

und seines Übereinkommens getroffen werden. Das wird nicht jedermann gefallen, bietet aber den großen Vorzug, einen verlässlichen archimedischen Punkt in einem unreglementierten, unsicheren und politisch hoch brisanten Gebiet zu liefern, an dem man sich problemlos orientieren kann. Die Arbeit stellt damit ein sehr lesenswertes, vorzüglich informierendes Buch dar, das den Zustand *de lege lata* trefflich wiedergibt. Ich habe das Buch mit Vergnügen gelesen.

Berlin

CHRISTOPH G. PAULUS

Oppermann, Karl Felix: Die Unteranknüpfung nach der EuErbVO im Mehrrechtsstaat Spanien. (Zugl.: Rostock, Univ., Diss., 2015/16.) – Frankfurt am Main: Lang 2016. XXXVII, 152 S. (Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung. 48.)

I. Spanien ist ein territorial gespaltener Mehrrechtsstaat. Neben dem gemein-spanischen Recht verfügen einige *Comunidades Autónomas* über eine eigene Zivilgesetzgebung, die – historisch bedingt – besonders im Erb- und Familienrecht ausgeprägt ist. Die sogenannten Foralrechte haben Vorrang vor dem Código Civil (CC). Ob ein Foralrecht zur Anwendung gelangt, entscheidet das interregionale Recht Spaniens. Anknüpfungspunkt ist die letzte *vecindad civil* einer Person. Allerdings können nur Spanier einen solchen regionalen Bürgerstatus besitzen.

Seit dem 17. August 2015 ist die neue europäische Erbrechtsverordnung auch auf deutsch-spanische Erbfälle anwendbar. Objektiver Anknüpfungspunkt ist gem. Art. 21 EuErbVO der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers. Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, eine Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes zu treffen. Problematisch wird dies beispielsweise bei der Erbfolge von Auslandsspaniern mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in einer Foralregion. Denn nach der Erbrechtsverordnung entscheidet zunächst das interlokale Recht Spaniens, welches Heimatrecht Anwendung findet. Da Auslandsspanier jedoch über keine *vecindad civil* verfügen, greift bei ihnen der vorgesehene Anknüpfungspunkt nicht. Und genau mit dieser Problematik beschäftigt sich *Karl Felix Oppermann* in seiner Dissertation. Ein sehr aktuelles, spannendes, aber auch komplexes Thema in Anbetracht der neuen EuErbVO, zu dem bislang – jedenfalls in deutscher Sprache – noch nicht sehr viel veröffentlicht wurde.

II.1. Das erste Kapitel der Arbeit (S. 7–56) beschäftigt sich mit dem deutschen und spanischen Erbkollisionsrecht vor und insbesondere nach Inkrafttreten der EuErbVO. Zunächst werden das bisherige spanische und das bisherige deutsche Internationale Erbrecht analysiert. Sowohl Art. 9 Abs. 8 CC als auch Art. 25 Abs. 1 EGBGB a. F. knüpfen bei grenzüberschreitenden Erbfällen an die letzte Staatsangehörigkeit des Erblassers an. Kommentiert wird ebenfalls, wie vorzugehen war, wenn sich das anwendbare Recht als das Recht eines Mehrrechtsstaates entpuppte. Aus spanischer Sicht wurde in so einem Fall auf das interlokale Kollisionsrecht dieses Staates (Art. 12 Abs. 5 CC), hilfsweise auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers abgestellt. Aus deutscher Sicht wurde

bei Anwendung spanischen Rechts eine weitere Unteranknüpfung zur Ermittlung des maßgeblichen innerspanischen Rechts benötigt. Gemäß Art. 4 Abs. 3 EGBGB musste zuerst das interlokale Recht Spaniens zur Ermittlung der anzuwendenden Teilrechtsordnung herangezogen werden. Nach Art. 16 Abs. 1 Satz 1 CC wird zur Ermittlung des anwendbaren Erbrechts auf die *vecindad civil* des Erblassers abgestellt. Nur wenn das spanische interlokale Recht keine Lösung bot, wurde auf das Kriterium der engsten Verbindung zurückgegriffen.

