

**Moritz Barth\***

## ***Parent in Every Country?* – Der Kommissionsvorschlag einer EU Abstammungs-VO mit Europäischem Elternschaftszertifikat**

### **Abstract**

Die eigene Abstammung ist von zentraler Bedeutung für die Identität einer Person und entfaltet beispielsweise im Staatsangehörigkeitsrecht, im Namens-, Sorge-, Unterhalts- sowie Erbrecht wesentliche persönliche und wirtschaftliche Bedeutung für das Individuum. Auch für die Eltern eines Kindes ist es etwa während Reisen oder beim Umzug ins Ausland von erheblicher Wichtigkeit, dass die in einem Staat begründete Eltern-Kind-Zuordnung in anderen Staaten anerkannt wird. Insbesondere hinsichtlich postmoderner Formen von Elternschaft (Leihmutterschaft, Co-Elternschaft) ist die grenzüberschreitende Anerkennung von Abstammungsverhältnissen innerhalb der EU derzeit jedoch nicht sichergestellt. Der Beitrag analysiert den auf diese zersplitterte Rechtslage reagierenden Verordnungsentwurf der Kommission COM(2022) 695 final vom 7.12.2022 und problematisiert dabei insbesondere die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit, zum Kollisionsrecht und zur Anerkennung öffentlicher Urkunden. Der Verordnungsentwurf wird kollisionsrechtsdogmatisch eingeordnet; der Beitrag schließt mit Beispielfällen, die die Schwächen des Entwurfs aufzeigen, und macht Vorschläge zur Verbesserung.

---

\* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist dort studentische Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer) sowie Chefredakteur dieser Zeitschrift. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Wintersemester 2022/23 von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller gestellt wurde. *Victor de Lousanoff* sei herzlich für wertvolle Anmerkungen gedankt.

## A. Einleitung: Das heutige internationale Abstammungsrecht in der EU

Bei der Ermittlung des *status filiationis* sind die Staaten der Europäischen Union in Vielfalt ungeeint. So stellt die Aussage der Kommissionspräsidentin *von der Leyen* in ihrer Rede zur Lage der Union im September 2020 – „*If you are parent in one country, you are parent in every country*“<sup>1</sup> – auch mehr als zwei Jahre später keine Zustandsbeschreibung, sondern eine Zielvorstellung dar. Denn während verschiedene Aspekte des internationalen Familienrechts auf europäischer Ebene vereinheitlicht wurden, ist ein europäisches internationales Abstammungsrecht zumindest bislang nicht verwirklicht worden. Mit dem Entwurf einer Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats (im Folgenden: VO-E)<sup>2</sup> liegt seit dem 7.12.2022 nun ein Verordnungsvorschlag der Kommission auf dem Gebiet des internationalen Abstammungsrechts vor.

### I. Entstehungsgeschichte des Kommissionsvorschlags

Bereits seit 2010 strebt die Kommission die Anerkennung im EU-Ausland begründeter Statusverhältnisse auch in Abstammungsfragen an.<sup>3</sup> Die Anerkennung bzw. Annahme mitgliedstaatlicher Personenstandsurkunden, die dies ermöglicht hätte, wurde 2016 zwar noch nicht in der EuApostille-VO<sup>4</sup> umgesetzt.<sup>5</sup> Sowohl in der EU-Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-

---

<sup>1</sup> *v. d. Leyen*, State of the Union Address 2020, abrufbar unter: [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/system/files/2022-08/soteu\\_2020\\_multilingual.pdf](https://state-of-the-union.ec.europa.eu/system/files/2022-08/soteu_2020_multilingual.pdf) (zuletzt abgerufen am 23.2.2023), S. 24.

<sup>2</sup> COM(2022) 695 final.

<sup>3</sup> Grünbuch: Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern, KOM(2010) 747 endg., S. 14 f.

<sup>4</sup> Verordnung (EU) 2016/1191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 zur Förderung der Freizügigkeit von Bürgern durch die Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der Europäischen Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012.

<sup>5</sup> *Patreider*, Die Europäische Urkundenverordnung. Ausgewählte Fragen und Erfahrungen, StAZ 2022, 327 (328), damit folgte die Kommission der Mahnung beispielsweise des Deutschen Rats für IPR, keine Urkundenanerkennung mit Tatsachenvermutung ohne Vereinheitlichung des Kollisionsrechts vorzunehmen, s. *Mansel/Coester-Waltjen/Henrich/Kobler*, Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission, IPRax 2011, 335 (339 ff.); *Mansel*, Kritisches zur „Urkundsinhaltsanerkennung“, IPRax 2011, 341 (342); *Helms*, Elternteil in einem Staat – Elternteil in jedem Staat (der EU)?, ZEuP 2022, 747 (751 f.).

Personen 2020<sup>6</sup> als auch in der EU-Kinderrechtsstrategie 2021<sup>7</sup> kündigte die Kommission jedoch eine Initiative zur gegenseitigen Anerkennung der Elternschaft zwischen den Mitgliedsstaaten für 2022 an, wozu sie auch vom Europäischen Parlament in dessen Entschließung zu Rechten von LGBTIQ-Personen in der EU vom 14.9.2021 aufgefordert wurde.<sup>8</sup> Nach Vorarbeiten durch eine zwölfköpfige Expertenkommission<sup>9</sup> unter Begleitung von Interessenverbänden und internationalen Organisationen wie der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und umfassender Öffentlichkeitsbeteiligung übersandte die Kommission ihren Vorschlag kurz vor Jahreswechsel an den Rat.<sup>10</sup> Er umfasst 72 Artikel, 99 Erwägungsgründe und gliedert sich in neun Kapitel: I. Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen, II. Gerichtliche Zuständigkeit, III. Anzuwendendes Recht, IV. Anerkennung, V. Öffentliche Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung, VI. Europäisches Elternschaftszertifikat, VII. Digitale Kommunikation, VIII. Delegierte Rechtsakte, IX. Allgemeine Bestimmungen und Schlussbestimmungen.<sup>11</sup>

Obwohl die rechtswissenschaftliche Diskussion zum VO-E noch kaum angelaufen ist,<sup>12</sup> polarisiert der Vorschlag bereits im politischen Raum<sup>13</sup> und es

---

<sup>6</sup> Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025, (COM(2020) 698 final), S. 19 f.; s. dazu *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2020: EU im Krisenmodus!, IPRax 2021, 105 (109).

<sup>7</sup> COM(2021) 142 final, S. 17.

<sup>8</sup> P9\_TA(2021)0366; vgl. *Kobler/Pintens*, Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2021-2022, FamRZ 2022, 1405 (1406); *Kobler*, Status und Mobilität in der Europäischen Union, IPRax 2022, 226 (229).

<sup>9</sup> S. *Europäische Kommission*, Minutes, First Meeting of the Expert Group on the recognition of parenthood between Member States, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=3765> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023), S. 1.

<sup>10</sup> Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte *Válková*, The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood, Riv. dir. int. priv. proc. 2022, 854 (880 ff.).

<sup>11</sup> So auch *Mansel/Thorn/Wagner*, Bewegung im internationalen Familienrecht, IPRax 2023, 109 (121); *Válková* (Fn. 10), S. 886.

<sup>12</sup> S. *Peroz*, Proposition de règlement européen en matière de filiation, Droit de la famille 2023, commentaire 34; *Válková* (Fn. 10), S. 854 ff.; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 109 ff.

<sup>13</sup> Positiv fallen die Stellungnahmen von LGBTI-Verbänden, negativ die von katholischen Interessenverbänden aus, vgl. *ILGA*, LGBTI organisations welcome EU parental recognition proposal, 7.12.2022, abrufbar unter: <https://www.ilga-europe.org/press-release/lgbti-organisations-welcome-eu-parental-recognition-proposal/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Institut für Ehe und Familie*, Selektive Sicht auf

steht zu erwarten, dass er wegen des bereits angekündigten Widerstands einiger osteuropäischer Staaten<sup>14</sup> nur im Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV, 326 ff. AEUV umgesetzt werden können.<sup>15</sup> Aufgrund der im Koalitionsvertrag der Ampelregierung vereinbarten Einführung von Co-Mutterschaften<sup>16</sup> und der bereits im Februar 2022 geäußerten Zustimmung des Bundesjustizministers *Buschmann* zu den Plänen der Kommission<sup>17</sup> kann aber davon ausgegangen werden, dass die Bundesrepublik Teil einer solchen verstärkten Zusammenarbeit sein und der VO-E daher Relevanz für Deutschland entfalten wird.

Im Folgenden werden daher nach einem kurzen rechtsvergleichenden Überblick (**A. II.**) die wichtigsten Regelungen des VO-E zu seinem Anwendungsbereich (**B.**), zur Zuständigkeit (**C.**), zum Kollisionsrecht (**D.**), zur Anerkennung und Annahme öffentlicher Urkunden und zum europäischen Elternschaftszertifikat (**E.**) näher beleuchtet, sowie die Gesetzgebungskompetenz der Union kritisch überprüft (**F.**). Die Ergebnisse werden anhand zweier Beispielfälle illustriert (**G.**) und in Thesen zusammengefasst (**H.**).

---

das Kindeswohl, 19.12.2022, abrufbar unter <https://www.ief.at/eu-familie-selektive-sicht-auf-das-kindeswohl/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023).

<sup>14</sup> S. bereits die Pressemitteilung der französischen Ratspräsidentschaft v. 4.2.2022, Informelles Treffen der europäischen Justizminister, abrufbar unter <https://wayback.archive-it.org/12090/20221120173253/https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/de/aktuelles/informelles-treffen-der-europaischen-justizminister/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Ellena*, EU countries split over Commission's plan to give parents cross-border rights, Euractiv v. 7.2.2022. abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/non-discrimination/news/eu-countries-split-over-commissions-plan-to-give-parents-cross-border-rights/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023).

<sup>15</sup> *Peroş* (Fn. 12); *Válková* (Fn. 10), S. 896 f.; *Kobler* (Fn. 8), S. 230; *Helms*, FamRZ-Newsletter 2/2023, 1 (1); *Luku*, European Commission Proposal for a Regulation on Private International Law Rules Relating to Parenthood, Conflict of Laws.net v. 16.12.2022, abrufbar unter: <https://conflictoflaws.net/2022/european-commission-proposal-for-a-regulation-on-private-international-law-rules-relating-to-parenthood/> (zuletzt abgerufen am 14.3.2023).

<sup>16</sup> SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen: Koalitionsvertrag 2021 - 2025, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021.-1990800> (zuletzt abgerufen am 24.2.2023), S. 101, 119 f.; s. dazu *Straub*, „Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?“ – Überlegungen zur Reform des Abstammungs-rechts, FamRZ 2023, 12 (13).

<sup>17</sup> FAZ, Buschmann will Stärkung gleichgeschlechtlicher Familien, 4.2.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/in-der-gesamten-eu-in-der-gesamten-eu-17780828.html> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Kobler* (Fn. 8), S. 231.

## II. Rechtsvergleichender Überblick über die bisherige Rechtslage

Der Vorschlag reagiert auf die Uneinheitlichkeit der mitgliedstaatlichen Kollisions- und Sachnormen in Bezug auf das Abstammungsrecht. Im Bereich des internationalen Abstammungsrechts knüpfen die meisten europäischen Rechtsordnungen entweder an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder dessen Staatsangehörigkeit an, die *common law*-Rechtsordnungen Zypern und Irland wenden ohne Einschaltung von Kollisionsnormen direkt das eigene Sachrecht an.<sup>18</sup> Vor allem ist aber das stark von kulturellen, religiösen und gesellschaftspolitischen Einwirkungen geprägte<sup>19</sup> und von neuen medizinischen Verfahren häufig rechtstatsächlich überholte<sup>20</sup> materielle Abstammungsrecht der Mitgliedsstaaten in teils einander ähnliche, teils stark voneinander divergierende Normen zersplittert.<sup>21</sup>

### 1. Probleme traditioneller Familien im grenzüberschreitenden Sachverhalt

Traditionelle Familien stehen dabei etwa aufgrund der in einigen europäischen Ländern geltenden 300-Tage-Regel, die ein nach geschiedener Ehe geborenes Kind rechtlich dem ehemaligen Ehemann zuordnet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach der Scheidung geboren wird, vor dem Problem, dass einem Kind in

---

<sup>18</sup> ICF, Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States, Final report, 2022, abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/system/files/2023-01/ICF%20Final%20Report%20-%20Recognition%20of%20parenthood%20between%20MSs%20-%20FINAL.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023), S. 161.

