



Gericht: BGH 12. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 05.09.2018
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: XII ZB 224/17
ECLI: ECLI:DE:BGH:2018:050918BXII ZB224.17.0
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Normen: § 1591 BGB, § 108 Abs 1 FamFG, § 109 Abs 1 Nr 4 FamFG
Zitiervorschlag: BGH, Beschluss vom 05. September 2018 – XII ZB 224/17 –, juris

Leitsatz

Zur Anerkennung einer ausländischen Gerichtsentscheidung (hier: Colorado/USA), die im Fall der Leihmutterchaft die rechtliche Elternstellung den Wunscheltern zuweist (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240).

Fundstellen

NSW BGB § 1591 (BGH-intern)
NSW FamFG § 108 (BGH-intern)
NSW FamFG § 109 (BGH-intern)

Verfahrensgang

vorgehend OLG Braunschweig, 12. April 2017, 1 UF 83/13, Beschluss
vorgehend AG Braunschweig, 3. April 2013, 247 F 266/12
Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH 12. Zivilsenat, 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13

Tenor

Auf die Rechtsbeschwerden der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 wird der Beschluss des 1. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 12. April 2017 aufgehoben.

Auf die Beschwerden der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 und der betroffenen Kinder wird der Beschluss des Amtsgerichts Braunschweig vom 3. April 2013 abgeändert.

Die Entscheidung des District Court, County of Boulder, Colorado, Vereinigte Staaten von Amerika, vom 15. September 2011 (Az. 11 SV 32 Division 14) wird anerkannt.

Die in den Rechtsmittelinstanzen angefallenen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller werden der Staatskasse auferlegt.

Wert: 5.000 €

Gründe

I.

- 1 Die Antragsteller und die in Colorado (USA) geborenen Kinder beantragen die Anerkennung einer dort ergangenen Gerichtsentscheidung zur rechtlichen Abstammung nach Durchführung einer Leihmutterschaft.
- 2 Die miteinander verheirateten Antragsteller, die 1949 (Ehemann) und 1952 (Ehefrau) geboren sind und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, schlossen unter Vermittlung durch eine Agentur mit der US-amerikanischen Staatsangehörigen M. (im Folgenden: Leihmutter) und deren Ehemann im Februar 2011 eine Leihmutterschaftsvereinbarung. Danach sollten der Leihmutter unter Verwendung anonym gespendeter Eizellen und Samenzellen des Antragstellers gezeugte Embryonen eingepflanzt und diese von ihr ausgetragen werden. Die Vertragsparteien vereinbarten ein der Leihmutter zu zahlendes Grundentgelt von 23.000 \$ sowie zusätzliche Zahlungen, unter anderem von monatlichem Unterhalt von 3.000 \$ während der Schwangerschaft nebst pauschalen Aufwandsentschädigungen. Für die Bestätigung der Schwangerschaft sollte die Leihmutter ein Entgelt von 300 \$ (nicht wie im angefochtenen Beschluss: 300.000 \$) bzw. im Fall der Zwillingschwangerschaft 500 \$ (nicht: 500.000 \$) erhalten.
- 3 Am 15. September 2011 erließ der District Court, County of Boulder (im Folgenden: District Court) eine Entscheidung ("Order Re Parentage"), nach der unmittelbar nach der Geburt die Antragstellerin die Mutter und der Antragsteller der Vater der Kinder sei, und zwar mit allen Rechten und Pflichten für ehelich geborene Kinder.
- 4 Im Oktober 2011 wurden die betroffenen Zwillinge geboren. Die amerikanischen Geburtsurkunden weisen die Antragsteller als Eltern der Kinder aus. Die Antragsteller reisten mit den Kindern im November 2011 nach Deutschland. Seitdem leben die Kinder bei ihnen. Ein 2012 von den Antragstellern in Auftrag gegebenes Abstammungsgutachten der Universitätsklinik Hamburg-Eppendorf gelangte zu dem Ergebnis, dass die Vaterschaft des Antragstellers mit einem Plausibilitätsgrad von 99,99 % "praktisch erwiesen" sei. Der Ehemann der Leihmutter hat zudem ein Verfahren auf Vaterschaftsanfechtung eingeleitet, dem sich der Antragsteller mit einem Antrag auf Feststellung seiner Vaterschaft angeschlossen hat.
- 5 Im vorliegenden Verfahren haben die Antragsteller beantragt, die Entscheidung des District Court vom 15. September 2011 anzuerkennen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die von den Antragstellern und den durch den Ergänzungspfleger vertretenen Kindern eingelegten Beschwerden sind vor dem Oberlandesgericht ohne Erfolg

