

# Bundesgerichtshof

## BESCHLUSS

§ 1591 BGB; Art. 19 EGBGB

- 1. Der gewöhnliche Aufenthalt eines im Ausland (hier: in der Ukraine) von einer Leihmutter geborenen Kindes, das entsprechend dem übereinstimmenden Willen aller an der Leihmutterschaft beteiligten Personen alsbald nach der Geburt rechtmäßig nach Deutschland verbracht wird, ist in Deutschland. Ein vorheriger gewöhnlicher Aufenthalt im Geburtsland bestand dann nicht.**
  
- 2. Auch wenn in Bezug auf die Person der Leihmutter nach Art. 19 I 2 EGBGB ausländisches Recht Anwendung findet, dass ihre rechtliche Mutterschaft ausschließt, kommt im Rahmen der zwischen den widersprüchlichen Statuszuweisungen vorzunehmenden Günstigkeitsprüfung das deutsche Recht zu Anwendung, weil das Kind nur bei dessen Anwendung überhaupt eine Mutter habe.**

BGH, Beschluss vom 20.03.2019, Az.: XII ZB 530/17

### **Tenor:**

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. September 2017 wird auf Kosten der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen.

Wert: 5.000 €

### **Gründe:**

I.

1

Die Beteiligten streiten um die Berichtigung einer Eintragung im Geburtenregister.

2

Die Beteiligten zu 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 (Beteiligter zu 1) befruchtete Eizelle der Ehefrau (Beteiligte zu 2) der ukrainischen Leihmutter (Beteiligte zu 5) eingesetzt. Diese gebar im Dezember 2015 in Kiew das betroffene Kind.

3

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

Beteiligten zu 1 und 2 als Eltern und stellte eine entsprechende Geburtsurkunde aus.

4

Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt waren, wurde auf ihren Antrag im Januar 2016 die Auslandsgeburt entsprechend der ukrainischen Geburtsurkunde beurkundet. Erst aufgrund eines später eingegangenen und ebenfalls auf die Beurkundung der Auslandsgeburt gerichteten Antrags der Deutschen Botschaft in Kiew ergab sich für das Standesamt (Beteiligter zu 3), dass das Kind von einer Leihmutter geboren wurde.

5

Auf Antrag der Standesamtsaufsicht (Beteiligter zu 4) hat das Amtsgericht das Standesamt angewiesen, den Eintrag im Geburtenregister zu berichtigen und anstelle der Ehefrau die Leihmutter als Mutter des Kindes einzutragen. Das Oberlandesgericht hat - nach Beteiligung der Leihmutter am Verfahren - die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Dagegen richten sich deren zugelassene Rechtsbeschwerden.

II.

6

Die Rechtsbeschwerden haben keinen Erfolg.

7

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist die Eintragung im Geburtenregister unrichtig, weil die Beteiligte zu 2 nach dem hier anzuwendenden deutschen Recht gemäß § 1591 BGB nicht die Mutter des Kindes sei. Sowohl nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB als auch nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB finde für die Beurteilung der Abstammung des Kindes deutsches Recht Anwendung.

8

Eine vorrangige Anerkennung der Eintragung der Beteiligten zu 2 in der vom ukrainischen Standesamt ausgestellten Geburtsurkunde komme nicht in Betracht. Die vom Kiewer Standesamt vorgenommene Eintragung im dortigen Geburtenregister und die entsprechende Ausstellung der Geburtsurkunde seien keine anerkennungsfähige Entscheidung im Sinne von § 108 FamFG. Diese gingen funktional nicht über die Eintragung in einem deutschen Personenstandsregister hinaus.

9

Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB sei der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes zu dem Zeitpunkt maßgebend, in dem seine Abstammung festgestellt werden solle. Das Abstammungsstatut sei danach wandelbar. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes sei derzeit Deutschland. Zwar könne ein nach ausländischem Recht begründetes Abstammungsverhältnis den mit dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts verbundenen Statutenwechsel überdauern. Für das Kind sei aber hinsichtlich des Zeitpunkts der Geburt kein nach internationalem Recht zu beachtendes Abstammungsverhältnis begründet worden, das im Ergebnis von der Anwendung deutschen Rechts abweiche.

