

Verfahrensgang

OLG Celle, Beschl. vom 10.03.2011 – 17 W 48/10, [IPRspr 2011-95](#)

Rechtsgebiete

Kindschaftsrecht → Kindschaftsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

14/2006 KünstlFortpflanzungG (Spanien) **Art. 7**

218/1995 IPR-ReformG (Italien) **Art. 33**

40/2004 KünstlFortpflanzungG (Italien) **Art. 4**; 40/2004 KünstlFortpflanzungG (Italien) **Art. 9**

AEUV **Art. 21**

BGB **§ 1591**; BGB **§ 1592**; BGB **§ 1600**

Brüsseler CIEC **Art. 1**

Cc 1889 (Spanien) **Art. 17**

Cc 1942 (Italien) **Art. 231**; Cc 1942 (Italien) **Art. 250**

EGBGB **Art. 3**; EGBGB **Art. 13**; EGBGB **Art. 13 ff.**; EGBGB **Art. 14**; EGBGB **Art. 17b**; EGBGB **Art. 19**

EMRK **Art. 8**; EMRK **Art. 14**

FamFG **§ 58**

Freizügigkeits-RL 2004/38/EG **Art. 2**

GG **Art. 3**

LPartG **§ 9**

PStG **§ 27**; PStG **§ 36**; PStG **§ 51**

Fundstellen

LS und Gründe

FamRZ, 2011, 1518

NJW-RR, 2011, 1157

StAZ, 2011, 150

IPRax, 2012, 544

nur Leitsatz

FamRBint., 2012, 52

Aufsatz

Heiderhoff, IPRax, 2012, 523 A

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2011-95>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

dem das Kind nicht lebt, allein das Informationsrecht nach Art. 142 IV 1 FamG und ein nur gerichtlich verfolgbares Einspruchsrecht nach Art. 142 IV 2 FamG. Bei dieser durch das Urteil des Gemeindegerichts in Gradaëac vom 7.9.2009 gestalteten Rechtslage verfügt die Mutter des Ast. nicht über substanzielle Mitentscheidungsrechte und -pflichten, die der Annahme einer alleinigen Personensorgeberechtigung des Vaters des Ast. entgegenstehen würden.“

95. *Die Eintragung einer „Co-Mutterschaft“ für ein durch künstliche Befruchtung entstandenes Kind einer Deutschen, die mit einer Italienerin nach spanischem Recht verheiratet ist, in das deutsche Geburtenregister ist unzulässig. [LS der Redaktion]*

OLG Celle, Beschl. vom 10.3.2011 – 17 W 48/10: NJW-RR 2011, 1157; FamRZ 2011, 1518; IPRax 2012, 544, 523 Aufsatz *Heiderhoff*; StAZ 2011, 150. Leitsatz in FamRBint. 2012, 52.

Die 1979 geborene Beteiligte zu 1) ist dt. Staatsangehörige; die 1968 geborene Beteiligte zu 2) hat die ital. Staatsangehörigkeit. Die beiden Beteiligten schlossen am 7.7.2007 in Spanien nach den dort geltenden Vorschriften die für gleichgeschlechtliche Paare geöffnete Ehe. Die Beteiligten hielten sich zu dieser Zeit mit einem gemeinsamen Wohnsitz ständig in Spanien auf. Zwischen dem 30.12.2008 und dem 2.1.2009 wurde bei der Beteiligten zu 1) in Spanien im Einverständnis mit der Beteiligten zu 2) eine künstliche Befruchtung mit Spendermaterial vorgenommen. Bereits seit Anfang Dezember 2008 war die Beteiligte zu 1) aus beruflichen Gründen wieder nach Deutschland gekommen; sie hielt sich während der Ferien und später nach Beginn des Mutterschutzes wieder in Spanien auf. Am 11.9.2009 wurde die Beteiligte zu 1) von dem Kind P. entbunden. Der span. Registerbeamte fertigte am 21.9.2009 eine Geburtsurkunde (*certificación del acta de nacimiento*) aus, in der als Vater (*padre*) die Beteiligte zu 1) und als Mutter (*madre*) die Beteiligte zu 2) eingetragen ist. Am 1.11.2009 verließen die beiden Beteiligten zu 1) und 2) mit dem Kind Spanien; sie halten sich seither ständig in Deutschland auf.

