

STELLUNGNAHME

Abstammungs- und Sorgerechtsstatus einer „Leihmutter“ mit Säugling bei in der Ukraine verbliebenem Ehemann

Eine junge Frau mit einem etwa vier bis sechs Monate alten Säugling hat beim Kreisjugendamt vorgesprochen. Ihr Begleiter hat übersetzt, dass sie Leihmutter dieses Kindes sei. Wie ist diese Konstellation zu bewerten?

- *Gibt es nach ukrainischem Recht einen Sorgerechtsstatus für Leihmütter? Ist diese Frau als Mutter und deshalb als sorgeberechtigt anzusehen?*
- *Welchen rechtlichen Status hat ihr Ehemann in der Ukraine diesbezüglich? Wird ggf. eine Sorgerechtsvollmacht von ihm benötigt?*

*

I. Dringlichkeit des Falls

Leihmutterschaften ukrainischer Frauen vor allem zugunsten von Wunscheltern aus Deutschland sind ein nicht nur ganz vereinzelt anzutreffendes Phänomen. In den nachfolgend beispielhaft zitierten Medienveröffentlichungen ist die Rede von einem „Leihmuttergewerbe“ bzw. „florierendem Geschäftszweig“ und davon, dass zuletzt etwa bis zu 2.400 Kinder jährlich in der Ukraine von Leihmüttern geboren wurden:

- „Leihmütter-Babys in der Ukraine. Im Krieg geboren, im Keller gestrandet“, 11.4.2022, abrufbar unter www.tagesschau.de/ausland/europa/ukraine-leihmuetter-kinder-101.html,
- „Das Dilemma der Leihmütter im Ukrainekrieg“, 24.3.2022, abrufbar unter www.suedtirol-news.it/chronik/das-dilemma-der-leihmuetter-im-ukrainekrieg,
- „Ukraine: Krieg zeigt die Abgründe der Leihmutterschaft“, 24.2.2022, abrufbar unter www.ots.at/presseaussendung/OTS_20220224_OTS0122/ukraine-krieg-zeigt-die-abgruende-der-leihmutterschaft,
- „Ukrainische Leihmutter: Ungeboren im Krieg, 20.4.2022, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/deutsches-paar-bangt-um-leihmutter-aus-der-ukraine-und-nachwuchs-17967867.html (Abruf jew.: 25.4.2022).

Rechtsfragen im Zusammenhang mit ukrainischen Leihmüttern haben sogar die höchstrichterliche Rechtsprechung wiederholt beschäftigt.¹

¹ BGH 20.3.2019 – XII ZB 530/17, JAmt 2019, 326 mAnm *Knittel*; BGH 20.3.2019 – XII ZB 320/17, JAmt 2019, 324.

Im vorliegenden Fall ist es – aus nicht mitgeteilten Gründen – nicht gelungen, das Kind zeitnah zur Geburt und plangemäß den „Wunscheltern“ zu übergeben. Es hätte nahegelegen, bei einer hier offenbar vorliegenden **Geburt des Kindes noch vor dem Jahresende 2021** Kontakt mit den Wunscheltern aufzunehmen und seine Übergabe zu arrangieren. Woran ist das gescheitert? Kriegsbedingte Gründe wie derzeit können es jedenfalls bis Ende letzten Jahres nicht gewesen sein. Sind die Wunscheltern etwa nicht mehr bereit, den Vertrag zu erfüllen? Oder will womöglich die Leihmutter das nun schon mehrere Monate in ihrer Obhut befindliche Kind nicht mehr abgeben?

Nach Auffassung des Instituts ist es dringend geboten, dass das Jugendamt alsbald diese Fragen mit der Mutter klärt. Sollten die Wunscheltern nach wie vor an der beabsichtigten Aufnahme des Kindes interessiert sein und die Leihmutter dieses auch plangemäß übergeben wollen, wäre es angebracht, alles zu tun, um die aus ungeklärten Gründen unterbliebene Kontaktaufnahme zu fördern und ggf. die Übergabe zu begleiten. Jeder Tag, der bis dahin vergeht, verstärkt anschließend die negativen psychischen Folgen für das Kind und beeinträchtigt schon derzeit auch die soziale Lage der Leihmutter.

