



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 351/15

vom

24. August 2016

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1592, 1594, 1600 d, 1912; EGBGB Art. 19; FamFG §§ 169 Nr. 1, 179

- a) Begehrt ein Samenspender die Feststellung seiner Vaterschaft für einen im Ausland extrakorporal aufbewahrten Embryo, so bestimmt sich das anzuwendende Recht allein entsprechend Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nach dem Personalstatut des Samenspenders.
- b) Vor der Geburt des Kindes ist nach deutschem Recht eine Vaterschaftsfeststellung ebenso wenig möglich wie die Zuerkennung eines vergleichbaren rechtlichen Status.

BGH, Beschluss vom 24. August 2016 - XII ZB 351/15 - OLG Düsseldorf  
AG Neuss

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. August 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 1. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Juli 2015 und der Hilfsantrag auf Bestellung zum Pfleger werden auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Wert: 2.000 €

Gründe:

A.

- 1 Der Antragsteller will als Vater von neun in einer kalifornischen Fortpflanzungsklinik kryokonservierten Embryonen festgestellt werden.
- 2 Der Antragsteller lebt in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Im gemeinsamen Haushalt leben - neben einer im Jahre 2010 von einer Leihmutter in Indien geborenen Tochter - zwei im Oktober 2012 von einer Leihmutter in Kalifornien geborene Töchter. Nach Darstellung des Antragstellers wurden diese mittels seiner Spermazellen sowie Eizellen einer Spenderin in Kalifornien künstlich gezeugt, wobei parallel dazu die neun Embryonen entstanden. Er will die Embryonen nach seinen Angaben "zur Geburt führen" und betreibt neben dem vorliegenden, auf Feststellung der Vaterschaft für die Embryonen gerichteten Verfahren unter anderem ein die elterliche Sorge für die Embryonen betref-

fendes Verfahren, das gegenwärtig in der Beschwerdeinstanz vor dem Oberlandesgericht anhängig ist.

- 3 Das Amtsgericht hat den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft zurückgewiesen. Die Beschwerde des Antragstellers ist erfolglos geblieben. Mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt er sein Begehren weiter und erstrebt nunmehr "höchstvorsorglich" auch seine Bestellung als Pfleger in analoger Anwendung von § 1912 Abs. 1 und 2 BGB.

B.

- 4 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

- 5 Das Oberlandesgericht hat zur Begründung seiner in FamRZ 2015, 1979 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt, die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung im Hinblick auf ein bestimmtes Kind sei vor dessen Geburt gesetzlich nicht eröffnet. Die rechtliche Vaterschaft stehe nach deutschem Recht erst mit der Geburt fest, weil erst dann klar sei, ob die Mutter zu diesem Zeitpunkt verheiratet sei. Dass die Vaterschaft schon vor der Geburt anerkannt werden könne, ändere daran nichts. Im Übrigen begehre der Antragsteller auch nicht die Anerkennung der Vaterschaft. Eine - ggf. analoge - Anwendung von § 1912 BGB rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Der Antragsteller mache auch keine künftigen Rechte eines menschlichen Embryos geltend, sondern erhoffe sich mit der Vaterschaftsfeststellung eine Art Verfügungsbefugnis über die Embryonen auch ohne oder gegen den Willen der Eizellenspenderin.

6           Ob nach dem Recht des Staates Kalifornien eine Feststellung der Vaterschaft bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt möglich sei, brauche nicht geklärt zu werden, da eine Anwendung ausländischen Rechts in diesem Verfahren ausscheide. Eine solche käme allenfalls entsprechend Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in Betracht, dessen unmittelbare Anwendung scheitere, weil ein Embryo kein Kind im Sinne der Vorschrift sei und der Verwahrungsort nicht als gewöhnlicher Aufenthaltsort angesehen werden könne. Für eine Analogie fehle es an einer ungewollten Regelungslücke. Der deutsche Gesetzgeber habe es in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ausdrücklich unter Strafe gestellt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck als dem zu befruchten, eine Schwangerschaft bei der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stamme. Es könne daher nicht angenommen werden, dass in Bezug auf hiervon abweichend erzeugte Embryonen eine Geltung ausländischen Rechts, welches eine Vaterschaftsfeststellung für solche Embryonen eröffne, gewollt sei.