Das Kind und die Beteiligten zu 1) und 2) begehren, die Geburt des Kindes im Geburtenregister mit der Maßgabe nachträglich zu beurkunden, dass das Kind ein gemeinschaftliches Kind der Beteiligten zu 1) und 2) sei. Dies lehnte die Standesbeamtin beim Standesamt Hannover ab. Den Antrag, das Standesamt zur Vornahme der begehrten Eintragung in das Geburtenregister anzuweisen, hat das AG durch Beschluss vom 3.11.2010 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Kindes sowie der Beteiligten zu 1) und 2).

Aus den Gründen:

„II. Die Beschwerde ist gemäß § 51 I 1 PStG i.V.m. § 58 I FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

Gemäß §§ 36 I 2, 27 I Nr. 4 PStG sind bei der Nachbeurkundung einer Auslandsgeburt in das Geburtenregister die ‚Eltern‘ des Kindes mit Vor- und Familiennamen einzutragen. Das AG hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die Standesbeamtin nicht dazu verpflichtet werden kann, neben der Beteiligten zu 1) auch die Beteiligte zu 2) als ‚Mutter‘ oder ggf. unter einer anderen Bezeichnung in das Geburtenregister einzutragen.

1. CIEC-Übereinkommen über die Mutterschaftsfeststellung von 1962

Die Abstammung des Kindes P. von der Beteiligten zu 2) gilt nicht aufgrund des Brüsseler CIEC-Übereinkommens vom 12.9.1962 über die Feststellung der mütterlichen Abstammung nichtehelicher Kinder (BGBl. 1965 II 23; abgedr. bei Münch-Komm-Säcker, 5. Aufl., Anh II nach Art. 19 EGBGB), welches im Verhältnis zu Spanien seit dem 16.3.1984 in Kraft ist (BGBl. 1984 II 229) wegen der Eintragungen in die spanische Geburtsurkunde als festgestellt. Der hier zur Beurteilung stehende Sachverhalt fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser CIEC-Konvention.

a) Nach Art. 1 Satz 1 des CIEC-Übereinkommens von 1962 gilt die mütterliche Abstammung als festgestellt, wenn eine Frau ‚im Geburtseintrag eines nichtehelichen Kindes‘ als Mutter des Kindes bezeichnet wird. Berücksichtigt man zum einen den Wortlaut dieser Vorschrift und zieht zum anderen in Erwägung, dass durch das Übereinkommen ein materielles Einheitsrecht in den Vertragsstaaten geschaffen werden sollte (vgl. MünchKomm-Säcker aaO Rz. 1; *Staudinger-Henrich*, BGB [Bearb. 2008], Vorb. zu Art. 19 EGBGB, 2. CIEC-Abkommen Rz. 17; *Simitis*, RabelsZ 33 [1969], 30, 41; *van Sasse van Ysselt*, StAZ 1969, 77), wird die Anwendung der Konvention nur dann in Betracht kommen können, wenn die Vorfrage nach der nichtehelichen Abstammung des Kindes aus Sicht aller mit dem Sachverhalt in Berührung kommenden Staaten einheitlich beurteilt wird. Dies ist im vorliegenden Fall aber aus Sicht des Geburtsstaats (Spanien) gerade nicht der Fall, weil dort die gleichgeschlechtliche Ehe in allen Rechtswirkungen einer verschiedengeschlechtlichen Ehe vollständig gleichgestellt worden ist (vgl. *Martin-Casals/Ribot*, FamRZ 2006, 1331). Aus spanischer Sicht dürfte daher mit dem Geburtseintrag für das Kind P. eine eheliche und keine nichteheliche Geburt beurkundet worden sein.

b) Auch sonst dürfte Sinn und Zweck des Übereinkommens gegen deren Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt sprechen. Der Zweck der Konvention besteht darin, die Unterschiede zwischen solchen Vertragsstaaten abzubauen, die – wie Deutschland – Rechtsbeziehungen zwischen dem nichtehelichen Kind und seiner Mutter kraft Abstammung herstellen, und solchen, die dafür ein besonderes Anerkenntnis der Mutter voraussetzen. In dieser Angleichung erschöpft sich aber auch ihr Zweck (vgl. *Simitis*, StAZ 1969, 78), und es wird bei der Vereinbarung der Konvention im Jahre 1962 kaum daran gedacht worden sein, derjenigen Frau, die das Kind geboren hat und deren Mutterschaft daher in den vom Abstammungsprinzip beherrschten Vertragsstaaten bereits feststeht, noch eine weitere (Co-)Mutter zur Seite zu stellen.