<sup>19</sup> v. Bar/Mankowski, IPR II: Besonderer Teil, 2. Aufl., München 2019, § 4 Rn. 941 ff.; Leible, Strukturen und Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Leible/Terhechte, Enzyklopädie Europarecht III: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2021, § 14 Rn. 56; Kotzur/van de Loo, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier, 7. Aufl. 2023, Art. 81 AEUV Rn. 15.

<sup>20</sup> Zu Reformforderungen im deutschen Recht, insbesondere zur Co-Mutterschaft vgl. Biggel u. a., Elternschaft im Wandel: From status to contract?, AcP 221 (2021), 765 (804 ff.); Reuß, Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FamRZ 2021, 824 (828); Unger, Quo vadis, Abstammungsrecht? – Ein Blick auf den Abschlussbericht des Arbeitskreises für Abstammungsrecht, FamRZ 2018, 663 (663 ff.); Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 7. Aufl. 2020, § 52 Rn. 2; Wellenhofer, in: MüKo-BGB X, 8. Aufl. 2020, § 1591 Rn. 45 ff.; das BVerfG wird nach den konkreten Normenkontrollanträgen gemäß Art. 100 Abs. 1 GG des OLG Celle (NZFam 2021, 352 ff.) und des KG (NJOZ 2021, 840 ff.) über die Verfassungsmäßigkeit des § 1592 BGB zu entscheiden haben.

<sup>21</sup> Vgl. ICF (Fn. 18), S. 149 ff.; ILGA, Rainbow Index 2022, <https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/rainbow-index-2022.pdf>; Válková (Fn. 10), S. 855.

transnationalen Sachverhalten mehrere Väter zugeordnet werden können.<sup>22</sup> Erkennt zum Beispiel der neue Partner einer frisch geschiedenen Frau ihr Kind noch vor der Geburt nach deutschem Recht wirksam an (§§ 1592 Nr. 2, 1594 Abs. 2, 4, 1595 Abs. 1 BGB), kann das Kind in Spanien gemäß der dort in Art. 116 Codigo Civil statuierten 300-Tage-Regel dennoch dem Ex-Ehemann als Vater zugeordnet sein.<sup>23</sup> Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei unterschiedlichen Zustimmungsvoraussetzungen für die Anerkennung der Vaterschaft: So genügt etwa in Frankreich gemäß Art. 316 C. civ. zur Vaterschaftsanerkennung die Erklärung des Vaters, während in Deutschland gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594, 1595 Abs. 1 BGB auch die Zustimmung der Mutter erforderlich ist. Ein von unterschiedlichen Männern jeweils in Frankreich und Deutschland wirksam anerkanntes Kind müsste dann einem der beiden Väter zugeordnet werden.<sup>24</sup>

## 2. Probleme postmoderner Familien<sup>25</sup> im grenzüberschreitenden Sachverhalt

Die Hauptdifferenz liegt jedoch in der Behandlung postmoderner Elternschaftsformen: Beispielsweise wird die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung eines mittels Leihmutterschaft ausgetragenen Kindes oder die Zulässigkeit einer Co-Mutterschaft, mithin das Auseinanderfallen sozialer und genetischer Elternschaft (nicht nur, aber vor allem) bei gleichgeschlechtlichen Paaren in den EU-Staaten unterschiedlich geregelt. Leihmutterschaften sind beispielsweise in Deutschland gemäß §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7, Abs. 2 ESchG, 13a ff. AdVermiG strafbewehrt verboten, in Griechenland jedoch unter den Bedingungen der Art. 1458, 1464 grZGB legal.<sup>26</sup> Co-Mutterschaften sind demgegenüber etwa in

<sup>22</sup> Zu einem solchen Fall (in Bezug auf die polnische 300-Tage-Regel) *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2022, 586 ff.; s. auch *Helms*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2020, Art. 19 EGBGB Rn. 20 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Helms* (Fn. 5), S. 748; *Franck*, Vaterschaftsanerkennung versus gesetzliche Vaterschaft im Internationalen Abstammungsrecht, FamRZ 2020, 307 (308 ff.).

<sup>24</sup> *Wagner*, Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden – ein Patentrezept?, FamRZ 2011, 609 (612).

<sup>25</sup> So der Oberbegriff für Phänomene pluralisierter Elternschaft wie etwa Leihmutter- oder homosexuelle Elternschaft bei *Biggel u. a.* (Fn. 20), S. 786, vgl. bereits *Lüscher*, Familie und Familienpolitik im Übergang zur Postmoderne, in: Lüscher/Schultheis/Wehrspau, Die „postmoderne“ Familie: Familiäre Strategien und Familienpolitik in der Übergangszeit, 1988, S. 15 ff.; *Liegler*, Freie Assoziation von Familien: Geschichte und Zukunft einer „postmodernen“ familialen Lebensform, in: *ebd.*, S. 98 (100).

<sup>26</sup> *Koutsouradis*, Die gerichtliche Erlaubnis zur unterstützten Fortpflanzung durch eine Leihmutter in Griechenland, FamRZ 2004, 1426 (1426 ff.); *Helms*, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114 (117); *Henrich*, Entwicklungen des

Frankreich seit 2021 möglich, wenn die Frau, die das Kind nicht geboren hat, gemäß Art. 342-10, 342-11 Abs. 2 C. civ. der medizinisch assistierten Zeugung zugestimmt und das Kind vor oder nach der Geburt anerkannt hat.<sup>27</sup> In Spanien gilt gemäß Art. 7 Abs. 3 Ley 14/2006 v. 26.5.2006 die mit der Geburtsmutter verheiratete Frau als Mutter des Kindes, wenn sie dem zustimmt,<sup>28</sup> während in Deutschland gemäß §§ 1591, 1592 BGB eine Co-Mutterschaft ausscheidet.

### 3. Konsequenz: Europäischer Regelungsbedarf

Die verschiedene Behandlung postmoderner Elternschaftsmodelle birgt Schwierigkeiten in grenzüberschreitenden Fällen. Wenn etwa nach innereuropäischem Umzug eines Paares mit einem durch Leihmutterschaft ausgetragenen Kind das Kollisionsrecht des Zuzugsmitgliedstaats auf ein anderes als das zuvor berufene Sachrecht verweist und dieses die Leihmutterschaft im Unterschied zum bisher anwendbaren Recht nicht kennt, droht in Folge des gespaltenen Abstammungsstatuts die bisherige Elternschaft mindestens eines der Elternteile im Zuzugsstaat nicht anerkannt und das Kind möglicherweise eltern- und staatenlos zu werden.<sup>29</sup> Ähnlich stellt sich die Situation für Co-Mütter dar, wenn in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt das Kollisionsrecht des einen Staats auf ein materielles Abstammungsrecht verweist, das nur die Mutterschaft der gebärenden Mutter anerkennt, während das im anderen Staat anwendbare Abstammungsrecht beide Frauen als rechtliche Eltern betrachtet.<sup>30</sup> Für die betroffenen Kinder kann dies mit einer

---

Familienrechts in Ost und West, FamRZ 2010, 333 (337); *Zervogianni*, Surrogacy in Greece, in: Scherpe/Fenton-Glynn/Kaan, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy, 2019, S. 149 ff.

<sup>27</sup> *Ferrand*, Das neue französische Bioethik-Gesetz Nr. 2021-1017 v. 2.8.2021, FamRZ 2022, 1422 (1424); *Schlürmann*, Ausländische Geburtsurkunden im französischen Abstammungsrecht – Fort- und Rückschritte eines Anerkennungsprinzips im IPR, StAZ 2022, 257 (257).

<sup>28</sup> *Ferrer i Riba*, Außergerichtliche Trennung und Scheidung, Abstammungsklagen, Zuordnung der Mutterschaft und offene Adoption im spanischen Familienrecht, FamRZ 2016, 1557 (1559 f.).

<sup>29</sup> *Dethloff*, Familienrecht in Europa – Quo vadis?, NJW 2018, 23 (28); *Wagner*, Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse im Abstammungsrecht?, NZFam 2019, 513 (514); *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB, Ed. 64, Stand: 1.11.2022, Art. 19 EGBGB Rn. 34; *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 67; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 20), § 53 Rn. 17; grundlegend *BGH*, NJW 2015, 479 (483 Rn. 56).

<sup>30</sup> So die Ausgangslage in den Fällen *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 18 ff. und Beschl. v. 24.6.2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, Rn. 15 ff., in denen eine jeweils in Spanien begründete Co-Mutterschaft von der bulgarischen bzw. polnischen Ortsbehörde als *ordre public*-widrig angesehen und das als Ersatzrecht angewandte bulgarische bzw. polnische Abstammungsrecht die Co-Mutterschaft nicht

Beeinträchtigung ihrer Grundrechte auf Identität, Nichtdiskriminierung und Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 2, 8, 9 UN-Kinderrechtskonvention und 7, 21, 24 GrCh einhergehen, deren Schutz die Kommission mit ihrem Vorschlag verbessern will.<sup>31</sup> Weiterhin soll der VO-E dazu beitragen, Gerichts- und Verwaltungskosten zu senken, die Eltern bei der grenzüberschreitenden Anerkennung ihrer Elternschaft entstehen.<sup>32</sup> Er dient damit auch der Erleichterung der Binnenfreizügigkeit und der finanziellen Effizienzsteigerung der Justiz.<sup>33</sup>

### **B. Anwendungsbereich, Art. 3 VO-E**

Der Vorschlag gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 VO-E sachlich für Zivilsachen der Elternschaft in grenzüberschreitenden Fällen, wovon gemäß Abs. 2 der Norm verschiedene dem Abstammungsrecht benachbarte Gebiete ausdrücklich ausgenommen sind. Hierzu zählen die bereits durch Brüssel IIb-VO, KSÜ, EuUntVO und EuErbVO vereinheitlichten Materien der elterlichen Verantwortung (Art. 3 Abs. 2 lit. b VO-E), Unterhaltspflichten (Art. 3 Abs. 2 lit. f VO-E) und Erbschaften (Art. 3 Abs. 2 lit. g VO-E), ferner die durch das HAdoptÜ geregelten länderübergreifenden Adoptionen (Art. 3 Abs. 2 lit. e VO-E), sowie die in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten fallenden Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit, Volljährigkeit, Staatsangehörigkeit und Personenstandsregister (Art. 3 Abs. 2 lit. c, d, h, i VO-E). Die in lit. a ausgeschlossenen Fragen des Bestands, der Gültigkeit und Anerkennung von Ehen und eingetragenen Partnerschaften fallen ebenfalls in die mitgliedstaatliche Kompetenz, teilweise sind sie in der Brüssel IIb-VO und für teilnehmende Staaten in der Rom III-VO geregelt.

Territorial würde die Verordnung als auf Art. 81 Abs. 1, 3 AEUV gestützte Maßnahme der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der gesamten

---

anerkannte, vgl. *Grifo*, „Pancharevo“: Nationale Identität (Artikel 4 II EUV) als Kompetenzschutz im Familienrecht, ZEuP 2022, 703 (702 f.); *Flindt*, Anm. zu EuGH, 14.12.2021, FamRZ 2022, 281 (286); *ders.*, Anm. zu EuGH, Beschluss vom 24. Juni 2022 - Rs. C-2/21, StAZ 2022, 340 (341).

<sup>31</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 1.

<sup>32</sup> *Ebd.*, S. 1, 10 f.

<sup>33</sup> Vgl. zur Effizienzsteigerung durch IPR *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Einl. IPR Rn. 7; *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429 (433).

Union mit Ausnahme Dänemarks und in Irland nur vorbehaltlich eines Opt-Ins gelten.<sup>34</sup>

### **C. Zuständigkeitsregeln, Art. 6 ff. VO-E**

Mit der Vereinheitlichung der gerichtlichen Zuständigkeit in Elternschaftssachen (Kapitel II VO-E) will die Kommission die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen erleichtern und Parallelverfahren sowie widersprüchliche Entscheidungen verhindern.<sup>35</sup> Der Entwurf enthält allgemeine Zuständigkeitsregeln (Art. 6; dazu **I.**), subsidiäre Gerichtsstände (Art. 7-9, dazu **II.**), Vorschriften zur Verfahrenskoordination (Art. 10, 14, dazu **III.**) sowie das Recht des Kindes auf Anhörung (Art. 15, dazu **IV.**).