geblieben. Dagegen richten sich die zugelassenen Rechtsbeschwerden der Antragsteller, mit denen sie ihre Anträge auf Anerkennung weiterverfolgen.

II.

- 6 Die Rechtsbeschwerden haben Erfolg.
- 7 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2017, 972 veröffentlicht ist, ist die Anerkennung der Entscheidung des District Court nach § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG ausgeschlossen, weil sie zu einem Ergebnis führen würde, das mit wesentlichen Grundsätzen des nationalen Rechts offensichtlich unvereinbar sei.
- 8 Die rechtliche Elternschaft könne nach nationalem deutschem Recht nur auf Abstammung und Adoption, nicht aber auf vertragliche Vereinbarungen gestützt werden. Der kommerzielle Handel mit Reproduktionszellengewebe sei derzeit vom Gesetzgeber in Deutschland nicht gewollt. Die Eizellenspende sei strafbewehrt, das Austragen eines Kindes für jemand anderen sei verboten. Durch den Abschluss der Verträge mit der Agentur, der Eizellenspenderin und der Leihmutter hätten die Antragsteller entgegen der in Deutschland geltenden Gesetzeslage gehandelt. Ihnen sei bei Abschluss der Verträge auch bekannt gewesen, dass sie damit die vom deutschen Gesetzgeber gesetzten Grenzen der medizinisch gegebenen Möglichkeiten der Reproduktion menschlichen Lebens überschritten. Das bewusste Nutzen der Rechtsordnung eines anderen Staates, um unter Umgehung der Verbotstatbestände des nationalen Embryonenschutzes "Rechte an Kindern zu erlangen", stehe der nachträglichen Zuerkennung eines dem deutschen Recht entsprechenden Elternstatus entgegen. In derartigen Fällen des sogenannten Fortpflanzungstourismus sei Auftraggebern, die sich ihren Kinderwunsch unter Umgehung des Willens des deutschen Gesetzgebers erfüllt hätten, die Anerkennung der Elternschaft wegen des damit verbundenen ordre public-Verstoßes grundsätzlich zu versagen. Vorliegend komme hinzu, dass sich die Antragsteller nach eigenen Angaben zudem noch nicht hinsichtlich der Nutzung der verbliebenen, eingefrorenen Embryonen entschieden hätten. Damit hielten sie sich - neben der Möglichkeit, diese zu veräußern oder als Genreserve zu nutzen - auch deren Austragung offen. Im Hinblick auf die dann zukünftig geborenen Kinder käme die Anerkennung der rechtlichen Elternschaft der Antragsteller für die betroffenen Kinder daher einem Aushebeln der gesetzlichen Grenzziehung zur Leihmuttertschaft gleich. Es bestehe auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kein Anlass für die nationalen Gerichte, dieses Handeln nachträglich zu legitimieren.
- 9 Die in der nationalen deutschen Regelung zur Elternschaft fehlende Möglichkeit, die elterliche Stellung aus vertraglichen Vereinbarungen und tatsächlichen Lebenssituationen abzuleiten, stehe nicht zu übergeordneten Rechten der Antragsteller aus dem Grundgesetz oder der Europäischen Menschenrechtskonvention in Widerspruch. Die vom deutschen Gesetzgeber zum Embryonenschutzgesetz, Adoptionsvermittlungsgesetz und zum Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997 angestellten Erwägungen stünden mit den Grund- und Menschenrechten im Einklang.

