

PHILIPP WEBER

Gleichgeschlechtliche
Elternschaft
im Internationalen
Privatrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

388

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

388

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Philipp Weber

Gleichgeschlechtliche Elternschaft
im Internationalen Privatrecht

Mohr Siebeck

Philipp Weber, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften in Passau; Referendariat in Passau und Canberra; 2016 Promotion; seit 2016 Referent im Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie.

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.

e-ISBN PDF 978-3-16-155529-9

ISBN 978-3-16-155528-2

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester von der Juristischen Fakultät der Universität Passau unter dem Titel „Gleichgeschlechtliche Elternschaft im Internationalen Privatrecht“ als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis März 2017 berücksichtigt. Die anstehende Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts konnte keine Berücksichtigung mehr finden. Allerdings zeigt diese Änderung, dass die Fragen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft aktueller denn je sind.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dennis Solomon, LL.M. (Berkeley) danke ich sehr herzlich für die stets aufgeschlossene und freundliche Betreuung meiner Arbeit. Ich durfte etliche Jahre an seinem Lehrstuhl arbeiten und werde diese Zeit – auch dank der außergewöhnlich guten Arbeitsatmosphäre – als sehr positiv in Erinnerung behalten. Herrn Professor Dr. Wolfgang Hau danke ich für seine Anmerkungen sowie die sehr schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard) für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts. Die Universität Passau hat die Veröffentlichung dieser Arbeit durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert.

Für die prägende und vielfältige Unterstützung während meines Studiums und meiner Promotion gilt der Studienstiftung des Deutschen Volkes ein ganz besonderer Dank.

Meiner Verlobten danke ich für ihre wunderbare Geduld mit mir während der Promotionszeit.

Ich widme dieses Buch meinen Eltern, die mich immer in den richtigen Momenten und auf die richtige Art und Weise unterstützt haben.

München, im August 2017

Philipp Weber

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1: Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen Sachrecht ohne Auslandsberührung	5
A. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge einer eingetragenen Lebenspartnerschaft	5
B. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	10
C. Ergebnis	27
Teil 2: Länderberichte	29
A. Abstammung eines Kindes infolge von gleichgeschlechtlicher Ehe, Lebenspartnerschaft oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft	29
B. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft sowie infolge von Leihmutterschaft	44
C. Fazit	54
Teil 3: Die Abstammung von zwei gleichgeschlechtlichen Eltern im deutschen Internationalen Privatrecht	57
A. Vorrang der verfahrensrechtlichen Anerkennung	57
B. Qualifikation bei Abstammung eines Kindes infolge von gleichgeschlechtlicher Ehe, eingetragener Lebenspartnerschaft oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft	61
C. Qualifikation bei Abstammung eines Kindes infolge von Leihmutterschaft	66
D. Art. 19 I 3 EGBGB bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft	68
E. Verhältnis der Alternativen des Art. 19 I EGBGB zueinander	74

Teil 4: Gleichgeschlechtliche Elternschaft bei kollisionsrechtlicher Berufung ausländischen Sachrechts	117
A. Anwendbarkeit des Art. 17b IV EGBGB in Fällen gleichgeschlechtlicher Elternschaft	117
B. <i>Ordre public</i> bei Anwendung ausländischen Sachrechts	123
Teil 5: Europarechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen bei kollisionsrechtlicher Berufung deutschen Sachrechts	139
A. Verpflichtungen aus dem europäischen Primärrecht	139
B. Verpflichtungen aus dem CIEC-Übereinkommen Nr. 6	169
C. Ergebnis	172
Teil 6: Gleichgeschlechtliche Elternschaft aufgrund ausländischer Gerichtsentscheidungen	173
A. Urteilsanerkennung und Anerkennungshindernisse	173
B. Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts zur Leihmutterschaft	175
Teil 7: Anfechtung und Wirkungen gleichgeschlechtlicher Elternschaft im deutschen Sachrecht	219
A. Anfechtung der Elternschaft der Zweitmutter	219
B. Wirkungen gleichgeschlechtlicher Elternschaft im deutschen Sachrecht	223
Ergebnisse	231
Literaturverzeichnis	235
Sachregister	255

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Teil 1: Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen Sachrecht ohne Auslandsberührung	5
A. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge einer eingetragenen Lebenspartnerschaft	5
I. Analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB	6
1. Vergleichbare Interessenlage	6
2. Planwidrige Regelungslücke	10
II. Ergebnis	10
B. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	10
I. Definition der Leihmutterschaft	11
II. Arten der Leihmutterschaft	15
III. Zulässigkeit der Leihmutterschaft in Deutschland	16
IV. Rechtliche Elternschaft bei Leihmutterschaft in Deutschland	20
1. Auslegung von § 1591 BGB	21
2. Verfassungskonformität von § 1591 BGB	23
a) Vereinbarkeit mit Art. 3 GG	24
b) Vereinbarkeit mit Art. 1 I, 3 III, 6 V GG	26
C. Ergebnis	27
Teil 2: Länderberichte	29
A. Abstammung eines Kindes infolge von gleichgeschlechtlicher Ehe, Lebenspartnerschaft oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft	29
I. Spanien	30
II. Österreich	31
III. Niederlande	33
IV. Belgien	35
V. Norwegen	36
VI. Schweden	37
VII. Dänemark	38
VIII. Irland	39