## II.

7           Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

8           1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die unbeschadet des Wortlauts von § 72 Abs. 2 FamFG auch in den Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsbeschwerdeinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senatsbeschluss BGHZ 203, 372 = FamRZ 2015, 479 Rn. 11), folgt aus § 100 Nr. 1 FamFG, weil der Antragsteller, der die Feststellung seiner Vaterschaft begehrt, Deutscher ist.

9           2. Die vom Antragsteller begehrte Feststellung seiner Vaterschaft für die kryokonservierten Embryonen ist nach dem vorliegend anzuwendenden deutschen Recht nicht möglich.

10           a) Das Oberlandesgericht hat die Frage nach dem Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen dem Antragsteller und den Embryonen im Ergebnis zutreffend auf der Grundlage des deutschen materiellen Abstammungsrechts beantwortet.

11           aa) Da sich die Embryonen in einer kalifornischen Fortpflanzungsklinik befinden, liegt die nach Art. 3 letzter Halbsatz EGBGB für das Eingreifen des Internationalen Privatrechts erforderliche Verbindung des Sachverhalts zu einem ausländischen Staat vor. Das anzuwendende Recht bestimmt sich vorliegend analog Art. 19 Abs. 1 EGBGB.

12           (1) Art. 19 Abs. 1 EGBGB regelt die Abstammung eines Kindes. Wie sich dem Begriff des "Kindes" entnehmen lässt, erfasst die Bestimmung Sachverhalte ab Vollendung der Geburt (vgl. auch § 1 BGB). Eindeutig in diese Richtung weist zudem Art. 19 Abs. 1 Satz 3 EGBGB. Damit setzt der Tatbestand - anders als bei Art. 19 Abs. 2 EGBGB, der Verpflichtungen des Vaters gegenüber der Mutter auf Grund der Schwangerschaft zum Gegenstand hat - die Geburt voraus, so dass eine direkte Anwendung der Vorschrift auf die Abstammung ungeborenen Lebens ausscheidet.

13           (2) Das Abstammungsstatut umfasst nach seiner Zielrichtung jedoch alle Rechtsfragen, die mit dem Zustandekommen eines Eltern-Kind-Verhältnisses aufgrund biologischer Herkunft zusammenhängen (vgl. Looschelders Internationales Privatrecht Art. 19 Rn. 3), so dass Art. 19 Abs. 1 EGBGB über den Gesamtbereich der Abstammung herrscht (Kegel/Schurig Internationales Privatrecht 9. Aufl. S. 908).

- 14            Der Anknüpfungsgegenstand der Abstammung eines Kindes geht zurück auf das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986 (BGBl. I S. 1142). Zum damaligen Zeitpunkt war aber die Trennung des Embryos vom Mutterleib mittels in-vitro-Techniken und Kryokonservierung nicht gebräuchlich, so dass für den Gesetzgeber keine Veranlassung bestand, eine Kollisionsnorm zur Abstammung ungeborenen Lebens zu schaffen (Mankowski FamRZ 2015, 1980; vgl. auch BT-Drucks. 10/504 S. 64 ff.). Mithin liegt eine unbewusste Regelungslücke vor. Die Frage nach der Eltern-Kind-Zuordnung für einen Embryo ist eine solche nach dessen biologischer Abstammung, was dem Grundsatz nach die entsprechende Anwendung des Art. 19 Abs. 1 EGBGB rechtfertigt, um das anzuwendende Recht zu bestimmen (so auch Backmann Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht S. 80; Mankowski FamRZ 2015, 1980; MünchKommBGB/Helms 6. Aufl. Art. 19 EGBGB Rn. 37).
- 15            Sofern die danach berufene Rechtsordnung vom deutschen Recht abweicht, ergeben sich die Grenzen der Anwendbarkeit des ausländischen Rechts erst aus dem für die kollisionsrechtliche Anerkennung nach Art. 6 EGBGB zu beachtenden ordre public (vgl. Senatsbeschluss vom 20. April 2016 - XII ZB 15/15 - FamRZ 2016, 1251 Rn. 27, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).
- 16            bb) Von den in Art. 19 Abs. 1 EGBGB vorgesehenen Anknüpfungsalternativen steht zur kollisionsrechtlichen Bestimmung des auf die Frage der Abstammung eines kryokonservierten und damit extrakorporalen Embryos anwendbaren Rechts allerdings allein das Personalstatut des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zur Verfügung. Dieses führt im vorliegenden Fall zur Anwendung deutschen Rechts.