#### **I. Allgemeine Gerichtsstände, Art. 6 VO-E**

Leitmotiv für die Festlegung der internationalen Zuständigkeit soll nach dem Willen der Kommission die aus Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 24 Abs. 2 GRCh hergeleitete vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls sein,<sup>36</sup> woraus sich als primäres Zuweisungskriterium die räumliche Nähe des Kindes zum Gericht ergibt.<sup>37</sup> Dieses Kriterium wird jedoch im Entwurf nicht konsequent umgesetzt. Denn um dem Kind den Zugang zur Justiz zu erleichtern, begründet Art. 6 VO-E die internationale Zuständigkeit nicht nur im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (lit. a), sondern alternativ auch im Staat, dessen Staatsangehörigkeit das Kind besitzt (lit. b), in dessen Geburtsstaat (lit. f) sowie im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Antragsgegners (lit. c), jedes Elternteils (lit. d) und des Staats, dessen Staatsangehörigkeit jedes Elternteil besitzt (lit. e).

#### **1. Kindesferne und *forum-shopping* als Nachteile der alternativen Anknüpfung**

Theoretisch kommen damit bis zu acht alternative Gerichtsstände für eine Abstammungssache in Frage.<sup>38</sup> Die angestrebte räumliche Nähe zwischen Kind

---

<sup>34</sup> S. Erwägungsgrund 97 f. VO-E; Protokoll Nr. 21 und 22 zum AEUV; vgl. auch *Leible*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 81 AEUV Rn. 3; *Rossj*, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 81 AEUV Rn. 4.

<sup>35</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 16.

<sup>36</sup> *Ebd.*, S. 1.

<sup>37</sup> *Ebd.*; Erwägungsgrund 39 VO-E; vergleichbar damit auch die Regelung in Art. 7 Abs. 1 Brüssel IIb-VO und deren Erwägungsgrund 20.

<sup>38</sup> Der Vorschlag geht über die von der Expertengruppe vorgeschlagenen drei allgemeinen Gerichtsstände weit hinaus, wonach nur die nun in Art. 6 lit. a, b und c VO-

und Gericht wird damit faktisch zugunsten umfassender Rechtszugangsmöglichkeiten relativiert; die Aufzählung in Art. 6 VO-E erscheint nach zunehmender Kindesferne geordnet<sup>39</sup> und insgesamt wenig vorhersehbar. Zwar wird durch die alternative Anknüpfung der Zugang zur Justiz erleichtert. Dies kommt jedoch nicht nur dem Kind, sondern beispielsweise auch einem die Vaterschaft Anfechtenden fernab des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zugute. Ficht beispielsweise ein finnischer Staatsangehöriger eine Vaterschaft in Finnland auf Grundlage des Art. 6 lit. e VO-E an, kann dies die Verwirklichung des in Art. 15 VO-E statuierten Anhörungsrecht des minderjährigen Kindes stark erschweren, das seit seiner Geburt mit seiner Mutter in Portugal lebt – von der fehlenden räumlichen Nähe des Kindes zum Gericht ganz zu schweigen.

Zudem eröffnen zahlreiche alternative Gerichtsstände die Möglichkeit des *forum shopping*.<sup>40</sup> Die damit häufig verbundene Benachteiligung des Beklagten ist im sensiblen Bereich der Abstammungsfragen besonders zu vermeiden,<sup>41</sup> zudem wird so das prozessökonomisch unvorteilhafte Auseinanderfallen von *forum* und *ius* begünstigt.

Auf der anderen Seite würde die alleinige Zuständigkeit des Staats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, aber zu Schwierigkeiten führen, etwa wenn sich dieser bei Säuglingen nicht oder nur schwer ermitteln lässt.

---

E statuierten allgemeinen Gerichtsstände vorgesehen waren, *Europäische Kommission*, Minutes, 6th Meeting of the Expert Group (Fn. 9), S. 2 f.

<sup>39</sup> In Anlehnung an *Schack*, Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa, *RebelsZ* 65 (2001), 615 (622) zur Brüssel IIa-VO.

<sup>40</sup> Diese Gefahr sieht im Ansatz auch *Válková* (Fn. 10), S. 889; vgl. zur Parallelproblematik in Art. 3 Brüssel IIb-VO: *Sonntag*, Zielsetzung und Beurteilung der Effektivität der Brüssel IIa-Verordnung aus Sicht der Wissenschaft, in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis*, 2018, S. 9 (14 ff.); *Antomo*, Die Neufassung der Brüssel IIa-Verordnung – erfolgte Änderungen und verbleibender Reformbedarf, in: Pfeiffer/Lobach/Rapp, *Europäisches Familien- und Erbrecht: Stand und Perspektiven*, 2020, S. 13 (20); *Hau*, in: Staudinger, 2023, Art. 3 Brüssel IIb-VO Rn. 16; *Weller*, Die Reform der EuEheVO, *IPRax* 2017, 222 (229); *Gottwald*, in: *MüKo-FamFG II*, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Brüssel IIa-VO.

<sup>41</sup> Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats, Nr. 7/2023, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-7-23-europaeische-elternschaft> (zuletzt abgerufen am 10.3.2023) S. 6 f.; allgemein zur Klägerbenachteiligung beim *forum shopping v. Bar/Mankowski*, *IPR I: Allgemeine Lehren*, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 157 ff.; *Schack*, *IZVR*, 8. Aufl. 2021, § 8 Rn. 272 ff.

Erwägenswert wäre statt der alternativen Anknüpfung daher eine *Kegel'sche Leiter*, die in Übereinstimmung mit dem Leitmotiv des Kindeswohls die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes priorisiert und die übrigen Anknüpfungsmomente subsidiär zulässt.<sup>42</sup>

## 2. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes

Die allgemeine Zuständigkeit wird nach Art. 6 lit. a VO-E über den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes angeknüpft. Anhand welcher Kriterien dieser zu bestimmen ist und ob er in Zweifelsfällen auch ein subjektives Element enthält, ist umstritten.<sup>43</sup> Erwägungsgrund 40 sieht nun erstmals in einem europäischen Rechtsakt eine Konkretisierung der Kriterien zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes vor. Diese Konkretisierung könnte auch über den VO-E hinaus Bedeutung für andere Verordnungen erlangen. Zwar wird der gewöhnliche Aufenthalt in verschiedenen europäischen Rechtsakten im Lichte ihrer jeweiligen Regelungszwecke durch unterschiedliche Kriterien näher bestimmt, weswegen bei einer rechtsaktsübergreifenden Auslegung die unterschiedlichen Zielsetzungen der Verordnungen und die Art der Person, deren gewöhnlicher Aufenthalt ermittelt wird, berücksichtigt werden müssen.<sup>44</sup> Die Zuständigkeitsregeln des VO-E wie auch der Brüssel IIa/b-VO erfassen jedoch den gewöhnlichen Aufenthalt von Kindern und orientieren sich zum Schutz des Kindeswohls am Kriterium der räumlichen Nähe.<sup>45</sup> Erwägungsgrund

<sup>42</sup> Vgl. zur Parallelproblematik in Art. 3 Brüssel IIb-VO: *Sonmentag* (Fn. 40), S. 15 ff.

<sup>43</sup> *Gruber*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern, IPRax 2019, 217 ff.; *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8 (10 ff.); für ein willensbezogenes Element *Weller/Schulz*, Unterhaltsklage nach Kindesentführung: Zuständigkeit am „unrechtmäßigen“ gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes?, IPRax 2015, 176 (177); *Rentsch*, Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt, ZEuP 2015, 288 (308 f.); *Weller*, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in: Leible/Unberat, Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR, 2013, S. 294 (317 ff.); vorsichtiger: *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 10.

<sup>44</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 36; *Hilbig-Lugani* (Fn. 43), S. 10 ff.; *Dutta/Schulz*, Erste Meilensteine im europäischen Kindschaftsverfahrensrecht: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Brüssel-IIa-Verordnung von C bis Mercredi, ZEuP 2012, 526 (534); *Lamont*, Case C-523/07, A, Judgment of the Court „Third Chamber“ of 2 April 2009, 47 Common Mkt. L. Rev. (2010), 235 (238); *Wurmnest*, in: BeckOGK-EuUntVO, Stand: 1.6.2022, Art. 2 Rn. 29; *Junker*, IPR, 5. Aufl. 2022, § 6 Rn. 39.

<sup>45</sup> Erwägungsgrund 20 Brüssel IIb-VO (vgl. dazu: *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 46; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 48) und Erwägungsgrund 39 VO-E.

40 kann daher auch zur Konkretisierung des ebenfalls mit diesem Anknüpfungspunkt operierenden Art. 7 Abs. 1 Brüssel IIb-VO verwendet werden, der eine nähere Bestimmung noch missen ließ.<sup>46</sup>

Die in Erwägungsgrund 40 aufgeführten Kriterien lassen sich als Übernahme der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO rekonstruieren (a), treffen unbegründeterweise zur Sprache des Kindes jedoch keine Aussage (b).

a) *Übernahme der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*

Nach Erwägungsgrund 40 wird der gewöhnliche Aufenthalt „[i]m Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ – also autonom und nicht unter Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Recht<sup>47</sup> – „anhand aller tatsächlicher Umstände des Einzelfalls ermittelt.“ Danach besteht der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes am Ort seines Lebensmittelpunkts und damit grundsätzlich unabhängig vom gewöhnlichen Aufenthalt seiner Eltern (so in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>48</sup> S. 2 Erwägungsgrund 40).

Entscheidend für die Ermittlung des Lebensmittelpunkts ist die soziale Integration des Kindes, die gemäß S. 3 des Erwägungsgrunds mittels der Faktoren Dauer, Regelmäßigkeit, Bedingungen und Gründe des Aufenthalts<sup>49</sup> im betreffenden Mitgliedsstaat und nach dem Alter des Kindes differenziert beurteilt wird:<sup>50</sup> während bei Kleinkindern allein das familiäre Umfeld über die soziale Integration entscheidet (und damit erheblich vom gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern abhängt<sup>51</sup>), sind später auch der Ort des Schulbesuchs und weitere soziale Beziehungen maßgeblich (so in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>52</sup> S. 4 Erwägungsgrund 40 VO-E).

<sup>46</sup> Dies kritisierend: *Weller* (Fn. 40), S. 223.

<sup>47</sup> Vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 27.11.2007, C-435/06, C, Rn. 47; Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 34; Schlussanträge *GA Kokott* v. 29.1.2009, C-523/07, A, Rn. 17.

<sup>48</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, HR, Rn. 42; Schlussanträge *GA Kokott* v. 29.1.2009, C-523/07, A, Rn. 38; *Pirrung*, in: Staudinger, 2009, Vorbem C zu Art. 19 EGBGB Rn. 54.

<sup>49</sup> So auch in *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 39; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 56; Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, HR, Rn. 43.

<sup>50</sup> So auch *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 53; Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 44; *Hilbig-Lugani* (Fn. 43), S. 11.

<sup>51</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 55; *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 12; *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 178 f.

<sup>52</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 52 ff; *Gruber*, in: NK-BGB VI, 3. Aufl. 2019, Art. 8 EheVO Rn. 10.

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zwingend zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts ist die physische Anwesenheit im betreffenden Staat,<sup>53</sup> was in S. 2 Erwägungsgrund 40 ebenfalls im Kriterienkatalog aufgenommen ist. Wie S. 5 Erwägungsgrund 40 klarstellt, kann auch der Wille der Eltern, sich in einem anderen Staat niederzulassen, berücksichtigt werden, etwa wenn er sich durch die Anmietung einer Wohnung objektiviert hat.<sup>54</sup> Der VO-E erkennt damit auch die Berücksichtigung des prospektiven Bleibewillens bei der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts an.<sup>55</sup> Zu beachten ist jedoch, dass die Intention der Eltern allein keinen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in einem Staat begründen kann, in dem sich das Kind noch nie aufgehalten hat.<sup>56</sup> Dies ist insbesondere bei Leihmutterchaftsfällen relevant, wenn das Kind im Ausland geboren wird, aber die Wunscheltern beabsichtigen, mit ihm nach Deutschland zurückzukehren. Die deutsche Rechtsprechung sieht hier den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ab Geburt in Deutschland.<sup>57</sup> Im Rahmen von Art. 6 lit. a VO-E ließe sich diese Rechtsprechung nicht halten.

