Wunscheltern, als gesetzliche Vertreter in erforderliche medizinische Behandlungen einzuwilligen (Kapitel 3 – E.II.1.d).

– Eine erzwungene Herausgabe des Kindes aus der Obhut der Leihmutter oder Verweigerung der Rückgabe nach ursprünglich freiwilliger Übergabe an die Wunscheltern verstößt ebenfalls gegen den Schutz der Intimsphäre der Leihmutter als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG. Auch dieses fordert einen Schutz der Leihmutter vor einer rechtlichen Elternschaft der Wunscheltern im eben dargestellten Umfang (Kapitel 3 – E.II.2.).
– Bezüglich des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit der Leihmutter bedarf es der Freiwilligkeit der Leihmutter lediglich bezüglich der körperlichen Einwirkung, also der Schwangerschaft an sich. Zwar bedroht eine erzwungene Herausgabe des Kindes die psychische Gesundheit der Leihmutter im Sinne des Art. 2 Abs. 2 GG. Eine Schutzpflicht ergibt sich hieraus jedoch nicht, da eine Verletzung dieses Rechts durch konkurrierende Güter gerechtfertigt werden kann (Kapitel 3 – E.II.3.). Ist die Leihmutter auch die genetische Mutter, so fordert auch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, dass sie die Elternschaft erwerben kann (Kapitel 3 – E.II.4.).
– Auch das Völkerrecht verbietet eine unfreiwillige Leihmutterschaft. Die Freiwilligkeit muss auch hier die Übergabe des Kindes erfassen (Kapitel 3 – E.II.5.).
– Weder Grundrechte noch Völkerrecht sprechen gegen eine Elternschaft homosexueller Wunscheltern. Ein Verstoß gegen den *ordre public* liegt hierin nicht (Kapitel 3 – E.III.).
– Eine Anonymität der Leihmutter oder der Keimzellspender verletzt das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG. Diese Verletzung setzt sich jedoch nicht in der Elternschaft der Wunscheltern fort. Ein Verstoß gegen den *ordre public* liegt nicht vor (Kapitel 3 – E.IV.).
– Ist die Leihmutter die genetische Mutter, so verletzt die Elternschaft der Wunscheltern nur dann Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wenn die Leihmutter die rechtliche Elternschaft erwerben will (Kapitel 3 – E.V.).

Ordre public im Internationalen Zivilverfahrensrecht

– Auch die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung, welche eine Elternschaft der Wunscheltern feststellt oder begründet, verstößt nicht gegen den *ordre public,* § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG (Kapitel 3 – F.).

Kapitel 4: Materielle Ergebnisvorgaben höherrangigen Rechts

Ergebnisvorgaben bezüglich Abstammung des Kindes

– Höherrangiges Recht kann auf zwei Wegen Vorgaben für eine Abstammung von Kindern, die durch Leihmutterschaft gezeugt wurden, enthalten: Entweder als abstrakte Vorgaben allein für die Abstammung oder als Folge von Vorgaben für die Zulässigkeit der Leihmutterschaft (Kapitel 4 – A.I.).
– Grundrechte fordern keine Zulässigkeit der Leihmutterschaft. Art. 6 Abs. 1 GG schützt zwar die Familiengründung vor staatlicher Einflussnahme, enthält jedoch kein Recht auf Familiengründung unter Nutzung jeglicher technisch möglicher reproduktionsmedizinischer Verfahren (Kapitel 4 – A.I.1.a). Art. 2 Abs. 2 GG mag zwar ein Recht auf Heilung von Unfruchtbarkeit im Sinne der Heilung einer körperlichen Beeinträchtigung enthalten. Die Leihmutterschaft kann jedoch nicht mehr als Heilbehandlung in diesem Sinne verstanden werden (Kapitel 4 – A.I.1.b).
– Die Nutzung der Leihmutterschaft ist durch die allgemeine Handlungsfreiheit der Wunscheltern, Art. 2 Abs. 1 GG, und deren Recht auf Schutz ihrer Privatsphäre als Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG, geschützt. Allerdings kann ein Verbot der Leihmutterschaft vor diesen

Rechten gerechtfertigt werden, zumindest solange weiterhin Unklarheit über die Auswirkungen der Leihmutterschaft auf die Beteiligten besteht (Kapitel 4 – A.I.1.c).