Dann behandelt der Verfasser die Möglichkeiten der Rechtswahl nach dem bisherigen deutschen und spanischen Erbkollisionsrecht. Während im spanischen Internationalen Privatrecht (IPR) gar keine Rechtswahloption vorgesehen war, konnte nach deutschem Recht zumindest eine beschränkte Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts für die in Deutschland belegenen Immobilien gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB a.F. getroffen werden. Eine solche Rechtswahl hatte nur für ausländische Erblasser praktische Relevanz. Des Weiteren hebt *Oppermann* hervor, dass auch mittelbar eine Rechtswahl erfolgen konnte, indem das nationale IPR auf ein ausländisches, die Rechtswahl zulassendes Recht verwies, welches seinerseits durch eine Rück- oder Weiterverweisung zur gewählten Rechtsordnung führte.

Anschließend erfolgt eine Analyse der Rechtslage seit Inkrafttreten der europäischen Erbrechtsverordnung am 17. August 2015. Dabei werden die Probleme der Unteranknüpfung zunächst außer Acht gelassen, um diese ausführlich im dritten und letzten Kapitel der Arbeit zu untersuchen. Den Auftakt bilden hier die Entstehungsgeschichte und allgemeine Informationen zur Verordnung. Der Schwerpunkt liegt beim Anknüpfungspunkt an den gewöhnlichen Aufenthalt und bei der Zulassung der Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts des Erblassers.

Zur Bestimmung des anwendbaren Erbrechts knüpft Art. 21(1) EuErbVO objektiv an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes an. Auch für die Feststellung der allgemeinen Zuständigkeit wird in Art. 4 EuErbVO auf den gewöhnlichen Aufenthalt zurückgegriffen. Dadurch entsteht in der Regel ein Gleichlauf zwischen *forum* und *ius*. Während in der Verordnung selbst keine Definition des „gewöhnlichen Aufenthaltes“ erfolgt, setzt sich *Oppermann* mit dieser Begrifflichkeit näher auseinander. Dabei wirft er zunächst einen Blick auf die nationale Ebene in Deutschland und Spanien und analysiert sehr systematisch die unterschiedlichen (umstrittenen) Legaldefinitionen. Es folgen Abschnitte zur Orientierung an tatsächlichen Kriterien für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes und zum erhöhten Feststellungsmaßstab in der EuErbVO. Zuletzt untersucht der Autor einzelne Hilfskriterien zur Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthaltes und führt ihre Vor- und Nachteile auf. Diese Hilfskriterien sind: (i) letzter gemeldeter Wohnsitz, (ii) soziale Integration, Heimat, Familie und Beruf, (iii) Staatsangehörigkeit, (iv) Sprachkenntnis, (v) Beständigkeit und Dauer des Aufenthaltes sowie (vi) Belegenheit von beweglichem und unbeweglichem Vermögen. Zum Schluss gelangt *Oppermann* zu der Ansicht, dass der erbrechtliche gewöhnliche Aufenthalt als der Ort definiert werden kann, an dem der Erblasser seinen Daseinsmittelpunkt hat. Die Feststellung seines Daseinsmittelpunktes hat durch eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen. Diese kann sich in einigen Son-

derfällen zwar als kompliziert erweisen, sollte jedoch mithilfe der aufgeführten Kriterien zu bewältigen sein.

Bevor *Oppermann* zur Parteiautonomie gelangt, geht er noch kurz einigen Problemen nach, die durch die Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers entstehen können. Einerseits stellt er die Anwendbarkeit nur eines Rechts bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen infrage und andererseits thematisiert er die Regelungslücke bei Fehlen eines gewöhnlichen Aufenthalts.