#### b) Sprache des Kindes als Kriterium

Die vom Kind gesprochene Sprache hat keine Erwähnung im Entwurf gefunden, obwohl sie in der Rs. *Wanderleben in Finnland* als Kriterium für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und in der Rs. *Mercredi* für den der Mutter berücksichtigt wurde.<sup>58</sup> Dies überrascht, da die Sprachkenntnisse eines Menschen (genauso wie

<sup>53</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, *A*, Rn. 38; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 49; Urt. v. 15.2.2017, C-499/15, *W und V*, Rn. 61; Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 50; Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*, Rn. 41; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 62 f.; so auch *KG*, FamRZ 2021, 438 (440); dazu ferner *Gruber*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 8 EheVO Rn. 8; *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 28; s. aber auch die hinsichtlich der zwingenden physischen Präsenz flexibleren Schlussanträge des *GA Wahl* v. 16.5.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 81.

<sup>54</sup> So auch *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 51; *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 178; *Weller* (Fn. 43), S. 310 f.

<sup>55</sup> Vgl. dazu *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 177; *Rentsch* (Fn. 43), S. 308; *Weller* (Fn. 43), S. 317 ff.

<sup>56</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 70; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 62.

<sup>57</sup> *BGH*, NJW 2019, 1605 (1606); so auch *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.9.2017, BeckRS 2017, 155899, Rn. 33 ff.; *KG*, Beschl. v. 1.8.2013, BeckRS 2013, 14333, Rn. 38; *Heiderhoff*, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, 2673 (2675); *Bischoff*, in: NK-BGB I, 4. Aufl. 2021, Art. 19 EGBGB Rn. 14; a. A. *Andrae*, Int. FamR, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 14; *Henrich*, Leihmütterkinder: Wessen Kinder?, IPRax 2015, 229 (232).

<sup>58</sup> *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, *A*, Rn. 39; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 55.

seine – in Erwägungsgrund 40 aufgeführte – Staatsangehörigkeit) die soziale Integration an einem Ort erheblich erleichtern und in Zweifelsfällen daher Aufschluss über seinen Lebensmittelpunkt geben können.<sup>59</sup>

Grund für diese Auslassung mag eine möglicherweise missverstandene Entscheidung des *EuGH* zum Kriterium der Sprache sein.<sup>60</sup> Die Rs. *HR* betraf einen Fall, in dem ein Kind objektiv in Belgien familiär integriert war, jedoch überwiegend Polnisch sprach. Der *EuGH* entschied, dass in einem solchen Fall die Sprache nicht über die Tatsache hinweghelfen kann, dass das Kind seinen objektiven Lebensmittelpunkt an einem bestimmten Ort hat.<sup>61</sup> Damit ist jedoch keine Abkehr von der Sprache als relevantem Kriterium verbunden, wenn ebenjener objektive Lebensmittelpunkt zu ermitteln ist.<sup>62</sup> Das Kriterium der Sprache nicht in die Liste des Erwägungsgrundes 40 aufzunehmen, ist daher unbegründet; es sollte, wie die Staatsangehörigkeit des Kindes, gemäß S. 3 und 6 des Erwägungsgrundes 40 als ergänzendes, allein jedoch nicht hinreichendes Kriterium für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts berücksichtigt werden können.

## II. Subsidiäre Gerichtsstände, Art. 7-9 VO-E

Kann keiner der sechs alternativen Gerichtsstände festgelegt werden, sieht der Verordnungsentwurf eine subsidiäre Zuständigkeit am Aufenthaltsort des Kindes (Art. 7 VO-E) vor. Kann auch danach keine Zuständigkeit begründet werden, kann das Gericht nach dem Recht des eigenen Staats zuständig werden (Art. 8 VO-E). Da § 100 FamFG keine weitergehenden Zuständigkeiten als der VO-E vorsieht, ist diese Bestimmung für Deutschland wenig relevant. Schließlich eröffnet Art. 9 VO-E, der an Art. 7 EuUntVO orientiert ist, ein *forum necessitatis* bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Klage in einem Drittstaat.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Vgl. *Rauscher*, in: *Rauscher IV*, 4. Aufl. 2015, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 11e; *v. Bar/Mankowski* (Fn. 19), § 4 Rn. 1076.

<sup>60</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*.

<sup>61</sup> *Ebd.*, Rn. 57 ff.; *Gruber*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 8 EheVO Rn. 11; *ders.* (Fn. 43), S. 219 f.; *Mansel/Thorn/Wagner*, *Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!*, IPRax 2019, 85 (107).

<sup>62</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*, Rn. 57: „Die Sprachkenntnisse des Kindes und seine Staatsangehörigkeit können auch gegebenenfalls einen Hinweis auf den Ort, an dem es seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, darstellen.“

<sup>63</sup> *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 122; *Válková* (Fn. 10), S. 889 f.

### III. Verfahrenskoordination, Art. 10, 14 VO-E

Hinsichtlich mehrfacher Rechtshängigkeit vor mitgliedstaatlichen Gerichten (*lis alibi pendens*) entspricht die Vorrangregelung zugunsten des zuerst angerufenen Gerichts in Art. 14 VO-E der des Art. 29 Brüssel Ia-VO. In Drittstaaten anhängige Verfahren werden nicht vom Entwurf erfasst. Die Zuständigkeit würde sich in diesen Fällen nach autonomen IZVR richten, in Deutschland griffe die Rechtshängigkeitssperre analog §§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO bei positiver Anerkennungsprognose des ausländischen Urteils gemäß §§ 108 Abs. 1, 109 Abs. 1, 4 FamFG.<sup>64</sup>

### IV. Recht auf Meinungsäußerung, Art. 15 VO-E

Im Kapitel zu Zuständigkeitsfragen eher überraschend angesiedelt ist Art. 15 VO-E, der das Recht auf Meinungsäußerung minderjähriger Kinder und die korrespondierende Pflicht des Gerichts zur Anhörung und Berücksichtigung der Kindesmeinung statuiert. Kindern, die alt genug sind, sich eine Meinung zu bilden, ist eine Möglichkeit zur Meinungsäußerung zu geben (Abs. 1), die entsprechend ihrem Reifegrad zu berücksichtigen ist (Abs. 2). Die Regelung der Anhörungsmodalitäten verbleibt bei den Mitgliedsstaaten, zudem kann das Gericht unter Berücksichtigung des Kindeswohls von der Anhörung absehen.<sup>65</sup> Wie auch bei den Vorbildnormen Art. 21 Abs. 1, 39 Abs. 2 Brüssel IIb-VO stellt die Nichtbeachtung der Vorschrift i. V. m. Art. 31 Abs. 3 VO-E einen fakultativen Anerkennungsversagungsgrund dar.

Anders als in Sorgerechtsfällen, in denen die Kindesbeteiligung neben der Gewährung rechtlichen Gehörs dem Gericht im Rahmen der Sachaufklärung wichtige Anhaltspunkte für die konkrete Ausgestaltung beispielsweise von Umgangsrechten liefern kann,<sup>66</sup> erfordern Abstammungsstreitigkeiten jedoch nur in seltenen Fällen eine Anhörung des Kindes. Denn zunächst werden die betroffenen Kinder in aller Regel Säuglinge sein, die nicht angehört werden können. Insofern besteht für die Vorschrift praktisch wenig Bedarf. Aber auch wenn die Abstammung eines anhörungsfähigen Kindes verhandelt wird, erscheint fraglich, inwiefern dessen Meinung zu Umständen, die vor seiner Geburt liegen und häufig seine Zeugung betreffen (Beiwohnung, Mehrverkehr der Mutter), relevant für die Beurteilung seiner Abstammung sein soll. Eine

<sup>64</sup> Vgl. *BGH*, NJW 2001, 524 (525); *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO I, 6. Aufl. 2020, § 261 Rn. 73 f.

<sup>65</sup> Erwägungsgrund 49 VO-E.

<sup>66</sup> Vgl. *Schlünder*, in: BeckOK-FamFG, Ed. 45, Stand: 1.1.2023, § 159 Rn. 7; *Hammer*, in: Prütting/Helms, 4. Aufl. 2018, § 159 Rn. 1; *Waruschewski*, in: Weinreich/Klein, 7. Aufl. 2022, § 159 FamFG Rn. 2.

Konfrontation des Kindes mit diesen Fragen ist vielmehr geeignet, das Kindeswohl zu beeinträchtigen.<sup>67</sup> Andererseits besteht der menschenrechtlich begründete Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör (Art. 12 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 6, 8 EMRK) auch in Verfahren zu Abstammungsfragen,<sup>68</sup> weswegen die Regelung zur Sicherung der Verfahrensrechte des Kindes im Ausgangspunkt nachvollziehbar ist – ihre praktische Bedeutung wird gleichwohl begrenzt bleiben. Gesetzgeberisch müsste § 175 Abs. 1 FamFG so angepasst werden, dass auch minderjährige (also nicht verfahrensfähige) Beteiligte in Abstammungssachen angehört werden sollen; dies ist momentan gemäß § 175 Abs. 2 FamFG nur in Verfahren zur Geltendmachung eines Klärungsanspruchs nach §§ 1598a Abs. 1 BGB, 169 Nr. 2 FamFG vorgesehen.<sup>69</sup>

#### D. Kollisionsrecht, insbesondere Art. 17 VO-E

Das 3. Kapitel des Verordnungsvorschlags vereinheitlicht das abstammungsrechtliche Kollisionsrecht (Art. 17 VO-E) im Umfang des Art. 18 VO-E; es gilt als *loi uniforme* und Sachnormverweisung (Art. 16, 21 VO-E).

##### I. Primärer Anknüpfungspunkt

Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E statuiert als primären Anknüpfungspunkt für das Abstammungsstatut den gewöhnlichen Aufenthalt der gebärenden Person zum Zeitpunkt der Geburt. Kann der gewöhnliche Aufenthalt der Gebärenden nicht festgestellt werden, so wird ersatzweise an das Recht des Staats, in dem das Kind geboren wurde, angeknüpft (Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 VO-E). Wie sich aus Art. 19 VO-E und Erwägungsgrund 54 ergibt, ist die Anknüpfung unwandelbar.

Die bisherigen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts von Säuglingen, insbesondere in Leihmutterchaftsfällen,<sup>70</sup> werden mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Gebärenden überwunden. Sie stellt – gerade im Vergleich mit den gleichrangigen Alternativanknüpfungen des

<sup>67</sup> Löhnig, in: Bork/Jacoby/Schwab, 3. Aufl. 2018, § 175 Rn. 5; Weber, in: BeckOK-FamFG (Fn. 66), § 175 Rn. 4; Frank, in: Musielak/Borth/Frank, 7. Aufl. 2022, § 175 Rn. 3.

<sup>68</sup> Vgl. Meyer, in: Karpenstein/Mayer, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 111; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 72, zur menschenrechtlichen Grundlage der Anhörungspflicht aus Art. 21 Brüssel IIb-VO: Coester-Waltjen, Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung „Brüssel IIa“, FamRZ 2005, 241 (247); Sonntag (Fn. 40), S. 32; Weller (Fn. 40), S. 227.

<sup>69</sup> Coester-Waltjen/Lugani, in: MüKo-FamFG I, 3. Aufl. 2018, § 175 Rn. 3 ff.; Frank, in: Musielak/Borth/Frank (Fn. 67), § 175 Rn. 2.

<sup>70</sup> S. dazu C. I. 2. a); vgl. auch Mansel/Thorn/Wagner (Fn. 11), S. 122.