- 10 Mit der Anonymität der Eizellenspenderin würden sich die Kinder im Rahmen der Entwicklung ihrer Identität ebenso auseinanderzusetzen haben wie mit Fragestellungen zu den Kriterien, nach denen ihre Embryonen von den Antragstellern zur Austragung ausgewählt worden seien, und zum Verbleib der weiteren befruchteten Eizellen. Mit den vertraglichen Vereinbarungen sei zudem das offensichtlich zwischen den Antragstellern und der Eizellenspenderin sowie der Familie der Leihmutter bestehende finanzielle Gefälle ausgenutzt worden, um die körperlichen Gegebenheiten der Frauen für die Auftraggeber nutzen zu können. Es sei regelmäßig ausgeschlossen, dass eine Frau, die sich nicht in einer finanziellen Notlage oder angespannten Lebenssituation befinde, sich einer monatelangen, hochdosierten und körperlich anspruchsvollen Hormonbehandlung für eine Eizellenentnahme unterziehe oder sich den körperlichen und psychischen Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft zugunsten fremder Auftraggeber aussetze. Der im Laufe der Schwangerschaft zwischen Leihmutter und ausgetragenen Kindern entstandenen psychischen Bindung sei auch im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens vor dem District Court nur unzureichend Rechnung getragen worden. So sei diese Entscheidung ohne vorherige persönliche Anhörung der Leihmutter und bereits sechs Wochen vor der Geburt der Kinder ergangen, womit die Freiwilligkeit der Hergabe der von ihr geborenen Kinder nie hinterfragt worden sei.
- 11 Die Anerkennung könne auch nicht teilweise und nur bezogen auf die Elternschaft des Antragstellers wegen genetischer Vaterschaft erfolgen. Dies sei bislang nur erfolgt, wenn die genetische Vaterschaft feststehe, was hier nicht der Fall sei. Das Abstammungsgutachten sei ohne rechtlich wirksame Vertretung der Kinder in Auftrag gegeben worden und daher im vorliegenden Verfahren nicht verwertbar.
- 12 Die Anerkennung der rechtlichen Elternschaft der Antragsteller sei auch nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten. Abweichend von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2014 sei nicht davon auszugehen, dass das Kindeswohl grundsätzlich die Zuordnung einer Elternschaft gebiete. Im vorliegenden Fall sei jedenfalls nicht zu erkennen, inwieweit die Anerkennung der auf vertraglicher Grundlage nach ausländischem Recht erworbenen Elternschaft zur Sicherstellung oder Förderung des Heranwachsens der Kinder erforderlich oder auch nur dienlich sein könne. Anhaltspunkte dafür, dass die Kontinuität des sozialen Umfelds der Kinder und ihr Heranwachsen im Haushalt der Antragsteller von deren Rechtsstellung als Eltern abhängen könnte, seien weder vorgetragen noch offensichtlich. Die Antragsteller lebten mit den Kindern seit deren Geburt in einem familiären Verbund, die "Beziehung untereinander" werde seitens des Jugendamts als uneingeschränkt positiv geschildert. Den Antragstellern sei es bisher auch offensichtlich uneingeschränkt möglich gewesen, die rechtlichen Belange der Kinder umfassend wahrzunehmen. Zudem sei die Antragstellerin im Dezember 2016 zum Vormund für die Kinder bestimmt worden. Gründe, die einer ergänzenden Vormundschaft des Antragstellers entgegenstehen könnten, seien nicht ersichtlich. Damit lägen die rechtlichen Voraussetzungen dafür vor, dass die Antragsteller das Sorgerecht für die Kinder bis zum Erreichen der Volljährigkeit im Jahr 2029 in Übereinstimmung mit der sozial-familiären Verbundenheit ausüben könnten. Sofern die genetische Vaterschaft des Antragstellers gemäß § 1600 d BGB festgestellt werden sollte, werde zudem auch die Möglichkeit der Annahme der Kinder durch die Antragstellerin gemäß § 1741 BGB gegeben sein. Anhaltspunkte dafür, dass die seelische Entwicklung der Kinder durch die fehlende Anerkennung der rechtlichen Elternschaft der Antragsteller beeinträchtigt werden könnte, lägen nicht