Ein anderer großer Block dieses Kapitels ist der Einführung der Parteiautonomie in Art. 22 EuErbVO gewidmet. Diese soll es dem Erblasser als Korrektiv ermöglichen, sein Heimatrecht zur Anwendung zu bringen. Dabei stellt *Oppermann* richtig fest, dass die Einführung einer *professio iuris* hauptsächlich als Kompromisslösung des Gesetzgebers zu verstehen ist, um auch diejenigen Staaten, die zuvor an die Staatsangehörigkeit des Erblassers angeknüpft haben, Zufriedenzustellen. Zudem nennt er die Bekämpfung des Pflichtteilshoppings als Begrenzungsgrund der Parteiautonomie. Danach legt *Oppermann* die Voraussetzungen und den Umfang der Rechtswahl dar. Einerseits geht es dabei um die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und Form, andererseits um die wählbaren Rechte. Nicht nur eine ausdrückliche, auch eine konkludente Rechtswahl ist zugelassen. Was an dieser Stelle (S. 45) nicht klar zum Ausdruck kommt, ist, dass auch Deutschland die Formvorschriften des Haager Übereinkommens von 1961 für einseitige und gemeinschaftliche Testamente anwendet. Lediglich für andere Verfügungen von Todes wegen (Erbverträge) ist Art. 27 EuErbVO maßgeblich. Letzteres ergibt sich aus Art. 75 EuErbVO und wird von Art. 26 Abs. 2 EGBGB n. F. bestätigt. Das Errichtungsstatut wird dem hypothetischen Erbstatut unterstellt. Hervorgehoben wird auch, dass sich der Kreis wählbarer Rechte vergrößern oder verkleinern kann, je nachdem, ob die Rechtswahl in einem einfachen Testament, in einem gemeinschaftlichen Testament oder in einem Erbvertrag getroffen wird.

2. Das zweite Kapitel der Dissertation (S. 57–101) beschäftigt sich mit dem materiellen Erbrecht Spaniens. Dahinter steht der Gedanke, dem Leser ein klares Bild der vielfältigen Rechtsunterschiede, die einerseits gegenüber dem deutschen Erbrecht und andererseits unter den Foralrechten selbst existieren, vor Augen zu führen sowie die kollisionsrechtliche Tragweite des auf einen deutsch-spanischen Erbfall anwendbaren Rechts zu veranschaulichen. Einführend geht *Oppermann* auf folgende Punkte ein: den Umfang der Gesetzgebungskompetenz der *Comunidades Autónomas*, die Geltung territorialer Rechte (nicht alle *Comunidades Autónomas* verfügen über eine forale Gesetzgebung, in einigen gelten aber sogar gleich mehrere Foralrechte) und die sachrechtliche Rangordnung von Código Civil und Foralrechten (Letztere gehen dem gesamtspanischen Recht als *leges speciales* vor).

Die relevantesten Unterschiede und Gemeinsamkeiten des deutschen und des gemeinspanischen Erbrechts werden auf 13 Seiten dargelegt (S. 62–75). Als Erstes werden die Grundlagen des spanischen und deutschen Erbrechts erörtert, bei denen es zahlreiche Gemeinsamkeiten gibt, so etwa die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechts zu erben, die Testierfreiheit oder die Universalsukzession. Unterschiede hingegen zeigen sich beispielsweise beim Erbschaftserwerb.