Art. 19 Abs. 1 EGBGB – eine erhebliche Vereinfachung dar, die insbesondere die Normwidersprüche vermeidet, welche im aktuellen deutschen IPR bei kumulativer Anknüpfung an verschiedene Abstammungsrechte entstehen können.<sup>71</sup>

## II. Betonung des Ordnungsinteresses

Betrachtet man das Anknüpfungssystem des Art. 17 Abs. 1 VO-E vor dem Hintergrund der *Kegel'schen* Interessenlehre (Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen als „Vektoren der Rechtsbildung“<sup>72</sup> im IPR), priorisiert der Wechsel von der wandelbaren Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes hin zur unwandelbaren Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt bzw. den Geburtsort des Kindes zunächst die Ordnungsinteressen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit,<sup>73</sup> die sich im Abstammungsrecht in Form von Statusklarheit und Statusbeständigkeit ausdrücken.<sup>74</sup>

Das Parteiinteresse trat wegen der *erga omnes*-Wirkung der Abstammung dagegen auch schon im bisherigen Recht zurück, was sich etwa an mangelnden Rechtswahlmöglichkeiten in Art. 19 Abs. 1 EGBGB zeigt.<sup>75</sup> Die Berücksichtigung der Parteiinteressen nimmt durch die Unwandelbarkeit der Anknüpfung im Verordnungsentwurf jedoch noch weiter ab. So würde sich das Abstammungsstatut auch Jahrzehnte nach der Geburt nach dem gewöhnlichen

---

<sup>71</sup> Vgl. die Problemdarstellung zu widersprüchlichen Statuszuweisungen bei *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 17 ff. und *Henrich*, in: Staudinger, 2022, Art. 19 EGBGB Rn. 36 ff., wenn die alternativen Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB, an die Staatsangehörigkeit jedes Elternteils (S. 2) und an das Ehwirkungsstatut (S. 3) auf unvereinbare Sachrechte verweisen und dem Kind mehrere Väter zugewiesen werden (Beispiele s. **A. II. 1.**). Überwiegend wird vertreten, dass sich dann nach dem Günstigkeitsprinzip das Recht durchsetzt, das dem Kind zum frühesten Zeitpunkt einen Vater zuweist (Prioritätsprinzip, s. statt vieler *BGH*, NJW 2017, 3447 (3448 f.); *Bischoff*, in: NK-BGB I (Fn. 57), Art. 19 EGBGB Rn. 24 m. w. N.), andere wollen das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts entscheiden lassen (*Andrae* (Fn. 57), § 7 Rn. 42 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 8 Rn. 132.). Bei gleichzeitigem Auftreten mehrerer Väter im Fall pränataler Vaterschaftsanerkennung i. V. m. der 300-Tage-Regel wollen viele den wahrscheinlicheren Vater zum Zuge kommen lassen (Prinzip der Abstammungswahrheit, *Henrich*, in: Staudinger, 2022, Art. 19 EGBGB Rn. 40, 49, *Thorn*, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, Art. 19 EGBGB Rn. 6), andere das Kind wählen lassen (*Stürner*, in: Erman II, 16. Aufl. 2020, Art. 19 EGBGB Rn. 18).

<sup>72</sup> *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 133.

<sup>73</sup> *Ebd.*, S. 143.

<sup>74</sup> *Gernbuber/Coester-Waltjen* (Fn. 20), § 52 Rn. 12 ff.

<sup>75</sup> v. *Bar/Mankowski* (Fn. 19), § 4 Rn. 954.

Aufenthalt der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt richten, selbst wenn Mutter und Kind schon lange einen anderen gewöhnlichen Aufenthalt begründet haben und keine enge Verbindung mehr zum Geburtsstaat besteht. Insbesondere das Interesse des Kindes ist dadurch beeinträchtigt, dass sein gewöhnlicher Aufenthalt, mithin seine soziale Integration in eine Rechtsordnung, auch dann nicht berücksichtigt wird, wenn es erwachsen ist und seinen gewöhnlichen Aufenthalt an einem anderen Ort als dem der Mutter begründet hat. Es überzeugt nicht, dass in diesen Fällen das den Parteien ferne Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt berufen ist. Insofern wäre es wünschenswert, den Kommissionsvorschlag den Empfehlungen der Expertenkommission anzugleichen und an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anzuknüpfen, wenn die Abstammung zu einem anderen Zeitpunkt als dem der Geburt festgestellt werden muss.<sup>76</sup> Anders als bei Neugeborenen ist die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts älterer Kinder nämlich weitgehend unproblematisch und beeinträchtigt damit auch Ordnungsinteressen nicht.

### **III. Subsidiäre Anknüpfungspunkte: Materielle Aufladung des IPR und regulative Tendenz**

Ein innovatives Regelungskonzept enthalten die subsidiären Anknüpfungen in Art. 17 Abs. 2 VO-E, die maßgeblich dem Zweck der Verordnung dienen, die grenzüberschreitende Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle zu fördern.<sup>77</sup> Führt die Regelanknüpfung nach Abs. 1 der Norm dazu, dass nach dem anwendbaren Recht nur die Elternschaft eines Elternteils begründet ist, wird zur Begründung der Elternschaft des (potentiellen) zweiten Elternteils auf das Recht des Staates verwiesen, dem eines der (potentiellen) Elternteile angehört, oder in dem das Kind geboren wurde.

Die Regelung zielt darauf ab, hinkende Abstammungsverhältnisse zu verhindern, die sich insbesondere im Fall von Co-Mutterschaften ergeben.<sup>78</sup> Bei diesen wird nach manchen Rechtsordnungen lediglich die Elternschaft der Geburtsmutter begründet, während in anderen Ländern die Partnerin qua Gesetz ebenfalls als rechtliche Mutter gilt.<sup>79</sup> Indem Art. 17 Abs. 2 VO-E zur Begründung der zweiten – vom primär berufenen Recht nicht anerkannten – Elternschaft auf bis zu drei

---

<sup>76</sup> *Europäische Kommission*, Minutes, 7th Meeting of the Expert Group (Fn. 9), S. 2.

<sup>77</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 122.

<sup>78</sup> Vgl. Erwägungsgrund 52 VO-E; *Peroç* (Fn. 12).

<sup>79</sup> S. Beispiele in **A. II. 2.**; vgl. Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17; Erwägungsgrund 52 VO-E.

weitere Rechtsordnungen verweist, überwindet er die ablehnende Haltung der Primärrechtsordnung und steigert die Wahrscheinlichkeit, dass eines der subsidiär anwendbaren Familienrechte die zweite Elternschaft begründet. Die Verhinderung hinkender Abstammungsverhältnisse dient damit vor allem den Parteiinteressen.<sup>80</sup>

Die Verweisung in Art. 17 Abs. 2 VO-E verfolgt also nicht den klassischen kollisionsrechtsdogmatischen Zweck, das Recht zu berufen, zu dem die in Rede stehende internationale Abstammungssache ihre engste räumliche Verbindung hat,<sup>81</sup> sondern soll der grenzüberschreitenden Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle dienen.<sup>82</sup> Dies stellt ein Kernanliegen der LGBTIQ-freundlichen Gesellschafts- und Familienpolitik der Kommission dar,<sup>83</sup> das sie mithin auch im Kollisionsrecht verfolgt.

#### IV. Zwischenfazit

Bei Art. 17 Abs. 2 VO-E handelt es sich um die Fortsetzung materieller Familienrechtspolitik mit unionskollisionsrechtlichen Mitteln. Die subsidiäre Verweisung ist mit materiell-familienrechtlichen Interessen aufgeladen und entfaltet eine regulative Tendenz, indem sie Möglichkeiten schafft, leichter auf postmoderne Elternschaftsmodelle akzeptierendes Sachrecht zu verweisen und nicht-akzeptierendes Sachrecht zu überwinden.

#### V. Versuch einer Begrenzung des *ordre public*

Das Ziel der Kommission, auf diese Weise hinkende Abstammungsverhältnisse in Regenbogenfamilien zu vermeiden, könnte aber durch den in Art. 22 Abs. 1 VO-E enthaltenen *ordre public*-Vorbehalt in denjenigen Mitgliedsstaaten unterlaufen werden, die beispielsweise keine Co-Mutterschaften kennen und sie

<sup>80</sup> Vgl. v. Hein, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 145.

<sup>81</sup> Vgl. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII, 1849, S. 28, 32; v. Bar/Mankowski (Fn. 41), § 7 Rn. 92; v. Hoffmann/Thorn (Fn. 71), § 2 Rn. 31, 52; Kegel/Schurig (Fn. 72) S. 131; Kropboller, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 25; Weller, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische Wende“?, in: Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 133 (140 f).

<sup>82</sup> Vgl. zur Überlagerung des europäischen Kollisionsrechts mit materiellen Interessen: Weller, Vom Staat zum Menschen: Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, RabelsZ 81 (2017), 747 (758 ff.); ders. (Fn. 81), S. 142 ff.; ders., La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, considération, in: Académie de Droit International de La Haye, Recueil des cours CDXXVII, 2022, S. 109 (162).

<sup>83</sup> Vgl. die Gleichstellungs- und Kinderrechtsstrategie der Kommission, Nachweise in Fn. 6 und 7.

für nicht mit ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar halten.<sup>84</sup> Um dies zu vermeiden, sieht Art. 22 Abs. 2 VO-E vor, dass der *ordre public*-Vorbehalt nur unter Beachtung der Grundrechtecharta, insbesondere des Diskriminierungsverbots aus Art. 21 GrCh angewendet werden darf.<sup>85</sup> In der Begründung des Verordnungsvorschlags erklärt die Kommission, dass ein Mitgliedsstaat dadurch gehindert sei, die Anwendung einer die gleichgeschlechtliche Elternschaft zulassenden ausländischen Norm auf Grundlage des Art. 22 Abs. 1 VO-E „allein deshalb abzulehnen, weil die Eltern gleichgeschlechtlich sind.“<sup>86</sup> Offenbar betrachtet die Kommission die *ordre public*-Abwehr einer Co-Mutter- oder Vaterschaft erlaubenden ausländischen Sachnorm als ungerechtfertigte Diskriminierung der Eltern aufgrund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Ausrichtung gemäß Art. 21 Abs. 1 Var. 1 und 17 GrCh.<sup>87</sup>

Auf den ersten Blick überrascht es, dass Art. 7 GrCh (Achtung des Privat- und Familienlebens) im Verordnungsvorschlag nicht als *ordre public*-Schranke genannt wird. Denn der *EGMR*, dessen Rechtsprechung bei der Auslegung der Charta gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh zu berücksichtigen ist,<sup>88</sup> zieht in Fällen zur gleichgeschlechtlichen Elternschaft insbesondere den Art. 7 GrCh entsprechenden Art. 8 EMRK heran.<sup>89</sup> Danach ist es mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens *der Eltern* aus Art. 8 EMRK vereinbar, wenn eine gleichgeschlechtliche Elternschaft nicht anerkannt wird, sofern andere Möglichkeiten (Adoption, Pflegeelternschaft) bestehen, um das faktisch bestehende Familienleben rechtlich abzusichern.<sup>90</sup> Der von der Kommission

<sup>84</sup> Als solche kommen etwa Bulgarien und Polen in Frage, vgl. *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 18 ff. und Beschl. v. 24.6.2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, Rn. 15 ff.

<sup>85</sup> Die gleiche Einschränkung findet sich in Art. 31 Abs. 2, 39 Abs. 2 und 45 Abs. 2 VO-E hinsichtlich des verfahrensrechtlichen *ordre public*, die Ausführungen gelten damit auch für die Anerkennung und Annahme ausländischer Urteile und Urkunden.

<sup>86</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17 f.

<sup>87</sup> *Válková* (Fn. 10), S. 893.

<sup>88</sup> *EuGH*, Urt. v. 15.10.2019, C-128/18, *Dorobantu*, Rn. 58; Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 60 ff.; *Krämer*, in: Stern/Sachs, 2016, Art. 52 Rn. 72; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 52 Rn. 61; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 32.

<sup>89</sup> *EGMR*, *D. B. u. a. v. Schweiz*, Urt. v. 22.11.2022, Rs. 58252/15, 58817/15, Rn. 91 ff.; *Valdís Fjölnisdóttir v. Island*, Urt. v. 18.5.2021, Rs. 71552/17, Rn. 56; *Válková* (Fn. 10), S. 859 f.; *Lobse*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der EMRK, BayVBl. 2023, 37 (45 ff.).