Da der zur Beurteilung stehende Sachverhalt im Übrigen in mehrfacher Hinsicht Auslandsberührung aufweist, ist die für die Abstammung des Kindes maßgebliche Rechtsordnung zu bestimmen (Art. 3 EGBGB). Für die hier interessierenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind P. und der Beteiligten zu 2) stellt Art. 19 I EGBGB mehrere Anknüpfungsalternativen bereit.

2. Anknüpfung nach Art. 19 I 1 EGBGB

a) Die Abstammung eines Kindes unterliegt gemäß Art. 19 I 1 EGBGB dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts; dieses Statut ist durch die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts grundsätzlich wandelbar. Nach dieser Grundsatzanknüpfung beurteilt sich das Abstammungsstatut für das Kind P. nach deutschem Sachrecht, weil sich das Kind seit November 2009 durchgehend im Bundesgebiet aufhält.

Die Wandelbarkeit des an den aktuellen Aufenthaltsort anknüpfenden Statuts kann indessen dazu führen, dass durch die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts und den damit verbundenen Statuswechsel ein am bisherigen Aufenthaltsort erworbener familienrechtlicher Status ersatzlos entfallen kann. Um das Kind in solchen Fällen vor Rechtsnachteilen zu schützen, entspricht es einer verbreiteten Auffassung in Rspr. u. Lit., dass entweder die Wandelbarkeit des Statuts bei Verlegung des Aufenthaltsorts eingeschränkt ist (*Looschelders*, IPRax 1999, 420, 423

f.; ähnlich OLG Hamm, FamRZ 2005, 291, 293¹) oder aber der am bisherigen Aufenthaltsort erworbene familienrechtliche Status den Aufenthaltswechsel wenigstens als ‚wohlerworbenes Recht‘ des Kindes überdauert (*Palandt-Thorn*, BGB, 70. Aufl., Art. 19 EGBGB Rz. 4; MünchKomm-Klinkhardt aaO Art. 19 EGBGB Rz. 18; *Dauner-Lieb/Heidel/Bischoff*, Anwaltkommentar BGB, 2005, Art. 19 EGBGB Rz. 15; gegen jede Ausnahme vom Grundsatz der Wandelbarkeit: *Erman-Hobloch*, BGB, 12. Aufl., Art. 19 EGBGB Rz. 9).

Einer näheren Erörterung dieser Frage bedarf es aber nicht, weil das Kind P. vor seiner Einreise nach Deutschland im Zeitraum zwischen September und November 2009 in Spanien keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne kollisionsrechtlicher Vorschriften begründet hat. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Minderjährigen ist selbständig, d.h. ohne Ableitung vom Aufenthaltsort der Eltern zu bestimmen (*Palandt-Thorn* aaO Art. 5 EGBGB Rz. 10 m.w.N.). Bei der Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts handelt es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der eine gewisse Eingliederung in die soziale Umwelt voraussetzt, welche ihrerseits durch die tatsächliche Dauer des Aufenthalts indiziert wird; als grober Anhaltspunkt dient der Praxis meist eine Frist von sechs Monaten (BGHZ 78, 293, 300 f.²; BGH, Beschl. vom 18.6.1997 – XII ZB 156/95, FamRZ 1997, 1070³). Ob diese nach der Erfahrung im Regelfall angemessene Zeitspanne bei einem Kleinkind oder Baby unterschritten werden kann, mag dahinstehen: Zum einen dürfte auch für kleinere Kinder ein Aufenthalt von knapp sieben Wochen an einem Ort im Allgemeinen nicht ausreichen. Zum anderen spricht unter den obwaltenden Umständen gegen die Begründung eines gewöhnlichen Kindesaufenthalts in Spanien vor allem, dass keine Anhaltspunkte auf ein beabsichtigtes längeres Verweilen des Kindes P. in Spanien hindeuten, zumal die alsbaldige Übersiedlung nach Deutschland erkennbar im Zusammenhang mit den beruflichen Dispositionen der in Deutschland erwerbstätigen Beteiligten zu 1) und dem Ende ihrer gesetzlichen Mutterschutzfrist stehen.

b) Das nach Art. 19 I 1 EGBGB berufene dt. Abstammungsrecht ist von dem Bestreben bestimmt, die Abstammung im Rechtssinne an der biologischen Abstammung des Kindes von einem Mann und einer Frau zu orientieren (vgl. *Hepting*, Deutsches und internationales Familienrecht im Personenstandsrecht, 2010, Rz. I-20).

