

## Niclas Stephan: Die Baumeister im Gerichtshof – Art. 8 EMRK im Spannungsfeld zwischen dem Legalitätsprinzip und den Rechten von Eltern und Kindern

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)“ bei Prof. Dr. Eva Julia (Lehrstuhl für Öffentliches Recht III – Öffentliches Recht, Europarecht, Umweltrecht und Rechtsvergleichung) entstanden.*

### A. Einleitung

„Gott hat mir ein Lachen bereitet; jeder, der es hört, wird mir zulachen.“<sup>1</sup> Das sind die Worte von Sara im Alten Testament, nachdem sie – lange kinderlos – ihren Sohn Isaak geboren hatte. Der unerfüllte Wunsch nach eigenen Kindern ist somit keine neue Erscheinung, allerdings steigt die Relevanz dieses Phänomens. Nicht nur, dass ungefähr jeder Sechste in seinem Leben zumindest zeitweilig von Unfruchtbarkeit betroffen ist.<sup>2</sup> Der Anteil ungewollt Kinderloser ist in Deutschland zwischen 2013 und 2020 von 25 % auf 32 % angestiegen.<sup>3</sup> Mittlerweile existiert eine Reihe an Methoden, um Fruchtbarkeitshindernisse zu überwinden. Am häufigsten dokumentiert ist dabei eine Form der In-Vitro-Fertilisation.<sup>4</sup> Zur Erfüllung des Kinderwunsches eingeschränkt fertiler Frauen<sup>5</sup> oder gleichgeschlechtlicher Paare bleibt aus rechtlichen Gründen aber oft nur der Weg der Adoption. So greifen einige auf eine Leihmutter zurück. Kommt es auf diesem Weg zur Geburt eines Kindes, prallen staatliche Verbote auf gelebte familiäre Beziehungen.

Vor diesem Hintergrund geht diese Arbeit der Frage nach, welche Anforderungen die Europäischen Menschenrechtskonvention für die rechtliche Anerkennung von Wunscheltern aufstellt. Hierfür wird zunächst der Umgang mit der Leihmutterschaft und die Zuweisung rechtlicher Elternschaft in Deutschland beleuchtet. Dabei ist ein besonderer Blick auf die Situation von Regenbogenfamilien gerichtet. Daraufhin werden die sich aus der Konvention

ergebenden Gewährleistungen aller Beteiligten betrachtet. Im Anschluss wird mittels einer Urteilsschau untersucht, wie der EGMR mit einer Konfrontation dieser beiden Seiten umgeht. Aus diesem Umgang wird ein konventionsrechtlicher Kanon an Grundsätzen für die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft erarbeitet. An diesen Grundsätzen wird die deutsche Rechtslage gemessen und es wird überprüft, ob sie den Vorgaben standhält. Sodann werden die Grundsätze selbst einer kritischen Betrachtung unterzogen. Zum Schluss folgt ein Fazit mit einem Ausblick auf potenzielle Entwicklungsrichtungen.

### B. Die Rechtslage in Deutschland

#### I. Leihmutterschaft

Die Vorschrift des § 1 I Nr. 7 ESchG verbietet die Übertragung eines Embryos auf eine „Ersatzmutter“<sup>6</sup>. Nach §§ 13c, 14b I AdVermiG ist die Leihmuttervermittlung untersagt und unter Strafe gestellt. § 13d AdVermiG verbietet das Suchen oder Anbieten von Leihmüttern oder Bestelleltern durch öffentliche Erklärungen. Zwar werden gem. §§ 1 III Nr. 2 ESchG, 14b III AdVermiG weder die Leihmutter noch die Wunscheltern bestraft – alle anderen Beteiligten, vor allem die Angehörigen der medizinischen Berufe<sup>7</sup>, können sich jedoch sehr wohl strafbar machen.<sup>8</sup> Dies gilt potenziell auch für im Ausland begangene Taten, zum Beispiel durch die bewusste Vorbereitung einer Patientin im Inland oder durch die explizite

<sup>1</sup> Gen 21,7 EÜ.

<sup>2</sup> WHO, Infertility prevalence estimates. 1990 – 2021, <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/a22ced65-46b1-4482-bf85-058719fec649/content> [Stand: 16.10.2025], S. XI.

<sup>3</sup> Wippermann, Kinderlose Frauen und Männer. Ungewollte oder gewollte Kinderlosigkeit im Lebenslauf und Nutzung von Unterstützungsangeboten, <https://www.bmbfsfj.bund.de/resource/blob/94130/bc0479bf5f54e5d798720b32f9987bf2/kinderlose-frauen-und-maenner-ungewollte-oder-gewollte-kinderlosigkeit-im-lebenslauf-und-nutzung-von-unterstuetzungsangeboten-studie-data.pdf> [Stand: 16.10.2025], S. 49; Wippermann, Ungewollte Kinderlosigkeit 2020. Leiden – Hemmungen – Lösungen, <https://www.bmbfsfj.bund.de/resource/blob/161018/b36a36635c77e98bcf7b4089cd1e562e/ungewollte-kinderlosigkeit-2020-data.pdf> [Stand: 16.10.2025], S. 37 f.

<sup>4</sup> Die sog. Intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI), D.I.R., D.I.R.-Jahrbuch 2023, J. Reproduktionsmed. Endokrinol 2024, Sonderheft 4, S. 18, 49, 50.

<sup>5</sup> Klassischerweise würde man hier von Sterilität und Infertilität sprechen. Nach Ludwig/Diedrich/Nawroth, Was ist „Sterilität“ – eine Begriffsbestimmung in: Diedrich, Klaus/Ludwig, Michael/Griesinger, Georg [Hrsg.], Reproduktionsmedizin, 2. Auflage 2020, S. 3 (3 ff.) werden diese Begriffe der Realität in ihrer Absolutheit jedoch zumeist nicht gerecht.

<sup>6</sup> Das Gesetz verwendet den Begriff der „Ersatzmutter“. Gleichwohl ist der Begriff der „Leihmutter“ seit langer Zeit am gängigsten, weshalb hier dieses Wort verwendet wird. So bereits Dietrich, Mutterschaft für Dritte. Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensoziologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Verfahren, 1989, S. 8; ferner Lederer, Grenzenloser Kinderwunsch. Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld, 2016, S. 24.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 9.

<sup>8</sup> Häberle in: Erbs/Kohlhaas. Strafrechtliche Nebengesetze, 254. EL Oktober 2024, § 1 ESchG Rn. 12; Lutz in: Erbs/Kohlhaas, § 14b AdVermiG Rn. 1.

Vermittlung an einen ausländischen Kollegen.<sup>10</sup> Vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 1 I Nr. 7 ESchG und §§ 13c, 13d AdVermiG um gesetzliche Verbote im Sinne von § 134 BGB handelt, sind entsprechende Behandlungs- und Vermittlungsverträge nichtig.<sup>11</sup> Der Vertrag zwischen der Leihmutter und den Wunscheltern wird als sittenwidrig im Sinne von § 138 I BGB und insofern ebenfalls als nichtig angesehen.<sup>12</sup> Mithin ist die Leihmutterschaft an sich nicht verboten, jedoch im Grunde alles, was zu ihr führen kann.<sup>13</sup> So sollen Leihmütter vor gesundheitlichen Gefahren geschützt und Kinder vor psychischen Folgen und einer erschwerten Identitätsfindung bewahrt werden.<sup>14</sup>

## II. Die Stellung von Wunscheltern

### 1. Rechtliche Mutter

Die rechtliche Mutter ist gem. § 1591 BGB stets die Frau, die das Kind geboren hat – eine gesplante Mutterschaft soll im Interesse des Kindes vermieden werden.<sup>15</sup> Das Ergebnis dieser unverrückbaren Feststellung<sup>16</sup> ist, dass die genetische oder soziale Mutterschaft keinerlei Rolle spielt. Auch eine Änderung des Eintrages im Personenstandsregister ändert an der Feststellung der Mutterschaft nichts.<sup>17</sup> Somit ist jedenfalls nach rechtlichen Maßstäben stets die gebärende Leihmutter eines Kindes dessen Mutter.<sup>18</sup> Das gilt selbst dann, wenn ihr eine Eizelle gespendet wurde und sie das Kind umgehend an eine Frau abgibt, welche die soziale Mutterrolle einnehmen möchte. Eine nachträgliche Korrektur dieses Rechtszustandes ist abgesehen von einer Adoption nicht möglich.<sup>19</sup>

## 2. Rechtlicher Vater

Nach der gesetzlichen Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB ist zunächst der Ehemann der Mutter der rechtliche Vater des Kindes. Das gilt indes nicht für noch bestehende eingetragene Lebenspartnerschaften<sup>20</sup> oder für die Ehefrau der Mutter.<sup>21</sup> Für trans Personen gilt diese Regel nach § 11 I 2 SBGG ebenfalls nicht, wenn ihr Eintrag im Personenstandsregister erst nach der Geburt des Kindes geändert wurde.<sup>22</sup> Im Grundsatz kann somit die Vaterschaft eines männlichen Wunschelternteils mit Zustimmung der Leihmutter auch ohne Verwandtschaft gem. §§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB anerkannt werden.<sup>23</sup>

Ist die Leihmutter aber mit einem Mann verheiratet, so existiert bereits ein rechtlicher Vater, dessen Vaterschaft zwecks § 1594 II BGB zunächst bestehen bleibt.<sup>24</sup> Der Wunschvater müsste die Vaterschaft des Ehemannes im Wege von § 1599 I BGB i. V. m. § 1600 I Nr. 2 BGB anfechten, um seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Das kann er aber nach § 1600 II BGB nur dann, wenn er auch der genetische Vater des Kindes ist.<sup>25</sup> Andernfalls wären die Wunscheltern auf eine Anfechtung durch die Leihmutter oder deren Ehemann nach § 1599 I BGB i. V. m. §§ 1600 I Nr. 1, 3 BGB angewiesen, um das Kind zunächst vaterlos zu stellen<sup>26</sup> und ein Anerkenntnis durch den Wunschvater zu ermöglichen.

