



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 320/17

vom

20. März 2019

in der Personenstandssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 1591; EGBGB Art. 19 Abs. 1; FamFG § 108 Abs. 1

- a) Die Eintragung im ukrainischen Geburtenregister stellt ebenso wie eine aufgrund dessen ausgestellte Geburtsurkunde keine anerkennungsfähige Entscheidung im Sinne von § 108 Abs. 1 FamFG dar.
- b) Zum gewöhnlichen Aufenthalt eines im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kindes, das von den deutschen Wunscheltern alsbald nach der Geburt nach Deutschland verbracht wird.

BGH, Beschluss vom 20. März 2019 - XII ZB 320/17 - OLG Celle  
AG Verden (Aller)

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. März 2019 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Dr. Botur und die Richterin Dr. Krüger

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten zu 3 wird der Beschluss des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. Mai 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Wert: 5.000 €

Gründe:

I.

- 1 Die Beteiligten streiten über die von den deutschen Antragstellern (Beteiligte zu 1 und 2) beantragte Nachbeurkundung der Auslandsgeburt des betroffenen Kindes, das im Mai 2015 in der Ukraine von einer ukrainischen Leihmutter geboren wurde.
- 2 Drei Tage nach der Geburt erklärte die Leihmutter vor einer ukrainischen Privatnotarin, dass die Antragsteller die genetischen Eltern des Kindes seien und dass sie der Eintragung der Antragsteller als Eltern des Kindes zustimme. Das ukrainische Standesamt registrierte sodann die Antragsteller als alleinige Eltern des Kindes und stellte eine entsprechende Geburtsurkunde aus.

3           Der Antragsteller erklärte im Juni 2015 vor der deutschen Botschaft in Kiew mit Zustimmung der Leihmutter die Anerkennung der Vaterschaft zu dem betroffenen Kind.

4           Die Antragsteller reisten sodann mit dem Kind nach Deutschland. Sie haben die Nachbeurkundung der Geburt des Kindes und ihre Eintragung als Eltern beantragt. Das Standesamt hat die Beurkundung abgelehnt. Das Amtsgericht hat den Antrag auf eine entsprechende Anweisung des Standesamts zurückgewiesen, das Oberlandesgericht hat dem Antrag auf die Beschwerde der Antragsteller stattgegeben. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Standesamts (Beteiligter zu 3).

## II.

5           Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

6           1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2017, 1496 veröffentlicht ist, ist die Geburt des Kindes schon deshalb einzutragen, weil der Antragsteller auch nach deutschem Recht aufgrund Anerkennung rechtlicher Vater des Kindes sei und dieses die deutsche Staatsangehörigkeit besitze.

7           Die Elternschaft der Antragstellerin folge zwar nicht aus § 1591 BGB als dem nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes anwendbaren deutschen Recht. Auch der Fortbestand einer nach ukrainischem Recht wirksam begründeten Abstammung nach Aufenthaltswechsel komme hier nicht in Betracht, weil der Aufenthalt des im Ausland geborenen Kindes von vornherein zeitlich begrenzt und der der Geburt unmittelbar nachfolgende Umzug nach Deutschland bereits geplant gewesen sei. Dann begrün-

de das Kind auch keinen vorübergehenden gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland.

8 Die Antragstellerin sei aber aufgrund der nach § 108 Abs. 1 FamFG anzuerkennenden Entscheidung des ukrainischen Standesamts, die deren Mutterschaft beurkunde, als Mutter einzutragen. Bei der Eintragung handele es sich um eine der Anerkennung nach § 108 Abs. 1 FamFG zugängliche Entscheidung. Es sei anerkannt, dass auch behördliche Entscheidungen dem Anwendungsbereich der Vorschrift unterfallen könnten. Soweit dafür verlangt werde, dass die ausländische Behörde die Funktion eines Gerichts einnehme bzw. die Entscheidung in ihrer Funktion und dem angewandten Verfahren einer gerichtlichen Entscheidung vergleichbar sei, handele es sich dabei nicht um ein taugliches Unterscheidungskriterium. Das gleiche gelte für die materielle Rechtskraft. Denn diese komme etwa einer sorgerechtlichen Entscheidung nicht zu, die aber ohne weiteres zum Anwendungsbereich des § 108 FamFG gehöre. Es sei auch nicht ausschlaggebend, ob die Entscheidung die anzuerkennenden Rechtswirkungen begründe oder lediglich eine gesetzliche Folge feststelle. Ein - auch behördlicher - Rechtsakt sei daher nur dann nicht der automatischen Anerkennung fähig, wenn dieser die entsprechenden Tatsachen nur registriere oder beurkunde und selbst auf dieser Grundlage keine auf der ausländischen Rechtsordnung beruhenden Rechtsfolgen feststelle oder anordne. Werde aber nicht nur der Sachverhalt festgestellt, sondern würden aufgrund dessen Rechtsfolgen begründet oder festgestellt, die über den bloßen Sachverhalt hinausgingen, so unterfalle die Entscheidung § 108 Abs. 1 FamFG.