Nach § 1591 I BGB ist die Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat. Gemäß § 1592 Nrn. 1 und 2 BGB gilt als Vater derjenige Mann, der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist oder der die Vaterschaft anerkannt hat. Richtig ist zwar der Gedanke, dass die Begründung rechtlicher Vaterschaft nach diesen Vorschriften nicht unmittelbar auf der biologischen Abstammung des Kindes von einem bestimmten Mann, sondern von einer besonderen rechtlichen und sozialen Beziehung des Mannes zur Mutter beruht. Das bedeutet aber nicht, dass das Gesetz der biologischen Abstammung des Kindes keine Bedeutung mehr beimessen wollte; vielmehr leitet das Gesetz aus dem Vorliegen bestimmter äußerer sozialer Kriterien eine Wahrscheinlichkeit für das Zusammentreffen von rechtlicher und biologischer Vaterschaft ab (vgl. BVerfGE 108, 82, 100; BVerfGE 79, 265, 279). Auch in den Fällen der § 1592 Nrn. 1 und 2 soll daher der Status des Kindes in einer Weise

¹ IPRspr. 2004 Nr. 67.

² IPRspr. 1980 Nr. 94.

³ IPRspr. 1997 Nr. 99.

festgelegt werden, dass er den biologischen Abstammungsverhältnissen möglichst entspricht, ohne dass zu deren Aufklärung in jedem Falle naturwissenschaftliche Untersuchungen erforderlich werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerde ergibt sich aus § 1600 V BGB nicht, dass es der Gesetzgeber gerade in den Fällen heterologer Insemination bewusst und dauerhaft akzeptiert hätte, dass ein Mann rechtlicher Vater des Kindes ist, ohne es biologisch zu sein. Das Gegenteil ist der Fall; die o.g. Vorschrift schränkt zwar das Anfechtungsrecht des rechtlichen Vaters und der Mutter ein, ausdrücklich aber nicht das Anfechtungsrecht des Kindes, sodass der Samenspender als biologischer Vater nicht vor der Feststellung als rechtlicher Vater geschützt worden ist (MünchKomm-Wellenhofer aaO § 1600 Rz. 11).

Soweit der Gesetzgeber die Abstammungsregeln des § 1592 Nrn. 1 und 2 BGB im Sinne einer gesetzlichen Vermutung an der biologischen Abstammung des Kindes von einem Mann orientiert, ist dies verfassungsrechtlich auch mit Blick auf gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften nicht zu beanstanden. Insbesondere liegt keine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 I GG oder eine geschlechtsbezogene Benachteiligung (Art. 3 II und III GG) der Lebenspartnerin einer gemäß § 1591 BGB als Mutter feststehenden Frau vor. Denn die Vermutung biologischer Abstammung kann bei gleichgeschlechtlichen Personen nicht begründet sein (BVerfG, FamRZ 2010, 1621, 1622), sodass auch für die von der Beschwerde geforderte verfassungskonforme Auslegung des § 1592 BGB kein Raum ist. Das deutsche Abstammungsrecht lässt somit die rechtliche Zuordnung der Elternschaft an zwei gleichgeschlechtliche Personen außerhalb des – von der biologischen Abstammung gelösten – Adoptionsrechts (§ 9 VII LPartG) nicht zu.

2. Anknüpfung nach Art. 19 I 2 EGBGB

Die Abstammung des Kindes kann ferner gemäß Art. 19 I 2 EGBGB zusätzlich im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staats bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört.