vor. Vorliegend werde das offensichtliche Auseinanderfallen von sozialer und genetischer Elternschaft im Vordergrund stehen. Da die Kinder in einem familiären Umfeld mit Erziehungsberechtigten aufwüchsen, die mit dem derzeitigen Alter von bereits 67 und 64 Jahren der Großelterngeneration "des sozialen Umfelds der Kinder" angehörten, würden diese sich voraussichtlich bereits im Kindesalter mit den psychischen Herausforderungen ihrer nicht eindeutig geklärten/klärbaren genetischen Identität, den Umständen ihrer Zeugung, dem Verbleib der "verschwisterten Embryonen", ihrer eigenen embryonalen Auswahl und vielem mehr auseinandersetzen haben. Es sei nicht erkennbar, dass angesichts dieser Gegebenheiten dem rechtlichen Status der Elternschaft bei der Identitätsfindung der Kinder überhaupt eine wesentliche Bedeutung zukommen könne.

- 13 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Entscheidung des District Court vom 15. September 2011 ist anzuerkennen.
- 14 Das Oberlandesgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Entscheidung über die Anerkennung der Entscheidung des District Court vom 15. September 2011 nach §§ 108, 109 FamFG richtet. Nach § 108 Abs. 2 Satz 1 FamFG können Beteiligte, die ein rechtliches Interesse haben, eine Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht vermögensrechtlichen Inhalts beantragen. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts steht ein Anerkennungshindernis nach § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG im vorliegenden Fall nicht entgegen.
- 15 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Frage der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung nicht auf den nationalen (kollisionsrechtlichen) ordre public nach Art. 6 EGBGB abzustellen, den die deutschen Gerichte bei Anwendung ausländischen Rechts zu beachten haben, sondern auf den großzügigeren anerkennungsrechtlichen ordre public international. Mit diesem ist ein ausländisches Urteil nicht schon dann unvereinbar, wenn der deutsche Richter - hätte er den Prozess entschieden - aufgrund zwingenden deutschen Rechts zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (Verbot der révision au fond). Maßgeblich ist vielmehr, ob das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Fall zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass es nach deutscher Vorstellung untragbar erscheint (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 28 mwN).
- 16 b) Nach der Rechtsprechung des Senats folgt aus dem Umstand, dass eine ausländische Entscheidung im Fall der Leihmutterschaft die rechtliche Elternstellung den Wunsch- oder Besteltern zuweist, für sich genommen jedenfalls dann noch kein Verstoß gegen den deutschen ordre public, wenn ein Wunschelternteil - im Unterschied zur Leihmutter - mit dem Kind genetisch verwandt ist (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 34 ff.; ebenso OVG Münster FamRZ 2016, 2130, 2133 f.).
- 17 aa) Dabei steht die als zwingendes Recht ausgestaltete Regelung des § 1591 BGB der Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Entscheidung für sich genommen nicht entgegen. Vielmehr sind neben den Rechten der Leihmutter sowie der Wunsch- oder Besteltern auch die Grund- und Menschenrechte des aus der Leihmutterschaft hervorgegangenen Kindes in Betracht zu ziehen. Diese schließen das Recht des Kindes mit ein, eine

rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 41 f.).