IX.	USA	39
	1. District of Columbia, New Mexico, Washington, Oregon (USA)	41
	2. Vermont (USA)	42
	3. Massachusetts (USA)	42
X.	Québec (Kanada)	42
XI.	Neuseeland	43
B.	Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft sowie infolge von Leihmutterschaft	44
I.	Vereinigtes Königreich	44
	1. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft	44
	2. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	46
II.	Kalifornien (USA)	47
	1. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft	47
	2. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	48
III.	Australien	50
	1. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft	50
	2. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	51
IV.	Südafrika	52
	1. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Partnerschaft	52
	2. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge von Leihmutterschaft	52
V.	Connecticut (USA)	53
C.	Fazit	54
Teil 3: Die Abstammung von zwei gleichgeschlechtlichen Eltern im deutschen Internationalen Privatrecht		
		57
A.	Vorrang der verfahrensrechtlichen Anerkennung	57
B.	Qualifikation bei Abstammung eines Kindes infolge von gleichgeschlechtlicher Ehe, eingetragener Lebenspartnerschaft oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft	61
I.	Alternative Anknüpfungen des Art. 19 EGBGB sollen gleichgeschlechtliche Elternschaften nicht erleichtern	63
II.	Beschränkung des Art. 19 EGBGB auf Fälle (theoretisch) möglicher natürlicher Zeugung	65
III.	Ergebnis	66
C.	Qualifikation bei Abstammung eines Kindes infolge von Leihmutterschaft	66
D.	Art. 19 I 3 EGBGB bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft	68
I.	Gleichgeschlechtliche eingetragene Partnerschaft bei Art. 19 I 3 EGBGB	68
II.	Gleichgeschlechtliche Ehen im Rahmen des Art. 19 I 3 EGBGB	70
E.	Verhältnis der Alternativen des Art. 19 I EGBGB zueinander	74
I.	Art. 19 I EGBGB als Alternativanknüpfung oder als subsidiäre Anknüpfung	75
II.	Kollision mehrerer Väter	77

1. Beispiele für einen möglichen Konflikt mehrerer Anknüpfungsalternativen im Rahmen des Art. 19 I EGBGB	77
2. Fall der Anpassung	79
3. Lösungsvorschläge in Rechtsprechung und Literatur	82
a) Prioritätsprinzip	82
b) Wahrscheinlichkeit biologischer Elternschaft	84
c) Wertungen des deutschen Sachrechts	84
d) Anwendung von § 1594 II BGB	85
e) Vorrang der sozialen Elternschaft	85
f) Einfachheit der Feststellung	86
4. Stellungnahme	86
a) Einzelfallentscheidungen	87
b) Wahrscheinlichkeitsprinzip	88
c) Einfachheit der Feststellung	89
d) Anwendung von § 1594 II BGB	90
e) Wertungen des deutschen Sachrechts	91
f) Vorrang der sozialen Elternschaft	93
g) Prioritätsprinzip als Folge des Günstigkeitsprinzips	94
5. Eigener Lösungsvorschlag	95
a) Anpassung	96
b) Ziele des Art. 19 I EGBGB	98
c) Die engste Verbindung als Auflösung der Alternativität unterschiedlicher Väter	99
d) Bestandsschutz	102
6. Lösung der gebildeten Beispiele	104
7. Ergebnis	105
III. Konkurrenzsituationen im IPR bei zwei gleichgeschlechtlichen Elternteilen	106
1. Verallgemeinerungsfähigkeit der für die Konkurrenz zweier Väter vertretenen Auffassung	106
2. Konkurrenz zwischen Zweitmutter und lediglich einem Elternteil	108
3. Konkurrenz zwischen Zweitmutter und Vater	109
4. Ergebnis	114
Teil 4: Gleichgeschlechtliche Elternschaft bei kollisionsrechtlicher Berufung ausländischen Sachrechts	117
A. Anwendbarkeit des Art. 17b IV EGBGB in Fällen gleichgeschlechtlicher Elternschaft	117
I. Hintergrund der Regelung des Art. 17b IV EGBGB	118
II. Reichweite des Begriffs der Wirkungen in Art. 17b IV EGBGB	120
1. Wortlaut von Art. 17b IV EGBGB	120
2. Sinn und Zweck von Art. 17b IV EGBGB	121
3. Vergleich mit gleichgeschlechtlichen Eltern ohne formalisierte Paarbeziehung	122
4. Ergebnis	123