a) Da es hier um die Elternstellung der Beteiligten zu 2) geht, ist insoweit an das ital. Heimatrecht der Beteiligten zu 2) anzuknüpfen. Bei der Verweisung in Art. 19 I 2 EGBGB handelt es sich nach allg. A. um eine Gesamtverweisung, sodass eine Rück- oder Weiterverweisung (*renvoi*) aus dem ausländischen Kollisionsrecht zu beachten ist (vgl. MünchKomm-Klinkhardt aaO Art. 19 EGBGB Rz. 22; *Daurer-Lieb/Heidel/Bischoff* aaO Rz. 34; *Erman-Hobloch* aaO Rz. 4). Nach § 33 I ital. IPRG (Gesetz Nr. 218 – Reform des italienischen Systems des Internationalen Privatrechts – vom 31.5.1995 [Gaz. Uff. Nr. 128], abgedr. bei *Bergmann-Ferid-Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Italien [190. Lfg.] S. 49) ist für die Feststellung seiner Abstammung das Heimatrecht des Kindes berufen. Nach den Feststellungen des AG hat das Kind P. (nur) die dt. Staatsangehörigkeit. Dies trifft auch zu, weil das Kind insbes. die span. Staatsangehörigkeit nicht erwerben konnte: Nach Art. 17 I litt. a–d span. Cc (in dt. Übersetzung abgedr. u.a. bei *Man-gold*, IPRax 1992, 392, 393 f.) erlangt ein Kind kraft Herkunft die span. Staatsangehörigkeit, wenn es zumindest von einem span. Staatsangehörigen abstammt; darüber hinaus erwirbt ein Kind bei einer Geburt auf span. Territorium nur dann die span. Staatsangehörigkeit, wenn zumindest ein Elternteil in Spanien geboren ist, wenn beide Elternteile staatenlos sind bzw. keines ihrer Heimatrechte dem Kind eine Staatsangehörigkeit zuerkennt oder wenn sich die Abstammung eines in Spanien

aufgefundenen Kindes als unbestimmt erweist. All diese Voraussetzungen liegen für das Kind P. erkennbar nicht vor.

Damit führt der sich aus dem ital. Kollisionsrecht ergebende *renvoi* wieder auf das schon nach Art. 19 I 1 EGBGB berufende dt. Abstammungsrecht zurück. In diesen Fällen bleibt ein *renvoi* unbeachtlich, weil die Gesamtverweisung dem Sinn des Art. 19 I 2 EGBGB – nämlich der Erweiterung des Kreises anwendbarer Rechtsordnungen – widersprechen würde (OLG Hamm, FamRZ 2009, 126, 127⁴; OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246, 248⁵; MünchKomm-Klinkhardt aaO Art. 19 EGBGB Rz. 23). Die Alternativanknüpfung nach Art. 19 I 2 EGBGB ruft daher das ital. Abstammungsrecht auf.

b) Das ital. Abstammungsrecht unterscheidet zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Der Status als eheliches Kind wird durch die biologische Abstammung vermittelt. Dies ergibt sich für die Mutter ohne weiteres; rechtlicher Vater ist der Ehemann der Mutter, wenn das Kind während der Ehe empfangen worden ist (Art. 231 ital. Cc). Der Status eines nichtehelichen Kindes wird demgegenüber weder für die Mutter noch für den Vater durch biologische Abstammung begründet; beide Elternteile können das Kind entweder gemeinsam oder jeder für sich anerkennen (Art. 250 ital Cc). Da das familienrechtliche Institut der Ehe in Italien für gleichgeschlechtliche Partner nicht geöffnet ist, dürfte das Kind P. aus Sicht des ital. Rechts als nichtehelich geborenes Kind anzusehen sein. Dann wird die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zu beiden beteiligten Müttern derzeit schon in formeller Hinsicht daran scheitern, dass es an der Anerkennung der Mutterschaft durch die Beteiligten zu 1) und 2) fehlt. Aus dem in Spanien beurkundeten Geburts- eintrag – der im Übrigen nur die Beteiligte zu 2) als Mutter bezeichnet – lassen sich aus Sicht des ital. Rechts schon deshalb keine Rechtswirkungen herleiten, weil Italien kein Vertragsstaat des CIEC-Übereinkommens ist. Aber auch dann, wenn von den Beteiligten zu 1) und 2) formwirksame Mutterschaftsanerkennnisse abgegeben werden würden, ließe sich die von ihnen erstrebte Rechtsfolge der Co-Mutterschaft nach ital. Recht nicht verwirklichen.

Die Anwendung von Techniken der heterologen Insemination ist in Italien durch Art. 4 II des Gesetzes Nr. 40/2004 über die assistierte Fortpflanzung – *norme in materia di procreazione medicalmente assistita* – vom 19.2.2004 (Gaz. Uff. Nr. 45; im Internet veröffentlicht im ital. Originaltext unter <http://www.parlamento.it>) verboten. Wird ein Kind unter Umgehung des Verbots durch heterologe Insemination gezeugt, bestimmt Art. 9 I dieses Gesetzes, dass der Ehemann oder der Lebensgefährte der Kindesmutter keine Klage auf Bestreitung der Vaterschaft erheben kann, wenn dieser durch konkludentes Handeln einer künstlichen Befruchtung der Mutter mit Spendersamen zugestimmt hat (vgl. hierzu *Patti*, Die heterologe Insemination im italienischen Recht: FS Schwab, 2005, 1449, 1456 f.). Das ital. Recht setzt damit auch für den Status eines durch Techniken der heterologen Insemination gezeugten Kindes voraus, dass eine rechtliche Zuordnung des Kindes zu einem Elternpaar nur bei verschiedengeschlechtlichen Personen möglich ist.