10

Das ukrainische internationale Privatrecht enthalte keine ausdrückliche Regelung für die Abstammung eines Kindes von seiner Mutter. Die darin enthaltenen Regelungen zur Abstammung vom Vater und zu Rechten und Pflichten von Eltern und Kindern zeigten jedoch, dass das ukrainische internationale Privatrecht insoweit an das Personalstatut des Kindes anknüpfen wolle. Dieses richte sich nach der

Staatsangehörigkeit und im Fall doppelter Staatsangehörigkeit nach dem Recht des Staates, mit dem die Person am engsten verbunden sei, in dem sie insbesondere ihren Wohnsitz habe. Das Kind habe aufgrund der vor der Geburt abgegebenen Vaterschaftsanerkennung durch den Beteiligten zu 1 in jedem Fall die deutsche Staatsangehörigkeit erworben. Ob es daneben auch die ukrainische Staatsangehörigkeit erworben habe, könne offenbleiben, weil das Kind aufgrund des von vornherein feststehenden Wechsels des Aufenthalts nach Deutschland mit der deutschen Rechtsordnung am engsten verbunden sei.

11

Nach dem danach maßgeblichen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB komme eine Verweisung auf das materielle ukrainische Recht nur dann in Betracht, wenn das Kind im Zeitpunkt seiner Geburt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Ukraine gehabt habe. Das sei zu verneinen, weil dessen von vornherein nur zeitlich beschränkt geplanter Auslandsaufenthalt keinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Land seiner Geburt begründe. Bei sämtlichen an der Leihmutterchaft beteiligten Personen habe von vornherein der übereinstimmende Wille bestanden, dass die Beteiligten zu 1 und 2 mit dem Kind zeitnah nach Deutschland ausreisen und dort am Wohnsitz der Beteiligten zu 1 und 2 leben würden. Dieses Vorhaben sei auch entsprechend umgesetzt worden.

12

Demnach sei die Leihmutter als Mutter einzutragen. Auch wenn in Bezug auf ihre Person nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB das ukrainische Recht Anwendung finde, das ihre rechtliche Mutterschaft ausschliesse, komme im Rahmen der zwischen den widersprüchlichen Statuszuweisungen vorzunehmenden Günstigkeitsprüfung das deutsche Recht zur Anwendung, weil das Kind nur bei dessen Anwendung überhaupt eine Mutter habe.

13

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

14

a) Das Oberlandesgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Berichtigung des Eintrags im Geburtenregister nach §§ 47, 48 PStG nicht wegen einer - vorrangig zu prüfenden - verfahrensrechtlichen Anerkennung der in der Ukraine erfolgten Eintragung im Geburtenregister gehindert ist. Weil diese wie auch die Ausstellung der entsprechenden Geburtsurkunde keine einer Gerichtsentscheidung vergleichbaren Wirkungen entfalten, handelt es sich nicht um anerkennungsfähige Entscheidungen im Sinne von § 108 Abs. 1 FamFG (vgl. Senatsbeschluss vom 20. März 2019 - XII ZB 320/17 - zur Veröffentlichung bestimmt).

15

b) Wie das Oberlandesgericht zu Recht angenommen hat, ist auf die im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Frage der rechtlichen Abstammung des betroffenen Kindes deutsches Recht anzuwenden.

16

aa) Nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Abstammung eines Kindes dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Artikel 14 Abs. 2 EGBGB unterliegen (Art. 19 Abs. 3 Satz 1 1. Halbsatz EGBGB).

17

Die in Art. 19 Abs. 1 EGBGB aufgeführten Alternativen stehen in keinem Rangverhältnis zueinander, sondern sind einander gleichwertig (Senatsbeschlüsse BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 28 und vom 3. August 2016 - XII ZB 110/16 - FamRZ 2016, 1847 Rn. 8 mwN). Während die beiden erstgenannten Alternativen (Aufenthaltsstatut und Heimatrecht der Eltern) grundsätzlich wandelbar sind, ist die dritte Alternative (Ehewirkungsstatut) auf einen festen Zeitpunkt, nämlich den Zeitpunkt der Geburt des Kindes, bezogen. Daraus folgt, dass die Voraussetzungen der ersten beiden Alternativen bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilen sind (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2017 - XII ZB 277/16 - FamRZ 2017, 1682 Rn. 15). Hierbei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 137).

18

bb) Das Heimatstatut der Eltern und das Ehewirkungsstatut führen in der vorliegenden Fallkonstellation im Hinblick auf eine gesetzliche Elternschaft der Beteiligten zu 1 und 2 unzweifelhaft zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts. Etwas anderes kann sich mithin nur aus der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ergeben.