### 3. Ausländische Entscheidungen

Wird eine Leihmutter im Ausland konsultiert, kann sich je nach Staat eine gänzlich andere Lösung ergeben. Ergibt eine Gerichtsentscheidung über die Abstammung des Kindes, ist

<sup>10</sup> Vgl. KG, Urteil v. 8.11.2013 – 5 U 143/11, MedR 2014, S. 498 (500); Häberle in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 8), § 1 ESchG Rn. 14; Dorneck, Anmerkung zu KG, Urt. v. 8.11.2013 – 5 U 143/11 (LG Berlin), MedR 2014, S. 502 (503); Valerius, Kinderwunschbehandlungen im Ausland. Ist das Embryonenschutzgesetz nach 25 Jahren noch zeitgemäß?, MedStr 2017, S. 20 (24 f.).

<sup>11</sup> Fischinger/Hengstberger in: Staudinger BGB, Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 134-138; ProstG, 2024, § 134 BGB Rn. 213, 323.

<sup>12</sup> Fischinger in: Staudinger (Fn. 10), § 138 BGB Rn. 702 f.

<sup>13</sup> So auch Majer, Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution, NJW 2018, S. 2294 (2295).

<sup>14</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 15; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.

<sup>15</sup> Nur die gebärende Frau habe zu dem Kind eine körperliche und psychosoziale Beziehung aufgebaut, siehe: BT-Drs. 13/4899 S. 82. Die Gesetzesbegründung zum ESchG macht diesbezüglich negative Auswirkungen auf die seelische Entwicklung geltend, siehe: BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>16</sup> So umschreibt es die Gesetzesbegründung, siehe: BT-Drs. 13/4899 S. 82.

<sup>17</sup> BGHZ 215, S. 318 (322); BGH, Beschluss v. 26.1.2022 – XII ZB 127/19, NJW 2022, S. 1531 (1532). Das gilt auch für den umgekehrten Fall, z. B. wenn mit dem zuvor konservierten Samen einer trans Frau ein Kind gezeugt wird, siehe: BGH, Beschluss v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NJW 2018, S. 471 (471).

<sup>18</sup> Wellenhofer in: MüKo-BGB, 9. Auflage 2024, § 1591 BGB Rn. 21.

<sup>19</sup> Die Möglichkeit einer §§ 1599 ff. BGB vergleichbaren Mutterschaftsanfechtung hat der damalige Gesetzgeber gesehen und explizit ausgeschlossen, BT-Drs. 13/4899 S. 82; BT-Drs. 1385/11 S. 69; Hammermann in: Erman BGB, 17. Auflage 2023, § 1591 BGB Rn. 4.

<sup>20</sup> Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 6.

<sup>21</sup> BGHZ 220, S. 58 (60 f.); OLG Dresden, Beschluss v. 2.5.2018 – 3 W 292/18, FamRZ 2018, S. 1165 (1165 f.). Demgegenüber halten OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, FamRZ 2021, S. 862 (863 ff.) und KG, Beschluss v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, S. 854 (855 ff.) diese Regelung für verfassungswidrig, weil sie die Grundrechte der Ehefrau und des Kindes verletze. Sie haben die Frage nach Art. 100 I GG dem BVerfG vorgelegt.

<sup>22</sup> Maßgebend ist, ob im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Geburt der männliche Geschlechtseintrag steht oder zuvor stand, BT-Drs. 20/9049 S. 52 f. Selbst für eine im Zweifel weit nach der Geburt liegende Vaterschaftsfeststellung zählt nur der Eintrag zum Zeitpunkt der Geburt, ebd. S. 52. Daneben ergibt sich als unschöne Folge für trans Frauen, dass jene zwar eine Eintragung erwirken können, dies aber eben nur als „Vater“ möglich ist, Rentsch/Valentiner, Das neue Selbstbestimmungsgesetz – eine Bestandsaufnahme, NJW 2024, S. 3407 (3408).

<sup>23</sup> Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 15.

<sup>24</sup> Hammermann in: Erman-BGB (Fn. 18), § 1592 BGB Rn. 6; Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1592 BGB Rn. 16, 25.

<sup>25</sup> Dem ist dann nicht so, wenn z. B. wegen beiderseitiger Unfruchtbarkeit im Rahmen einer Leihmutterschaft die Samenspende eines Dritten verwendet wird.

<sup>26</sup> Wellenhofer in: MüKo-BGB (Fn. 17), § 1599 BGB Rn. 52.

diese in Deutschland nach § 108 FamFG anzuerkennen.<sup>27</sup> Wird aber lediglich eine Geburtsurkunde ausgestellt, bestimmt nach Art. 19 I 1 EGBGB der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes das anzuwendende Recht, was bei deutschen Eltern zumeist deutsches Recht sein wird.<sup>28</sup> Nun fehlt es zwar an belastbaren Zahlen bezüglich der typischen Behandlungsländer.<sup>29</sup> Es lässt sich aber konstatieren, dass die attraktivsten Ziele wohl die USA (hier vor allem Kalifornien)<sup>30</sup> und die Ukraine sind.<sup>31</sup> In Kalifornien sind gerichtliche Abstammungsentscheidungen erwirkbar, auch schon vor der Geburt des Kindes.<sup>32</sup> In der Ukraine werden regelmäßig nur Geburtsurkunden ausgestellt.<sup>33</sup> Der Preisrahmen einer Behandlung ist jedoch in der Ukraine<sup>34</sup> deutlich niedriger als in Kalifornien<sup>35</sup>, was viele Interessierte veranlassen dürfte, dort eine Behandlung in Anspruch zu nehmen. Im Regelfall wird es mithin bei der geschilderten und mit Rechtsunsicherheit<sup>36</sup> verbundenen Rechtslage bleiben.

#### 4. Praktische Konsequenzen

Die Rechte des Wunschvaters sind somit das generelle Einfallstor zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft. Ist dessen Vaterschaft festgestellt, wird eine eheliche

Stiefkindadoption gem. § 1741 II 3 BGB durch den zweiten Wunschelternteil möglich.<sup>37</sup> Seit kurzem steht diese Möglichkeit gem. § 1766a I BGB allen Paaren in einer verfestigten Lebensgemeinschaft offen.<sup>38</sup> Schwieriger wird es, wenn diese Rechte nicht wahrgenommen werden können, weil es sich etwa um zwei Frauen handelt. Hier kann die rechtliche Elternschaft nur im Wege einer aufwendigeren<sup>39</sup> und von Unsicherheiten geprägten<sup>40</sup> Adoption entstehen. Die Voraussetzungen können zudem gem. § 1741 I 2 BGB verschärft sein, wenn das Handeln der Wunscheltern als gesetzeswidrige Kindesvermittlung eingestuft wird.<sup>41</sup>

Außerdem bedeutet dies, dass dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit nicht vermittelt wird, womit eine Passausstellung und eine Einreise scheitern können, § 4 I StAG, §§ 1 I 1, 6 I, II PassG. Infolgedessen ist es möglich, dass das Kind in einem Waisenhaus im Geburtsstaat untergebracht wird.<sup>42</sup> Dort sind die Wunscheltern aber oft schon die rechtlichen Eltern des Kindes, was eine Adoption vor Ort ausschließt.<sup>43</sup> Auch ein internationales Adoptionsverfahren

<sup>27</sup> BGHZ 203, S. 350 (356); BGH, Beschluss v. 12.1.2022 – XII ZB 142/20, NJW 2022, S. 2273 (2274). Jedenfalls dann, wenn ein Wunschelternteil mit dem Kind verwandt ist und keine Verwandtschaft der Leihmutter besteht.

<sup>28</sup> Berkl, Ausländische Leihmutterschaft – Beurkundung der Geburt im Inland, StAZ 2020, S. 258 (263 f.).

<sup>29</sup> Leopoldina/Akademieunion, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 79.

<sup>30</sup> Lederer (Fn. 6), S. 99 ff.; Orejudo Prieto de los Mozos, Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood, Yb. Priv. Int. L. 2011, S. 619 (622) macht hierfür den gut organisierten Rechtsprozess in Kalifornien verantwortlich.

<sup>31</sup> Lederer (Fn. 6), S. 81, 113. Zwar werden hier zusätzlich Russland und Indien als populäre Ziele aufgezählt. Allerdings hat das Föderale Gesetz Nr. 538-FZ v. 19.12.2022 den Art. 51 P. 4 Abs. 2 des Russischen Familiengesetzbuches abgeändert, sodass jedenfalls ein Wunschelternteil russischer Staatsbürger sein muss. Indien hat die kommerzielle Leihmutterschaft mit der Surrogacy (Regulation) Bill 2019 (Bill No. 156 of 2019) verboten.

<sup>32</sup> Siehe insb. Sec. 7962 (f) (2) des California Family Code; Helms, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, S. 114 (118); Dutta, Künstliche Fortpflanzungen in „Anbieterrechtsordnungen“ – ein Blick über Europa hinaus in: Dutta, Anatol/Schwab, Dieter/Heinrich, Dieter/Gottwald, Peter/Löhnig, Martin [Hrsg.], Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, 2015, S. 355 (363 ff.); vgl. auch Orejudo Prieto de los Mozos, Yb. Priv. Int. L. 2011, S. 619 (622).

<sup>33</sup> Eine gerichtliche Feststellung ist im ukrainischen Recht grundsätzlich nicht vorgesehen, hier sind die Wunscheltern generell kraft Gesetzes die rechtlichen Eltern, siehe Art. 123 II des ukrainischen Familiengesetzbuches, in deutscher Sprache abgedruckt bei: Daschenko in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band 22, Tschechische Republik – Ungarn, 258. EL 2024, Ukraine, S. 81; Dutta in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (Fn. 31), S. 355 (362); Duden, Ausländische Leihmutterschaft: Elternschaft durch verfahrensrechtliche Anerkennung, StAZ 2014, S. 164 (165).