Da das ital. Recht im Übrigen überhaupt keine eheähnlich ausgestaltete oder sonst rechtlich verbindliche Form des Zusammenlebens gleichgeschlechtlicher Personen – etwa als eingetragene Lebenspartnerschaft – kennt (*Süß/Ring/Cubeddu-Wiede-*

⁴ IPRspr. 2008 Nr. 71.

⁵ IPRspr. 2000 Nr. 78.

mann, Eherecht in Europa, 2006, Länderbericht Italien, Rz. 215; *Martiny*, FPR 2010, 399, 400), sondern nur auf kommunaler Ebene symbolische Registrierungen ohne rechtliche Folgen zulässt (*Staudinger-Mankowski* aaO [Bearb. 2010] Art. 17b EGBGB Rz. 17), geht der Senat auch ohne weitergehende Ermittlungen zum ital. Sachrecht davon aus, dass jede rechtliche Zuordnung eines Kindes zu zwei gleichgeschlechtlichen Elternteilen nach ital. Recht von vornherein ausgeschlossen ist.

3. Anknüpfung nach Art. 19 I 3 EGBGB

Ist die Mutter des Kindes verheiratet, kann die Abstammung gemäß Art. 19 I 3 EGBGB auch nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt des Kindes nach Art. 14 I EGBGB unterliegen.

a) Ginge man davon aus, dass eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe nicht unter den kollisionsrechtlichen Ehebegriff nach den Art. 13 ff. EGBGB fällt (*Erman-Hobloch* aaO Art. 17b EGBGB Rz. 6; *Staudinger-Mankowski* aaO Art. 13 EGBGB Rz. 179 f.; jurisPK-BGB-Mäsch, 5. Aufl., Art. 13 EGBGB Rz. 18; *Henrich*, FamRZ 2002, 137, 138) und deshalb eine Nichtehe darstellt, käme eine unmittelbare Anwendung des Art. 19 I 3 EGBGB von vornherein nicht in Betracht. Nimmt man demgegenüber an, dass der kollisionsrechtliche Ehebegriff weiter reicht als der materiell-rechtliche Ehebegriff und nicht notwendigerweise eine Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten voraussetzt (*Palandt-Thorn* aaO Art. 17b EGBGB Rz. 1; *Bruns-Kemper-Kiel*, Handkommentar Lebenspartnerschaft, 2. Aufl., Art. 17b EGBGB Rz. 75; *Gebauer/Staudinger*, IPRax 2002, 275, 277; *Röthel*, IPRax 2002, 496, 498), muss im Rahmen des Art. 19 I 3 EGBGB die Vorfrage erörtert werden, ob eine gültige Ehe der Eltern vorliegt. Diese Vorfrage ist grundsätzlich selbständig nach den maßgeblichen Kollisionsnormen des dt. Rechts anzuknüpfen (OLG München, FamRZ 2008, 1772, 1773⁶; *Staudinger-Henrich* aaO Art. 19 EGBGB Rz. 19; *Erman-Hobloch* aaO Art. 19 EGBGB Rz. 6, 11; *Palandt-Thorn* aaO Art. 19 EGBGB Rz. 5, 8; *Daumer-Lieb/Heidel/Bischoff* aaO Rz. 19). Gemäß Art. 13 I EGBGB beurteilen sich die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung für jeden Verlobten nach dem Recht des Staats, dem er angehört. Dann läge schon deshalb keine gültige Ehe der Beteiligten zu 1) und 2) vor, weil die Sachnormen des dt. Heimatrechts der Beteiligten zu 1) das familienrechtliche Institut der Ehe bewusst für gleichgeschlechtliche Paare nicht geöffnet haben, sondern vielmehr von dem Ordnungsgedanken beherrscht werden, dass eine Ehe nur von verschiedengeschlechtlichen Partnern geschlossen werden kann (BVerfG, FamRZ 2008, 1593 [Tz. 45]; BVerfGE 105, 313, 345; OLG Köln, StAZ 2010, 264⁷; vgl. auch die zahlreichen Nachweise bei *Staudinger-Mankowski* aaO Rz. 178).