- 17 (1) Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt die Abstammung eines Kindes dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Aufenthaltsstatut). Sie kann gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört (Personalstatut), oder, wenn die Mutter verheiratet ist, gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 EGBGB nach dem Recht, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB unterliegen (Ehewirkungsstatut). Das Personalstatut und das Ehewirkungsstatut sind dem Aufenthaltsstatut grundsätzlich gleichwertige Zusatzanknüpfungen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. April 2016 - XII ZB 15/15 - FamRZ 2016, 1251 Rn. 28 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, sowie vom 3. August 2016 - XII ZB 110/16 - zur Veröffentlichung bestimmt).
- 18 (2) Im Rahmen der entsprechenden Anwendung von Art. 19 Abs. 1 EGBGB für die Bestimmung des auf die Abstammung von extrakorporalen Embryonen anzuwendenden Rechts kommen jedoch weder das Aufenthaltsstatut (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB) noch das Ehewirkungsstatut (Art. 19 Abs. 1 Satz 3 EGBGB) in Betracht.
- 19 (a) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH Beschluss vom 14. Juni 2016 - VIII ZR 43/15 - WuM 2016, 514 Rn. 10 mwN).

20 Bei der Prüfung, inwieweit die von Art. 19 Abs. 1 EGBGB zur Verfügung gestellten Anknüpfungsalternativen einer entsprechenden Anwendung im Zusammenhang mit der Abstammung extrakorporaler Embryonen zugänglich sind, ist daher für jede Alternative die Vergleichbarkeit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand zu überprüfen.

21 (b) Diese Prüfung führt für das Aufenthaltsstatut und das Ehwirkungsstatut zu dem Ergebnis, dass es an der Vergleichbarkeit fehlt.

22 (aa) Dies gilt für das Ehwirkungsstatut des Art. 19 Abs. 1 Satz 3 EGBGB schon deshalb, weil das Gesetz ausdrücklich auf die Situation zum Zeitpunkt der Geburt abstellt. Auch für den in Art. 19 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 EGBGB geregelten Sonderfall des nachgeborenen Kindes, bei dem die Ehe der Mutter vor der Geburt durch Tod aufgelöst wurde, wird die Geburt vorausgesetzt. Für diese lässt sich bei einem extrakorporalen Embryo jedoch kein Äquivalent finden.

23 (bb) Nicht anders verhält es sich für das Aufenthaltsstatut des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB. Zwar wird in der Literatur vereinzelt erwogen, anstelle des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Kindes bei einem extrakorporalen Embryo auf dessen Aufbewahrungsort abzustellen (Mankowski FamRZ 2015, 1980 f.; für Art. 21 EGBGB: Backmann Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht S. 79 f.). Insoweit fehlt es aber an der für eine Analogie erforderlichen Vergleichbarkeit.

24 Der gewöhnliche Aufenthalt einer Person liegt dort, wo sie den Schwerpunkt ihrer Bindungen, ihren Daseinsmittelpunkt hat (vgl. etwa Senatsbeschlüsse vom 17. Oktober 2007 - XII ZB 42/07 - FamRZ 2008, 45 Rn. 12 und BGHZ 151, 63 = FamRZ 2002, 1182, 1183; MünchKommBGB/Helms 6. Aufl. Art. 19 EGBGB Rn. 8). Zu fordern ist hierfür nicht nur ein auf eine gewisse Dauer ange-



legter Aufenthalt, der im Unterschied zum einfachen oder schlichten Aufenthalt nicht nur vorübergehend sein darf, sondern auch das Vorhandensein weiterer Beziehungen, insbesondere in familiärer oder beruflicher Hinsicht, in denen - im Vergleich zu einem sonst in Betracht kommenden Aufenthaltsort - der Schwerpunkt der Bindungen der betreffenden Person zu sehen ist (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 78, 293 = FamRZ 1981, 135, 136). Zur Anwendung berufen wird dadurch diejenige Rechtsordnung, zu der das Kind die engste Verbindung aufweist, so dass es maßgeblich auf die soziale Integration ankommt, die in der ersten Lebensphase ggf. auch über die Kindeseltern vermittelt werden kann (vgl. BeckOK BGB/Heiderhoff [Stand: 1. Mai 2016] Art. 19 EGBGB Rn. 11; MünchKommBGB/Helms 6. Aufl. Art. 19 EGBGB Rn. 8).