19

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der gewöhnliche Aufenthalt der Schwerpunkt der Bindungen der betroffenen Person, ihr Daseinsmittelpunkt (Senatsbeschluss BGHZ 78, 293 = FamRZ 1981, 135, 136 f. zum Haager Minderjährigenschutzabkommen; BGH Urteil vom 5. Februar 1975 - IV ZR 103/73 - FamRZ 1975, 272, 273 zum Haager Unterhaltsübereinkommen). Dieser ist aufgrund der gegebenen tatsächlichen Umstände zu beurteilen und muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Ein bloß vorübergehender Aufenthalt in einem Staat begründet dort noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt (EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 51 - Mercredi). Bei minderjährigen Kindern, insbesondere bei Neugeborenen, ist vorwiegend auf die Bezugspersonen des Kindes, die es betreuen und versorgen, sowie deren soziales und familiäres Umfeld abzustellen (vgl. EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 53 ff. - Mercredi; vgl. auch EuGH FamRZ 2017, 1506). Befindet sich das Kind bei seinen Eltern, wird es regelmäßig deren gewöhnlichen Aufenthalt teilen. Ausnahmsweise können allerdings der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und der seiner - auch sorgeberechtigten - Eltern auseinanderfallen (vgl. Art. 10 Brüssel IIa-VO - Aufenthaltswechsel trotz Kindesentführung; Budzikiewicz in Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens Migration und IPR [2018] S. 95, 115 f. - minderjährige unbegleitete Flüchtlinge). Im Regelfall lassen aber neben der tatsächlichen Integration des Kindes in sein jeweiliges Umfeld die rechtlichen Gegebenheiten (rechtliche Abstammung, Staatsangehörigkeit, Sorgerecht; vgl. EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 23, 48 - Mercredi) einen Schluss darauf zu, ob das Kind den gewöhnlichen Aufenthalt seiner Eltern oder sonstiger Bezugspersonen teilt oder ob es ausnahmsweise einen von diesen getrennten Daseinsmittelpunkt hat. Steht nach allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen ein rechtlicher Elternteil des Kindes fest, kommt dessen Elternstellung wie auch einer sich daraus etwa ergebenden Staatsangehörigkeit des Kindes Bedeutung zu, welche in Fällen der vorliegenden Art vor allem Voraussetzung für eine (rechtmäßige) Einreise nach Deutschland ist.

20

Ist die rechtliche Abstammung des Kindes von keinem Elternteil zweifelsfrei feststellbar, weil die in Betracht kommenden Rechtsordnungen in dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, so ist aufgrund anderer, gesicherter Umstände zu prüfen, ob das Kind etwa seinen Aufenthalt alsbald wechseln oder voraussichtlich an seinem gegenwärtigen Aufenthalt verbleiben wird. Dabei kommt es auf die soziale Integration des Kindes an, wobei diese neben den tatsächlichen auch von rechtlichen Faktoren abhängen kann, wenn diese den künftigen Aufenthalt

des Kindes wirksam bestimmen. Insbesondere ist darauf Rücksicht zu nehmen, welche Personen faktisch über den Aufenthalt des Kindes bestimmen und wo dieses sich voraussichtlich künftig aufhalten wird.

21

(2) Nach diesen Maßstäben ist das Oberlandesgericht im vorliegenden Fall mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass das betroffene Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.

22

Es entsprach von vornherein der übereinstimmenden Absicht aller an der Leihmutterschaft Beteiligten, dass das Kind alsbald nach der Geburt mit den Beteiligten zu 1 und 2 nach Deutschland gelangen und dort dauerhaft bleiben sollte. Zudem ist die rechtliche Vaterstellung des Beteiligten zu 1 nach beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen gesichert. Denn dieser ist sowohl nach ukrainischem als auch nach deutschem Recht als rechtlicher Vater des Kindes anzusehen, was von der - insoweit nicht verfahrensgegenständlichen - Eintragung des Beteiligten zu 1 als Vater des Kindes im Geburtenregister bestätigt wird (§ 54 PStG; vgl. Senatsbeschluss vom 23. Januar 2019 - XII ZB 265/17 - juris Rn. 18 zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Aufgrund der rechtlichen Vaterschaft des Beteiligten zu 1 besitzt das Kind nach § 4 Abs. 1 StAG zumindest auch die deutsche Staatsangehörigkeit und hält sich somit rechtmäßig in Deutschland auf. Da der Beteiligte zu 1 jedenfalls mitsorgeberechtigt ist, wäre es der Leihmutter - ihre rechtliche Mutterschaft unterstellt - selbst im Fall eines Sinneswandels nicht möglich, das Kind gegen den Willen des Beteiligten zu 1 in die Ukraine zu verbringen (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 185, 272 = FamRZ 2010, 1060 Rn. 16; Kropholler FS Jayme S. 471 ff.).