- 18 Die Menschenwürde der Leihmutter kann verletzt sein, wenn die Leihmutterschaft unter Umständen durchgeführt wird, die eine freiwillige Mitwirkung der Leihmutter in Frage stellen, oder wesentliche Umstände im Unklaren bleiben, etwa Angaben zur Person der Leihmutter, zu den Bedingungen, unter denen sie sich zum Austragen der Kinder bereit-erklärt hat, und zu einer getroffenen Vereinbarung fehlen, oder wenn im ausländischen Gerichtsverfahren grundlegende verfahrensrechtliche Garantien außer Acht gelassen worden sind (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 51 mwN).
- 19 Die Freiwilligkeit der Mitwirkung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Leihmutter dafür Geld erhält oder dass, wie das Oberlandesgericht meint, zwischen ihr und den Wunsch- bzw. Bestelleltern ein soziales Gefälle besteht. Vielmehr setzt diese voraus, dass die Mitwirkung der Leihmutter und die Herausgabe des Kindes ohne Zwang erfolgen (vgl. Neuner Natürlicher und freier Wille AcP 218 [2018], 1, 2 ff.). Daran gemessen bestehen an der Freiwilligkeit der Mitwirkung der Leihmutter im vorliegenden Fall keine Zweifel. Dass die Leihmutter ein Entgelt erhielt, steht dem nicht entgegen. Dass eine persönliche Anhörung der Leihmutter vor dem District Court nicht stattgefunden hat, stellt die Freiwilligkeit ihrer Mitwirkung entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts ebenfalls nicht in Frage, weil die Leihmutter über das Verfahren informiert war und es sich selbst bei Unterstellung eines Verfahrensverstößes zumal unter den Gegebenheiten des vorliegenden Falls jedenfalls nicht um eine Verletzung grundlegender verfahrensrechtlicher Garantien handelt (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 49, 51 mwN).
- 20 bb) Aus den vom Oberlandesgericht angeführten Rechten der Eizellenspenderin kann sich über die vom Gesetzgeber angestellten generalpräventiven Erwägungen hinaus für die vorliegende abstammungsrechtliche Fragestellung kein Verstoß gegen den ordre public ergeben. Das folgt bereits daraus, dass nach deutschem Recht die genetische Verwandtschaft für die Frage, wer rechtliche Mutter des Kindes ist, unerheblich ist. Da nach § 1591 BGB Mutter des Kindes die Frau ist, die das Kind geboren hat, bleibt die Eizellenspenderin in Bezug auf die abstammungsrechtliche Begründung eines rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses unberücksichtigt (vgl. auch BVerfG FamRZ 2010, 1621 f.). Davon zu trennen ist das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung als einem tatsächlichen Verhältnis (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 63), über das hier nicht zu entscheiden ist.
- 21 cc) Für die Anerkennung ist entscheidend auf das Kindeswohl, mithin auf die Rechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG und aus Art. 8 Abs. 1 EMRK abzustellen, welche auch ein Recht des Kindes auf rechtliche Zuordnung zu beiden Eltern gewährleisten. Eine Zuordnung zur Leihmutter wäre im Heimatstaat der Leihmutter schon wegen der entgegenstehenden dortigen Gerichtsentscheidung, welche die Wunscheltern als rechtliche Eltern des Kindes festlegt, nicht maßgeblich. Dem entspricht es, dass die Leihmutter eine Elternstellung zu dem Kind tatsächlich nicht einnehmen und im Gegensatz zu den Wunscheltern weder die Fürsorge für das Kind noch dessen Erziehung übernehmen will. Wird dem Kind vor diesem Hintergrund im Inland die Zuordnung zu den Wunscheltern versagt, so liegt darin ein Eingriff in sein Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, ei-

ne rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können. Im Gegensatz zu einer im Inland verbotener Weise durchgeführten Leihmutterschaft, für die das Gesetz dem Kind zwei vollwertige rechtliche Eltern zuordnen würde, erfüllt das hinkende Verwandtschaftsverhältnis zur Leihmutter, das in deren Heimatstaat nicht wirksam wird, die Anforderungen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG und aus Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht. Der nationale Gesetzgeber dürfte demnach jedenfalls gehindert sein, dem mit der Leihmutter-schaftsvereinbarung erstrebten Eltern-Kind-Verhältnis zwischen Wunscheltern und Kind die Anerkennung allein aus der generalpräventiven Erwägung zu versagen, dass damit (weitere) "Umgehungen" des inländischen Verbots der Leihmutterschaft unterbunden werden sollen. Steht das Kindeswohl im Mittelpunkt der Betrachtung, so ist stattdessen festzuhalten, dass das Kind auf die Umstände seiner Entstehung keinen Einfluss hat und dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann. Demnach bleibt die Beurteilung des Kindeswohls nicht auf den Aspekt der psychosozialen Beziehung zwischen Kind und Leihmutter beschränkt. Vielmehr darf im Rahmen einer umfassenden Betrachtung insbesondere nicht außer Acht gelassen werden, dass die Wunscheltern anders als die Leihmutter die Elternstellung einnehmen und dem Kind die für seine gedeihliche Entwicklung nötige Zuwendung zuteil werden lassen wollen (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 54 ff. mwN).