25 Die schlichte Aufbewahrung eines kryokonservierten Embryos erfordert demgegenüber keinerlei Bindungen vergleichbarer Art zur Umwelt und vermittelt sie auch nicht. Sie ist vielmehr völlig unabhängig von jeder sozialen Integration am Aufbewahrungsort, insofern gänzlich beliebig und daher ungeeignet, eine Verbindung zu einer bestimmten Rechtsordnung herzustellen. Anders als etwa in Art. 5 Abs. 2 EGBGB (Personalstatut) hat der Gesetzgeber beim Abstammungsstatut auch nicht den (schlichten) Aufenthalt als sekundären Anknüpfungspunkt vorgesehen. Mithin ist nicht davon auszugehen, dass er, hätte er den vorliegenden Fall bedacht, zu einer Interessenabwägung dahingehend gelangt wäre, für die Frage der Abstammung eines extrakorporalen Embryos dessen Aufbewahrungsort als kollisionsrechtliche Anknüpfung dienen zu lassen.

26 (3) Als Anknüpfung zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts bleibt für die Frage der Abstammung eines extrakorporal aufbewahrten Embryos im Rahmen des Art. 19 Abs. 1 EGBGB nur dessen Satz 2, also das Personalstatut des betreffenden Elternteils. Da es bei der Abstammung um die Eltern-Kind-

Zuordnung aufgrund biologischer Herkunft geht, ist insoweit der Mann, der geltend macht, Samenspender für den Embryo zu sein, dem die biologische Vaterschaft für ein geborenes Kind behauptenden Mann vergleichbar, so dass das Personalstatut für die vorliegende Fallgestaltung entsprechend heranzuziehen ist. Zur Anwendung berufen ist demnach ausschließlich das deutsche als das Recht des Staates, dem der Antragsteller angehört.

27 cc) Aus diesem Grund ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht keine Feststellungen zum kalifornischen Recht getroffen hat.

28 b) Eine Vaterschaftsfeststellung vor der Geburt des Kindes sieht das deutsche Abstammungsrecht nicht vor. Nach § 1592 BGB ist der Mann Vater eines Kindes, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft nach § 1600 d BGB oder § 182 Abs. 1 FamFG gerichtlich festgestellt ist. Die Vaterschaft aufgrund ehelicher Geburt (§ 1592 Nr. 1 BGB) ist dabei gegenüber den beiden anderen Alternativen logisch vorrangig, weil bei aufgrund ehelicher Geburt bestehender Vaterschaft im Zeitpunkt der Geburt grundsätzlich weder eine Vaterschaft aufgrund Anerkennung noch eine aufgrund gerichtlicher Feststellung möglich sind, §§ 1594 Abs. 2, 1600 d Abs. 1 BGB (jurisPK-BGB/Nickel [Stand: 19. Januar 2015] § 1592 Rn. 21; MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl. § 1592 Rn. 14).

29 Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass nach § 1594 Abs. 4 BGB die Anerkennung der Vaterschaft schon vor der Geburt des Kindes zulässig ist, wobei der Antragsteller die Feststellung aufgrund einer solchen Anerkennung ohnedies nicht begehrt. Denn auch eine vorgeburtliche Anerkennung kann frühestens mit der Geburt Wirksamkeit entfalten (jurisPK-BGB/Nickel [Stand: 29. Oktober 2015] § 1594 Rn. 23; MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl.