9 Vor diesem Hintergrund gehe die Eintragung der Antragsteller als gemeinsame Eltern des Kindes durch das Standesamt über die bloße Registrierung hinaus. Das ukrainische Standesamt habe nicht lediglich einen aus der Tatsache der Geburt und den Erklärungen zur Leihmutterschaft sowie der ge-

netischen Abstammung des Kindes bestehenden Sachverhalt beurkundet. Es habe dabei auch Art. 123 Abs. 2 des ukrainischen Familiengesetzbuchs auf diesen Sachverhalt angewendet und die daraus gebotene, über den Sachverhalt selbst hinausgehende Schlussfolgerung gezogen, Eltern seien nach ukrainischem Recht die Antragsteller. Die Beurkundung sei einer kalifornischen Gerichtsentscheidung vergleichbar und sei ebenfalls der Anerkennung nach § 108 Abs. 1 FamFG zugänglich. Die weite Auslegung der Vorschrift verhindere ihrem Zweck entsprechend das Entstehen hinkender Rechtsverhältnisse und diene dem gerade in Statussachen bedeutsamen internationalen Gleichklang.

10           2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

11           a) Die Voraussetzungen einer verfahrensrechtlichen Anerkennung nach § 108 Abs. 1 FamFG liegen nicht vor. Die vom ukrainischen Standesamt vorgenommene Eintragung der Geburt mit den Antragstellern als Eltern in ein ukrainisches Personenstandsregister stellt ebenso wenig eine anzuerkennende Entscheidung dar wie die Ausstellung einer entsprechenden Geburtsurkunde.

12           aa) Als Gegenstand der verfahrensrechtlichen Anerkennung kommen im Regelfall Entscheidungen ausländischer staatlicher Gerichte in Betracht (Prütting/Helms/Hau FamFG 4. Aufl. § 108 Rn. 4 mwN), wobei es ausreicht, dass diese eine feststellende Wirkung haben (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 22). Tauglicher Gegenstand einer zivilverfahrensrechtlichen Anerkennung können zudem Entscheidungen ausländischer Behörden sein, wenn diese mit staatlicher Autorität ausgestattet sind und funktional deutschen Gerichten entsprechen (Prütting/Helms/Hau FamFG 4. Aufl. § 108 Rn. 5 mwN). Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts setzt eine Gleichstellung von Behörden und Gerichten deren funktionale Entsprechung voraus. Das vom Oberlandesgericht für seine Auffassung angeführte Argument, eine Über-

prüfung der anzuerkennenden Entscheidung solle durch das Prinzip der "automatischen" Anerkennung vermieden werden, setzt mit der Qualifikation des jeweiligen Behördenakts als Entscheidung das zu Begründende unzulässigerweise voraus.

13 Dass nur solche Behördenentscheidungen anerkennungsfähig sind, die in ihrer Funktion deutschen Gerichtsentscheidungen entsprechen, liegt nicht zuletzt im Wesen der Anerkennung begründet, welche in der Wirkungserstreckung der Auslandsentscheidung im Inland besteht (Prütting/Helms/Hau FamFG 4. Aufl. § 108 Rn. 10 mwN). Dementsprechend muss der ausländische Behördenakt seiner Wirkung nach einer deutschen Gerichtsentscheidung entsprechen. Aus diesem Grund kann, wie vom Oberlandesgericht im Ansatz richtig erkannt, eine bloße Registrierung nicht Gegenstand einer Entscheidungsanerkennung nach § 108 FamFG sein (Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 22; Prütting/Helms/Hau FamFG 4. Aufl. § 108 Rn. 8 mwN).