<sup>90</sup> Insbesondere in Bezug auf Leihmutterchaftsfälle jüngst: *EGMR*, *K. K. u. a. v. Dänemark*, Urt. v. 6.12.2022, Rs. 25212/21, Rn. 70; *D. B. u. a. v. Schweiz*, Urt. v. 22.11.2022, Rs. 58252/15, 58817/15, Rn. 91 ff.; *Valdís Fjölnisdóttir v. Island*, Urt. v.

behauptete Automatismus, die *ordre public*-Zurückweisung einer gleichgeschlechtliche Elternschaft erlaubenden Norm stelle immer einen Verstoß gegen die Chartagrundrechte der gleichgeschlechtlichen Eltern dar, würde damit nur schwer tragfähig sein.

Homogenität zwischen Charta und Konvention muss gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh jedoch nur für Chartagrundrechte hergestellt werden, die einem Konventionsgrundrecht entsprechen.<sup>91</sup> Für Art. 21 GrCh besteht jedoch ausweislich der Erläuterungen des Präsidiums des Verfassungskonvents keine entsprechende Konventionsnorm,<sup>92</sup> womit auch keine Konvergenz mit der Rechtsprechung des *EGMR* zur Nichtdiskriminierung hergestellt werden muss. Möglicherweise wird durch die alleinige Bezugnahme im VO-E auf Art. 21 GrCh unter Auslassung des Art. 7 GrCh versucht, eine Diskussion um die Konvergenz mit der *EGMR*-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK zu vermeiden. Ob dies Erfolg haben wird, ist offen.

## E. Verfahrensrechtliche Instrumente der Anerkennung

Neben der Kollisionsrechtsvereinheitlichung sieht der VO-E Vorschriften zur Anerkennung von EU-mitgliedsstaatlichen Urteilen und Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung (I.) zur Annahme von Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung (II.) und zur Einführung des Europäischen Elternschaftszertifikats vor (III.). Die Regelungen werfen Fragen in Bezug auf ihr Verhältnis zur aufenthaltsbezogenen Anerkennung aus Art. 21 AEUV, die der *EuGH* im Abstammungsrecht in der Rs. *Pancharevo* entwickelt hat (IV.), auf.

### I. Die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung, Art. 24 VO-E

Die Anerkennung EU-ausländischer Entscheidungen in Abstammungssachen folgt grundsätzlich dem zur Förderung von Urteilsfreizügigkeit und prozessualen Entscheidungseinklang<sup>93</sup> in vielen europäischen Rechtsakten<sup>94</sup>

---

18.5.2021, Rs. 71552/17, Rn. 58; *D. v. Frankreich*, Urt. v. 16.7.2020, Rs. 11288/18, Rn. 50 ff.; *Mennesson II*, Gutachten v. 10.4.2019, Rs. P16-2018-001, Rn. 48 ff.; *Lohse* (Fn. 89), S. 46; *Helms* (Fn. 5), S. 749; *Válková* (Fn. 10), S. 859 f.; *Ferrand* (Fn. 27), S. 889.

<sup>91</sup> *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 52 Rn. 56 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 31; *Lenaerts/Rüth*, Dogmatik des europäischen Grundrechtsschutzes, RdA 2022, 273 (274).

<sup>92</sup> *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 88), Art. 52 Rn. 55; *Streinz/Müchl*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 25.

<sup>93</sup> Vgl. *Weber*, in: Dutta/Weber, 2. Aufl. 2021, Art. 39 EuErbVO Rn. 1; kritisch: *Hess*, in: Schlosser/Hess, 5. Aufl. 2021, Art. 45 EuGVVO Rn. 1.

<sup>94</sup> Vgl. Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO, Art. 30 ff. Brüssel IIb-VO, Art. 39 EuErbVO.

umgesetzten Vorgehen: Gemäß Art. 24 Abs. 1 VO-E erfolgt die Anerkennung der Gerichtsentscheidung *ipso iure*, d. h. automatisch und ohne besonderes Verfahren unter Vorlage einer auf einem Formblatt vom Ursprungsgericht auszustellende Bescheinigung (Art. 26 Abs. 1, 29 EuElternVO-E).<sup>95</sup>

### 1. Inzidentanerkennung

Damit verbunden ist das Prinzip der Inzidentanerkennung<sup>96</sup> (Art. 24 Abs. 3 VO-E), das in Abs. 2 der Norm auf standesamtliche Änderungen von Personenstandsbüchern erstreckt wird. Neben Gerichten sind damit auch Standesbeamte befugt und verpflichtet, eine im EU-Ausland ergangene Entscheidung in Abstammungssachen im Geburtenregister zu dokumentieren, was für Betroffene eine deutliche Verfahrenserleichterung darstellt.<sup>97</sup> Die abschließend<sup>98</sup> in Art. 31 Abs. 1 VO-E aufgezählten Anerkennungsversagungsgründe sind an denen des Art. 39 Abs. 1 lit. a – e, Abs. 2 Brüssel IIb-VO zu Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung orientiert.

### 2. Selbständiges Anerkennungsverfahren

In Art. 25, 32 ff. VO-E<sup>99</sup> wird ein selbständiges Anerkennungsverfahren<sup>100</sup> vorgesehen, womit für jede interessierte Partei ein unionsrechtlicher, isolierter Anspruch auf Feststellung der Anerkennungsfähigkeit einer Gerichtsentscheidung begründet wird.<sup>101</sup> Obwohl die Anerkennung häufig inzident und bei Vorlage der gemäß Art. 26, 29 VO-E erforderlichen Unterlagen unproblematisch erfolgen wird, kann dieses Verfahren sinnvoll sein, wenn diese Unterlagen fehlen und daher ein Bedürfnis nach rechtskräftiger Klärung der Anerkennungsfähigkeit besteht.<sup>102</sup> Unglücklich ist jedoch die Formulierung des

<sup>95</sup> Vgl. Art. 37, 53 Brüssel Ia-VO, Art. 31, 36 Brüssel IIb-VO, Art. 39, 46 EuErbVO;

<sup>96</sup> S. *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 6. Aufl. 2022, Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 30; zur Anwendung in der Verwaltungspraxis *Grünenwald/Bebrentin*, Inzidente Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen, NJW 2018, 2010 (2010 ff.).

<sup>97</sup> Vgl. zu den Parallelnormen *Rauscher*, in: Rauscher IV (Fn. 59), Art. 21 Brüssel IIa-VO Rn. 25; *Gottwald*, in: MüKo-FamFG II (Fn. 40), Art. 21 Brüssel IIa-VO Rn. 15; *ders.*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 30.

<sup>98</sup> Erwägungsgrund 63 VO-E; Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 18.

<sup>99</sup> Vgl. parallel Art. 30 Abs. 3 Brüssel IIb-VO, Art. 36 II Brüssel Ia-VO.

<sup>100</sup> Vgl. *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 17; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EuZVR, 4. Aufl. 2020, Art. 36 EuGVVO Rn. 156.

<sup>101</sup> Vgl. *Hausmann*, in: Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 2018, Kap. K Rn. 44; *Garber*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 47, Stand: 1.12.2022, Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 71.

<sup>102</sup> Vgl. *Andrae*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 21 EheVO Rn. 26.

Art. 25 Abs. 1 VO-E, wonach nur die Feststellung, dass *kein* Anerkennungsversagungsgrund vorliegt (also eine positive Feststellungsklage), begehrt werden kann.<sup>103</sup> Dabei geht der Kommissionsentwurf ausweichlich S. 1 Erwägungsgrund 61, Art. 28 lit. b Var. 2, 32 Abs. 1, 2 VO-E klar davon aus, dass auch eine negative Feststellungsklage möglich ist.<sup>104</sup> Diese über Umwege analog Art. 25 Abs. 1<sup>105</sup> oder direkt aus Art. 32 Abs. 1<sup>106</sup> VO-E herzuleiten, brächte keinen praktischen Gewinn, weswegen Art. 25 Abs. 1 VO-E aus Gründen der Klarheit explizit auch die ohnehin vorgesehene negative Feststellungsklage nennen sollte.

### 3. Wirkungserstreckung und Begrenzung auf mitgliedstaatliche Entscheidungen

Die anerkannte EU-ausländische Entscheidung erstreckt – im Anwendungsbereich der Verordnung, also nur auf Abstammungsfragen bezogen – die ihr im Ursprungsstaat zukommende Wirkung im anerkennenden Staat (Wirkungserstreckung).<sup>107</sup> Gemäß Art. 40 f. VO-E darf im Anerkennungsstaat weder die Zuständigkeit des Ursprungsgerichts, noch die Sachentscheidung (*révision au fond*) nachgeprüft werden.

Die Anerkennung drittstaatlicher Entscheidungen wird nicht vom Verordnungsvorschlag geregelt und richtet sich nach nationalem Recht, in Deutschland §§ 108, 109 FamFG.<sup>108</sup> Ob auf Grundlage nationalen Verfahrensrechts ergehende mitgliedstaatliche Anerkennungsentscheidungen

---

<sup>103</sup> So auch Art. 36 Abs. 2 Brüssel Ia-VO, Art. 30 Abs. 3 Brüssel IIb-VO, positives und negatives Feststellungsinteresse ermöglichte ausdrücklich noch Art. 21 Abs. 3 Brüssel IIa-VO. Im Kontext der Brüssel Ia-VO lehnen unter Verweis auf den Wortlaut die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage ab *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 30.3.2020, BeckRS 2020, 8908, Rn. 37; *Leible*, in: Rauscher I, 5. Aufl. 2021, Art. 38 Brüssel Ia-VO Rn. 16. Im Kontext von Art. 39 EuErbVO ablehnend auch *Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 39 EuErbVO Rn. 33; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO, Stand: 1.2.2023, Art. 39 Rn. 18.

<sup>104</sup> So auch zur Parallelnorm in der Brüssel Ia-VO *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 508 (513); *Hess*, in: Schlosser/Hess (Fn. 93), Art. 36 EuGVVO Rn. 9; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 19.

<sup>105</sup> Dahingehend im Kontext der Brüssel Ia-VO: *Hess*, in: Schlosser/Hess (Fn. 93), Art. 36 EuGVVO Rn. 9; *Dörner*, in: Saenger, 9. Aufl. 2021, Art. 36 EuGVVO Rn. 13.

<sup>106</sup> Dafür im Kontext der Brüssel Ia-VO: *Garber*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 101), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 81.

<sup>107</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4.2.1988, Rs. 145/86, Slg. 1988, 00645, *Hoffmann*, Rn. 10; Urt. v. 15.11.2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine*, Rn. 34; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 39 Rn. 9 m. w. N.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 VO-E, Erwägungsgrund 32.

zu drittstaatlichen Urteilen ähnlich eines Doppelexequatur *ipso iure* anzuerkennen sind, wird vom Entwurf nicht ausdrücklich geregelt. Dagegen spricht entscheidend, wie auch im Kontext der Brüssel Ia-, Brüssel IIb- und EuErbVO, dass sich die Anerkennungswirkung nach nationalem Recht lediglich auf das Territorium des anerkennenden Staats beschränkt und damit im EU-Ausland keine Wirkungserstreckung beansprucht.<sup>109</sup>

#### 4. Öffentliche Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung

Wird in einem Mitgliedsstaat ein Eltern-Kind-Verhältnis durch öffentliche Urkunden (etwa notarielle Adoptionsurkunden, Verwaltungsentscheidungen zur Vaterschaftsanerkennung, s. Erwägungsgrund 59 VO-E) begründet, sehen Art. 35, 36 VO-E die *ipso iure*-Anerkennung dieser Urkunden entsprechend der Vorschriften über die Urteilsanerkennung vor. Daran kann man kritisieren, dass solche ausländischen Urkunden nach ihrer Anerkennung in Deutschland stärkere Rechtswirkung besitzen als inländische Geburtsurkunden, die lediglich formelle Beweiskraft entfalten (§§ 59 Abs. 1 Nr. 4, 55 Abs. 1 Nr. 4, 54 PStG).<sup>110</sup> Jedoch hat die ausländische Urkunde mit verbindlicher Rechtswirkung konstitutive Wirkung für die Begründung eines Abstammungsverhältnisses, weswegen der Vergleich mit deutschen Personenstandsurkunden, denen diese Wirkung nicht zukommt, funktionell Verschiedenes gegenüberstellt. Die konstitutive Wirkung der Urkunde mit verbindlicher Rechtswirkung entspricht vielmehr der Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung, was ihre Gleichbehandlung bei der Anerkennung rechtfertigt.