B. <i>Ordre public</i> bei Anwendung ausländischen Sachrechts	123
I. Verhältnis von Art. 6 EGBGB zur Alternativanknüpfung des Art. 19 I EGBGB	124
II. Gleichgeschlechtliche Elternschaft und deutscher <i>ordre public</i>	125
1. Rechte des Samenspenders im deutschen Sachrecht	126
2. Rechte des natürlichen Vaters im deutschen Sachrecht	129
3. Konsequenzen auf Ebene des <i>ordre public</i>	132
a) Maßstab des Art. 6 EGBGB	132
b) <i>Ordre public</i> -Relevanz der fehlenden Elternstellung des Samenspenders	133
c) <i>Ordre public</i> -Relevanz der fehlenden Elternstellung des natürlichen Vaters	134
d) Ausländische Rechtsordnungen, in denen ein Verstoß vorkommen kann	135
4. Ergebnis	137
 Teil 5: Europarechtliche und völkerrechtliche Verpflichtungen bei kollisionsrechtlicher Berufung deutschen Sachrechts	 139
A. Verpflichtungen aus dem europäischen Primärrecht	139
I. Rechtsprechung des EuGH im Namensrecht	140
1. Garcia Avello	140
2. Grunkin und Paul	141
3. Sayn-Wittgenstein	142
4. Bogendorff	143
II. Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf die Abstammung von zwei gleichgeschlechtlichen Elternteilen	145
1. Anwendbarkeit	146
2. Schutzbereich	147
3. Eingriff	147
a) Vorliegen eines Eingriffs im Rahmen der Abstammungszuordnung	149
b) Einwände gegen das Vorliegen eines Eingriffs	150
aa) Verlust der Elternstellung als nur mittelbarer Nachteil	150
bb) Art. 2 Nr. 2 lit. b der Freizügigkeitsrichtlinie	151
cc) Unzulässige Auswirkungen auf das Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten	153
c) Zwischenergebnis	156
4. Rechtfertigung	156
III. Einwände gegen die Übertragbarkeit wegen unterschiedlicher Interessenlagen	158
IV. Erforderliche Verbindung zum Registerstaat	159
1. Rechtslage im Namensrecht	159
a) Meinungen im Schrifttum	160
b) Stellungnahme	160

2. Rechtslage im Abstammungsrecht	163
a) Bedeutung der Fallgruppe	163
b) Übertragbarkeit der Überlegungen im namensrechtlichen Kontext	164
c) Kollision mehrerer Elternschaften	166
d) Lösung in der Konstellation, die das OLG Celle zu entscheiden hatte	167
V. Fazit	169
B. Verpflichtungen aus dem CIEC-Übereinkommen Nr. 6	169
I. Ziele des CIEC-Übereinkommens Nr. 6	170
II. Anwendbarkeit des CIEC-Übereinkommens in Fällen doppelter Mutterschaft	171
C. Ergebnis	172

Teil 6: Gleichgeschlechtliche Elternschaft aufgrund ausländischer Gerichtsentscheidungen 173

A. Urteilsanerkennung und Anerkennungshindernisse	173
B. Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts zur Leihmutterschaft	175
I. Rechtsprechung	177
1. Rechtssache <i>Mennesson c. France</i>	177
a) Sachverhalt	177
b) Urteil des EGMR	178
c) Übertragbarkeit auf andere Fallgestaltungen	179
2. Beschluss des BGH vom 10.12.2014	181
a) Sachverhalt	182
b) Beschluss des BGH	182
c) Verhältnis zur Rechtssache <i>Mennesson</i> und Übertragbarkeit auf andere Fallgestaltungen	184
II. Fallgruppen	185
1. Leihmutterschaftskonstellationen, in denen das Kind genetisch von einem Wunschvater abstammt	186
a) Anwendung adoptionsrechtlicher Maßstäbe?	188
b) Verbot der Leihmutterschaft im deutschen Sachrecht	191
c) Art. 1 I GG	193
aa) Menschenwürde des Kindes	194
(1) Befruchtung als Anknüpfungspunkt	194
(2) Verbindung des Kindes mit der Leihmutter als Anknüpfungspunkt	194
(3) Übergabe des Kindes an die Wunscheltern gegen Geld als Anknüpfungspunkt	197
bb) Menschenwürde der Leihmutter	201
d) Art. 6 II GG	203
e) Ergebnis	204
2. Leihmutterschaftskonstellationen, in denen das Kind genetisch von einer Wunschmutter abstammt	204

3. Leihmutterschaftskonstellationen, in denen das Kind von keinem Wunscheelternteil abstammt	206
a) Abstammungsrechtliche oder adoptionsrechtliche Maßstäbe	206
b) Maßstäbe bei der Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen	208
c) Anwendung adoptionsrechtlicher Maßstäbe auf statusrechtliche Entscheidungen in Leihmutterschaftssachen	209
4. Abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes gegen den Willen der Leihmutter zum Geburtszeitpunkt	211
a) Relevanz dieser Fallgruppe	212
b) Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts	213
c) Ergebnis	217
Teil 7: Anfechtung und Wirkungen gleichgeschlechtlicher Elternschaft im deutschen Sachrecht	219
A. Anfechtung der Elternschaft der Zweitmutter	219
I. Kollisionsrecht	220
II. Deutsches Sachrecht	221
1. Anfechtbarkeit der Vaterschaft	221
2. Übertragbarkeit auf die Anfechtung der Zweitmutterschaft	221
III. Ergebnis	223
B. Wirkungen gleichgeschlechtlicher Elternschaft im deutschen Sachrecht	223
I. Allgemeine Wirkungen des Eltern-Kind-Verhältnisses	223
II. Mutterschutz für Wunschwüttern in Leihmutterschaftskonstellationen	223
1. Europarechtliche Vorgaben	224
a) Sachverhalt	224
b) Urteil des EuGH	225
c) Ergebnis	225
2. Nationales Recht	226
3. Ergebnis	229
III. Mutterschutz für Leihmütter	229
Ergebnisse	231
Literaturverzeichnis	235
Sachregister	255