- Aus Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 und Art. 6 Abs. 5 GG lässt sich ein allgemeines Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund geburtsbedingter Faktoren herleiten. Dieses Verbot schließt auch eine Ungleichbehandlung anhand der Umstände der Zeugung und Geburt eines Kindes unter Nutzung reproduktionsmedizinischer Verfahren wie der Leihmutterschaft ein (Kapitel 4 – A.I.2.a)aa). Unzulässig ist dabei auch eine Ungleichbehandlung bei der rechtlichen Eingliederung in die Familie des Kindes (Kapitel 4 – A.I.2.a)bb). Bei der Leihmutterschaft bezieht sich dieses Gebot auf die Eingliederung in eine Familie mit den sozialen Eltern. Hat die Leihmutter das Kind freiwillig den Wunscheltern übergeben und sind diese nun die sozialen Eltern, darf also das Kind bei Begründung der Abstammung von den Wunscheltern nicht ungleich behandelt werden (Kapitel 4 – A.I.2.a)cc).
- Eine Ungleichbehandlung ist rechtfertigungsfähig, falls sonst die Verletzung anderer, gleichrangiger Güter droht oder die soziale Realität der Kinder derart voneinander abweicht, dass eine unterschiedliche Regelung zwingend ist (Kapitel 4 – A.I.2.a)dd). Bei der Leihmutterschaft ist eine solche Ungleichbehandlung nur geboten, um die Freiwilligkeit der Übergabe des Kindes durch die Leihmutter sicherzustellen (Kapitel 4 – A.I.2.a)dd)(1). Ein Adoptionsverfahren durchlaufen zu müssen, ist demgegenüber nicht gerechtfertigt (Kapitel 4 – A.I.2.a)dd)(2).
- Auch eine Ungleichbehandlung der Wunscheltern untereinander ist bezüglich der Begründung ihrer Elternschaft im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG nicht zulässig (Kapitel 4 – A.I.2.b).
- Aus Art. 6 Abs. 1 GG ergeben sich keine Vorgaben für eine Elternschaft der Wunscheltern. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fordert, dass genetisch verwandte Wunscheltern, zumindest wenn die Leihmutter ihnen das Kind freiwillig übergibt, die Elternschaft erwerben können müssen (Kapitel 4 – A.I.2.c).
- Zwecks Generalprävention einem Kind die rechtliche Integration in eine Familie mit den Wunscheltern zu verwehren, weil diese eine Leihmutterschaft durchgeführt haben, beeinträchtigt die Menschenwürde des Kindes, Art. 1 Abs. 1 GG (Kapitel 4 – A.I.2.d).
- Befindet sich das Kind bereits in Deutschland oder ist es einfachgesetzlich bereits Deutscher im Sinne des Art. 116 GG, so kann sich das Kind problemlos auf seine Grundrechte berufen (Kapitel 4 – A.I.3.a). Befindet sich das Kind nicht in Deutschland und ist kein Deutscher, bedarf es eines grundrechtsspezifischen Inlandsbezugs, damit auf das Kind die Grundrechte anwendbar sind (Kapitel 4 – A.I.3.b)aa) und Kapitel 4 – A.I.3.b)bb). Hat die Leihmutter den Wunscheltern das Kind bereits übergeben und haben die Wunscheltern somit die soziale Elternschaft übernommen, so besteht aufgrund der Familienbeziehung zu den deutschen Wunscheltern ein spezifischer Inlandsbezug, durch welchen Art. 6 GG, aber auch die allgemeinen Grundrechte, zumindest die Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 GG, anwendbar sind. Die grundrechtlichen Ergebnisvorgaben bestehen in diesen Fällen daher auch bei Auslandssachverhalten (Kapitel 4 – A.I.3.b)cc), Kapitel 4 – A.I.3.b)dd) und Kapitel 4 – A.I.3.c).
- Eigene grundrechtliche Vorgaben aufgrund der internationalen Dynamik einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft, bei der die Wunscheltern im Anschluss mit dem Kind nach Deutschland zurückkehren wollen, bestehen nicht (Kapitel 4 – A.I.4.).
- Wird die Leihmutterschaft im EU-Ausland durchgeführt, so hat das Kind das Recht auf Unionsbürgerfreizügigkeit aus Art. 21 AEUV (Kapitel 4 – A.II.1.a). In Fortsetzung bisheriger Rechtsprechung des EuGH ist es als Beeinträchtigung dieses Rechts zu sehen, wenn das Kind nach der Rückkehr nach Deutschland gemäß dem hier anwendbaren Recht nicht mehr von denselben Eltern abstammt, von denen es am Geburtsort nach dem dort anwendbaren Recht abstammte (Kapitel 4 – A.II.1.b). Diese Beeinträchtigung ist nicht

gerechtfertigt (Kapitel 4 – A.II.1.c). Auch Art. 1 ff. GR-Charta beschränken bei der Leihmutterschaft nicht das Recht des Kindes aus Art. 21 AEUV sich unter Fortbestand seiner Abstammung zwischen EU-Mitgliedstaaten zu bewegen (Kapitel 4 – A.II.1.d).

- Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt die Entscheidung zur Familiengründung und zur Nutzung reproduktionsmedizinischer Verfahren. Ein Verbot der Leihmutterschaft ist daher rechtfertigungsbedürftig. Wegen des fehlenden Konsenses in Europa zur Zulässigkeit der Leihmutterschaft und wegen deren noch nicht gänzlich geklärter Folgen, steht den Konventionsstaaten bei der Entscheidung, ob sie Leihmutterschaft zulassen, ein weiter Einschätzungsspielraum zu. Solange ein Konsens nicht besteht und die Folgen der Leihmutterschaft nicht hinreichend geklärt sind, ist ein Verbot der Leihmutterschaft zulässig (Kapitel 4 – A.III.1.a). Die Leihmutterschaft muss auch nicht im Hinblick auf Art. 2 und 8 EMRK als Heilbehandlung zugelassen werden (Kapitel 4 – A.III.1.b).
- Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt die rechtliche Integration eines Kindes in seine Familie (Kapitel 4 – A.III.2.a)bb). Hat die Leihmutter das Kind freiwillig den Wunscheltern übergeben, ist die Beziehung zu den Wunscheltern die dabei entscheidende Familie (Kapitel 4 – A.III.2.a)aa). Verhindern oder erschweren die Konventionsstaaten die Begründung der Abstammung des Kindes von den Wunscheltern ist dies zu rechtfertigen. Wegen der Bedeutung der Abstammung für das Kind steht den Konventionsstaaten dabei – im Gegensatz zu der Frage der Zulässigkeit der Leihmutterschaft – trotz des fehlenden Konsenses und der unklaren Folgen der Leihmutterschaft kein weiter, sondern ein enger Einschätzungsspielraum zu (Kapitel 4 – A.III.2.a)cc)(1). Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu rechtfertigen, wenn die rechtliche Abstammung von den Wunscheltern verweigert oder unnötig erschwert wird (Kapitel 4 – A.III.2.a)cc)(2).
- Auch Art. 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 14 EMRK fordert eine ungehinderte Integration des Kindes in die Familie der Wunscheltern (Kapitel 4 – A.III.2.b)aa). Dasselbe gilt für Art. 2 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention (Kapitel 4 – A.III.2.b)bb). Unmittelbare und eigenständige Vorgaben für die rechtliche Integration des Kindes in die Familie der Wunscheltern enthält der Schutz des Kindeswohls durch Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention daneben nicht (Kapitel 4 – A.III.2.c).
- Ein Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anlässlich von Rechtsprechung der französischen Cour de cassation bestätigt die gefundenen Ergebnisse (Kapitel 4 – A.IV.).
- Auch bei einer entgeltlichen Leihmutterschaft bestehen dieselben Vorgaben für die rechtliche Integration des Kindes in die Familie der Wunscheltern (Kapitel 4 – A.V.1.). Wurde die Leihmutter zur Übergabe des Kindes gezwungen oder wurde die Rückgabe kurz nach einer ursprünglich freiwilligen Übergabe verweigert, so darf das Kind grundsätzlich nicht in die Familie der Wunscheltern integriert werden, es sei denn, das Kind befindet sich bereits so lange bei den Wunscheltern, dass sein Interesse an Kontinuität seiner Bezugspersonen Oberhand gewonnen hat. In diesem Fall muss das Kind rechtlich in eine Familie mit den Wunscheltern integriert werden können (Kapitel 4 – A.V.2.). Bei homosexuellen Wunscheltern konnte nur festgehalten werden, dass die Integration des Kindes in eine Familie mit den Wunscheltern nicht wegen der Durchführung der Leihmutterschaft gegenüber sonstigen Fällen der Elternschaft homosexueller Paare erschwert werden darf (Kapitel 4 – A.V.3.).