b) Indessen wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass Art. 19 I 3 EGBGB auf eine im Geltungsbereich einer ausländischen Rechtsordnung geschlossene Ehe gleichgeschlechtlicher Partner (nur) analog angewendet werden kann, indem auf Art. 17b I EGBGB und damit auf das Recht des Registerstaats – in diesem Falle des Eheschließungsstaats – zurückgegriffen wird (MünchKomm-Coester aaO Art. 17b EGBGB Rz. 77, 110; *Bamberger-Roth-Heiderhoff*, BGB, 3. Bd., 2. Aufl., Art. 17b EGBGB Rz. 42 und Art. 19 EGBGB Rz. 18). Ob dieser Auffassung zu folgen ist, kann letztlich dahinstehen, weil bei einem Rückgriff auf Art. 17b I EGBGB auch die Kappungsgrenze des Art. 17b IV EGBGB zu berücksichtigen wäre, welche die

⁶ IPRspr. 2008 Nr. 68.

⁷ IPRspr. 2010 Nr. 311b.

Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft auf das nach dt. Sachrecht vorgesehene Maß beschränkt.

Art. 7 II des span. Gesetzes Nr. 14/2006 über Techniken der assistierten menschlichen Fortpflanzung (ley sobre técnicas de reproducción humana asistida) vom 26.5.2006 (i.d.F. des Gesetzes 3/2007 vom 15.3.2007) hat die Möglichkeit geschaffen, der in gleichgeschlechtlicher Ehe verbundenen Partnerin einer austragenden Mutter die Co-Mutterschaft für solche Kinder zuzuordnen, die mit ihrer Zustimmung durch Mittel der assistierten Fortpflanzung mit anonymen Spendermaterial gezeugt wurden (vgl. Einzelnen *Ferrer i Riba*, FamRZ 2007, 1513, 1515). Eine solche rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung, die allein darauf beruht, dass eine in gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft lebende Frau mit Zustimmung ihrer Partnerin künstlich befruchtet und das Kind während bestehender Partnerschaft geboren wird, ist dem dt. Abstammungsrecht – das die Zuordnung des Kindes zu beiden gleichgeschlechtlichen Elternteilen nur in den Fällen der Stiefkindadoption nach § 9 VII LPartG vornimmt – fremd. Das span. Recht kann daher von vornherein keine Wirkungen erzeugen, die dem Kind den Status eines gemeinschaftlichen Kindes der beiden beteiligten Mütter zuweisen; daher könnte dieser Status auch nicht als ‚wohl-erworbenes Recht‘ angesehen werden. Zwar kann nach allg. A. die Anwendung des Art. 17b IV EGBGB nicht dazu führen, dass eine im Ausland erfolgte Annahme als Kind unwirksam gemacht wird, selbst wenn das dt. Recht eine solche Adoption – etwa in den Fällen der gemeinsamen Fremdkindadoption durch Lebenspartner – nicht zulassen würde (vgl. MünchKomm-Coester aaO Rz. 90; *Bruns-Kemper-Kiel* aaO Rz. 67; *Forkert*, Eingetragene Lebenspartnerschaften im deutschen IPR, 2003, 302). Damit ist der vorliegende Fall aber nicht vergleichbar, weil es hier – anders als bei der Adoption – nicht um einen durch behördliche oder gerichtliche Entscheidung abgeschlossenen Rechtsvorgang geht.

4. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

a) Die Entscheidung, die Beteiligte zu 2) nicht als ‚Mutter‘ oder unter einer sonstigen Bezeichnung in das Geburtsregister einzutragen, verstößt auch nicht gegen das Unionsrecht, insbes. nicht gegen das von den Beteiligten zu 1) und 2) aufgerufene Recht auf Freizügigkeit, Art. 21 I AEUV.