<sup>34</sup> Eine Klinik in Charkiw bietet Leihmutterschaften mit einer fremden Frau ab 37.500 € an, siehe: Feskov Human Reproduction Group, Passende Pakete zu fairen Preisen für eine Leihmutterschaft in der Ukraine, <https://leihmutterschaft-zentrum.de/leihmutterschaft-dienstleistungen.php> [Stand: 23.2.2025]. Eine andere Klinik in Lviv bietet sie ab 43.000 € an, siehe: Parens International, Leihmutterschaft/Preisliste, <https://parensinternationalagency.com/de/uber-uns/preisliste/> [Stand: 23.2.2025].

<sup>35</sup> Eine Agentur mit mehreren Standorten in Kalifornien spricht von Durchschnittspreisen von 190.000 \$ bis 230.000 \$, siehe: West Coast Surrogacy Inc., Surrogate Pricing & Costs, <https://www.westcoastsurrogacy.com/surrogate-program-for-intended-parents/surrogate-mother-cost> [Stand: 23.2.2025]. Eine Agentur in Los Angeles bezieht sich auf regelmäßige Preise von 130.000 \$ bis über 200.000 \$, mit einer extra Gebühr für internationale Kunden, siehe: The Fertility Agency, How Much Does Surrogacy Really Cost, <https://thefertilityagency.com/find-a-surrogate/costs-and-fees> [Stand: 23.2.2025].

<sup>36</sup> Lederer (Fn. 6), S. 46.

<sup>37</sup> Diese ist in mehrfacher Hinsicht privilegiert. Zum einen ist kein Adoptionsvermittlungsverfahren, sondern nach § 9a I AdVermiG nur eine Beratung vorgeschaltet. Zum anderen ist hier das Mindestalter des Annehmenden gesenkt, § 1743 S. 1 BGB. Außerdem ist sie wohl auch rein praktisch vorteilhaft: so kam das Expertise- und Forschungszentrum Adoption zu dem Ergebnis, dass die Prüfverfahren scheinbar gegenüber Fremdadoptionen teilweise verkürzt durchgeführt werden, siehe: Bovenschen et al., Dossier Adoptionen in Deutschland. Bestandsaufnahme des Expertise- und Forschungszentrums Adoption, München 2017, S. 103.

<sup>38</sup> Nach dem BVerfG verstieß der vorherige Ausschluss nichtehelicher Paare gegen Art. 3 GG, woraufhin § 1766a BGB geschaffen wurde, siehe: BVerfGE 151, S. 101 (121 ff.) und BT-Drs. 19/15618 S. 8.

<sup>39</sup> Wegen der Zeitdauer und der nachzubringenden Beweise, Chebout/Xylander, Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil, NJW 2021, S. 2472 (2472 f.).

<sup>40</sup> Vgl. Pauli, Der unsichtbare Dritte – Der Platz des Samenspenders bei der heterologen Insemination, NZFam 2016, S. 57 (58).

<sup>41</sup> Nach § 1741 I 1 BGB muss sie dem Kindeswohl dienen, nach S. 2 muss sie zum Wohl des Kindes jedoch erforderlich sein. Nach der Beobachtung von Behrentin/Grünenwald, Leihmutterschaft im Ausland und die deutsche Rechtsordnung, NJW 2019, S. 2057 (2061) sowie Lorenz, (Regenbogen-)Eltern werden, NZFam 2021, S. 1081 (1084) neigt die Rechtsprechung dabei dem günstigeren § 1741 I 1 BGB zu.

<sup>42</sup> Engel, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZeuP 2014, S. 538 (551) führt die geringen Fallzahlen vor Gerichten trotz der recht vielen Leihmutterschaftsgeburten insoweit auf eine wohlwollende Praxis in Behörden und Gerichten in Europa zurück.

<sup>43</sup> Heiderhoff, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673 (2675).



wird somit ausgeschlossen sein.<sup>44</sup> Den Wunscheltern bliebe zum einen übrig, eine ausländische Gerichtsentscheidung zu provozieren, indem sie die Eintragung in das Geburtenregister anfechten.<sup>45</sup> Zum anderen könnten sie einige Zeit im Ausland mit dem Kind zubringen, sodass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes dort liegt und das ausländische Recht zur Anwendung gelangt.<sup>46</sup> Letztlich könnten sie heimlich mit dem Kind einreisen und abwarten, bis eine inländische Adoption möglich wird.<sup>47</sup>

### III. Zwischenergebnis

Leihmutterschaftskinder treffen auf ein nicht auf sie vorbereitetes Abstammungsrecht und für Regenbogenfamilien existieren Defizite. Vor allem das System der §§ 1592 ff. BGB stößt in hier an seine Grenzen.<sup>48</sup>

## C. Die Konventionsrechte

Sowohl den Wunscheltern als auch den Kindern kommen dennoch Rechte aus der EMRK zu, die sie vor spezifischen Behandlungen durch den Staat schützen können.

### I. Art. 8 EMRK

#### 1. Das Recht auf Achtung des Familienlebens

Die Wunscheltern und das Kind können durch das in Art. 8 I EMRK gewährte Recht auf Achtung des Familienlebens Schutz erfahren. Der konventionsrechtliche Familienbegriff an sich

wird weit ausgelegt.<sup>49</sup> Das Mindestkriterium ist dabei das Vorliegen einer de facto-Familie: Übernimmt ein Erwachsener die faktische Elternrolle für ein Kind, dann handelt es sich um eine Familie.<sup>50</sup> Dabei spielt die genetische Verwandtschaft<sup>51</sup>, eine Ehe der Eltern<sup>52</sup> oder deren sexuelle Orientierung<sup>53</sup> keinerlei Rolle.

Eingriffe in das Recht auf Familienleben liegen vor, wenn der Staat das Zusammensein der Eltern oder eines Elternteils mit dem Kind verhindert.<sup>54</sup> Ein solcher Eingriff kann im Wege von Art. 8 II EMRK gerechtfertigt werden. Hierfür bedarf er einer gesetzlichen Eingriffsbestimmung, eines legitimen Ziels und er muss notwendig sein.<sup>55</sup> Diese Notwendigkeit erfordert, dass es ein dringendes soziales Bedürfnis für den Eingriff geben und er verhältnismäßig sein muss.<sup>56</sup> Dabei kommt den Staaten ein gewisser Ermessensspielraum zu, der je nach Situation variiert<sup>57</sup> und sich vor allem vergrößert, wenn es an einem einheitlichen europäischen Standard fehlt.<sup>58</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erlangt sodann regelmäßig das Kindeswohl maßgebende Bedeutung.<sup>59</sup>

#### 2. Das Recht auf Achtung des Privatlebens

Auch das Recht auf Achtung des Privatlebens kann für die Beziehung zwischen Wunscheltern und Kind Schutz vermitteln. Für alle Beteiligten kommt es zunächst als eine Art „Auffangrecht“ infrage. Enge Beziehungen, denen es an einer Stellung als Familienleben mangelt, unterfallen gleichwohl dem geschützten Privatleben.<sup>60</sup> Für das Kind wird außerdem

<sup>44</sup> Art. 4 des Haager Adoptionsübereinkommens erfordert die Einbindung der Behörden des Heimatstaates, die unter anderem feststellen müssen, dass das Kind adoptiert werden kann. Die Ukraine ist zwar kein Unterzeichnerstaat, jedoch wäre gem. § 2c II AdVermiG dennoch eine entsprechende Fachstelle vor Ort erforderlich. Vgl. auch Heiderhoff, NJW 2014, S. 2673 (2675).

<sup>45</sup> Löhnig, Anmerkung zu OLG München, 12.10.2017 – 31 Wx 243/16, NZFam 2018, S. 38 (38); Löhnig, Anmerkung zu BGH, 20.03.2019 – XII ZB 530/17, NJW 2019, S. 1607 (1607).

<sup>46</sup> Heiderhoff, NJW 2014, S. 2673 (2676).

<sup>47</sup> Nach § 2a I 2 AdVermiG liegt diese Frist bei zwei Jahren.

<sup>48</sup> Vgl. Lederer (Fn. 6), S. 46.

<sup>49</sup> Pätzold in: Karpenstein/Mayer, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 3. Auflage 2022, Art. 8 EMRK Rn. 40.

<sup>50</sup> Pätzold in: EMRK-Kommentar (Fn. 48), Art. 8 EMRK Rn. 44; EGMR, Urt. v. 13.06.1979 – Nr. 6833/74, Marckx v. Belgien, Rn. 31; EGMR, Urt. v. 26.05.1994 – Nr. 16969/90, Keegan v. Irland, Rn. 44; EGMR, Urt. v. 01.06.2004 – Nr. 45582/99, L. v. Niederlande, Rn. 35; EGMR, Urt. v. 21.12.2010 – Nr. 20578/07, Anayo v. Deutschland, Rn. 55; EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2015 – Nr. 39438/13, Nazarenko v. Russland, Rn. 56.

<sup>51</sup> EGMR (GK), Urt. v. 12.07.2001 – Nr. 25702/94, K. u. T. v. Finnland, Rn. 149 f.; EGMR, Urt. v. 17.01.2012 – Nr. 1598/06, Kopf u. Liberda v. Österreich, Rn. 37.

<sup>52</sup> EGMR, Urt. v. 01.06.2004 – Nr. 45582/99, L. v. Niederlande, Rn. 35 ff.; EGMR, Urt. v. 03.12.2009 – Nr. 22028/04, Zaunegger v. Deutschland, Rn. 37 ff.

<sup>53</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 24.06.2010 – Nr. 30141/04, Schalk u. Kopf v. Österreich, Rn. 94; EGMR (GK), Urt. v. 07.11.2013 – Nr. 29381/09 u. 32684/09, Vallianatos u.a. v. Griechenland, Rn. 73; EGMR, Urt. v. 30.06.2016 – Nr. 51362/09, Taddeucci u. McCall v. Italien, Rn. 58.