Bisherige Umsetzung der Vorgaben

- Bei inländischen Leihmutterschaften werden die verfassungs- und völkerrechtlichen Ergebnisvorgaben nicht eingehalten. Das Kind wird entgegen dem Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund geburtsbedingter Faktoren bei der rechtlichen Integration in eine Familie mit den Wunscheltern benachteiligt und die Wunschmutter wird entgegen

Art. 3 Abs. 2 GG beim Erwerb der Mutterschaft gegenüber dem Wunschvater benachteiligt. Eine Abstammung von der Wunschmutter ist nie ohne Adoption möglich, eine solche vom Wunschvater nur bei einer unverheirateten Leihmutter. Sind die Wunscheltern die genetischen Eltern, verstößt dies auch gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, zumindest wenn die Leihmutter das Kind den Wunscheltern freiwillig übergeben hat. Wird die Abstammung von den Wunscheltern verhindert, um generalpräventiv Leihmutterschaften zu verhindern, so ist dies nicht mit der Menschenwürde des Kindes vereinbar, Art. 1 Abs. 1 GG. Ist die Leihmutter unverheiratet, so kann der Wunschvater zwar die Vaterschaft erwerben. Ist er der genetische Vater, ist dies jedoch auch gegen den Willen der Leihmutter möglich. Dies ist nicht mit der Menschenwürde der Leihmutter vereinbar, sofern die Leihmutter einen anderen Partner hat, der mit ihr die soziale Elternschaft wahrnehmen würde (Kapitel 4 – B.I.).

- Nach oben vertretener Auslegung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts ist eine Erfüllung der Vorgaben des Verfassungs-, Völker- und Europarechts in mehr Fällen als bei einer inländischen Leihmutterschaft möglich. Neben dem Fall der unverheirateten Leihmutter ist eine rechtliche Abstammung des Kindes von den Wunscheltern möglich, wenn eine entsprechende ausländische Entscheidung besteht, die anerkannt werden kann, §§ 108 f. FamFG, oder wenn am Geburtsort ein gewöhnlicher Aufenthalt besteht oder bestand beziehungsweise wenn mangels Bestimmbarkeit einer Abstammung anhand von Art. 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB mangels eines gewöhnlichen Aufenthalts auf einen reinen Aufenthalt am Geburtsort zurückgegriffen wird. Auch bei einer solchen Auslegung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts bestehen jedoch noch zahlreiche Fälle, in denen die Vorgaben des höherrangigen Rechts nicht erfüllt werden (Kapitel 4 – B.II.1.).
- Deutlich weiter von den Vorgaben des höherrangigen Rechts war die weite Mehrzahl der Entscheidungen der bisherigen deutschen Rechtsprechung entfernt. Dies lag insbesondere an der Zurückhaltung gegenüber der Anwendung des Rechts des Geburtsortes im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB, der teilweise fehlerhaften Anwendung des ausländischen, insbesondere indischen Rechts, der Verweigerung der Anerkennung mancher ausländischer Entscheidungen und vor allem an der weitreichenden Annahme eines *ordre public*-Verstoßes. Vereinzelte neuere Entscheidungen brachen jedoch mit dieser Rechtsprechungslinie und lehnten einen *ordre public*-Verstoß einer Elternschaft der Wunscheltern ab. Im Dezember 2014 stellte auch der Bundesgerichtshof fest, dass eine Elternschaft der Wunscheltern zumindest nicht gegen den zurückhaltenderen verfahrensrechtlichen *ordre public* verstoße. Ob diese Entscheidung auch im Rahmen des Internationalen Privatrechts zu einer weitergehenden Berücksichtigung einer Elternschaft der Wunscheltern führen wird, bleibt abzuwarten (Kapitel 4 – B.II.2.a). Im Rahmen einer Adoption legen die Gerichte einer Abstammung von den Wunscheltern unzulässiger Weise weitere Steine in den Weg durch Anwendung der verschärften Adoptionsvoraussetzung des § 1741 Abs. 1 S. 2 und dabei einer sehr restriktiven Annahme der Erforderlichkeit der Adoption für das Kindeswohl (Kapitel 4 – B.II.2.b).

Umsetzung der Vorgaben des höherrangigen Rechts

- Durch eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung von § 1600 Abs. 5 BGB und Art. 19 Abs. 1 EGBGB ist eine teilweise, aber nicht vollständige Erfüllung der Ergebnisvorgaben des höherrangigen Rechts *de lege lata* möglich. Solange das einfache Recht nicht an diese Vorgaben angepasst wurde, sind im Rahmen einer Adoption durch die Wunscheltern, soweit es möglich ist, die Vorgaben zu berücksichtigen (Kapitel 4 – C.I.).
- Eine umfassende Erfüllung der Vorgaben ist nur durch gesetzgeberisches Handeln möglich. Möglich wäre dabei die Einführung einer speziellen Kollisionsnorm sowie eines

außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens zur Anerkennung der Elternschaft der Wunscheltern. Verbunden werden kann dies mit einem internationalen Übereinkommen, welches auch gewisse Mindeststandards für die Durchführung von Leihmutterschaften enthalten könnte (Kapitel 4 – C.II.).