Es erscheint zwar grunds. vorstellbar, dass die Entscheidungen, die der EuGH in neuerer Zeit im Hinblick auf die Verletzung der Unionsbürgerfreizügigkeit durch unterschiedliche Namensführungen getroffen hat (EuGH, Grunkin u. Paul: Stefan Grunkin und Dorothee Regina Paul, Rs C-353/06, Slg. 2008, I-07639; Sayn-Wittgenstein: Ilonka Sayn-Wittgenstein / Landeshauptmann von Wien, Rs C-208/09, Slg. 2010 I-13693, EuGRZ 2011, 25), auch in sonstigen Bereichen des Familienrechts, insbes. bei abweichenden Beurteilungen des Status als Ehegatte, Lebenspartner oder Kind eines bestimmten Elternteils in verschiedenen Mitgliedstaaten, Bedeutung gewinnen können (vgl. *Funken*, FamRZ 2008, 2090, 2091).

Gleichwohl verlangt das Unionsrecht jedenfalls nicht, dass solche Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine der Ehe gleichgestellte gleichgeschlechtliche Verbindung eingegangen sind oder anerkennen haben lassen, in Deutschland wie Ehegatten behandelt werden. Dies ergibt sich bereits aus Kap. I Art. 2 Nr. 2 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mit-

gliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/2221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 73/35/EWG, 90/364/EWG, 90/362/EWG und 93/96/EWG vom 29.4.2004 (ABl. Nr. L 158/77). Für die Lebenspartnerschaft ist der Richtliniengeber dem Grundsatz gefolgt, dem schwächeren Recht der Mitgliedstaaten den Vorzug zu geben, denn Lebenspartner werden nur als Familienangehörige im Sinne der o.g. Freizügigkeitsrichtlinie angesehen, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Damit ist dem Umstand Rechnung getragen, dass rechtliche Verbindungen gleichgeschlechtlicher Personen in Form einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder einer gleichgeschlechtlichen Ehe nicht in allen EU-Mitgliedstaaten allgemein anerkannt und demzufolge unterschiedlich weit geregelt sind (BFH, Urt. vom 30.11.2004 – VIII R 61/04, IPRax 2006, 287, 288 f; VG Berlin, StAZ 2010, 372, 374⁸). Ein Aufnahmemitgliedstaat, der eine eingetragene Lebenspartnerschaft nicht anerkennt, muss daher den gleichgeschlechtlichen Lebenspartner eines Unionsbürgers nicht als dessen Familienangehörigen im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie behandeln. Diese Grundsätze werden auch für die Beurteilung abstammungsrechtlicher Beziehungen gelten, wenn und soweit diese gerade durch die im Aufnahmemitgliedstaat nicht anerkannte Form der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft vermittelt werden und die deshalb dort auf diese Weise nicht begründet werden können. Es verstößt daher nicht gegen vorrangiges Unionsrecht, wenn das dt. Recht die Beteiligte zu 2) nicht als Mutter des Kindes behandelt, sondern derzeit eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung nur zur Beteiligten zu 1) herstellt.

b) Schließlich liegt auch kein Verstoß gegen die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vor. Zwar wird im Ausgangspunkt angenommen werden können, dass auch das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Partner unter dem Schutz des ‚Familienlebens‘ im Sinne von Art. 14 i.V.m. Art. 8 I EMRK steht (EGMR, Urt. vom 24.6.2010 – 30141/04, BeckRS 2011, 01470 [Tz. 94 f.] mit Anm. *Henrich*, FamRZ 2010, 1525). Unter den Schutz des ‚Familienlebens‘ im Sinne der Konvention könnte grundsätzlich auch das Streben nach rechtlicher Anerkennung des Zusammenlebens beider gleichgeschlechtlicher Partner mit dem Kind des einen Partners gestellt werden. Andererseits hat der EGMR ausdrücklich ausgesprochen, dass es derzeit in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt ist, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt sie eine rechtliche Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften verwirklichen; dabei lässt sich eine generelle Verpflichtung zur Öffnung des Instituts der Ehe für gleichgeschlechtliche Partnerschaften aus der EMRK nicht herleiten (EGMR aaO [Tz. 101, 105 ff.]). Deutschland hat durch das Institut der Stiefkindadoption nach § 9 VII LPartG dem gleichgeschlechtlichen Partner eines Elternteils die Möglichkeit eröffnet, eine familienrechtliche Beziehung zum Kind seines Lebenspartners zu begründen; es ist schon deshalb kein Verstoß gegen die EMRK ersichtlich.“

96. *Eine ausländische (hier: ghanaische) Sorgerechtsentscheidung ist aufgrund Verstoßes gegen den deutschen ordre public nicht anerkennungsfähig, wenn das*

⁸ IPRspr. 2010 Nr. 87.