Danach folgt ein kurzer Abschnitt zur gesetzlichen Erbfolge. Dabei werden das in Deutschland geltende Parentelsystem und das in Spanien anwendbare Gradualsystem hervorgehoben. Im Ergebnis erben dadurch in Deutschland Geschwister vor Großeltern und in Spanien Großeltern vor Geschwistern. Auch behandelt *Oppermann* in diesem Abschnitt die Rechte des überlebenden Ehegatten. Dadurch dass der überlebende Ehegatte in Spanien bei Vorhandensein von Abkömmlingen grundsätzlich lediglich ein Nießbrauchsrecht an einem Drittel der Erbschaft erhält, ist seine Stellung im Vergleich zum deutschen Erbrecht deutlich schwächer. Hinsichtlich der testamentarischen Erbfolge werden Differenzen beim einfachen Testament, gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag, bei der Vor- und Nacherbfolge sowie beim Pflichtteilsrecht erörtert. Das spanische Noterbrecht ist wesentlich komplexer als das deutsche Pflichtteilsrecht, denn die spanische *legítima* ist als richtiges Noterbrecht ausgestattet. Die Pflichtteilsquote beträgt für Abkömmlinge zwei Drittel, wobei zwischen der *legítima estricta* und der Vorzugszuwendung unterschieden wird. Der überlebende Ehegatte erhält hingegen nur ein Nießbrauchsrecht. Anders ist die Situation in Deutschland, wo dem überlebenden Ehegatten ein vollwertiges Pflichtteilsrecht zusteht.

Anschließend folgt eine Analyse der sachrechtlichen Besonderheiten der Foralrechte im Hinblick auf das gemeinspanische Recht sowie auf andere Foralrechte, und an einigen Stellen wird auch ein Vergleich mit dem deutschen materiellen Erbrecht vorgenommen (S. 75–100). Eingeführt wird dieser zweite Teil des zweiten Kapitels mit einer geschichtlichen und verfassungsrechtlichen Perspektive. Danach werden die sachrechtlichen Besonderheiten der heutigen Foralrechte zusammengefasst: für Aragonien (S. 82–85), die Balearen (S. 85–88), das Baskenland (S. 88–93), Galicien (S. 93–95), Katalonien (S. 95–97) und Navarra (S. 98–100). Als auffälligste Unterschiede zum gemeinspanischen Recht können die Zulassung gemeinschaftlicher Testamente und/oder Erbverträge, die Stammesgebundenheit einiger Vermögensgüter, die Abweichung der Pflichtteilsquoten oder sogar die Inexistenz dieser (in Navarra und Ayala) sowie ein vorteilhafteres Nießbrauchsrecht für den überlebenden Ehegatten seitens einiger Foralrechte genannt werden.

3. Das dritte Kapitel der Arbeit (S. 103–147) geht schließlich der eigentlichen Frage der Untersuchung nach: der Unteranknüpfung nach Art. 36 EuErbVO im Mehrrechtsstaat Spanien. Gleich zu Anfang trifft *Oppermann* jedoch eine etwas missverständliche Aussage: „So ist Spanien als einziger der der EuErbVO direkt unterfallenden EU-Mitgliedstaaten ein Mehrrechtsstaat“ (S. 103). Richtig ist, dass Spanien der einzige unter den der Erbrechtsverordnung unmittelbar unterfallenden EU-Mitgliedstaaten ist, der rechtlich territorial gespalten ist. Denn neben den territorialen Mehrrechtsstaaten gibt es auch personale Mehrrechtsstaaten, zum Beispiel Griechenland.¹ Auf territoriale Mehrrechtsstaaten (Art. 37

¹ Auf die muslimischen Griechen in Thrazien ist islamisches anstatt griechisches Erbrecht anwendbar. Siehe hierzu beispielsweise *Erik Jayme / Carl Friedrich Nordmeier*, Griechische Muslimen in Thrazien: Internationales Familien- und Erbrecht in europäischer Perspektive, IPRax 2008, 369, 369f.; *Kurt Siehr*, Minderheiten im Internationalen Privatrecht, in: FS Apostolos Georgiades (2006) 921, 930f., 935; *Demetrios Demetriou / Peter Gottwald*, Zur Intestaterbfolge

EuErbVO) wird in der Dissertation allerdings überhaupt nicht eingegangen. Es wird nicht einmal erwähnt, dass es sie gibt.