§ 1594 Rn. 41; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1594 Rn. 51), und zwar ohne dass es auf die Frage ankommt, ob - entsprechend der gesetzlichen Systematik - eine nach Anerkennung, aber vor Geburt erfolgte Eheschließung der Kindesmutter mit einem anderen als dem anerkennenden Mann gemäß § 1592 Nr. 1 BGB zur Vaterschaft des Ehemanns führt (so die überwiegende Auffassung, vgl. etwa Dethloff Familienrecht 31. Aufl. § 10 Rn. 15; FA-FamR/Schwarzer 10. Aufl. Kap. 3 Rn. 150; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 52 I Rn. 5; MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl. § 1594 Rn. 42; Palandt/Brudermüller BGB 75. Aufl. § 1594 Rn. 8; Staudinger/Rauscher BGB [2011] § 1594 Rn. 53; aA Lipp/Wagenitz Das neue Kindschaftsrecht § 1594 BGB Rn. 8; Muscheler Familienrecht 3. Aufl. Rn. 540).

30 Die Möglichkeit einer pränatalen Vaterschaftsfeststellung ergibt sich schließlich nicht aus einer entsprechenden Anwendung von § 1594 Abs. 4 BGB auf Anträge nach §§ 1600 d BGB, 169 Nr. 1 FamFG. Dies folgt bereits daraus, dass es der auf dem logischen Vorrang der ehelichen Vaterschaft aufbauenden Vorschrift des § 1600 d BGB an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt (vgl. auch MünchKommBGB/Wellenhofer 6. Aufl. § 1594 Rn. 43). Deshalb lässt sich eine Analogie, wie das Oberlandesgericht richtig erkannt hat, auch nicht auf § 1912 BGB stützen. Diese Norm betrifft zudem mit der Leibesfrucht zwar das ungeborene Leben, hat jedoch die Pflegschaft und damit das vorgeburtliche Fürsorgebedürfnis zum Gegenstand und regelt in ihrem Absatz 2 eine Vorwirkung der elterlichen Sorge (MünchKommBGB/Schwab 6. Aufl. § 1912 Rn. 7). Für eine vorgeburtliche Vaterschaftsfeststellung kann dem nichts entnommen werden.

31 c) Ebenfalls nicht durchdringen kann die Rechtsbeschwerde, soweit sie für den Antragsteller einen unmittelbar aus der Verfassung folgenden Anspruch

auf Vaterschaftsfeststellung oder jedenfalls auf die Zuerkennung eines diesem gleichwertigen Zuordnungsstatus reklamiert.

32            Dabei kann offen bleiben, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang ein extrakorporaler Embryo grundrechtlichen Schutz genießt (vgl. dazu etwa BVerfG NJW 1993, 1751, 1753; BFH NJW 2005, 3517, 3520; BT-Drucks. 11/5460 S. 6; Backmann Künstliche Fortpflanzung und Internationales Privatrecht S. 63 ff.; Coester-Waltjen FamRZ 2015, 1981 f.; Haskamp Embryonenschutz in vitro S. 94, 99; Lanz-Zumstein Die Rechtsstellung des unbefruchteten und des befruchteten menschlichen Keimguts S. 286 ff.; Müller-Terpitz Der Schutz des pränatalen Lebens S. 245 ff., 365). Es kann auch dahinstehen, inwieweit der Antragsteller, der sich bewusst unter das Rechtsregime eines anderen Staates begeben hat, um die Verbotstatbestände des Embryonenschutzgesetzes zu umgehen, sich darauf berufen könnte, nach deutschem Recht einen Status zu erlangen, der vermeintlich dem Schutz der im Ausland befindlichen Embryonen dienen soll (vgl. OVG Münster Beschluss vom 15. Januar 2014 - 12 A 2078/13 - juris Rn. 25 ff.). Denn zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Embryonen eines Schutzes durch den Antragsteller bedürfen, den dieser nicht bereits jetzt - wenn auch auf vertraglicher Grundlage im Verhältnis zu der kalifornischen Reproduktionsklinik - sicherstellen kann. Zum anderen bedürfte es zur Gewährleistung des Schutzes für die Embryonen ohnedies nicht der Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses oder eines von der Rechtsbeschwerde nicht näher bezeichneten vergleichbaren Status. Vielmehr will der Antragsteller Fragen der Fürsorge aufwerfen, die nach deutschem Recht nicht dem Abstammungsrecht zugeordnet sind.

33            3. Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, dem Antragsteller sei als Minus zu seinem eigentlichen Begehren zumindest die Stellung eines Pflegers der Embryonen in analoger Anwendung des § 1912 Abs. 1 und 2 BGB