II. Allgemeiner Status von Leihmüttern in der Ukraine

Die medizinische Einleitung einer Leihmutterschaft durch In-vitro-Fertilisation mittels Einpflanzung einer befruchteten Eizelle ist – im Gegensatz zur Rechtslage in Deutschland – in der Ukraine nicht verboten. Sie wird vielmehr durch den 2011 in Kraft getretenen Art. 123 Abs. 2 ukrFamGB² ausdrücklich legitimiert:

„Im Fall einer Übertragung der Leibesfrucht, die von dem Ehemann und der Ehefrau unter der Anwendung von Reproduktionstechnologien erzeugt wurde, in den Organismus einer anderen Frau, sind die Ehegatten die Eltern des Kindes.“³

Zur diesbezüglichen Praxis ist auf folgende Beispiele aus der Rechtsprechung hinzuweisen [*Anm.: Hervorhebungen durch den Verf.*]:

- „Drei Tage nach der Geburt **erklärte die Leihmutter vor einer ukrainischen Privatnotarin, dass die ASt die genetischen Eltern des Kindes seien und dass sie der Eintragung der ASt als Eltern des Kindes zustimme.** [...]“⁴

Nach dem Tatbestand der Vorinstanz⁵ hatte die in ukrainischer Sprache abgegebene Erklärung folgenden Wortlaut:

„Ich ... bin bei vollem Verstand und ungetrübtem Gedächtnis, handelnd freiwillig, ohne irgendwelchen geistigen und moralischen Zwang gebe hiermit meine Zustimmung zur Eintragung des Herrn Dr. A., C. und der Frau Dr. A. ..., S. als Eltern des von mir am ...2015 in Kiew geborenen Kindes des männlichen Geschlechts auf den Namen A., J. N. (medizinische Geburtsurkunde ...). Das Kind wurde mit Hilfe der zusätzlichen reproduktiven Technologien mittels der Ersatzmut-

² Familiengesetzbuch der Ukraine (ukrFamGB) vom 10.1.2002, zuletzt geändert am 30.3.2020.

³ Bergmann ua/Daschenko Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, Länderbericht Ukraine, Stand: 1.5.2020.

⁴ BGH 20.3.2019 – XII ZB 320/17 Rn. 2, JAmt 2019, 324.

⁵ OLG Celle 22.5.2017 – 17 W 8/16 Rn. 4.

terschaft geboren und hat genetische Ähnlichkeit mit seinem genetischen Vater Dr. A., C. und seiner genetischen Mutter Dr. A., ... S. ...; d. h. die obenerwähnten Personen sind genetische Eltern des neugeborenen Kindes.“

Die Fallschilderung des OLG Celle⁶ fährt nach einem Hinweis auf die Rechtsgrundlage des Art. 123 Abs. 2 ukrFamGB fort:

„... hatte daraufhin das ukrainische Standesamt den Kindesvater, der am 24. Juni 2015 mit Zustimmung der Austragenden die Vaterschaft durch Erklärung vor der Deutschen Botschaft in Kiew anerkannte, und die genetische Mutter als alleinige Eltern des Kindes registriert und eine entsprechende Geburtsurkunde ausgestellt.“

- „Die Bet. 1 und 2 sind in Deutschland lebende Ehegatten deutscher Staatsangehörigkeit. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts wurde in der Ukraine eine mit dem Sperma des Ehemanns (Bet. 1) befruchtete Eizelle der Ehefrau (Bet. 2) der ukrainischen Leihmutter (Bet. 5) eingesetzt. Diese gebar im Dezember 2015 in Kiew das betroffene Kind.

Bereits vor der Geburt hatte der Ehemann vor der Deutschen Botschaft Kiew die Vaterschaft mit Zustimmung der Leihmutter anerkannt. Zudem hatten diese Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB abgegeben. **Nach der Geburt gab die Leihmutter vor einer Privatnotarin in Kiew eine Erklärung ab**, nach der das Kind **mithilfe der zusätzlichen reproduktiven Technologien mittels Ersatzmutterschaft geboren** sei und genetische Ähnlichkeit mit den Bet. 1 und 2 als seinen **genetischen Eltern** habe. Das ukrainische Standesamt registrierte sodann die Bet. 1 und 2 als Eltern und stellte eine entsprechende Geburtsurkunde aus.“⁷

Den Entscheidungen ist nicht zu entnehmen, ob und in welcher Weise die Wunscheltern durch eigene Erklärung gegenüber dem zuständigen ukrainischen Standesamt an der Registrierung mitgewirkt haben.