<sup>54</sup> EGMR, Urt. v. 07.08.1996 – Nr. 17383/90, Johansen v. Norwegen, Rn. 52; EGMR (GK), Urt. v. 13.07.2000 – Nr. 25735/94, Elsholz v. Deutschland, Rn. 43; EGMR, Urt. v. 29.03.2016 – Nr. 16899/13, Kocherov u. Sergeyeva v. Russland, Rn. 88.

<sup>55</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 7. Auflage 2021, § 22 Rn. 37; Pätzold in: EMRK-Kommentar (Fn. 48), Art. 8 EMRK Rn. 90 ff.

<sup>56</sup> EGMR (GK), Urt. v. 26.03.1987 – Nr. 9248/81, Leander v. Schweden, Rn. 58; EGMR, Urt. v. 26.02.2002 – Nr. 46544/99, Kutzner v. Deutschland, Rn. 60; EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – Nr. 35623/05, Uzun v. Deutschland, Rn. 78.

<sup>57</sup> Grabenwarter/Pabel (Fn. 54), § 18 Rn. 21 ff.

<sup>58</sup> EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 – Nr. 21830/93, X., Y. u. Z. v. UK, Rn. 44; EGMR (GK), Urt. v. 10.04.2007 – Nr. 6339/05, Evans v. UK, Rn. 77 ff.; EGMR (GK), Urt. v. 04.12.2007 – Nr. 44362/04, Dickson v. UK, Rn. 77 f.

<sup>59</sup> EGMR, Urt. v. 07.08.1996 – Nr. 17383/90, Johansen v. Norwegen, Rn. 78; EGMR (GK), Urt. v. 13.07.2000 – Nr. 25735/94, Elsholz v. Deutschland, Rn. 48, 50; EGMR (GK), Urt. v. 08.07.2003 – Nr. 31871/96, Sommerfeld v. Deutschland, Rn. 64; EGMR, Urt. v. 29.03.2016 – Nr. 16899/13, Kocherov u. Sergeyeva v. Russland, Rn. 95; EGMR (GK), Urt. v. 10.09.2019 – Nr. 37283/13, Strand Lobben u.a. v. Norwegen, Rn. 206.

<sup>60</sup> EGMR, E. v. 01.10.1990 – Nr. 15817/89, Wakefield v. UK; EGMR, Urt. v. 02.06.2005 – 77785/01, Znamenskaya v. Russland, Rn. 27; EGMR, Urt. v. 15.09.2011 – Nr. 17080/07, Schneider v. Deutschland, Rn. 82 ff.; EGMR, Urt. v. 15.03.2016 – Nr. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 u. 13817/14, Novruk u.a. v. Russland, Rn. 88.

das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Ausprägung des Rechtes auf Achtung des Privatlebens relevant. Jedermann muss die Einzelheiten seiner Identität feststellen können, wozu grundsätzlich die Identität der Eltern gehört.<sup>61</sup> Als Teil der sozialen Identität kann die durch die Abstammung vermittelte Staatsbürgerschaft dem Recht auf Privatleben unterfallen, womit deren Nichtgewährung die Interessen des Kindes beeinträchtigen kann.<sup>62</sup>

## II. Art. 14 EMRK

Unter Umständen kommt ferner noch Art. 14 EMRK in Betracht. Dabei hat das Diskriminierungsverbot keine eigene Bedeutung und setzt die Eröffnung des Anwendungsbereiches eines anderen Konventionsrechtes voraus.<sup>63</sup> Liegt diese Voraussetzung aber vor, so kann sich auch dann eine Verletzung der Konvention wegen einer Diskriminierung<sup>64</sup> ergeben, wenn das verbundene Recht an sich gar nicht verletzt ist.<sup>65</sup> Denkbar ist beispielsweise, dass homosexuelle anders als heterosexuelle Wunschelternpaare behandelt werden, oder aber Wunschmütter anders als Wunschväter. Hier könnte eine Verletzung von Art. 14 EMRK vorliegen, die einen eigentlich gerechtfertigten Eingriff in Art. 8 EMRK überformt.

## D. Die Waagschalen des EGMR

Auf der einen Seite steht das nationale Recht. Umklammert wird es durch das Legalitätsprinzip, die Bindung der Verwaltung an die Gesetze nach Art. 20 III GG.<sup>66</sup> Die Behörden müssen die Entscheidungen des Gesetzgebers zu Leihmutterschaft und Elternschaft befolgen.<sup>67</sup> Auf der anderen Seite stehen die Konventionsrechte, die durch Umsetzung der Entscheidung beeinträchtigt werden können. So bilden staatliche Verbote und ihre Erwägungen ein legitimes Ziel,

dessen Verfolgung die geschützten Rechtsbereiche von Wunscheltern und Kindern berührt. Insoweit eröffnet sich ein Spannungsfeld, welches der EGMR schon mehrfach austarieren musste.

## I. Genetischer Wunschvater

Die Fälle *Mennesson gegen Frankreich*<sup>68</sup> und *Labassee gegen Frankreich*<sup>69</sup> waren die ersten beiden Leihmutterschaftsfälle vor dem EGMR. In beiden Fällen wurde eine Leihmutter in den Vereinigten Staaten beauftragt, wobei der Samen des Wunschvaters verwendet wurde. Die Übertragung der Geburtsurkunde in das Personenstandsregister wurde in Frankreich jedoch abgelehnt bzw. später rückgängig gemacht.<sup>70</sup> Was das Recht auf Achtung des Familienlebens angeht, so entschied der EGMR, dass in beiden Fällen ein (de facto) Familienleben vorliegt<sup>71</sup> und dass die Weigerung der Eintragung einen Eingriff darstellt.<sup>72</sup>

Dessen legitimes Ziel liege in der Durchsetzung des Verbotes der Leihmutterschaft, was den Schutz der Kinder und der Leihmütter bezwecke.<sup>73</sup> Diesen Eingriff erachtete der Gerichtshof als notwendig, was vor allem mit den geringen Auswirkungen des Eingriffes begründet wurde.<sup>74</sup> In Bezug auf das Privatleben der Kinder rekurrierte der EGMR indes auf die Staatsangehörigkeit.<sup>75</sup> Die Verleihung der französischen Staatsbürgerschaft an die Kinder sei überaus unsicher, obwohl ihr genetischer Vater Franzose ist. Das könne negative Rückwirkungen auf die Definition ihrer eigenen Identität haben.<sup>76</sup> Vor diesem Hintergrund und insbesondere zwecks der genetischen Verwandtschaft,<sup>80</sup> sei das Recht auf Achtung des Privatlebens erheblich beeinträchtigt worden, und im Rahmen

<sup>61</sup> EGMR, Ur. v. 07.02.2002 – Nr. 53176/99, *Mikulić v. Kroatien*, Rn. 54 f.; EGMR, Ur. v. 13.07.2006 – Nr. 58757/00, *Jäggi v. Schweiz*, Rn. 38 f.; EGMR, Ur. v. 13.02.2003 – Nr. 42326/98, *Odièvre v. Frankreich*, Rn. 29.

<sup>62</sup> EGMR, Ur. v. 11.10.2011 – Nr. 53124/09, *Genovese v. Malta*, Rn. 30, 33; EGMR, Ur. v. 21.06.2016 – Nr. 76136/12, *Ramadan v. Malta*, Rn. 62, 85.

<sup>63</sup> EGMR, Ur. v. 27.03.1998 – Nr. 20458/92, *Petrovic v. Österreich*, Rn. 22; EGMR (GK), Ur. v. 08.07.2003 – Nr. 31871/96, *Sommerfeld v. Deutschland*, Rn. 84; EGMR, Ur. v. 22.07.2010 – Nr. 18984/02, *P.B. u. J.S. v. Österreich*, Rn. 31.

<sup>64</sup> Eine solche liegt vor, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich, oder aber tatsächlich unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden, siehe: *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 54), § 26 Rn. 8 ff.

<sup>65</sup> EGMR, Ur. v. 23.07.1968 – Nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 u. 2126/64, *Belgischer Sprachfall*, Rn. 9; EGMR, Ur. v. 04.03.2014 – 7552/09, *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. UK*, Rn. 25. Konkret gegeben war diese Situation etwa in: EGMR, Ur. v. 28.05.1985 – Nr. 9214/80, 9473/81 u. 9474/81, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali v. UK*, Rn. 71, 74 ff.

<sup>66</sup> *Jestaedt* in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann [Hrsg.], *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Auflage 2022, § 11 Rn. 7; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, *GG-Kommentar*, 18. Auflage 2024, Art. 20 GG Rn. 52 f.

<sup>67</sup> Vgl. *Sachs* in: Sachs, *GG-Kommentar*, 10. Auflage 2024, Art. 20 GG Rn. 110.

<sup>68</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*.

<sup>69</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*.

<sup>70</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 7 ff.; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 6 ff.

<sup>71</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 45; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 37.

<sup>72</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 48 f.; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 49 f.

<sup>73</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 62; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 54.

<sup>74</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 92 ff.; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 71 ff.

<sup>75</sup> Vgl. C. I. 2.

<sup>76</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 96 ff.; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 75 ff. Ferner bezog der EGMR hier in die Abwägung mit ein, dass die Nichtanerkennung der Abstammung die Rechte der Kinder als Erben beeinträchtigt.

<sup>80</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, *Mennesson v. Frankreich*, Rn. 100; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, *Labassee v. Frankreich*, Rn. 79.

der Abwägung habe das Kindeswohl maßgebendes Gewicht.<sup>81</sup> Wenngleich also kein Verstoß gegen das Familienleben vorliegt, wurde das Privatleben der Kinder verletzt. Aus den Rechten der Kinder erwächst mithin die Pflicht, für die Beziehung zum genetischen Wunschvater eine Anerkennungsmöglichkeit zu schaffen.