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABGB-TaKom	Taschenkommentar zum ABGB und den wichtigsten Nebengesetzen
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz, Absätze
AdVerMiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern
AdWirkG	Gesetz über Wirkungen der Annahme als Kind nach ausländischem Recht
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
BB	Betriebs-Berater
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Beck-Notar-HdB	Beck'sches Notarhandbuch
Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
Brüssel IIa-VO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003
BT-Drucks	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
C. civ.	(belgischer) Code Civil
CA	(südafrikanischer) Children's Act No. 38 of 2005
Cal. W. L. Rev.	California Western Law Review
Cardozo J.L. & Gender	Cardozo Journal of Law & Gender
CC	Código Civil Español
Cc	Civil Code of Québec
Chap. L. Rev.	Chapman Law Review
CIEC	Internationale Kommission für das Zivilstandswesen

XVIII

Abkürzungsverzeichnis

CIEC-Übereinkommen Nr. 6	Übereinkommen über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder
CU	(südafrikanischer) Civil Union Act No. 17 of 2006
D.	Recueil Dalloz
ders.	derselbe
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
ebd.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Ergl.	Ergänzungslieferung
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgend(e/er)
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung für Deutschland
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Zeitschrift für Familienrecht und Familienverfahrensrecht
Fam. L. Q.	Family Law Quarterly
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Forum Familien- und Erbrecht
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FMedG	Österreichisches Fortpflanzungsmedizingesetz
FMedRÄG	Österreichisches Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz
Fn.	Fußnote(n)
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Zeitschrift)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
h. M.	herrschende Meinung
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act 2008
HK-BGB	Handkommentar BGB
HK-LPartP	Handkommentar Lebenspartnerschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IFL	International Family Law
IJHSR	International Journal of Health Sciences and Research
ILG	International Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht

IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IVF	In-vitro-Fertilisation
J. Health Care L. Pol'y	Journal of Health Care Law and Policy
J. High Tech. L.	Journal of High Technology Law
J. Med. Ethics	Journal of Medical Ethics
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt (Zeitschrift für Jugendhilfe und FamR)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KindRG	Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts
KSÜ	Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern
L. J.	Law Journal
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
lit.	littera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MLR	The Modern Law Review
MüKo-FamFG	Münchener Kommentar zum FamFG
M.U.L.R.	Melbourne University Law Review
MuSchG	Mutterschutzgesetz
(m.) w. N.	(mit) weitere(n) Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr., No., n°	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ONS	Office for National Statistics
PStG	Personenstandsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rn.	Randnummer(n)
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Satz, Seite
s., ss.	Section(s)
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
Slg.	Sammlung
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties	Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties
StAZ	Das Standesamt
TFJ	The Family Journal
u. a.	und andere, unter anderem

XX

	<i>Abkürzungsverzeichnis</i>
u. U.	unter Umständen
U.S., US, USA	United States of America
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
UPA	Uniform Parentage Act 2002
v.	von, versus
VfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume(s)
Vorb.	Vorbemerkung
W. St. U. L. Rev.	Western State University Law Review
Wm. Mitchell L. Rev.	William Mitchell Law Review
Women's Rts. L. Rep.	Women's Rights Law Reporter
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Belgien, Dänemark, Irland, die Niederlande, Österreich.¹ Diese Länder der Europäischen Union haben in den letzten gut drei Jahren gesetzliche Regelungen eingeführt, die die Elternschaft zweier Frauen ab Geburt ermöglichen, ohne dass eine Adoption für das Erreichen der Elternstellung nötig wäre. Damit reißen sie sich in eine wachsende Zahl von Rechtsordnungen ein, zu denen unter anderem auch das Vereinigte Königreich, Spanien, Norwegen und Teile der USA sowie Australiens gehören. In diesen Rechtsordnungen können teilweise nicht nur zwei Frauen, sondern, mittels Leihmutterschaft, auch zwei Männer die Elternstellung ab Geburt des Kindes erlangen, ohne dass ein Adoptionsverfahren durchlaufen werden müsste. Mit der steigenden Zahl ausländischer Rechtsordnungen, die eine gleichgeschlechtliche Elternschaft ohne Adoptionsverfahren ermöglichen, wird sich auch die deutsche Rechtsordnung vermehrt mit der abstammungsrechtlichen Zuordnung von Kindern aus gleichgeschlechtlichen Beziehungen beschäftigen müssen. Diese Arbeit beleuchtet, welche Auswirkungen es hat, wenn das deutsche Recht mit dem Phänomen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft in Berührung kommt.