Soweit in den entschiedenen Fällen Erklärungen nach deutschem Recht abgegeben wurden (Vaterschaftsanerkennung durch den Wunschvater, Sorgeerklärungen mit der Leihmutter), dienten diese offensichtlich der vorsorglichen Vorbereitung der späteren Geburtsregistrierung des Kindes in Deutschland und waren nicht zwingend erforderlich für die Eintragung des ukrainischen Standesamts.

III. Fallbezogenes Zwischenfazit

Das ukrainische Familienrecht fördert Leihmutterschaften, indem ua auf der Rechtsgrundlage des Art. 123 Abs. 2 ukrFamGB die Wunscheltern – als zugleich genetische Eltern – unmittelbar als Eltern des Kindes in das Geburtsregister eingetragen werden.

Ob das hier geschehen ist, erscheint derzeit unklar und sollte vom Jugendamt unbedingt unter sprachkundiger Übersetzung von der Leihmutter erfragt werden. Konkret geht es darum, ob

⁶ OLG Celle 22.5.2017 – 17 W 8/16 Rn. 5.

⁷ BGH 20.3.2019 – XII ZB 530/17 Rn. 2 f., JAmt 2019, 326.

- die Frau die offenbar von den ukrainischen Standesbehörden generell verlangte notarielle Erklärung zur genetischen Abstammung des Kindes von den Wunscheltern beim zuständigen Amt eingereicht hat,
- die Wunscheltern ihrerseits diesbezügliche Erklärungen gegenüber dem ukrainischen Standesamt abgegeben haben,
- für das Kind eine ukrainische Geburtsurkunde ausgestellt wurde und wen diese als Eltern ausweist,
- welchen Namen das Kind nach Meinung der Leihmutter derzeit führt; bei Eintragung der Wunscheltern müsste es deren Name sein, andernfalls der Name der Leihmutter und ihres Ehemanns; die einschlägigen Bestimmungen sind in Art. 145–147 ukrFamGB enthalten.

Ohne die dringend gebotene Klärung dieser Vorfragen ist es nicht möglich, die Fragen des Jugendamts zuverlässig zu beantworten.

IV. Vorläufige Bewertung der in tatsächlicher Hinsicht ungeklärten Rechtslage

Als allenfalls vorläufige, aber ohne Kenntnis des Hintergrunds und der Abläufe ungesicherte Bewertung ist festzuhalten:

1. Abstammung des Kindes nach dem Aufenthaltsstatut und Sorgerechtsfolgen

Stellt man für die Beurteilung der Abstammung gem. Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB auf den gewöhnlichen Aufenthalt (gA) des Kindes ab, läge dieser wohl derzeit in Deutschland.

Bei Minderjährigen, insbesondere bei Neugeborenen, ist vorwiegend abzustellen auf die Bezugspersonen des Kindes, die es betreuen und versorgen, sowie deren soziales und familiäres Umfeld. Lebt ein Kind mit seiner alleinerziehenden Mutter zusammen, ist deren gA maßgebend.⁸

Bei Kindern ausländischer Mütter kann das Problem auftreten, dass diese selbst womöglich noch keinen dauerhaft legalen und gesicherten Aufenthaltsstatus in Deutschland haben und auch sonst bisher bei ihnen noch die üblichen Merkmale eines inländischen gA fehlen: Als Faustregel wird im Allgemeinen ein Mindestaufenthalt von sechs Monaten verlangt oder sonstige greifbare Anhaltspunkte für eine bereits vorliegende soziale Integration.⁹

Das hindert jedoch nicht, gleichwohl bei Kindern solcher Mütter einen gA in Deutschland anzunehmen.¹⁰ Wenn das Kind keine Beziehung zum Herkunftsland seiner Eltern oder zu irgendeinem anderen Land hat, kommt als gA nur Deutschland infrage. Das auf die Pflege und Versorgung durch seine Mutter angewiesene Kind hat keinen anderen Daseinsmittelpunkt als den Aufenthaltsort seiner Mutter.¹¹

⁸ Knittel Beurkundungen im Kindschaftsrecht, 9. Aufl. 2021, Rn. 385.