In diesem Kapitel beschäftigt sich der Autor zunächst mit den allgemeinen Formen der Unteranknüpfung zur Ermittlung des anwendbaren Teilrechts bei einem Mehrrechtsstaat: mit dem direkten Modell, dem indirekten Modell und dem Subsidiärsystem. Bei der direkten Unteranknüpfung führt das IPR zur direkten Anwendung eines Teilrechts. Die einzelnen Teilrechtsgebiete werden somit als fiktive Staaten betrachtet. Bei der indirekten Unteranknüpfung entscheiden indessen die interlokalen Kollisionsvorschriften des Mehrrechtsstaates, welches das anzuwendende Teilrecht ist. Beim Subsidiärsystem werden das direkte und das indirekte Modell miteinander kombiniert. Zunächst wird das indirekte Modell angewendet. In Ermangelung interlokaler Kollisionsvorschriften wird aber auf das direkte Modell zurückgegriffen, anstatt hilfsweise zum Beispiel an die engste Verbindung anzuknüpfen.

Nach diesen Definitionen folgt ein Abschnitt zur Unteranknüpfung in Spanien nach der EuErbVO bei ausgebliebener Rechtswahl. Als Erstes wird die dem direkten Modell folgende Lösung des Kommissionsentwurfes vom 14. Oktober 2009 erörtert. Insbesondere wird dargelegt, dass das direkte Modell nicht gegen die spanische Verfassung verstoßen hätte. Weder der verfassungsrechtliche Foralrechtsschutz noch die verfassungsmäßige Kompetenzverteilung würden beeinträchtigt. Danach wird die Anwendung des Subsidiärsystems in der endgültigen Fassung untersucht. Zuerst verweist Art. 36(1) EuErbVO auf das jeweilige interlokale Kollisionsrecht; hilfsweise bietet Art. 36(2) EuErbVO einen Katalog der zu verwendenden Anknüpfungspunkte in Ermangelung interner Kollisionsvorschriften an. Nun ist im Fall von Spanien aber fraglich, wie vorzugehen ist. Zwar verfügt Spanien über interlokale Kollisionsvorschriften, sodass eigentlich die indirekte Verweisung zu greifen hat, nur stellen sich diese bei Auslandsspaniern ohne *vecindad civil* als lückenhaft dar. (Bei im Inland befindlichen spanischen Erblassern kann indessen problemlos Art. 36(1) EuErbVO angewendet werden.) Es gibt zwei Lösungsvorschläge: Entweder ist Art. 36(1) EuErbVO anzuwenden, weil Spanien über ein (wenn auch lückenhaftes) interlokales Recht verfügt (siehe die Ansätze „Anwendung des Código civil als kollisionsrechtliches *lex generalis*“, das zu Recht verworfen wird, und „Rückgriff auf spanisches IPR“²), oder Art. 36(2) EuErbVO wird subsidiär herangezogen. *Oppermann* plädiert für letztere Option.

Des Weiteren wird vom Autor die Frage in den Raum gestellt, ob Art. 36(2) EuErbVO unter Umständen der Anwendungsfreiwilligkeit des Art. 38 EuErbVO unterliegt. Meiner Ansicht nach ist dies zu verneinen; aus Art. 38 EuErbVO

nach griechischen Muslimen, IPRax 1995, 193; *Emilios Bendermacher-Geroussis*, Das Interpersonale Recht in Griechenland und insbesondere in Thrazien, in: FS Murad Ferid (1978) 61–74; außerdem die Stellungnahme des *Deutschen Notarinstituts* in Zusammenarbeit mit *Prof. Dr. Heinrich Dörner* und *Prof. Dr. Paul Lagarde* (2002), <http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_de.pdf>, S. 255 f.