Berührungspunkte der deutschen Rechtsordnung mit den abstammungsrechtlichen Rechtsentwicklungen im Ausland ergeben sich beispielsweise in der standesamtlichen Praxis, wenn das Kind im Ausland geboren wird und gemäß § 36 I 1 PStG ein Antrag auf Beurkundung einer im Ausland erfolgten Geburt gestellt wird. Ebenso ist die Frage der Abstammung relevant, wenn für das Kind ein Antrag auf Erteilung eines deutschen Reisepasses gestellt wird, aber beispielsweise nur die gleichgeschlechtliche Partnerin der leiblichen Mutter deutsche Staatsangehörige ist.² Dazu kommt, dass die Abstammung natürlich in einer Vielzahl von unterhalts-, sorge- oder erbrechtlichen Fragestellungen Vorfrage ist und auch aus diesem Grund erhebliche Bedeutung hat.

¹ In Klammern jeweils die Jahreszahl, in der gesetzlich die rechtliche Abstammung von zwei gleichgeschlechtlichen Eltern eingeführt wurde: Belgien (2015), Dänemark (2013), Irland (2015), Niederlande (2014), Österreich (2015). Für eine Darstellung der Gesetzgebung in diesen Ländern sowie der im Folgenden aufgeführten Länder, vgl. unten S. 29 ff.

² Nach § 4 I 1 StAG ist der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Geburt möglich, wenn einer der Elternteile deutscher Staatsangehöriger ist.

Allein schon aufgrund der vielfältigen möglichen Berührungspunkte des deutschen Rechtsanwenders mit gleichgeschlechtlichen Elternschaften, die im Ausland begründet wurden, würde man auch in der Öffentlichkeit eine Debatte über das Phänomen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft erwarten. Die Relevanz der abstammungsrechtlichen Zuordnung wird in der aktuellen Diskussion indes vielfach schon auf nationaler Ebene verkannt. In Deutschland konzentriert sich die Debatte auf die Gleichstellung homosexueller Paare und die Öffnung der gleichzeitigen Adoption für gleichgeschlechtliche Paare,³ und das obwohl schon heute in eingetragenen Lebenspartnerschaften geborene Kinder häufig adoptiert werden⁴ und diese Form der Begründung von Elternschaft daher auch nach aktuell geltendem Recht schon wahrgenommen wird.⁵ Dagegen ist nicht zu beobachten, dass in Deutschland die Zuordnung von Kindern zu gleichgeschlechtlichen (weiblichen) Paaren als Folge einer formalisierten Paarbeziehung auch nur diskutiert wird.

Dies deckt sich mit den Erfahrungen im Vereinigten Königreich. Dort sagte ein Regierungsberater anlässlich des Gesetzgebungsverfahrens, das die künstliche Befruchtung im Vereinigten Königreich regelte und dabei auch die Möglichkeit der Elternschaft zweier Frauen vorsah: „I got no sense that there was any real interest in the parenthood thing at all, to be honest.“⁶ Es verwundert, dass die Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare so viel leidenschaftlicher diskutiert wird als die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes zu gleichgeschlechtlichen Paaren. Ein Grund dafür mag sein, dass in der Öffentlichkeit das Adoptionsverfahren allgemein bekannt ist, während die Normen, die die Abstammung regeln, möglicherweise nicht so sehr im öffentlichen Bewusstsein verankert sind.⁷

³ Aus der Presse vgl. etwa den Bericht bei <<http://www.sueddeutsche.de/politik/adoptions-recht-fuer-homosexuelle-vater-vater-kind-1.2306551>>.

⁴ Knapp die Hälfte der Kinder, die in eingetragene Lebenspartnerschaften hineingeboren werden, werden bereits vom Partner mittels Stiefkindadoption angenommen, *Bergold/Rupp*, in: Rupp (Hrsg.), *Bamberger-Studie für BMJ*, S. 285.

⁵ Das am häufigsten genannte Motiv, eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, ist, einer Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz zufolge, die Möglichkeit der Stiefkindadoption. 52 % der Befragten geben dies als Grund für das Eingehen der eingetragenen Lebenspartnerschaft an, *Bergold/Rupp*, in: Rupp (Hrsg.), *Bamberger-Studie für BMJ*, S. 284.

⁶ Zitat wiedergegeben bei *McCandless/Sheldon*, (2010) 73 MLR 175, Fn. 39.

⁷ Dies mutmaßen *McCandless/Sheldon*, (2010) 73 MLR 175, 176 jedenfalls für die entsprechende Reaktion (bzw.: das Fehlen einer öffentlichen Reaktion) im Vereinigten Königreich: „The lack of attention provoked by the status provisions might lie in their complexity: one commentator described them as ‚14 pages of legal jargon““.