- 22 c) Die an der Rechtsprechung des Senats geäußerte Kritik vermag nicht zu überzeugen.
- 23 aa) Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24. Januar 2017 (NJW 2017, 941 - Paradiso/Campanelli) steht dem nicht entgegen. Der Gerichtshof ist mit der genannten Entscheidung insbesondere nicht von seinen vorangegangenen Entscheidungen zur Leihmutterschaft abgewichen (insoweit unzutreffend Thomale IPRax 2017, 583, 587). Er hat vielmehr den zugrunde liegenden Fall von den zuvor zur Leihmutterschaft entschiedenen Fällen (EGMR NJW 2015, 3211 - Mennesson - und Urteil vom 26. Juni 2014 - 65941/11 - Labassee - juris) ausdrücklich abgegrenzt. Ein wesentlicher Unterschied der Fälle liegt bereits darin, dass mangels bestehender genetischer Abstammung und wegen dazu vorliegender falscher Angaben der Beteiligten schon von den nationalen Gerichten kein Fall der Leihmutterschaft festgestellt worden und mithin auch ein Fall des Kinderhandels nicht ausgeschlossen war (vgl. EGMR NJW 2017, 941 Rn. 131 ff.; zutreffend Duden StAZ 2018, 137, 143). Schließlich hat der Gerichtshof in der Entscheidung nur die Rechte der Wunscheltern geprüft und ist davon ausgegangen, dass diese zur Geltendmachung der Kinderrechte nicht befugt waren. Die Entscheidung ist bezüglich eines Kindschaftsverfahrens ergangen und verhält sich mithin auch nicht zur rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung, die offensichtlich nach keiner der in Betracht kommenden Rechtsordnungen gesichert war.
- 24 bb) Auch die Argumentation, dass im Rahmen der vom Gesetzgeber bezweckten Generalprävention das Kindeswohl "ex ante" zu gewährleisten sei, indem es eine rechtliche Zuordnung der Kinder zu den Wunscheltern untersage (Thomale IPRax 2017, 583, 587; Thomale Mietmutterschaft S. 31 ff.), verfährt nicht. Ein solcher Schutz könnte sich allenfalls auf das noch nicht gezeugte Kind als Rechtssubjekt beziehen. Sein möglicher Zweck könnte mithin (nur) darin bestehen, das Kind vor seinem eigenen Entstehen zu bewahren, was bereits in sich widersprüchlich wäre (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 49; vgl. auch BVerfGE 96, 375 = FamRZ 1998, 149 - Schadenser-

satz bei fehlgeschlagener Sterilisation; BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751, 1764 - Strafbarkeit der Abtreibung).