#### II. Annahme öffentlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung, Art. 44 f. VO-E

In den meisten Fällen wird ein Eltern-Kind-Verhältnis jedoch nicht durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt, sondern häufig mittels einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen, der zwar keine verbindliche Rechtswirkung zukommt, die aber – wie etwa die deutsche Geburtsurkunde – das in ihr bezeugte Abstammungsverhältnis gemäß § 54 PStG beweist.<sup>111</sup> Art. 45 Abs. 1 VO-E weitet daher, unter Vorbehalt des *ordre public*, die unionsweite Urkundenfreizügigkeit auf öffentliche Urkunden ohne verbindliche

---

<sup>109</sup> Vgl. *Mankowski*, Verhältnis zu Drittstaaten, in: Leible/Terhechte (Fn. 19), § 33 Rn. 64; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 103), Art. 2 Brüssel Ia-VO Rn. 17; *Andrae*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 21 EheVO Rn. 3; *Makomsky*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 39 EuErbVO Rn. 3.

<sup>110</sup> So *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 123.

<sup>111</sup> Vgl. *KG*, Beschl. v. 28.2.2023, BeckRS 2023, 3303, Rn. 17; *OLG Celle*, Beschl. v. 22.12.2022 – 21 W 1/21, Rn. 33 (juris).

Rechtswirkung aus. Die formelle Beweiskraft, die sie in ihrem Ursprungsmitgliedstaat genießen, wird auf die übrigen Mitgliedsstaaten erstreckt oder sie erhalten zumindest die am ehesten vergleichbare Wirkung.<sup>112</sup> Dazu sieht Art. 45 Abs. 3 VO-E die Verwendung eines Formblatts vor, mit dem die ausstellende Behörde die formelle Beweiskraft der Urkunde im Herkunftsstaat beschreiben kann; die Abs. 5 und 6 statuieren Verfahrensvorschriften bei Einwänden gegen die Richtigkeit der Urkunde. Auch in dieser Hinsicht löst der Entwurf nationalen gesetzgeberischen Umsetzungsbedarf aus, der entsprechend den Verfahrensvorschriften zur Annahme ausländischer Erbnachweise in §§ 45 ff. IntErbRVG geregelt werden könnte. Regelungstechnisch ist die Norm Art. 59 EuErbVO nachgebildet, der erstmalig in einem EU-Rechtsakt Wirkungserstreckung bezüglich der formellen Beweiskraft öffentlicher Urkunden im Erbrecht regelte (1.).<sup>113</sup> Die Kommission setzt damit die von Rat und Parlament in der EuErbVO eingeschlagene Linie fort, keine materielle Rechtslagenanerkennung bei Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung vorzusehen (2.).<sup>114</sup>

### **1. Keine inhaltliche Anerkennung ausländischer Abstammungsverhältnisse**

Kernelement des Art. 45 VO-E ist die Erstreckung der formellen Beweiskraft mitgliedstaatlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung. Wie auch schon in der Vorbildnorm der EuErbVO unterscheidet sich die deutsche von der englischen und französischen Sprachfassung, wenn sie von der Wirkungserstreckung der *formellen* Beweiskraft spricht,<sup>115</sup> was dazu dient, die Anerkennung gemäß Art. 45 VO-E von der im deutschen Rechtsraum

---

<sup>112</sup> Offen ist, ob damit eine volle Wirkungserstreckung, eine Wirkungsgleichstellung oder eine Doppelbegrenzung mit der Ursprungsrechtsordnung als Unter- und der annehmenden Rechtsordnung als Obergrenze gemeint ist, vgl. zum Meinungsstand *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 30; *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 59 Rn. 21 f. Praxistauglich wäre es, in Staaten, die das Institut der öffentlichen Urkunde kennen, einer ausländischen öffentlichen Urkunde die am ehesten vergleichbare inländische Wirkung zuzusprechen, während Verwendungsstaaten, die solche Urkunden nicht kennen (Zypern, Finnland, Schweden) eine volle Wirkungserstreckung vornehmen, vgl. *Hertel*, in: *Staudinger*, 2023, § 129 BeurkG Rn. 796; *ders.*, in: *Rauscher V*, 4. Aufl. 2016, Art. 59 EuErbVO Rn. 20.

<sup>113</sup> Vgl. *Makowsky*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 1; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 1 f.

<sup>114</sup> Vgl. *Makowsky*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 2, 11; *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 6; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 3.

<sup>115</sup> Stattdessen werden „evidentiary effects“ bzw. „force probante“ verwendet.

bekanntem materiellen Beweiskraft abzugrenzen.<sup>116</sup> Diese ist nicht Gegenstand der Anerkennung nach Art. 45 VO-E, es findet keine inhaltliche Anerkennung eines im Ausland begründeten Abstammungsverhältnisses statt. Dies zeigt sich nicht nur daran, dass Art. 45 VO-E in Abgrenzung zur materiellen Wirkungserstreckung von Entscheidungen nicht von „Anerkennung“, sondern von „Annahme“ öffentlicher Urkunden spricht,<sup>117</sup> sondern auch an der unterschiedlichen Behandlung von Einwänden gegen die Richtigkeit einer anzunehmenden Urkunde. Einwände gegen die Authentizität der Urkunde (*instrumentum*<sup>118</sup>) unterliegen gemäß Art. 45 Abs. 5 1 Hs. 1 VO-E dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats vor dessen Gerichten. Einwände, die aber das der Urkunde zugrundeliegende Rechtsverhältnis (*negotium*<sup>119</sup>, beispielsweise die Abstammung des Kindes oder eine Vaterschaftsanerkennung<sup>120</sup>) betreffen, unterliegen nicht dem Recht des die Urkunde ausstellenden Staats, sondern dem nach Art. 17 VO-E zu bestimmenden anwendbaren Recht (Art. 45 Abs. 6 S. 1 Hs. 2 VO-E), folgen also dem kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzip.<sup>121</sup> Das Abstammungsverhältnis wird folglich anhand des vereinheitlichten Kollisionsrechts beurteilt und nicht schon wegen der Beurkundung im Ursprungsstaat ohne Einschaltung des Kollisionsrechts anerkannt.<sup>122</sup> Dadurch wird klargestellt, dass es sich bei Art. 45 Abs. 1 VO-E um keine automatische

<sup>116</sup> Vgl. *Bauer/Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 23.

<sup>117</sup> Vgl. *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 4; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 59 Rn. 6 ff.; *Fütchen*, Recognition, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, 8 J. Priv. Int'l L. (2012) 323 (343 ff.).

<sup>118</sup> Zur Unterscheidung von *instrumentum* und *negotium* *Kobler/Buschbaum*, Die „Anerkennung“ öffentlicher Urkunden?, IPRax 2010, 313 (314 f.); *Fütchen* (Fn. 117), S. 327; *Reithmann*, Urkunden ausländischer Notare in inländischen Verfahren, IPRax 2012, 133 (133 f.).

<sup>119</sup> *Ebd.*

<sup>120</sup> Vgl. Erwägungsgrund 71 VO-E.

<sup>121</sup> Vgl. *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 123; zur gleichen Rechtslage beim Europäischen Nachlasszeugnis *Remde*, Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009, RNotZ 2012, 65 (84); *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 59 Rn. 57.

<sup>122</sup> S. zu dieser Konzeption der verfahrensrechtlichen Anerkennung *Muir Watt*, Discours sur les methodes du droit international privé, in: Académie de Droit International de La Haye, Recueil des cours CCCLXXXIX, 2017, S. 9 (296 ff.); *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, *RechtsZ* 70 (2006), 651 (715 ff.); *Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392 (393); *Looschelders*, in: Staudinger, 2019, Einl. IPR Rn. 67; *v. Heim*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 92.

verfahrensrechtliche Anerkennung des ausländischen Abstammungsverhältnisses handelt.<sup>123</sup>

## 2. Konsequenz: Keine Weiterentwicklung des inhaltlichen Anerkennungsprinzips

Nachdem Art. 34 des Kommissionsvorschlags zur EuErbVO 2009 noch eine materielle Beweiskrafterstreckung und damit einen Vorrang der verfahrensrechtlichen vor der kollisionsrechtlichen Rechtslagenanerkennung vorgesehen, dieser Vorschlag aber zu heftiger Kritik geführt hatte,<sup>124</sup> ist es verständlich, dass die Kommission im VO-E die in der EuErbVO vorgesehene Systematik hinsichtlich der Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung beibehalten will. Im Rahmen einer inhaltlichen Anerkennung solcher Urkunden würde – kollisionsrechtlich betrachtet – das Abstammungsstatut letztlich dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich das die Geburtsurkunde ausstellende Register befindet.<sup>125</sup> Dies würde regelmäßig zwar zu keinem anderen Ergebnis führen als die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Gebärenden, da Säuglinge ganz überwiegend in dem Land registriert werden dürften, in dem sich ihre Mutter gewöhnlich aufhält. Jedoch würden sich Probleme ergeben, wenn mehrere, sich inhaltlich widersprechende Geburtsurkunden ausgestellt werden; im Allgemeinen würde auch *law shopping* erleichtert werden.<sup>126</sup> Letztlich entscheidet sich der Kommissionsvorschlag daher für ein vorzugswürdiges Vorgehen in wohlbekanntem Bahnen und entwickelt das

<sup>123</sup> Vgl. *Makowsky*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 9; *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 7, 26; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 39 EuErbVO Rn. 10; *Burandt/Schmuck*, in: *Burandt/Rojahn*, 4. Aufl. 2022, Art. 59 EuErbVO Rn. 2.

<sup>124</sup> *Max Planck Institute*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74 (2010), 522 (669 ff.); *Kobler/Buschbaum* (Fn. 118), S. 313 ff.; *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 59 Rn. 4 ff.; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 39 EuErbVO Rn. 3.

<sup>125</sup> Vgl. zur Interpretation der Anerkennungsmethode als versteckte Kollisionsnorm *Romano*, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité: développements récents en matière d'état des personnes*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 2006, 457 (487 ff., 504 ff.); *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 142.

<sup>126</sup> S. zu den Problemen der inhaltlichen Urkundenanerkennung *Lagarde*, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ* 68 (2004), 225 (232 ff.); *Coester-Waltjen* (Fn. 122), S. 393 ff.; *Wagner* (Fn. 24), S. 611 ff.; *Mansel* (Fn. 5) S. 342.

inhaltliche Anerkennungsprinzip hinsichtlich Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung nicht weiter.