Unabhängig von den Gründen ist diese Vernachlässigung in der öffentlichen Diskussion schon angesichts der zahlenmäßigen Bedeutung einer abstammungsrechtlichen Zuordnung jedoch nicht gerechtfertigt. Dies kann ein Blick auf Statistiken aus England verdeutlichen. Dort kann eine gleichgeschlechtliche Elternschaft sowohl Folge einer Adoption als auch Folge der statusrechtlichen Zuordnung in Fällen künstlicher Befruchtung sein. Während im Jahr 2014, laut dem englischen Office for National Statistics (ONS), 450 Kinder durch gleichgeschlechtliche Paare in England adoptiert wurden,⁸ wurden dort im gleichen Zeitraum über 500 Kinder von Frauen, die in lesbischen Partnerschaften leben, in Folge künstlicher Befruchtung geboren.⁹ Die Zahl der Kinder, die infolge künstlicher Befruchtung in lesbische Partnerschaften hineingeboren werden, wächst im Vereinigten Königreich mit zweistelligen Wachstumsraten.¹⁰ Dass

⁸ Daten für das Fiskaljahr 2015, das jedoch überwiegend im Jahr 2014 liegt (Ende am 31.03.2015): <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/594366/SFR41_2016_National_tables_revised.xlsx>, S. E3.

⁹ Zahlen der für künstliche Befruchtungen zuständigen staatlichen Behörde Human Fertilisation and Embryology Authority. Der statistische Bericht ist abrufbar unter <http://www.hfea.gov.uk/docs/HFEA_Fertility_treatment_Trends_and_Figures_2014.pdf>, S. 40. Der Bericht weist über 590 Kinder, die von Frauen in lesbischen Paarbeziehungen geboren wurden, für das gesamte Vereinigte Königreich aus. Die Zahl von gut 500 Kindern wurde vom Autor angenommen, da circa 86% der im Vereinigten Königreich vorgenommenen künstlichen Befruchtungen in England vorgenommen werden (die restlichen 14% verteilen sich auf Nordirland, Wales und Schottland), vgl. die Zahlen bei <http://www.hfea.gov.uk/docs/HFEA_Fertility_treatment_Trends_and_Figures_2014.pdf>, S. 11. Angesichts der Tatsache, dass in Deutschland (nicht nur im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung, sondern sogar in absoluten Zahlen) weniger Adoptionen pro Jahr als in England stattfinden, würde in Deutschland die Bedeutung der abstammungsrechtlichen Zuordnung diejenige der Adoption erst recht weit übersteigen: In Deutschland wurden im Jahr 2014 nach Informationen des Statistischen Bundesamtes 3.805 Kinder adoptiert (<<https://destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Soziales/Sozialleistungen/KinderJugendhilfe/Tabellen/Adoptionen.html>>), während nach dem Bericht des ONS in England im (weitgehend) korrespondierenden Fiskaljahr 2015 5.360 Adoptionen stattfanden (<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/594366/SFR41_2016_National_tables_revised.xlsx>, S. E3).

¹⁰ Vgl. <http://www.hfea.gov.uk/docs/HFEA_Fertility_treatment_Trends_and_Figures_2014.pdf>, S. 40. Noch stärker haben die Fälle internationaler Leihmutterschaft zugenommen. In Sachen internationaler Leihmutterschaft existiert kein genaues Datenmaterial hinsichtlich des Umfangs des Phänomens (vgl. *Ständiges Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht*, A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements; verfügbar unter: <<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>>: „The number of international surrogacy arrangements entered into globally is impossible to determine.“). Eine Untersuchung der Fallzahlen einzelner Leihmutterschaftskliniken deutet jedoch darauf hin, dass die Zahl der internationalen Leihmutterschaftsfälle sich in den Jahren 2006 bis 2010 vervielfacht hat (die Zahlen zu fünf untersuchten Leihmutterschaftsagenturen stellen *Trimmings/Beaumont*, in: *Trimmings* (Hrsg.), *Surrogacy*, S. 467–468, 483–486 dar). In den untersuchten Kliniken waren im Schnitt über 10% der Wunschk-

trotz der zahlenmäßig relativ großen Bedeutung, die Kindern zukommt, die in gleichgeschlechtliche Partnerschaften hineingeboren werden, schon auf nationaler Ebene keine Debatte geführt wird, scheint nicht gerechtfertigt. Doch wesentlich drängender als die Frage, inwieweit in Deutschland gleichgeschlechtliche Elternschaft ermöglicht werden sollte, ist die Frage, wie die deutsche Rechtsordnung reagiert, wenn nach ausländischem Recht ein Kind zwei gleichgeschlechtliche Elternteile hat.