## II. Zweiter Wunschelternteil

### 1. Grundsatz

Auf den anderen Wunschelternteil ging der EGMR explizit im Wege eines Rechtsgutachtens nach Art. 1 ZP-16 EMRK ein. Die bereits erwähnte Familie Mennesson wehrte sich gegen die Eintragung nur des Wunschvaters erneut. Im Zuge dessen holte die französische Cour de cassation beim EGMR ein Gutachten darüber ein, ob die Rechte des Kindes eine Anerkennungsmöglichkeit der Wunschmutter gebieten.<sup>82</sup> Der EGMR entschied, dass der Ermessensspielraum der Staaten wegen der schwerwiegenden Aspekte des Privatlebens gemindert sei.<sup>83</sup> Insofern erfordere das Wohl des Kindes auch für die Wunschmutter eine Anerkennungsmöglichkeit.<sup>84</sup>

Was die Art der Anerkennung betrifft, bestehe in Europa allerdings kein Konsens, womit der Ermessensspielraum hier deutlich weiter sei.<sup>85</sup> So ergebe sich, dass lediglich irgendein Mechanismus vorhanden sein muss, solange er zügig und wirksam abläuft. Insoweit sei eine Adoption ausreichend.<sup>86</sup> Diese Linie bekräftigte der EGMR in seiner weiteren Rechtsprechung.<sup>87</sup> Die Erwägungen zur Gewährung einer Anerkennungsmöglichkeit des genetischen Wunschvaters strahlen in ihrer Wirkung also auf den zweiten Wunschelternteil aus.

## 2. Konkretisierung

Dieser Grundsatz wurde weiter abgesteckt. So erklärte der EGMR im Urteil D. gegen Frankreich, dass für genetische Wunschmütter ebenfalls irgendein Anerkennungsmechanismus genügt.<sup>88</sup> Im Urteil D.B. u.a. gegen die Schweiz stellte der EGMR zudem fest, dass das Gleiche für den Partner in einer homosexuellen Beziehung gelte, weil das Kind nicht wegen der sexuellen Orientierung der Eltern anders behandelt werden dürfe.<sup>89</sup>

Was hier anklingt, spitzte sich in R.F. u.a. gegen Deutschland nun zu. Hier wurde bei einem lesbischen Paar der einen Frau eine Eizelle entnommen, befruchtet und der anderen eingesetzt. Die genetische Wunschmutter wehrte sich dagegen, dass nur die gebärende Frau als Mutter eingetragen wurde.<sup>90</sup> Dabei ging es nicht um eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch einen unverhältnismäßigen Eingriff, sondern durch die Nichtbeachtung positiver Verpflichtungen des Staates.<sup>91</sup> Der EGMR begründete hier einen weiten Ermessensspielraum mit einem fehlenden Konsens in Europa sowie damit, dass es nicht um die Abstammung selbst, sondern nur um die Mittel ihrer Etablierung gehe.<sup>92</sup>

Hinsichtlich des Familienlebens verneint der Gerichtshof eine Verletzung, immerhin seien die Frauen und das Kind nicht an der Ausübung desselben gehindert gewesen.<sup>93</sup> Bezüglich des Privatlebens der genetischen Mutter hielt der EGMR fest, dass es keinen Grund für eine Ausnahme von den zuvor beschriebenen Maßstäben gebe.<sup>94</sup> Hinsichtlich des Privatlebens des Kindes ließ der Gerichtshof in die Abwägung einfließen, dass die Verhinderung der gespaltenen Mutterschaft dem Kindeswohl diene<sup>95</sup> und dass eine Adoption dennoch möglich sei.<sup>96</sup> Im Lichte dessen liege kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vor.<sup>97</sup> Ferner sei die Situation des Paares nicht mit der eines heterosexuellen Paares vergleichbar, weshalb ein Verstoß gegen

<sup>81</sup> EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65192/11, Mennesson v. Frankreich, Rn. 60, 80; EGMR, Ur. v. 26.06.2014 – Nr. 65941/11, Labassee v. Frankreich, Rn. 81, 101.

<sup>82</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 1 ff.

<sup>83</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 45.

<sup>84</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 42, 46.

<sup>85</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 51.

<sup>86</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 55.

<sup>87</sup> EGMR, E. v. 19.11.2019 – Nr. 1462/18 u. 17348/18, C. u. E. v. Frankreich, Rn. 39 ff.; EGMR, Ur. v. 06.12.2022 – Nr. 25212/21, K.K. u.a. v. Dänemark, Rn. 63 ff.; EGMR, Ur. v. 31.08.2023 – Nr. 47196/21, C. v. Italien, Rn. 72 ff.

<sup>88</sup> EGMR, Ur. v. 16.07.2020 – 11288/18, D. v. Frankreich, Rn. 59 ff.; das ZP-16 Gutachten traf hierzu nur die Aussage, dass die Notwendigkeit einer Anerkennungsmöglichkeit in solchen Fällen umso mehr gelte, siehe: EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 47.

<sup>89</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 58817/15 u. 58252/15, D.B. u.a. v. Schweiz, Rn. 84 f.

<sup>90</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 5 ff.

<sup>91</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 58 ff.

<sup>92</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 63 f.

<sup>93</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 71 ff.

<sup>94</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 77 f.

<sup>95</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 89.

<sup>96</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 91 ff.

<sup>97</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 97.

Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK nicht vorliege.<sup>98</sup> Somit stellt die genetische Elternschaft zwar den begründenden Anker der bisherigen Erwägungen dar, damit ist ihre Wirkung aber erschöpft. Die Art des zweiten Wunschelternteils wirkt sich somit nicht aus, weder positiv noch negativ.

### III. Beiderseitige Nichtverwandtschaft

#### 1. Privatleben

Eine neue Perspektive eröffnet der Fall Paradiso und Campanelli gegen Italien. Ein heterosexuelles Paar beauftragte in Russland eine Leihmutter, wobei der Samen des Wunschvaters verwendet werden sollte. In Italien wurde die Übertragung der Geburtsurkunde verweigert, mehrere Verfahren wurden eröffnet. Hierbei ergab ein DNA-Test, dass das Kind mit keinem der beiden Wunschelternteile verwandt war. Infolgedessen wurde das Kind für 15 Monate in einem Waisenhaus ohne Kontakt zu den Wunscheltern untergebracht, bis es schließlich von einer Pflegefamilie adoptiert wurde.<sup>99</sup>

Die Große Kammer des EGMR erhob angesichts der fehlenden genetischen Verwandtschaft die Dauer des Zusammenlebens zum maßgebenden Faktor für das Vorliegen eines Familienlebens.<sup>100</sup> Diese lag bei circa acht Monaten, was dem EGMR trotz der Qualität der Beziehungen<sup>101</sup> zur Begründung eines Familienlebens nicht ausreichte.<sup>102</sup> Gleichwohl sei das Recht auf Achtung des Privatlebens der Wunscheltern wegen der intensiven Beziehungen berührt gewesen.<sup>103</sup> Der Eingriff durch die Maßnahmen der Gerichte und Behörden verfolgte die legitimen Ziele, die Ordnung aufrechtzuerhalten und das Kind zu schützen.<sup>104</sup> Der Ermessensspielraum sei weit, es fehle an einem europäischen Konsens und es gehe doch gerade nicht um die genetische Abstammung.<sup>105</sup> Insgesamt hielt der EGMR den Eingriff für verhältnismäßig, wobei er in dieser Situation

explizit keine Trennung eines Kindes von seinen Eltern sah<sup>106</sup> und auf die gewichtigen öffentlichen Interessen abstellte.<sup>107</sup> Mithin bestehen ohne Verwandtschaft in Leihmutterchaftsfällen erhöhte Anforderungen an ein Familienleben.

#### 2. Familienleben

Im Fall Valdís Fjölnisdóttir u.a. gegen Island lag es anders. Hier engagierte ein lesbisches Paar eine Leihmutter in Kalifornien, keine der Frauen war mit dem Kind verwandt. Die Eintragung des Kindes in das Personenregister wurde verweigert, es erhielt einen amtlichen Vormund und durfte gemäß einer Pflegevereinbarung bei den Frauen bleiben. Als sich die Frauen scheiden ließen, wurden beiderseitige Umgangsrechte vereinbart.<sup>108</sup> Der EGMR bejahte das Vorliegen eines Familienlebens, was mit der Qualität und der vierjährigen Dauer der Beziehung begründet wurde.<sup>109</sup> Das legitime Ziel des Eingriffs lag erneut im Schutz der Leihmütter und der Kinder.<sup>110</sup> Wie im vorherigen Fall war der Ermessensspielraum grundsätzlich weit.<sup>111</sup>

Bezüglich der Verhältnismäßigkeit stellte der EGMR fest, dass der Staat die Elternschaft zwar ausdrücklich nicht zuerkennt, aber dennoch das Fortbestehen der Familienbeziehung sichergestellt hat.<sup>112</sup> Auch wurde dem Kind die isländische Staatsbürgerschaft gewährt.<sup>113</sup> Angesichts dessen, dass der Staat die Beziehung nicht behindert, sondern gesichert hat, liege keine Verletzung von Art. 8 EMRK vor.<sup>114</sup> Ohne Verwandtschaft bedarf es somit gar keiner Anerkennungsmöglichkeit der Eltern-Kind-Beziehung, allein ihr Bestand muss gesichert werden.

<sup>98</sup> EGMR, Ur. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, Rn. 98, 107 f.

<sup>99</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 11 ff.

<sup>100</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 153. Insoweit rechtfertigte er die Anerkennung eines Familienlebens nach nur zwei Monaten mit der genetischen Abstammung vom Wunschvater, siehe: ebd. Rn. 154.

<sup>101</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 151. Die vom EGMR angesprochene Qualität bezieht sich dabei auf die emotionale Bindung, die zwischen dem Kind und den Wunscheltern entstanden ist.

<sup>102</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 157.

<sup>103</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 161 ff.

<sup>104</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 177.

<sup>105</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 182 ff., 194 f.

<sup>106</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 209.

<sup>107</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, Paradiso u. Campanelli v. Italien, Rn. 210, 215.