23

cc) Das Oberlandesgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass aufgrund des ukrainischen Rechts keine rechtliche Abstammungszuordnung des Kindes zur Beteiligten zu 2 hergestellt worden ist, die einen Statutenwechsel gegebenenfalls hätte überdauern können.

24

Ob eine nach einer früher anwendbaren Rechtsordnung bereits begründete Abstammungsbeziehung den aufgrund der Wandelbarkeit der Anknüpfung eröffneten Statutenwechsel überdauern kann, musste vom Senat bislang nicht entschieden werden. Der Bundesgerichtshof ist in verschiedenen Fallgestaltungen zwar von der Möglichkeit des Fortbestands wohlverworbener Rechte ausgegangen (BGHZ 63, 107 = FamRZ 1975, 24, 25 - Ehefrau; BGH Urteil vom 27. Oktober 1976 - IV ZR 147/75 - FamRZ 1977, 46, 47 - Befugnis zur Vaterschaftsfeststellungsklage).

25

Die Frage kann hier aber offenbleiben, weil eine Begründung der rechtlichen Abstammung des Kindes von der Beteiligten zu 2 als Wunschmutter durch das ukrainische Recht im Ergebnis nicht erfolgt ist. Allerdings bedurfte es in diesem Zusammenhang der vom Oberlandesgericht durchgeführten isolierten Prüfung des ukrainischen internationalen Privatrechts nicht (vgl. auch Duden Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht [2015] S. 46 f. mwN). Da der vorliegende Fall schon aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu 1 und 2 als Wunscheltern einen starken Inlandsbezug aufweist, findet das deutsche Kollisionsrecht schon auf die Rechtslage bei Geburt des Kindes unmittelbare Anwendung (vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 28).

26

Eine Anwendbarkeit des ukrainischen Rechts auf die Abstammung des Kindes von der Beteiligten zu 2 käme in der vorliegenden Fallkonstellation allenfalls aufgrund der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in Betracht. Ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in der Ukraine bestand jedoch zu keinem Zeitpunkt. Wie bereits ausgeführt, entsprach es der Absicht aller an der Leihmutterschaft Beteiligten, dass das Kind alsbald nach der Geburt mit den Beteiligten zu 1 und 2 nach Deutschland gelangen und dort dauerhaft bleiben sollte. Da diese Absicht auch umgesetzt wurde, hatte das Kind in der Ukraine, wo es nur kurzzeitig verbleiben sollte, nie einen gewöhnlichen Aufenthalt. Die gegenteilige Auffassung, das neugeborene Kind habe in der vorliegenden Fallkonstellation seinen gewöhnlichen Aufenthalt stets dort, wo auch die Frau, die es geboren hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (so Siehr StAZ 2015, 258, 266 mwN), widerspricht demgegenüber sowohl den tatsächlichen als auch den im Geburtsstaat bestehenden rechtlichen Gegebenheiten.

27

Eine rechtliche Mutterschaft der Beteiligten zu 2 konnte wegen des insoweit allein anwendbaren deutschen Rechts mithin nicht begründet werden.

28

3. Als rechtliche Mutter ist stattdessen die Leihmutter im Geburtenregister einzutragen. Das Oberlandesgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die alternative Anknüpfung in Art. 19 Abs. 1 EGBGB hinsichtlich der Leihmutter sowohl auf das deutsche Recht (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB) als auch das ukrainische Recht (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) verweist. Da insoweit aber nur das deutsche Recht zur Feststellung einer Abstammungsbeziehung führt, ist es im vorliegenden Fall entsprechend Sinn und Zweck der in Art. 19 Abs. 1 EGBGB enthaltenen Mehrfachanknüpfung anzuwenden. Dass diese dem Kind möglichst zur Zuordnung eines rechtlichen Vaters verhelfen soll (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687 Rn. 19 mwN - zur Vaterschaft), bleibt nicht auf die Vaterschaft beschränkt, sondern ist auch in Bezug auf die rechtliche Mutterschaft anzuwenden. Dass die Leihmutter die Übernahme der Elternstellung ablehnt, ist aufgrund der bewusst getroffenen gegenläufigen gesetzgeberischen Entscheidung, wie sie in der Regelung des § 1591 BGB zum Ausdruck kommt (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 35), nicht ausschlaggebend. Um die gewünschten Rechtswirkungen auch für die Beteiligte zu 2 zu erzielen, sind die Beteiligten zu 1 und 2 somit auf ein Adoptionsverfahren zu verweisen