Drängend ist dies insbesondere, weil die Zahl der zu entscheidenden Fälle immer mehr zunehmen wird, was schon an der stark wachsenden Zahl ausländischer Rechtsordnungen liegt, die gleichgeschlechtliche Elternschaft ermöglichen.¹¹

Diese Arbeit hat zum Ziel, die rechtlichen Fragen näher zu untersuchen, die sich aus deutscher Sicht ergeben, wenn eine ausländische Rechtsordnung einem Kind abstammungsrechtlich zwei gleichgeschlechtliche Elternteile zuordnet. Dafür soll, nach der Darstellung der Rechtslage im deutschen Sachrecht, zunächst untersucht werden, welche rechtlichen Gestaltungen in ausländischen Rechtsordnungen überhaupt existieren. Anschließend erfolgt eine kollisionsrechtliche Einordnung der gleichgeschlechtlichen Elternschaft sowie eine Analyse der rechtlichen Konsequenzen, die die Anwendung ausländischen oder deutschen Rechts für die abstammungsrechtliche Beurteilung hat.

eltern homosexuell (vgl. zu den Zahlen *ebd.*, S. 471, 493; *Bertschi* schreibt, dass Leihmutterchaft „häufig“ von homosexuellen Paaren in Anspruch genommen wird, *Bertschi*, Leihmutterchaft, S. 137).

¹¹ Die Bedeutung für Deutschland wird zudem noch dadurch verstärkt, dass in den letzten Jahren auch die Zuwanderung nach Deutschland stark zugenommen hat, vgl. den Bericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, abrufbar unter <<http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Migrationsberichte/migrationsbericht.2015.html?nn=1367528>>.

Teil 1

Gleichgeschlechtliche Elternschaft im deutschen Sachrecht ohne Auslandsberührung

Die Frage, wer Mutter und wer Vater eines Kindes ist, beantworten im deutschen Sachrecht §§ 1591 ff. BGB. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese Normen auch zur Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Personen führen können. Dabei sollen sowohl Konstellationen untersucht werden, in denen ein Kind in eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft hineingeboren wird, als auch Konstellationen, in denen das Kind infolge einer Leihmutter-schaftsvereinbarung geboren wurde.

A. Gleichgeschlechtliche Elternschaft infolge einer eingetragenen Lebenspartnerschaft

In den letzten Jahren wurde eine gleichgeschlechtliche Elternschaft als Folge einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in unterschiedlichen Gerichtsverfahren geltend gemacht.¹ Ausgangspunkt der Argumentation war dabei immer, dass die leibliche Mutter des Kindes zum Zeitpunkt der Geburt mit einer anderen Frau in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebte. Unter Verweis auf die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB und Art. 3 I GG wollten diese Paare erreichen, dass die Lebenspartnerin der leiblichen Mutter in die Geburtsurkunde eingetragen wird. Andernfalls sei eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu Ehepaaren gegeben. Die Gerichte folgten dieser Argumentation indes nicht; das Bundesverfassungsgericht widersprach vielmehr in zwei lapidaren Sätzen:

„Dass bei Lebenspartnern anders als bei Ehegatten nicht gesetzlich vermutet wird, der Partner der Mutter sei der andere Elternteil des Kindes, stellt keine Ungleichbehandlung dar. Denn diese Vermutung beruht auf der biologischen Herkunft des Kindes und ist bei Lebenspartnern nicht begründet.“²

¹ So beispielsweise: BVerfG 02.07.2010, NJW 2011, 988; AG Hamburg 10.01.2009, StAZ 2009, 275.

² BVerfG 02.07.2010, NJW 2011, 988, 988; dem zustimmend *Britz*, StAZ 2016, 8, 12; ebenso: NK-BGB/*Gutzeit*, § 1591 BGB Rn. 5.

I. Analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB

Die Elternschaft zweier Mütter lässt sich mit Sicherheit nicht durch eine direkte Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB begründen. Denn § 1592 BGB spricht nun einmal von der Vaterschaft eines Mannes. Allerdings ist zu überlegen, ob § 1592 Nr. 1 BGB nicht analoge Anwendung auf Lebenspartnerinnen finden sollte, von denen eine ein Kind gebiert. Dafür müsste die Interessenlage in einem solchen Fall vergleichbar mit der bei der Geburt eines Kindes in einer bestehenden Ehe sein und in dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung für einen derartigen Fall müsste eine planwidrige Regelungslücke liegen.

1. Vergleichbare Interessenlage

Für die Verschiedenheit der Interessenlagen lässt sich nicht anführen, dass im deutschen Zivilrecht ausschließlich die Elternschaft von Mann und Frau vorgesehen ist. Denn auch jenseits der Adoption gibt es im deutschen Sachrecht die Möglichkeit, dass ein Kind zwei weibliche Elternteile hat: Wenn ein Mann die Vaterstellung durch die Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB aufgrund seiner Ehe mit der Mutter erlangt, aber anschließend sein Geschlecht nach § 8 TSG ändert, so hat dies nach § 11 TSG keine Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis. Mit anderen Worten: die nun rechtliche (und häufig auch biologische) Frau ist Vater des Kindes, ohne dass sie notwendigerweise mit diesem genetisch verwandt wäre und obwohl das Kind bereits einen weiblichen Elternteil hat.³ Da es Schutzzweck des § 11 TSG ist, das Eltern-Kind-Verhältnis insbesondere von Kindern zu ihren genetischen Eltern zu bewahren,⁴ kann eine Frau sogar nach ihrer Mann-Frau-Umwandlung im Sinne des TSG weiterhin Kinder zeugen. Dies ist biologisch gelegentlich noch möglich und führt dann zur Vaterschaft einer Frau.⁵ Einer analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB bei gleichge-

³ Staudinger/Rauscher, § 1592 BGB Rn. 35a–35b.