<sup>108</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 5 ff.

<sup>109</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 60 ff. Die Qualität der Beziehung erhielt hier bemerkenswerterweise die gleiche Beurteilung wie im Fall Paradiso und Campanelli. Hieraus lässt sich schließen, dass dieses eher vage Kriterium eine de facto Familie nicht zu begründen vermag, wohl aber einen Ausschlussgrund darstellen kann.

<sup>110</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 65.

<sup>111</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 69 f.

<sup>112</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 71.

<sup>113</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 72.

<sup>114</sup> EGMR, Ur. v. 18.05.2021 – Nr. 71552/17, Valdís Fjölnisdóttir u.a. v. Island, Rn. 75. Eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens wurde ohne lange Prüfung aus den gleichen Erwägungen abgelehnt, siehe: ebd. Rn. 76.



#### IV. Zerrüttete Beziehungen

Bisher war es zwischen den Wunscheltern immer friedlich geblieben. Im Fall A.M. gegen Norwegen hatte indes ein heterosexuelles Paar eine Leihmutter beauftragt und sich noch vor der Geburt des Kindes getrennt. Nur der Mann wurde als rechtlicher Vater anerkannt. Anfangs teilten sich die Wunscheltern die Sorge um das Kind, sie konnten sich über die genaue Ausgestaltung jedoch nicht einigen. Im Laufe des Konflikts holte der Vater das Kind ganz zu sich und untersagte den Kontakt zur Wunschmutter.<sup>115</sup>

Hierbei ist nun wichtig, dass es vor dem EGMR gerade nicht um die verhinderte Kontaktmöglichkeit ging, sondern allein um die verweigerte Anerkennung der Wunschmutter.<sup>116</sup> Im Rahmen der Notwendigkeit des Eingriffs machte der Gerichtshof geltend, dass der Bruch der Beziehung nicht dem Staat zuzurechnen sei.<sup>117</sup> Er nahm hierbei explizit keinen Anstoß daran, dass der Wunschvater einer Adoption zustimmen musste, was eine solche praktisch ausschloss.<sup>118</sup> Insoweit ergab sich trotz der Härte für die Wunschmutter unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes<sup>119</sup> keine Verletzung von Art. 8 EMRK.<sup>120</sup> Somit kann festgestellt werden, dass die Beziehung der Wunscheltern zueinander kein wesentlicher Faktor ist.<sup>121</sup>

#### V. Konfliktlagen

Im Fall A.L. gegen Frankreich standen sich die Rechte eines genetischen Wunschelternteils und die Interessen des Kindes sogar unvereinbar gegenüber. Ein heterosexuelles Paar beauftragte eine Leihmutter mit der Austragung eines Kindes, welches vom Wunschvater abstammen sollte. Jene Leihmutter entschied sich später jedoch, das Kind gegen Bezahlung an ein anderes Paar abzugeben. Der Wunschvater des auftraggebenden Paares wollte daraufhin seine Vaterschaft

feststellen lassen und das Kind zu sich holen, was ihm jedoch verwehrt wurde.<sup>122</sup> Dieser Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens des Wunschvaters diene vor allem dem legitimen Ziel, das betroffene Kind zu schützen.<sup>123</sup>

Was die Notwendigkeit anbelangt, so erhebt der Gerichtshof in derartigen Fällen das Kindeswohl zum „Maßstab mit letztem Wort“. <sup>124</sup> Insofern hätte es das Ende der stabilen Familienstruktur zwischen dem Paar und dem Kind bedeutet, wenn dem Wunschvater eine entsprechende Rechtsstellung eingeräumt worden wäre.<sup>125</sup> Damit war der Eingriff in der Sache gerechtfertigt.<sup>126</sup> Die letztlich festgestellte Verletzung von Art. 8 EMRK ergab sich dabei aus der langen Verfahrensdauer, durch die der Staat Fakten geschaffen und seine Sorgfaltspflicht verletzt habe.<sup>127</sup> Gemeinhin beschränken also die Kindesinteressen die Rechte der Wunscheltern, sie genießen im Konfliktfall Vorrang.

#### VI. Zwischenergebnis

Der Gerichtshof hat der Elternschaft ein Haus gebaut, ihre sieben Säulen behauen.<sup>128</sup> Auf der ersten Säule steht, dass es einer Anerkennungsmöglichkeit für die Beziehung eines genetischen Wunschvaters zu einem Leihmutterchaftskind bedarf. Inhalt der Zweiten ist, dass es sodann auch dem anderen Wunschelternteil möglich sein muss, ein rechtliches Band zu dem Kind zu knüpfen. Die dritte Säule legt fest, dass das Wesen des zweiten Wunschelternteils für die Begründung oder das Versagen von Rechten keine Rolle spielt. Aus Säule vier folgt, dass ganz ohne genetische Verbindung erhöhte Anforderungen an das Dauerelement eines Familienlebens bestehen. Aus Säule fünf ergibt sich, dass ein Familienleben ohne genetische Verbindung keines Abstammungsverhältnisses bedarf, wenngleich bestehende Familienverhältnisse zu sichern sind. Gemäß der sechsten Säule ist die tatsächliche Beziehung zwischen den Wunscheltern in jede Richtung unbedeutend. Nach der siebten und letzten Säule begrenzen die Interessen des Kindes die persönlichen Rechte der Wunscheltern und überwiegen diese im Konfliktfall.

<sup>115</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 5 ff.

<sup>116</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 104, 109, 128.

<sup>117</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 133.

<sup>118</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 132.

<sup>119</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 137.

<sup>120</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 138 ff.

<sup>121</sup> Das gilt umso mehr in Ansehung des Urteils über Valdis Fjölfnisdóttir, wo eine erst glückliche, später verträglich geschiedene Beziehung ebenfalls kein maßgeblicher Erwägungsgrund war.

<sup>122</sup> EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 4 ff.

<sup>123</sup> EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 46, 49.

<sup>124</sup> Vgl. EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 60 f.

<sup>125</sup> EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 63.

<sup>126</sup> EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 65.

<sup>127</sup> EGMR, Ur. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 68 ff.

<sup>128</sup> Vgl. Spr 9, I EÜ.



## E. Übertragung auf die deutsche Rechtslage

Die Blaupause des Gerichtshofes liegt vor. Nun drängt sich die Frage auf, ob sich die Säulen des geplanten Hauses in Deutschland wiederfinden. Anforderungen an das innerstaatliche Recht ergeben sich dabei aus den ersten beiden sowie aus der fünften, der sechsten und der siebten Säule.

### I. Aktuelle Situation

Genetischen Wunschvätern kommt in Deutschland die Möglichkeit einer Vaterschaftsanfechtung zu und beide Wunschelternteile können das Kind im Wege der Adoption annehmen. Darüber hinaus werden ausländische Gerichtsurteile über die Elternschaft anerkannt.<sup>129</sup> Mithin wären die ersten beiden Säulen erfüllt. Dass genetischen Wunschmüttern grundlegend nur die Möglichkeit der Adoption zukommt, reicht dabei ebenfalls aus.

Handelt es sich um eine zerrüttete Beziehung, ist in Deutschland eine Adoption durch den zweiten, nichtrechtlichen Wunschelternteil wegen § 1747 I BGB praktisch unmöglich.<sup>130</sup> Dennoch wird eine gelebte Verbindung zum Kind über das Umgangsrecht des § 1685 BGB abgesichert, solange dies dem Kindeswohl dient.<sup>131</sup> Damit sind die Voraussetzungen der fünften und sechsten Säule gleichfalls erfüllt.

Im Hinblick auf die siebte Säule ist festzuhalten, dass hierzulande eine Vaterschaftsanfechtung nach § 1600 II BGB ausgeschlossen ist, wenn eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes besteht.<sup>132</sup> Dennoch kommt dem genetischen Vater über 1686a I Nr. 1 BGB ein Umgangsrecht zu, wenn dies dem Kindeswohl dient.<sup>133</sup> Das fügt sich insgesamt gut in die

Vorgaben ein, die siebte Säule ist somit auch verwirklicht. Mithin haben die vom EGMR errichteten Säulen in Deutschland im Wesentlichen Bestand. Fraglich ist aber, wie sich die rechtliche Situation darstellt, wenn der Fall inhaltlich atypisch gelagert ist.

## II. Grenzfälle

### 1. Kein genetischer Wunschelternteil

Einem Kind beiderseitig nichtverwandter Wunscheltern könnte die Einreise verweigert werden.<sup>134</sup> Erfolgt eine Einreise ohne das Kind, wird ein Familienleben nicht zur Entstehung gelangen, sodass allein der Schutz des Privatlebens zum Tragen kommt. Der Ermessensspielraum der Staaten wird hier weit sein,<sup>135</sup> die Trennung weniger dem Staat und mehr den Wunscheltern zugerechnet werden.<sup>136</sup> Nach einiger Zeit wird der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes im Geburtsstaat liegen, was die rechtliche Elternschaft der Wunscheltern begründen wird. Es bedürfte wohl besonders harscher Bedingungen für das zurückbleibende Kind, um einen Verstoß annehmen zu können.

Schwierig absehbar ist weiterhin der potenzielle Umgang mit einem Fall, in dem zwischen einem heimlich eingereisten Kind und dessen nichtgenetischen Wunscheltern ein Familienleben entstanden ist. Jedenfalls würde das Kind durch das Jugendamt in Obhut genommen werden<sup>137</sup> und einen Vormund erhalten.<sup>138</sup> Getrennt würde es währenddessen von den Wunscheltern wohl nicht.<sup>139</sup> Gegebenenfalls müsste ein Asylantrag gestellt werden, zumindest aber wäre das Kind vor einer Abschiebung geschützt.<sup>140</sup> Die Wunscheltern haben unterdessen gem. § 1685 II 1 BGB bei gegebener Kindeswohl dienlichkeit ein

<sup>129</sup> Siehe B. II. 1-3.