² Dieser Unterpunkt wird in drei weitere Unterpunkte aufgeteilt: aa) Planwidrige Regelungslücke und vergleichbare Interessenlage, bb) Analoge Anwendung von Art. 12 Abs. 5 i. V. m. Art. 9 Abs. 10 CC und cc) Fiktion der Gebietszugehörigkeit durch Ausdehnung von Art. 15 CC.

geht lediglich hervor, dass ein Mehrrechtsstaat wie Spanien die Kollisionsvorschriften der Verordnung entweder direkt oder als Modell für sein eigenes interlokales Kollisionsrecht nutzen kann.

Es folgt ein Abschnitt zur Unteranknüpfung bei der Wahl spanischen Rechts nach der EuErbVO. In diesem Zusammenhang wird wieder auf den Kommissionsentwurf aufmerksam gemacht, nach dem eine Rechtswahl auch zugunsten eines konkreten Teilrechtsgebiets möglich gewesen wäre. Danach werden die Wahlmöglichkeiten in der endgültigen Fassung der EuErbVO behandelt. Umstritten ist, ob Teilrechtsordnungen direkt vom Erblasser wählbar sind. Nach einer detaillierten Analyse (enge versus weite Auslegung des Terminus „Staat“ in Art. 22 EuErbVO, Verweisung auf interlokales Recht gem. Art. 36(1) EuErbVO als zwischen den Auslegungen vermittelnde Ansicht und die Verneinung der Anwendung von Art. 36(2) lit. b EuErbVO) gelangt *Oppermann* zu dem Schluss, dass der Erblasser nach der endgültigen Fassung der EuErbVO nur spanisches Recht wählen kann, die Wahl eines konkreten Teilrechts indessen unzulässig ist.

Im Anschluss fragt er konsequenterweise, wie in der Praxis mit den sogenannten „falschen“ Rechtswahlen umzugehen ist. *Oppermann* kommt zu dem Ergebnis, dass solche Rechtswahlen wohlwollend ausgelegt werden müssen. Die Wahl zugunsten eines konkreten Foralrechts sollte wie eine Wahl zugunsten spanischen Rechts behandelt werden. Dadurch käme es zu einer Abtrennung des unteranknüpfenden Elements der Rechtswahl. Die Entscheidung für das Recht des Mehrrechtsstaates würde aber bestehen bleiben. In Ausnahmefällen könnte die getroffene Rechtswahl im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung allerdings als unzulässig angesehen werden. Die andere mögliche wohlwollende Auslegung durch die subsidiäre Anwendung spanischen Rechts wird richtigerweise von *Oppermann* aus verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt. Als Letztes werden in diesem dritten Kapitel noch die Fälle fehlender Gebietszugehörigkeit bei erfolgter Rechtswahl untersucht.

4. In der kurzen Schlussbetrachtung erfolgt nach einer Zusammenfassung der Ergebnisse auch ein Ausblick in die Zukunft. Dabei hebt *Oppermann* hervor, dass die dargelegten Probleme des Subsidiärmodells der EuErbVO auf die Mängel des spanischen interlokalen Kollisionsrechts zurückzuführen sind. Neben den in seiner exzellenten Arbeit angeführten juristischen Lösungen könnte auch an eine umfassende Reform des spanischen interlokalen Rechts gedacht werden, zum Beispiel durch die Änderung der Anknüpfung an die *vecindad civil* zugunsten des gewöhnlichen Aufenthaltes und die Einführung der Rechtswahl.

III. *Oppermanns* Dissertation, die drei Kapitel von etwa 50 Seiten umfasst, überzeugt mit einer klaren Struktur und einer schnörkellosen Sprache, die sie auch für Laien gut verständlich macht. Viele kurze Erbfälle, die sich wie ein roter Faden durch die ganze Dissertation ziehen, gestalten die Lektüre sehr anschaulich. Auch die reichlichen Zwischenfazit sind definitiv ein Pluspunkt. Die Tatsache, dass an keiner einzigen Stelle der Dissertation zwischen territorialen und personalen Mehrrechtsstaaten differenziert wird, muss allerdings als Schwachpunkt der Arbeit angesehen werden. Denn dadurch fehlt die kontextuelle Einbettung. Auch wenn an manchen Stellen eine etwas ausführlichere Quellenrecherche sicherlich wünschenswert gewesen wäre, bietet die Disserta-

tion nicht nur einen vorzüglichen Überblick zur Unteranknüpfung nach der europäischen Erbrechtsverordnung im Mehrrechtsstaat Spanien, sondern auch zum materiellen spanischen Erbrecht unter Berücksichtigung der einzelnen Foralrechte.