⁹ Knittel Rn. 385 (Fn. 8).

¹⁰ Vgl. LG Kassel 20.9.1995 – 3 T 602/95, NJW-RR 1996, 1091; *Andrae* IntFamR, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 15; Knittel Rn. 386 mwN (Fn. 8).

¹¹ LG Kassel 20.9.1995 – 3 T 602/95, NJW-RR 1996, 1091; *Andrae* IntFamR § 7 Rn. 15 (Fn. 10); vgl. zu dieser Frage auch DIJuF-Stellungnahme SN_2022_0484 vom 4.5.2022, abrufbar unter www.dijuf.de ▶ Handlungsfelder ▶ Ukraine ▶ Rechtsfragen ▶ Hilfe durch das Jugendamt.

Damit ist in Fällen wie diesem stets die Anwendung von deutschem Sachrecht auf die Abstammung des Kindes möglich.¹²

Dies würde dazu führen, dass die ukrainische Frau ungeachtet des „Leihmutterschaftshintergrunds“ aus deutscher Sicht als Mutter des Kindes zu gelten hätte (§ 1591 BGB). Als rechtlicher Vater wäre ihr in der Ukraine verbliebener Ehemann zu betrachten (§ 1592 Nr. 1 BGB). Folglich wäre gem. §§ 1626 ff. BGB von gemeinsamer Sorge der Eltern auszugehen. Denn das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind unterliegt dem Recht des Staats, in dem das Kind seinen gA hat (Art. 21 EGBGB). Es erscheint folgerichtig, die Voraussetzungen des gA nicht unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob es um die Abstammung nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB oder um die Wirkungen des Eltern-Kind-Verhältnisses nach Art. 21 EGBGB geht.

2. Abstammung des Kindes nach dem Personalstatut oder Ehwirkungsstatut

Hingegen würde sowohl die Anknüpfung an das Personalstatut gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB, also an die ukrainische Staatsangehörigkeit der Leihmutter, als auch an das Ehwirkungsstatut nach Art. 19 Abs. 1 S. 3 BGB jeweils zum ukrainischen Recht führen.¹³

Dann käme es in der Tat darauf an, welche Eintragungen im ukrainischen Geburtsregister vorgenommen wurden. Wenn dort die Leihmutter und ihr Ehemann gar nicht aufscheinen, könnten sie nach ukrainischem Recht auch nicht als Eltern des Kindes gelten und hätten demnach keine Sorgebefugnisse. Folgerichtig wäre im Zweifel zumindest vorläufig einen Vormund bzw. eine Vormundin (m/w/d*) für das Kind zu bestellen, bis die Frage geklärt ist, ob die Wunscheltern tatsächlich ihre geplante Elternrolle übernehmen werden und ob die Leihmutter weiterhin damit einverstanden ist.

V. Allgemeine Auswirkungen der Verbringung des Kindes nach Deutschland auf die Rechtsbeziehungen zu den Wunscheltern

Falls die zuletzt genannte Voraussetzung zutrifft und die Wunscheltern in Deutschland leben, ist für die weitere Klärung der Rechtsbeziehungen zwischen ihnen und dem Kind allerdings die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten: Die Eintragung im ukrainischen Geburtenregister stellt ebenso wie eine aufgrund dessen ausgestellte Geburtsurkunde keine anerkennungsfähige Entscheidung iSv § 108 Abs. 1 FamFG dar.¹⁴

Der BGH hat vielmehr die Rechtslage wie folgt beurteilt:¹⁵ Die Abstammung sei aus deutscher Sicht nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB zu beurteilen und führe hier zum deutschen Recht. Aus der Perspektive des Kindes gem. Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift habe dieses nach der Geburt allenfalls einen tatsächlichen, aber keinen gA in der Ukraine

* Alle Geschlechter sind gemeint. Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird jew. in einer DIJuF-Stellungnahme durchgängig entweder nur die männliche oder nur die weibliche Form verwendet.

¹² *Knittel* Rn. 386 (Fn. 8).

¹³ S. aber auch Hinw. auf die insoweit enge BGH-Rspr. unter V.