<sup>130</sup> Dieses Einwilligungsgesetz wird durch Art. 6 II GG geschützt, siehe: *Jarass* in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 65), Art. 6 GG Rn. 60; *Maurer* in: *MüKo-BGB* (Fn. 17), § 1747 BGB Rn. 1.

<sup>131</sup> Nach der Rechtsprechung handelt es sich dabei zudem um ein Amtsverfahren gem. § 24 I FamFG, womit es lediglich einer Anregung bedarf, siehe: BGH, Beschluss v. 12.7.2017 – XII ZB 350/16, FamRZ 2017, S. 1668 (1671); OLG Frankfurt, Beschluss v. 31.3.2015 – 5 UF 272/14, FamRZ 2015, S. 1991 (1992); OLG Brandenburg, Beschluss v. 22.5.2017 – 10 WF 71/17, FamRZ 2017, S. 1675 (1676).

<sup>132</sup> Diese Regelung billigte der EGMR insoweit schon, siehe: EGMR, Urt. v. 22.03.2012 – Nr. 45071/09, *Ahrens v. Deutschland*, Rn. 73 f. Hierauf bezog sich der EGMR ausdrücklich im Fall von A.L. gegen Frankreich, siehe: EGMR, Urt. v. 07.04.2022 – Nr. 13344/20, A.L. v. Frankreich, Rn. 61 f.

<sup>133</sup> Diese Regelung ist ein direktes Ergebnis der Rechtsprechung des EGMR, siehe: BT-Drs. 17/12163 S. 8 ff.

<sup>134</sup> Vgl. hierzu VG Köln, Urteil vom 20.2.2013 – 10 K 6710/11, NJW 2013, S. 2617 (2617 ff.), wo das Kind tatsächlich in Indien verblieb. Hier war der Wunschvater mit dem Kind verwandt, es wurde aber keine Vaterschaftsanfechtung vorgenommen.

<sup>135</sup> Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, *Paradiso u. Campanelli v. Italien*, Rn. 194 f.

<sup>136</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, Rn. 133.

<sup>137</sup> Zunächst vorübergehend nach § 42a I 1 SGB VIII. Eine Verteilung wird wegen der aufgebauten Bindung nach § 42b IV Nr. 1 SGB VIII ausgeschlossen sein, vgl. VG Hannover, Beschluss v. 14.10.2019 – 3 B 4442/19, BeckRS 2019, 25211 (Rn. 15 ff.). Das Kind wäre sodann gem. § 42 I 1 Nr. 3, 2 SGB VIII in Obhut zu nehmen.

<sup>138</sup> Nach § 42 III 4 SGB VIII muss das Jugendamt dies veranlassen.

<sup>139</sup> Sicherlich jedenfalls während der vorläufigen Inobhutnahme, vgl. *Steinbüchel* in: *Wiesner/Wapler*, SGB VIII-Kommentar, 6. Auflage 2022, § 42a SGB VIII Rn. 5. Die Unterbringung während der Inobhutnahme nach § 42 I 1 Nr. 3, 2 SGB VIII wäre ebenfalls bei den Wunscheltern angezeigt, vgl. *Tangemann/Hoffmeyer-Zlotnik*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland. Herausforderungen und Maßnahmen nach der Klärung des aufenthaltsrechtlichen Status. Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk, [https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp80-unbegleitete-minderjaehrige.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=19](https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp80-unbegleitete-minderjaehrige.pdf?__blob=publicationFile&v=19) [Stand: 16.10.2025], S. 31.

<sup>140</sup> Hier greift § 58 Ia AufenthG. Nach BVerwGE 147, 8 (14) bedarf es einer Überzeugungsgewissheit, dass die Übergabe an eine geeignete Person oder Einrichtung tatsächlich erfolgen wird. Daher drohe laut *Tangemann/Hoffmeyer-Zlotnik*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland (Fn. 138), S. 67 f. eine Abschiebung nur in seltenen Ausnahmefällen. Im aufgezeichneten Fall wird es diese Gewissheit für den Geburtsstaat gerade nicht geben.

Umgangsrecht mit dem Kind<sup>141</sup> und könnten es adoptieren, sobald eine reguläre Adoption möglich ist. Das Familienleben könnte also fortgeführt, Behinderungen desselben könnten gering gehalten werden. Wenngleich der Umgang mit einer solchen Situation von einigen Unsicherheiten begleitet wäre, wird die hier in Rede stehende fünfte Säule wohl nicht beeinträchtigt sein.

## 2. Alleinige genetische Wunschmutter

Wandelt man die gerade gezeichneten Konstellationen in einem Punkt ab, ergibt sich indes ein erhebliches Problem. Wurde das Kind mit der Eizelle einer Wunschmutter und mit fremden Spermien gezeugt, hat es einen genetischen Wunschelternteil, der jedoch gar keine Anerkennungsmöglichkeit hat. Eine Mutterschaftsanfechtung gibt es nicht, eine Adoption ist hier gar nicht möglich. Die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten<sup>142</sup> sind derart unsicher, dass sie als solche nicht gewertet werden können.

Nun hat der EGMR zwar die erste Säule auf den genetischen Wunschvater hin ausgerichtet. Allerdings wird das der Seltenheit der geschilderten Situation zuzuschreiben sein.<sup>143</sup> Demgegenüber hat er die Notwendigkeit einer Anerkennungsmöglichkeit für eine genetische Wunschmutter bereits besonders hervorgehoben.<sup>144</sup> Eine mögliche Verbindung mit Art. 14 EMRK verschärft diese Lage weiter. Die Situation zu einem Mann scheint hinreichend vergleichbar, in beiden Fällen handelt es sich um eine bloße Gametenspende. Einem Mann steht hier eine Möglichkeit zur Anerkennung zu, einer Frau jedoch gar keine. Unabhängig von der Unwahrscheinlichkeit eines solchen Falles ergibt sich dennoch eine Lücke, die den Fuß der ersten Säule zumindest bröckeln lässt. Ein genetischer Elternteil hätte in diesem Fall grundlegend keine Möglichkeit, rechtlicher Elternteil des Kindes zu werden, was den Erwägungen hinter der ersten Säule entgegensteht.

## III. Kritische Würdigung

Die konventionsrechtlichen Säulen mögen in Deutschland Bestand haben – und ein angeknackster Fuß wird das Haus wohl so schnell nicht zum Einsturz bringen. Allerdings hat ein gutes Haus regelmäßig auch ein Dach, was im Kindeswohl zu verorten sein wird.<sup>145</sup> Ob aber dieses Dach stabil von den Säulen getragen wird, ist mehr als fraglich. Bereits der Umgang mit dem Familienleben durch den EGMR an sich ist kritikwürdig. Inwiefern es dem Kindeswohl dienen soll, einer liebevollen aber nicht verwandten Eltern-Kind-Beziehung den Schutz des Familienlebens erst später angedeihen zu lassen, erschließt sich dabei nicht.<sup>146</sup> Ähnliches gilt dafür, einem gewachsenen Familienleben einen rechtlichen Rahmen zu verweigern. Im Zweifelsfall wird eine seit Jahren verfestigte Eltern-Kind-Beziehung sodann zwar erhalten, steht aber immerzu unter dem Damoklesschwert staatlicher Eingriffe.

Die Verweisung eines nichtrechtlichen zweiten Wunschelternteiles auf eine Adoption bedeutet faktisch, dass er bei einer zeitigen Trennung niemals die Elternrolle einnehmen können wird. Hinzu kommt, dass sich diese Situation aus sich selbst heraus verhärtet. Denn der zweite Wunschelternteil ist nicht der rechtliche Vertreter des Kindes, weshalb er dessen Interessen nur sehr eingeschränkt geltend machen kann.<sup>147</sup> Sollte jener Wunschelternteil sterben, bevor eine Adoption erfolgen kann, wird das Kind zu diesem niemals eine Rechtsbindung aufbauen können. All das hilft dem Kind nicht, es entzieht ihm eine sorgerebereite Person. Darüber hinaus wird es unter Umständen nie erfahren, wer in dieser durchaus prägenden Zeit die soziale Elternrolle eingenommen hat.<sup>148</sup> Zur Begründung dessen auf die Verhinderung einer gespaltenen Mutterschaft zum Schutze des Kindeswohls abzustellen, überzeugt angesichts des Forschungsstandes<sup>149</sup> und mit Blick auf die Anerkennung der gespaltenen Vaterschaft jedenfalls

<sup>141</sup> Dies gilt grundsätzlich für alle „nur“ sozialen Wunscheltern, vgl. OLG Frankfurt, Beschluss v. 11.5.2020 – 4 UF 17/20, FamRZ 2020, S. 1923 (1924); OLG Braunschweig, Beschluss v. 2.10.2020 – 2 UF 185/19, FamRZ 2021, S. 195 (196). Für eine intendierte Wunschmutter nach einer Leihmutterschaft wurde es auch schon erwogen, im Ergebnis aber wegen zu kurzer Dauer abgelehnt, OLG Nürnberg, Beschluss v. 04.08.2021 – 11 UF 655/20, FamRZ 2021, S. 1807 (1809 f.).

<sup>142</sup> Siehe B. II. 4.

<sup>143</sup> Zum einen bedarf es der erwähnten besonderen Konstellationen. Zum anderen sind Leihmutterschaften in der Ukraine gem. Art. 123 II des ukrainischen Familiengesetzbuches nur für heterosexuelle Paare möglich, vgl. Fn. 32.

<sup>144</sup> EGMR (GK), Gutachten v. 10.04.2019 – P16-2018-001, Rn. 47.

<sup>145</sup> Siehe Fn. 58.

<sup>146</sup> EGMR (GK), Ur. v. 24.01.2017 – Nr. 25358/12, *Paradiso u. Campanelli v. Italien*, abweichendes gemeinsames Sondervotum v. Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens u. Grozev, Rn. 4 sah das Vorgehen der großen Kammer ebenfalls kritisch und bejahte hier ein de facto-Familienleben. Vgl. ebenso EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, abweichendes Sondervotum v. Jelić, Rn. 30 f.