- 25 (1) Der Schutz des Kindeswohls ist als Individualschutz des Kindes diesem als eigenständigem Rechtsträger zu gewährleisten. Die Betrachtung hat dementsprechend an dem Zeitpunkt anzusetzen, zu dem das Kind als Rechtssubjekt Träger eigener Rechte sein kann (vgl. auch Senatsbeschluss vom 19. Juli 2017 - XII ZB 72/16 - FamRZ 2017, 1687 Rn. 29). Da der Schutz dem Kind als eigenständigem Rechtsträger zugutekommt, darf er nicht nach der Art der Zeugung differenzieren, auf die das Kind keinen Einfluss hat. Der Schutz des Kindes darf also nicht deshalb ein minderer sein, weil dieses von einer Leihmutter ausgetragen und geboren wurde (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 56). Wurde mithin das Kind infolge durchgeführter Leihmutterchaft geboren, so kann der Frage seiner rechtlichen Zuordnung insbesondere nicht aus - letztlich gescheiterten - generalpräventiven Erwägungen ausgewichen werden.
- 26 (2) Der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung kommt als Aspekt des Kindeswohls entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auch in der vorliegenden Fallkonstellation erhebliche Bedeutung zu. Die Argumentation des Oberlandesgerichts, dass es mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sinne des Kindeswohls ausreiche, die Kontinuität des sozialen Umfelds der Kinder und ihr Heranwachsen im Haushalt der Antragsteller zu gewährleisten, und deren Rechtsstellung als Eltern dafür nicht erforderlich sei, verkennt die Reichweite der durch die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung begründeten Statusbeziehung. Diese erschöpft sich keineswegs in der sorgerechtlichen Stellung der Antragsteller bis zur Volljährigkeit der Kinder und dem familiären Zusammenleben. Mit der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung ist vielmehr eine Reihe weiterer wichtiger Rechte und Rechtspositionen des Kindes verbunden, wie etwa Unterhaltsansprüche, das gesetzliche Erbrecht, der Name, die Staatsangehörigkeit (vgl. BVerfG FamRZ 2014, 449) und - bei ausländischen Kindern - das Aufenthaltsrecht (vgl. BVerwG FamRZ 2018, 1160). Anders als das Oberlandesgericht meint, ist überdies das dauerhafte familiäre Zusammenleben ohne eine gesicherte Elternstellung nicht gewährleistet. Denn die Vormundbestellung der Antragstellerin ist abänderbar, wobei sich die Antragstellerin nicht auf eine eigene Rechtsstellung berufen kann (vgl. BVerfG FamRZ 2014, 1841). Zudem ist der Antragsteller anders als die Antragstellerin nicht Inhaber des Sorgerechts. Dass der Antragsteller, wie das Oberlandesgericht meint, seine Feststellung "als genetischer Vater" nach § 1600 d BGB betreiben könne, verkennt wiederum, dass - bei unterstellter Anwendbarkeit des deutschen Abstammungsrechts gemäß Art. 19 EGBGB - zunächst die gesetzliche Zuordnung des Kindes zum Ehemann der Leihmutter als seinem rechtlichen Vater (§ 1592 Nr. 1 BGB) beseitigt und hierfür ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren erfolgreich durchgeführt werden müsste (vgl. §§ 1599 Abs. 1, 1600 Abs. 1, 1600 d Abs. 1 BGB). Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts kommt es auf die genetische Vaterschaft des Antragstellers mithin allenfalls bei der gesondert zu behandelnden Frage an, ob eine Auslandsentscheidung auch dann anerkennungsfähig ist, wenn kein Wunschelternteil mit dem Kind genetisch verwandt ist (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 34, 53).
- 27 Dass für die Kinder schließlich nach Ansicht des Oberlandesgerichts vorliegend das "offensichtliche" Auseinanderfallen von sozialer und genetischer Elternschaft im Vorder-

grund stehen werde, erscheint im Hinblick auf den Antragsteller auch vom Standpunkt des Oberlandesgerichts aus als nicht nachvollziehbar.