¹⁴ BGH 20.3.2019 – XII ZB 320/17, JAmt 2019, 324.

¹⁵ Vgl. *Knittel* in einer Anm. zur Parallellentscheidung BGH 20.3.2019 – XII ZB 530/17, JAmt 2019, 326.

gehabt, sodass die Anwendung des dortigen Rechts aus diesem Grund ausscheidet. Auch die Anknüpfung an die Wunscheltern als deutsche Staatsangehörige weist auf das deutsche Recht hin (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Zwar sei die Leihmutter ukrainische Staatsangehörige, was (ebenfalls nach Absatz 1 Satz 2) zu einer Anknüpfung an das ukrainische Recht führen könnte. Diese Möglichkeit tut der Senat aber sehr rasch unter Hinweis auf den „starken Inlandsbezug“ durch die deutsche Staatsangehörigkeit der Wunscheltern ab. Deshalb finde „das deutsche Kollisionsrecht schon auf die Rechtslage bei Geburt des Kindes unmittelbare Anwendung“. Das ist allerdings etwas schwer verständlich, weil doch auch die Anknüpfung nach der Staatsangehörigkeit der ukrainischen Leihmutter insoweit dem deutschen Kollisionsrecht und damit der Rechtslage bei Geburt des Kindes entsprechen würde. Die vom BGH für seine Aussage angeführte Belegstelle („Beschl. BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 28“) erscheint zudem zu diesem Punkt nicht sehr ergiebig.

Letztlich hat der BGH fallbezogen die Löschung der in Deutschland bereits eingetragenen Wunschmutter und die Eintragung der Leihmutter im deutschen Geburtenregister für rechtmäßig gehalten. Die Beteiligten sind damit auf den vom Senat ausdrücklich erwähnten Weg der Adoption des Kindes durch die – genetische – Wunschmutter verwiesen.

Die Entscheidung ist auf Grundlage des geltenden deutschen Rechts im Wesentlichen konsequent, wenngleich auch folgende Überlegung zumindest diskussionswürdig gewesen wäre: Die Leihmutter ist ukrainisch. Sieht man sie aus deutscher Sicht als gleichrangigen Elternteil an, führt dies über Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB zur Anwendung ukrainischen Rechts. Dieses betrachtet sie aber gar nicht als Mutter im Rechtssinne, weil es das Kind den Wunscheltern zuordnet. Vielleicht war es dieses Paradox, welches den BGH unausgesprochen davon abgehalten hat, sich mit dieser Anknüpfungsalternative näher zu befassen.

Jedenfalls wird daraus deutlich, dass es auch in diesem Fall schwierig für die Wunscheltern wäre, bei Übernahme des Kindes dieses nunmehr ohne Weiteres im deutschen Geburtenregister eintragen zu lassen.

Es ist zumindest zweifelhaft, ob eine etwa bereits vorliegende Eintragung im ukrainischen Geburtenregister eine Bindung für das deutsche Recht begründen würde. Nach Auffassung des BGH war das in den von ihm entschiedenen Fällen nicht der Fall.

Allerdings liegt für die unabhängig hiervon nach materiellem Recht vorzunehmende Beurteilung eine abweichende Besonderheit hier darin, dass die Wunscheltern dort bereits nach wenigen Tagen das Kind übernommen hatten (was den BGH seinerzeit veranlasst hatte, einen gA des Kindes in der Ukraine zu verneinen). Hier hat sich das Kind aber nach der Geburt mit seiner Mutter mehrere Monate in der Ukraine aufgehalten. Ob dies zu einer anderen Beurteilung Anlass geben kann, bedürfte näherer Prüfung.

Wie die Folgebeurteilung des Rechtsverhältnisses zu den Wunscheltern in Deutschland letztlich ausgehen würde, lässt sich angesichts der Unwägbarkeiten des Sachverhalts und seiner bisher fehlenden tatsächlichen Aufklärung somit nicht sicher vorhersagen. Höchstwahrscheinlich wird aber auch unter den hier vorliegenden Besonderheiten des Falls kein Weg an einer Adoption des Kindes durch die Wunschmutter vorbeiführen, um das ursprüngliche Ziel ihrer Elternstellung zu erreichen.