Hamburg

TERESA PUIG STOLTENBERG

Sitter, Sophie Catherine: Grenzüberschreitende Leihmutterschaft. Eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA. (Zugl.: München, Univ., Diss., 2015/16.) – Berlin: Duncker & Humblot 2017. 328 S. (Schriften zum internationalen Recht. 216.)

1. Die Fortpflanzungsmethode „Leihmutterschaft“, also das Austragen von Kindern mit abstammungsbegründender Wirkung für Dritte, beschäftigt seit einigen Jahren in zunehmendem Maße die Rechtsprechung und das rechtswissenschaftliche Schrifttum Kontinentaleuropas. Sogar der europäische und die nationalen Gesetzgeber sehen hier neuerdings Handlungsbedarf. Zu Recht. Denn das Institut der Leihmutterschaft beinhaltet zwar eine privatautonome Disponibilität rechtlicher Abstammungszuordnungen, die kommerzielle Vertretbarkeit der Schwangerschaft und ein Kind „auf Bestellung“. Sie steht damit dem Kinderhandel etwa in Form der entgeltlichen Auftragsadoption dermaßen nahe,¹ dass das in den meisten Staaten geltende, oft strafbewehrte Verbot dieser Praxis auf der Hand zu liegen scheint. Doch wird die Debatte zunehmend von dem Interesse bestimmt, Fortpflanzungswünsche kinderloser Paare und Einzelpersonen zu erfüllen. In diesen Zweckzusammenhang wird die Leihmutterschaft neuerdings ganz überwiegend gestellt: Sie soll erstens die Tatbestandsvoraussetzungen einer Adoption überwinden. So steht sie etwa auch Lebenspartnern gemeinschaftlich offen, die nach § 9 Abs. 7 LPartG lediglich sukzessiv adoptieren dürfen und deshalb im Wettbewerb um die adoptionsfähigen Kinder Nachteile erleiden.² Die nach § 1744 BGB regelmäßig verlangte Probepflegezeit entfällt ebenso, wie die Interessen bereits vorhandener Kinder in Abweichung von § 1745 BGB ausgeklammert werden. Vor allem aber wird die nach § 1741 BGB zentral statuierte Kindeswohlüberprüfung vermieden: Lebenswandel, Vorstrafen, Alter und Gesundheit der Besteller spielen bei der Leihmutterschaft keine Rolle, während sie einer Adoption im Wege stehen können. Zweitens soll das

¹ Vgl. den Abschlussbericht des UN-Komitees über die Rechte des Kindes in den USA vom 2.7.2013, CRC/C/OPSC/USA/CO/2, der sogar das dortige Fehlen einer Föderalgesetzgebung zur Leihmutterschaft als implizite Gestattung von Kinderhandel einordnet, ebd., Tz. 29 (b). Ähnlich der Abschlussbericht über Indien vom 7.7.2014, CRC/C/IND/CO/3-4, Tz. 57 (d) und 58 (d). Nun auch EGMR 24.1.2017 – 25358/12 (*Paradiso und Campanelli ./. Italien*), NJW 2017, 941, dazu: *Chris Thomale*, Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPRax 2017, 583, 585, 589.

² Dieses Hemmnis könnte sich mit der Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare in Zukunft *de facto* erledigen. Derzeit liegen jedoch, soweit ersichtlich, noch keine belastbaren Daten vor, ob und inwieweit homosexuelle Paare die Lebenspartnerschaft oder die Ehe bevorzugen werden.