14 Dass der bloßen Beurkundung in einem Personenstandsregister eine solche Wirkung nicht zukommt, verdeutlicht eine Betrachtung des deutschen Personenstandsrechts. Obwohl dieses die Beurkundung von Rechtstatsachen vorsieht und die eigenständige Beurteilung von Rechtsfragen durch das Standesamt erfordert, kommt der von diesem vorgenommenen Beurkundung keine einer Gerichtsentscheidung vergleichbare Wirkung zu. Das zeigt sich etwa daran, dass die Eintragung in das Register jederzeit berichtigt werden kann, wohingegen eine Gerichtsentscheidung entweder mit einer entsprechenden materiellen Rechtskraftwirkung ausgestattet ist oder die Rechtsfrage ansonsten verbindlich und abschließend klärt (vgl. OLG München FamRZ 2018, 696; OLG Hamm Beschluss vom 26. September 2017 - 15 W 413/16 - unveröffentlicht). Das vom Oberlandesgericht für seine gegenteilige Auffassung angeführte Bei-

spiel einer Sorgerechtsentscheidung liegt neben der Sache. Denn hierbei handelt es sich bereits unzweifelhaft um eine Gerichtsentscheidung mit konstitutiver (rechtsgestaltender) Wirkung. Demgegenüber hat die Eintragung im Geburtenregister zwar eine Beweisfunktion (§ 54 PStG; vgl. Senatsbeschluss vom 23. Januar 2019 - XII ZB 265/17 - juris Rn. 18 ff. zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), eine darüber hinausgehende (Bindungs-)Wirkung kommt ihr hingegen nicht zu.

15 Dementsprechend setzt die Anerkennung ausländischer Behördenentscheidungen gemäß § 108 Abs. 1 FamFG voraus, dass diesen eine über die genannten Eigenschaften hinausgehende Wirkung zukommt, welche sie mit einer deutschen Gerichtsentscheidung vergleichbar macht. Findet allein eine Registrierung statt, kann dieser zwar unter bestimmten Voraussetzungen auch im Inland eine Beweisfunktion zukommen. Einer verfahrensrechtlichen Anerkennung sind solche Behördenmaßnahmen hingegen nicht zugänglich. Die beurkundete Rechtsfrage unterliegt dann allein dem materiellen Recht und ist nach der kollisionsrechtlich anwendbaren Rechtsordnung zu beurteilen. Nichts anderes ergibt sich schließlich aus der Anerkennungsfähigkeit ausländischer Privatscheidungen (vgl. Senatsbeschluss vom 28. November 2018 - XII ZB 217/17 - FamRZ 2019, 371 Rn. 15 f.). Denn deren Anerkennung setzt eine kollisionsrechtliche Beurteilung und Anwendung des materiellen Rechts voraus und ergibt sich damit gerade nicht aus einer verfahrensrechtlichen Wirkungserstreckung der Registrierung.

16 bb) Gemessen an diesen Maßstäben stellt die ukrainische Registrierung keine anerkennungsfähige Entscheidung im Sinne von § 108 Abs. 1 FamFG dar. Denn aufgrund der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen ist nicht ersichtlich, dass dieser eine über die bloße Beurkundung der Geburt hinausgehende Wirkung zukommt. Entsprechendes gilt für die ausgestellte Ge-

burtsurkunde (vgl. Senatsbeschluss vom 20. März 2019 - XII ZB 530/17 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

17            b) Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aufgrund einer kollisionsrechtlichen Betrachtung als richtig. Aufgrund der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen, das von einer - vorrangig zu beachtenden - Anerkennungsfähigkeit des ukrainischen Registereintrags nebst Geburtsurkunde ausgegangen ist, lässt sich die rechtliche Abstammung des betroffenen Kindes derzeit nicht abschließend beurteilen.

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

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



sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 137).