⁴ OLG Köln 30.11.2009, NJW 2010, 1295, 1296.

⁵ BVerfG 11.01.2011, NJW 2011, 909, 913; OLG Köln 30.11.2009, NJW 2010, 1295; ebenso KG 30.10.2014, StAZ 2015, 80, 80 f. für den umgekehrten Fall: Ein Mann, der nach erfolgter Frau-Mann-Umwandlung ein Kind gebiert, ist als Mutter des Kindes einzutragen. Nach dem BVerfG soll ein Kind bei Geschlechtsumwandlungen der Eltern trotzdem rechtlich eine Mutter und einen Vater haben, BVerfG 11.01.2011, NJW 2011, 909, 913. Nach Staudinger/Rauscher, § 1592 BGB Rn. 35a–35b ist es demgegenüber nicht möglich, dass ein Mann die Vaterschaft eines Kindes anerkennt, wenn er zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes noch eine Frau war. Dem ist zuzustimmen, da dieser Fall nicht vom Schutzzweck des § 11 TSG erfasst ist. Weder kann der Mann genetisch mit dem Kind verwandt sein, noch bestand vor der Geschlechtsumwandlung eine Eltern-Kind-Beziehung, die vor Veränderung geschützt werden müsste.

schlechtlichen Lebenspartnern steht also noch nicht entgegen, dass dies zur Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Eltern führen würde.⁶

Allerdings lässt sich aus dem Vergleich mit gleichgeschlechtlicher Elternschaft infolge von Geschlechtsumwandlung auch nicht die Schlussfolgerung ziehen, dass § 1592 Nr. 1 BGB analog bei eingetragenen Lebenspartnern angewendet werden muss, damit keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Vergleich zu diesen Fällen vorliegt. In beiden Fällen, in denen eine gleichgeschlechtliche Elternschaft Folge einer Geschlechtsumwandlung sein kann, liegen nämlich Unterschiede im Vergleich zu einer möglichen gleichgeschlechtlichen Elternschaft durch die analoge Anwendung der Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB vor. Im ersten dargestellten Fall ist der Ehepartner der leiblichen Mutter zum Zeitpunkt der Geburt ein Mann. Die Elterneigenschaft konnte also zumindest ursprünglich auf eine mögliche biologische Abstammung zurückgeführt werden.⁷ Dies ist bei gleichgeschlechtlichen Partnerinnen definitionsgemäß nicht der Fall. Und im zweiten Fall ist der Ehepartner der leiblichen Mutter zwar zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes (rechtlich) eine Frau, ist aber dennoch genetischer Elternteil des Kindes. Auch dies ist denknotwendigerweise bei gleichgeschlechtlichen Paaren nicht möglich.

Einer analogen Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB steht auch noch nicht zwingend entgegen, dass Hintergrund der Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB die Wahrscheinlichkeit biologischer Elternschaft ist. Zwar leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 6 II 1 GG ab, dass der Gesetzgeber nicht völlig frei in der Zuweisung der Elternstellung ist, sondern sich die rechtliche Elternstellung vielmehr an der biologischen Elternstellung ausrichten muss.⁸ Auch wird § 1592 Nr. 1 BGB nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dieser Maßgabe gerecht, da die Norm dazu führt, dass im Regelfall biologische und rechtliche Elternschaft zusammenfallen.⁹ Dies ist auch statistisch richtig: Soweit Studien

⁶ Wobei das Kind, wie dargelegt, jedoch nicht zwei Mütter oder zwei Väter hat, sondern eine Mutter und einen Vater, wobei eines der Elternteile nicht dem für diesen Elternteil „üblichen“ Geschlecht angehört.

⁷ *Jestaedt*, in: Geis, Umbach (Hrsg.), FS Bartlspenger, S. 95f. sieht unter anderem aus diesem Grund eine unterschiedliche Bewertung der gleichgeschlechtlichen Elternschaft infolge von Adoption sowie der gleichgeschlechtlichen Elternschaft infolge einer Geschlechtsumwandlung als geboten an.

⁸ BVerfG 09.04.2003, NJW 2003, 2151, 2152. Siehe auch BGH 03.08.2016, NJW 2016, 3171, 3173, mit dem Hinweis, dass § 1592 Nr. 1 BGB auf einer typisierten Vaterschaftswahrscheinlichkeit beruht.

⁹ BVerfG 09.04.2003, NJW 2003, 2151, 2152. Vgl. auch *Helms*, StAZ 2014, 225, 230 („Ein Kind wird in erster Linie deshalb dem Ehemann der Mutter zugeordnet, weil eine große Wahrscheinlichkeit für eine Übereinstimmung mit den biologischen Verwandtschaftsverhältnissen besteht.“).