<sup>147</sup> Vgl. *Wittling-Vogel*, Mutter ohne biologische oder rechtliche Verbindung zum Kind?, NJW 2023, S. 3619 (3620).

<sup>148</sup> EGMR, Ur. v. 24.03.2022 – Nr. 30254/18, A.M. v. Norwegen, abweichendes Sondervotum v. Jelić, Rn. 36.

<sup>149</sup> *Serafini*, Outcome and follow-up of children born after IVF-surrogacy, Hum. Reprod. Update 2001, S. 23 (26) konnte bei 110 brasilianischen Leihmutterschaftskindern keine dauernde Beeinträchtigung der motorischen und verbalen Entwicklung feststellen. *Shelton et al.*, Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies, Int. J. Behav. Dev. 2009, S. 385 (390 f.) untersuchten u.a. 21 Leihmutterschaftskinder, wobei sich keine signifikanten psychologischen Defizite der Kinder ergaben. Mit *Golombok et al.*, A Longitudinal Study of Families Formed Through Third-Party Assisted Reproduction: Mother-Child Relationships and Child Adjustment From Infancy to Adulthood, Developmental Psychology 2023, S. 1059 (1068 ff.) weist auch eine erste Langzeitstudie mit 22 Leihmutterschaftsfamilien in diese Richtung.

nicht.<sup>150</sup> Es überzeugt auch dann nicht, wenn wie in R.F. gegen Deutschland der betreffende Wunschelternteil der einzige genetische Verwandte ist, den das Kind wohl je haben wird.<sup>151</sup>

An der konventionsgerechten deutschen Rechtslage lassen sich ebenfalls Mängel der Vorgaben erkennen. Das gilt insbesondere für die Verhinderung einer Einreise. Ein Leihmutterchaftskind im Zweifel einem ausländischen Waisenhaus zu übergeben, statt es bei zwei sorgerebereiten Wunscheltern zu belassen, steht der Verwirklichung des Kindeswohls geradezu entgegen. Die Wunscheltern hier nicht als rechtliche Eltern anzuerkennen, stellt sie über dies von ihrer Verantwortung frei. Das Kind ist in keiner Weise davor geschützt, dass sich die Wunscheltern nicht um es kümmern wollen, sollte es nicht ihren Wünschen entsprechen.<sup>152</sup> Insoweit ist der Verstoß gegen ein Verbot als Argument schief. Dieses soll die Entstehung eines Kindes mit bestimmten Methoden vermeiden. Es geht hier jedoch um den Umgang mit einem bereits entstandenen Kind, was auf seine Geburtsumstände keinen Einfluss hatte.<sup>153</sup> Problematisch ist außerdem die in Deutschland mögliche Anerkennung der rechtlichen Elternschaft bei Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung. Diese ist an sich als Übererfüllung der Anforderungen zu qualifizieren. Allerdings folgt daraus eine recht sonderbare Differenzierung. Es kann allein vom Geburtsstaat eines Leihmutterkindes abhängen, ob das Kind jemals die Wunscheltern als rechtliche Eltern erhält. Dies ist aus Erwägungen des Kindeswohls jedenfalls nicht erklärbar.

Aus all diesen Einwänden wird ersichtlich, wie locker doch das Dach des Kindeswohls mit den Säulen der Elternschaft verbunden und wie einsturzgefährdet das Gebäude ist. Widersprüche treffen dabei auf eine besondere Härte für das Kind. Um das Wohl des Kindes zu schützen, werden gelebte familiäre Beziehungen in einem rechtlich unsicheren Zustand belassen. Es ist den Kindern erschwert, ihre Abstammung und soziale Identität nachzuvollziehen, wobei zusätzlich zwischen ihren Geburtsstaaten differenziert wird. Aus dem Ansinnen heraus, den Grund für die Entstehung des Kindes zu vermeiden,

wird dem Kind anschließend eine sorgerebereite Person entzogen. Diejenigen, die eine Leihmutterchaft in Auftrag geben, tragen für das Kind keinerlei rechtliche Verantwortung und sind ihm zu nichts verpflichtet. Und am wenigsten überzeugt es insoweit, wenn diese Erwägungsgründe dazu führen, dass Kinder in einem Waisenhaus zurückgelassen werden.

## F. Fazit

Der EGMR hat für den Umgang mit Leihmutterchaftskindern und den dazugehörigen Wunscheltern eindeutige Vorgaben gemacht. In Deutschland sind diese überwiegend erfüllt. Nichtsdestotrotz verwirklichen die Vorgaben selbst das Kindeswohl nur mangelhaft. Das dürfte in Zukunft zu immer mehr Problemen führen.

Während das Thema der Leihmutterchaft in Deutschland umstritten ist,<sup>154</sup> sind die internationalen Fallzahlen erheblich gestiegen.<sup>155</sup> Vor diesem Hintergrund haben sich entsprechende gerichtliche Verfahren gehäuft, sowohl in Deutschland<sup>156</sup> als auch vor dem EGMR.<sup>157</sup> Währenddessen gehen die Fremdoptionen trotz steigender ungewollter Kinderlosigkeit zurück.<sup>158</sup> Hierzu sei überdies gesagt, dass in Deutschland etwa 29 % der homosexuellen Männer mit Kinderwunsch diesen am ehesten durch eine Leihmutterchaft realisieren wollen.<sup>159</sup> Die praktische Relevanz dieser Reproduktionsmethode wird also vermutlich steigen.

Damit erwächst der Anspruch an das nationale Recht, für den Umgang mit den so entstandenen Kindern eine kindeswohlgerechte Lösung parat zu haben. Damit steht die Anforderung an den deutschen Gesetzgeber, zunächst den Vorgaben der Konvention in Gänze gerecht zu werden. Für genetische Wunschmütter ist in den benannten Fällen eine Anerkennungsmöglichkeit zu schaffen. Hierin kann aber nur ein erster Schritt liegen – den Fuß einer Säule zu reparieren wird an der Stabilität des Daches nichts ändern. Das „aktuelle Muss“ zu erfüllen gelangt dem Kindeswohl oftmals nur bedingt zum Vorteil. Insofern sollte stark über ein „baldiges

<sup>150</sup> So auch v. *Scheliha*, Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 12.11.2024 – Nr. 46808/16, R.F. u.a. v. Deutschland, FamRZ 2025, S. 38 (39).

<sup>151</sup> Vgl. auch v. *Scheliha*, FamRZ 2025, S. 38 (38 f.), die mit Blick auf R.F. gegen Deutschland von einem nicht vorstellbaren „Mehr an Elternschaft“ spricht.

<sup>152</sup> *Löhnig*, NJW 2019, S. 1607 (1608).

<sup>153</sup> Vgl. auch *Löhnig*, NJW 2019, S. 1607 (1608).

<sup>154</sup> In einer nicht repräsentativen Umfrage des Deutschen Ethikrates stimmten insoweit 43 % der Befragten für ihre Zulässigkeit, 39 % stimmten dagegen, siehe: Deutscher Ethikrat, Auswertung der Vorabbefragung zur Jahrestagung 2014 „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“, [www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-auswertung-vorabbefragung.pdf](http://www.ethikrat.org/fileadmin/PDF-Dateien/Veranstaltungen/jt-22-05-2014-auswertung-vorabbefragung.pdf) [Stand: 19.3.2025], S. 7.

<sup>155</sup> Die HCCH kam in Zusammenarbeit mit der Universität Aberdeen auf einen Anstieg von fast 1.000 % zwischen 2006 und 2010, siehe: HCCH, A Preliminary Report on the issues arising from international surrogacy arrangements, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> [Stand: 20.3.2025], S. 8.

<sup>156</sup> *Wellenhofer*, Rechtsprechungsübersicht zum Abstammungsrecht (2018–2021), NZFam 2021, S. 1092 (1092).

<sup>157</sup> So gab es neben den hier besprochenen Urteilen insbesondere viele Entscheidungen, die Italien betrafen: EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 10810/20, 29038/20 u. 2738/21, Bonzano u.a. v. Italien, Corona u.a. v. Italien u. Andrisani u.a. v. Italien; EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 59054/19, 12109/20 u. 45426/21, Modanese v. Italien, Bini u.a. v. Italien u. B.K. u.a. v. Italien; EGMR, E. v. 30.05.2023 – Nr. 47998/20 u. 23142/21, Nuti v. Italien u. Dallabora u.a. v. Italien.

<sup>158</sup> Der Trend ist seit Jahren rückläufig, 2023 wurde die Zahl erstmals dreistellig, siehe: Statistisches Bundesamt, Adoptionen, Zeitreihe, [www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Tabellen/adoptionen-zeitreihe.html](http://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Adoptionen/Tabellen/adoptionen-zeitreihe.html) [Stand: 18.3.2025].

<sup>159</sup> *De Vries*, Regenbogenfamilien in Deutschland. Ein Überblick über die Lebenssituation von homo- und bisexuellen Eltern und deren Kindern, 2021, S. 18.

Soll“ nachgedacht werden, welches diesen Umstand behebt. Die Einführung eines Anfechtungsverfahrens für Wunschkinder sowie einer Co-Elternschaft könnten hier für Lösungen sorgen, die der Rechtssicherheit und den Interessen des Kindes zugutekommen. Angesichts der bisher erfolglosen

politischen Vorstöße in Richtung Co-Mutterschaft<sup>160</sup> und der beim BVerfG anhängigen Verfahren<sup>161</sup> bleibt die weitere Entwicklung insoweit nur mit Spannung abzuwarten.

---

<sup>160</sup> Der nächste wäre der Vierte, siehe: *Schmidt*, Keine konventionsrechtliche Verpflichtung zur Einführung einer Co-Mutterschaft, NZFam 2024, S. 1144 (1144).

<sup>161</sup> Sechs an der Zahl, siehe: v. *Scheliha*, FamRZ 2025, S. 38 (39).