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

21           (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der gewöhnliche Aufenthalt der Schwerpunkt der Bindungen der betroffenen Person, ihr Daseinsmittelpunkt (Senatsbeschluss BGHZ 78, 293 = FamRZ 1981, 135, 136 f. zum Haager Minderjährigenschutzabkommen; BGH Urteil vom 5. Februar 1975 - IV ZR 103/73 - FamRZ 1975, 272, 273 zum Haager Unterhaltsübereinkommen). Dieser ist aufgrund der gegebenen tatsächlichen Umstände zu beurteilen und muss auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Ein bloß vorübergehender Aufenthalt in einem Staat begründet dort noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt (EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 51 - Mercredi). Bei minderjährigen Kindern, insbesondere bei Neugeborenen, ist vorwiegend auf die Bezugspersonen des Kindes, die es betreuen und versorgen, sowie deren soziales und familiäres Umfeld abzustellen (vgl. EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 53 ff. - Mercredi). Befindet sich das Kind bei seinen Eltern, wird es regelmäßig deren gewöhnlichen Aufenthalt teilen. Ausnahmsweise können allerdings der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes und der seiner - auch sorgeberechtigten - Eltern auseinanderfallen (vgl. Art. 10 Brüssel IIa-VO - Aufenthaltswechsel trotz Kindesentführung; Budzikiewicz in Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens Migration und IPR [2018] S. 95, 115 f. - minderjährige unbegleitete Flüchtlinge). Im Regelfall lassen aber neben der tatsächlichen Integration des Kindes in sein jeweiliges Umfeld die rechtlichen Gegebenheiten (rechtliche Abstammung,

Staatsangehörigkeit, Sorgerecht; vgl. EuGH FamRZ 2011, 617 Rn. 23, 48 - Mercredi) einen Schluss darauf zu, ob das Kind den gewöhnlichen Aufenthalt seiner Eltern oder sonstiger Bezugspersonen teilt oder ob es ausnahmsweise einen von diesen getrennten Daseinsmittelpunkt hat. Steht nach allen in Betracht kommenden Rechtsordnungen ein rechtlicher Elternteil des Kindes fest, kommt dessen Elternstellung wie auch einer sich daraus etwa ergebenden Staatsangehörigkeit des Kindes Bedeutung zu, welche in Fällen der vorliegenden Art vor allem Voraussetzung für eine (rechtmäßige) Einreise nach Deutschland ist.

22 Ist die rechtliche Abstammung des Kindes von keinem Elternteil zweifelsfrei feststellbar, weil die in Betracht kommenden Rechtsordnungen in dieser Frage zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, so ist aufgrund anderer, gesicherter Umstände zu prüfen, ob das Kind etwa seinen Aufenthalt alsbald wechseln oder voraussichtlich an seinem gegenwärtigen Aufenthalt verbleiben wird. Dabei kommt es auf die soziale Integration des Kindes an, wobei diese neben den tatsächlichen auch von rechtlichen Faktoren abhängen kann, wenn diese den künftigen Aufenthalt des Kindes wirksam bestimmen. Insbesondere ist darauf Rücksicht zu nehmen, welche Personen faktisch über den Aufenthalt des Kindes bestimmen und wo dieses sich voraussichtlich künftig aufhalten wird.

23 (2) Dass das betroffene Kind nach diesen Maßstäben seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, erscheint naheliegend, ist aber vom Oberlandesgericht aufgrund seines abweichenden rechtlichen Ansatzpunkts noch nicht hinreichend aufgeklärt worden. Auch eine teilweise Aufrechterhaltung des Beschlusses - bezüglich der rechtlichen Vaterschaft - ist nicht möglich, weil das Oberlandesgericht aufgrund seines Rechtsstandpunkts hinsichtlich der kollisionsrechtlichen Beurteilung der Abstammung noch keine abschließenden Fest-

stellungen getroffen hat. Die bisherigen Ausführungen des Oberlandesgerichts sind nicht tragend und bieten keine Gewähr für eine insoweit abschließende Amtsaufklärung. Damit stimmt überein, dass die Leihmutter, die bei Anwendbarkeit des deutschen Rechts aufgrund § 1591 BGB als Mutter einzutragen wäre, bislang nicht am Verfahren beteiligt worden ist.

24            3. Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Die Zurückverweisung gibt dem Oberlandesgericht Gelegenheit, die Beteiligung der Leihmutter nachzuholen und alsdann die Frage der rechtlichen Mutterschaft anhand der oben dargestellten Maßstäbe neu zu beurteilen. Hinsichtlich der rechtlichen Vaterschaft aufgrund der vom Beteiligten zu 1 nach der Geburt erklärten Anerkennung wird vom Oberlandesgericht im Hinblick auf § 1594 Abs. 2 BGB die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung aufzuklären sein, wozu sich im angefochtenen Beschluss keine Angaben finden.

Dose	Klinkhammer	Günter
Botur	Krüger	

Vorinstanzen:  
AG Verden (Aller), Entscheidung vom 29.08.2016 - 5 III 38/15 -  
OLG Celle, Entscheidung vom 22.05.2017 - 17 W 8/16 -