- 28 cc) Der Senat hat die Vereinbarkeit einer Auslandsentscheidung mit dem *ordre public* jedenfalls für den Fall ausgesprochen, dass ein Wunschelternteil im Gegensatz zur Leihmutter mit dem Kind genetisch verwandt ist (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 53, 62). Ob die Auslandsentscheidung darüber hinausgehend auch bei fehlender genetischer Verwandtschaft beider Wunschelternteile anerkannt werden könnte (dafür Dethloff JZ 2016, 207, 210; Duden StAZ 2018, 137, 140 f.), bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Denn auch hier ist von der genetischen Vaterschaft eines Wunschelternteils auszugehen. Dass das Oberlandesgericht die genetische Vaterschaft des Antragstellers trotz des diese belegenden Sachverständigengutachtens nicht festzustellen vermocht hat, ist wiederum nicht frei von Rechtsirrtum. Die Bedenken des Oberlandesgerichts gegen die Verwertbarkeit des Abstammungsgutachtens der Universitätsklinik Eppendorf vom 9. Februar 2012 sind unbegründet. Insbesondere ist das Abstammungsgutachten nicht ohne rechtlich wirksame Vertretung der Kinder in Auftrag gegeben worden.
- 29 (1) Zwar ist ein ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Kindes eingeholtes Abstammungsgutachten nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich nicht verwertbar (Senatsurteile vom 12. Dezember 2007 - XII ZR 173/04 - FamRZ 2008, 501 Rn. 17; vom 1. März 2006 - XII ZR 210/04 - FamRZ 2006, 686, 687 f. und vom 12. Januar 2005 - XII ZR 60/03 - FamRZ 2005, 342, 343 f.; vgl. BVerfG FamRZ 2007, 441, 443). Eine Zustimmung liegt hier indessen vor.
- 30 Das Oberlandesgericht ist ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die Antragsteller nicht zur Vertretung der Kinder berechtigt gewesen seien. Sollte dies darauf beruhen, dass die Antragsteller nach Ansicht des Oberlandesgerichts nicht die rechtlichen Eltern der Kinder sind, so hätte das Oberlandesgericht das von ihm in der Hauptsache erzielte Ergebnis in unzulässiger Weise vorweggenommen. Da die förmliche Anerkennung der Auslandsentscheidung für die wirksame Begründung der Elternschaft nicht konstitutiv ist (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 21 f.), wäre hier zunächst zu unterstellen gewesen, dass die Antragsteller die rechtlichen Eltern der Kinder sind. Als solche wären sie aber kraft ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht befugt gewesen, das Gutachten in Auftrag zu geben und dafür Untersuchungsproben von den Kindern zur Verfügung zu stellen. Der Vertretungsausschluss nach § 1629 Abs. 2a BGB bezieht sich ausdrücklich nur auf gerichtliche Verfahren nach § 1598 a Abs. 2 BGB und erfasst daher nicht die von den sorgeberechtigten Eltern einvernehmlich veranlasste außergerichtliche Begutachtung. Als Einschränkung des verfassungsrechtlich verbürgten Elternrechts ist die Vorschrift einer erweiternden oder entsprechenden Anwendung nicht ohne Weiteres zugänglich (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rn. 23).
- 31 (2) Gemessen an diesen Maßstäben hat das Oberlandesgericht eine Verwertung des Gutachtens zu Unrecht abgelehnt. Da die Elternstellung der Antragsteller in Bezug auf die gesetzliche Vertretung der Kinder zu unterstellen ist und ein diesbezüglicher Vertretungsausschluss nicht eingreift, ist davon auszugehen, dass die Antragsteller die Begutachtung der genetischen Abstammung in rechtmäßiger Weise in Auftrag gegeben haben

und der Verwertung des Sachverständigengutachtens keine Hindernisse entgegenstehen.

- 32 Hinzu kommt, dass der während des Verfahrens für die Kinder bestellte Ergänzungspfleger der Verwertung des Gutachtens jedenfalls in der Rechtsbeschwerdeinstanz ausdrücklich zugestimmt hat. Ob nicht schon in zweiter Instanz zumindest eine konkludente Zustimmung des Ergänzungspflegers vorlag, kann dahinstehen. Davon abgesehen hätte das Oberlandesgericht überdies auch bei unterstellter Unverwertbarkeit des Gutachtens und ausgehend von seiner Rechtsauffassung im Rahmen der nach § 26 FamFG gebotenen Amtsermittlung selbst ein Gutachten einholen müssen.
- 33 (3) Im vorliegenden Fall kann das Gutachten, das unter Verwendung von seitens der untersuchenden Ärztin durchgeführten Mundschleimhautabstrichen des Antragstellers und der Kinder erstattet worden ist, verwertet werden. Nach dem Gutachten ist die Vaterschaft des Antragstellers zu den Kindern mit einem Gesamtwert der Plausibilität von 99,99 % "praktisch erwiesen". Da auch das Oberlandesgericht lediglich eine "rechtlich abgesicherte" Begutachtung für erforderlich gehalten hat und seine weiteren Beanstandungen hinsichtlich des fehlenden Vortrags zur Samenspende und In-vitro-Fertilisation ersichtlich nicht erheblich sind, ist von der genetischen Vaterschaft des Antragstellers auszugehen, ohne dass es zu deren Feststellung einer Zurückverweisung an die Vorinstanz bedarf.
- 34 3. Der Entscheidung des District Court steht somit kein Anerkennungshindernis entgegen, so dass deren Anerkennung in Anbetracht des von den Vorinstanzen hinreichend aufgeklärten Sachverhalts antragsgemäß auszusprechen ist.

Dose

Klinkhammer

Botur

Guhling

Krüger