### 3. In einem Mitgliedsstaat nachbeurkundete Geburt in einem Drittstaat

Der VO-E schweigt zu der Frage, ob eine mitgliedstaatliche Geburtsurkunde angenommen werden kann, in der eine Geburt in einem Nicht-EU-Staat nachbeurkundet ist. Dagegen spricht aus Sicht des Staats, in dem eine solche Geburtsurkunde angenommen werden soll, dass die Umstände der Geburt im Drittstaat nur den Behörden im Nachbeurkundungsstaat nach deren Registerrecht glaubhaft gemacht wurden, wobei häufig keine eigene Sachaufklärung vorgenommen wird.<sup>127</sup> Während es der normative Grundsatz gegenseitigen Vertrauens<sup>128</sup> rechtfertigt, dies bei Geburten innerhalb der EU ausreichen zu lassen, liegt der Fall bei Drittstaatsgeburten anders, da sich einerseits die dortigen Gegebenheiten teils stark von den innereuropäischen unterscheiden und Drittstaaten andererseits nicht am Grundsatz gegenseitigen Vertrauens teilhaben. Zudem soll nach dem Willen der Kommission die Annahme einer Geburtsurkunde durch den *ordre public*-Vorbehalt gemäß Art. 45 Abs. 1 VO-E verweigert werden können, wenn es beispielsweise bei der Empfängnis oder Geburt zu einer Verletzung von Grundrechten der Mutter gekommen ist.<sup>129</sup> Ob dies der Fall ist, lässt sich bei Drittstaatsgeburten für eine Behörde aber praktisch nicht nachvollziehen, wenn ihr zur Registereintragung lediglich die Nachbeurkundung der Geburt in einem anderen Mitgliedsstaat nachgewiesen werden muss. Die Annahme von Geburtsurkunden sollte daher auf Geburten innerhalb der EU beschränkt werden.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Vgl. *Deutscher Anwaltverein* (Fn. 41), S. 10

<sup>128</sup> Ursprünglich als faktische Grundlage für die Verwirklichung des Binnenmarkts verstanden, begreift der *EuGH* das gegenseitige Vertrauen inzwischen als Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur gegenseitigen Legalitätsvermutung, die sich nicht zuletzt in der Anerkennung bzw. Annahme mitgliedstaatlicher Urteile und Urkunden niederschlägt, vgl. Erwägungsgrund 35 VO-E; *EuGH*, Gutachten v. 30.4.2019, Rs. 1/17, *CETA*, Rn. 128; Gutachten v. 18.12.2014, Rs. 2/13, *EMRK*, Rn. 191; *Lenaerts*, La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust, 54 *Common Mkt. L. Rev.* (2017), 805 (812 ff.); v. *Damwitz*, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten der EU: Eine wertebasierte Garantie der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts, *EuR* 2020, 61 (72 ff.); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, 10. Aufl. 2023, *EuVerwR* Rn. 186; *Kaufhold*, Gegenseitiges Vertrauen, *EuR* 2012, 408 (410 ff.), zur Ausprägung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens im IPR und IZVR vgl. *Weller*, Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law, 11 *J. Priv. Int'l L.* (2015), 64 ff.

<sup>129</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 19 f.

<sup>130</sup> So auch *Deutscher Anwaltverein* (Fn. 41), S. 10 ff.

### III. Das Europäische Elternschaftszertifikat (EEZ), Art. 46 ff. VO-E

Die Anleihen aus der EuErbVO sind gleichwohl nicht auf die Annahme öffentlicher Urkunden begrenzt. Regelungstechnisch am Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ, vgl. Art. 62 ff. EuErbVO)<sup>131</sup> orientiert, wird im 6. Kapitel des Entwurfs das EEZ eingeführt, das einen einheitlichen, fakultativen Abstammungsnachweis in der EU zur Verwendung in jedem Mitgliedsstaat schafft.<sup>132</sup>

#### 1. Aufbau der Art. 64 – 57 VO-E

Der Aufbau des Kapitels zum EEZ folgt den prozeduralen Schritten seiner Erteilung: Zu Beginn legt Art. 46 VO-E fest, dass das EEZ nationale Abstammungsnachweise nicht ersetzt, sondern zusätzlich erteilt wird.<sup>133</sup> International zuständig für seine Ausstellung ist der Staat, in dem die Elternschaft begründet und der gemäß Art. 6 ff. des Entwurfs zuständig ist (Art. 47 VO-E), sehr ausführlich regelt der Vorschlag dann das Verfahren zur Erteilung des EEZ und seinen Inhalt (Art. 49-52 VO-E).<sup>134</sup> Eine Schlüsselrolle kommt Art. 53 VO-E bezüglich der Wirkungen des EEZ zu (dazu sogleich 2.). Ferner wird festgelegt, dass die Urschrift des Zertifikats bei der Ausstellungsbehörde verbleibt und nur beglaubigte Abschriften ohne Gültigkeitsdauer erteilt werden (Art. 54 VO-E, Erwägungsgrund 81).<sup>135</sup> Darauf folgen Vorschriften, die die Zuständigkeit für Berichtigungen, Änderungen und Widerruf des EEZ bei der ausstellenden Behörde oder einem Rechtsbehelfsgericht vorsehen und die Wirkungsaussetzung für die Dauer von Klarstellungsverfahren regeln (Art. 55-57 VO-E).

<sup>131</sup> Eine Vorbildfunktion des Konzepts eines „Europäischen Erbscheins“ für andere Sekundärrechtsakte hatte *Mansel* bereits 2006 vorausgesehen: *Mansel* (Fn. 122), S. 730.

<sup>132</sup> Art. 47, Erwägungsgrund 76 VO-E.

<sup>133</sup> Art. 46 Abs. 2, 49 Abs. 1 VO-E.

<sup>134</sup> Die Kritik an der übermäßigen Detailverliebtheit der Normen der EuErbVO lässt sich leicht auf das EEZ übertragen, vgl. *Hertel*, in: *Rauscher V* (Fn. 112), Art. 68 EuErbVO Rn. 4. Im Vergleich zum ENZ mit 21 Formularseiten („Nur ein großes Formular ist ein gutes Formular“, *Rauscher*, in: *Rauscher I*, 3. Aufl. 2010, Einf. EG-ErbVO-E Rn. 85) fällt der Vordruck für das EEZ (8 Seiten) jedoch geradezu kurz und bündig aus.

<sup>135</sup> Funktional handelt es sich dabei nicht um beglaubigte Abschriften nach deutschem Verständnis (§ 42 BeurkG), sondern um Ausfertigungen entsprechend §§ 47, 48 BeurkG, die die Urschrift im Rechtsverkehr vertreten und nur von der ausstellenden Behörde gefertigt werden können, vgl. *Weber*, *Europäisches Nachlasszeugnis als Nachweis im Grundbuchverfahren*, DNotZ 2020, 124 (124); *Hertel*, in: *Rauscher V* (Fn. 112), Art. 70 EuErbVO Rn. 1.

## 2. Die Wirkung des EEZ

Herzstück des EEZ sind seine Beweis-<sup>136</sup> und Legitimationsfunktion<sup>137</sup> (Art. 53 Abs. 2, 3 VO-E), die gemäß Abs. 1 der Norm unmittelbar, also *ipso iure* und ohne einem *ordre public*-Vorbehalt zu unterliegen,<sup>138</sup> in allen Mitgliedsstaaten einschließlich des Ausstellungsstaats<sup>139</sup> wirken.<sup>140</sup>

### a) Beweisfunktion

Das EEZ beweist die Richtigkeit des in ihm bezeugten Abstammungsverhältnisses, enthält also eine Rechtsvermutungswirkung (Art. 53 Abs. 2 2 VO-E).<sup>141</sup> Nach S. 1 der Norm beweist es zudem „Sachverhalte, die nach dem auf die Begründung der Elternschaft anzuwendenden Recht festgestellt wurden.“ Wie auch bei der Vorbildnorm des Art. 69 Abs. 2 S. 1 EuErbVO ist unklar, was damit genau gemeint ist; es spricht jedoch viel dafür, dass eine Richtigkeitsvermutung hinsichtlich der im EEZ bezeugten Tatsachen besteht (beispielsweise für Tatsachen wie den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter oder den Geburtsort, die die Zuständigkeit der ausstellenden Behörde oder das anwendbare Recht begründen können, vgl. Art. 52 lit. i und j VO-E).<sup>142</sup>

In Übereinstimmung mit der EuErbVO ist davon auszugehen, dass die Richtigkeitsvermutung widerleglich und für die Widerlegung nicht die vorherige Änderung oder ein Widerruf des EEZ gemäß Art. 55 VO-E notwendig ist.<sup>143</sup>

<sup>136</sup> Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ: *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 7; *Grziniotz*, in: MüKo-FamFG II (Fn. 40), Art. 69 EuErbVO Rn. 5; *Dörner*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221 (227).

<sup>137</sup> Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ: *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 53; *Burandt/Schmuck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 123), Art. 69 EuErbVO Rn. 2; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 29.

<sup>138</sup> Vgl. zur Rechtslage beim ENZ: *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 5.

<sup>139</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E.

<sup>140</sup> Im deutschen Recht wären die entsprechenden Vermutungsregeln nach den §§ 54-60 PStG einzuordnen.

<sup>141</sup> Vgl. zur Rechtslage beim ENZ: *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 7; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 16 ff.

<sup>142</sup> Vgl. zur EuErbVO *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 8 ff.; *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 11 f.

<sup>143</sup> Vgl. zur EuErbVO *Kobler/Pintens*, Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012, FamRZ 2012, 1425 (1429); *Dörner* (Fn. 136), S. 227; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 8 ff.; *Fornasier*, in: Dutta/Weber

Denn wenn aufgrund einer im Ausstellungsstaat vorrangig anwendbaren staatsvertraglichen Kollisionsnorm (Art. 66 Abs. 1 VO-E) kein internationaler Entscheidungseinklang zwischen den Mitgliedsstaaten besteht,<sup>144</sup> könnte ein EEZ, das aus Sicht des Verwendungsstaats das falsche Recht anwendet, nicht gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E von der Ausstellungsbehörde geändert werden. Aus deren Sicht gibt es das nach der staatsvertraglichen Kollisionsregel anwendbare Recht schließlich korrekt wieder. Bei Vorrang des Verfahrens gemäß Art. 55 VO-E wäre die Verwendungsbehörde folglich gezwungen, eine Rechtslage entgegen des nach Art. 17 VO-E zu bestimmenden Rechts zu vermuten, was ausweislich S. 2 Erwägungsgrund 80 nicht gewollt ist. Folglich muss die Vermutungswirkung unabhängig vom Änderungs- und Widerrufsverfahren gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E auch inzident im Verfahren im Verwendungsstaat widerlegbar sein.<sup>145</sup>

#### b) *Legitimationsfunktion*

Daneben bestimmt Art. 53 Abs. 3 VO-E, dass das EEZ Legitimationswirkung<sup>146</sup> bei der Eintragung in Personenstandsregister besitzt. Die Elternschaft kann damit gegenüber einer europäischen registerführenden Stelle mittels EEZ nachgewiesen werden.

### **3. Primat des kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzips auch beim EEZ**

Gleichwohl ist auch damit keine Hinwendung der Kommission zur materiellrechtlichen Anerkennung von Rechtslagen verbunden. Denn auch das EEZ steht unter dem Primat des kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzips. Dies lässt sich daran ablesen, dass die Vermutungswirkung des EEZ widerlegt ist, wenn die ausstellende Behörde aus Sicht des Anerkennungsstaats bei der kollisionsrechtlichen Prüfung auf das falsche Sachrecht verwiesen hat,<sup>147</sup> mithin

---

(Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 11; *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 13.

<sup>144</sup> So sieht beispielsweise Art. 8 Deutsch-Iranisches Niederlassungsübereinkommen v. 17.2.1929 (RGBl. 1930 II, S. 1006) vor, dass sich u. a. das Abstammungsstatut iranischer Staatsangehöriger in Deutschland nach iranischem Recht richtet; vgl. *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Vor Art. 62 EuErbVO Rn. 12.

<sup>145</sup> Vgl. *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 8.

<sup>146</sup> Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 53; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 29; *Burandt/Schmuck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 123), Art. 69 EuErbVO Rn. 2.

<sup>147</sup> Dies ist für die anerkennende Behörde leicht zu ermitteln, da das EEZ gemäß Art. 52 lit. j VO-E die Sachverhalte nennen muss, „auf deren Grundlage das anzuwendende Recht bestimmt wurde.“

wird das im Ausland beurkundete Statusverhältnis nicht vorbehaltlos und ohne Einschaltung des Kollisionsrechts anerkannt.<sup>148</sup>

#### 4. Funktionsdefizite

Dies stellt zugleich ein gravierendes Problem für die Funktionsfähigkeit des EEZ dar, welches auf ein einheitliches Kollisionsrecht angewiesen ist, um europaweite Geltung zu beanspruchen.<sup>149</sup> Um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, ihre Abstammung EU-weit einheitlich nachweisen zu können, sollte die Ausstellung eines EEZ im Ursprungsstaat nicht verweigert werden, wenn die anzuwendende Kollisionsnorm aufgrund staatsvertraglicher Verpflichtung von Art. 17 VO-E abweicht (keine Rechtsverweigerung<sup>150</sup>). Im Verwendungsstaat kann eine drittstaatliche staatsvertragliche Kollisionsnorm jedoch keine Geltung beanspruchen, genauso wenig kann eine dort geltende vorrangige Kollisionsnorm unbeachtet bleiben.<sup>151</sup> Besteht kein internationaler Entscheidungseinklang, muss die Legitimationswirkung des EEZ also suspendiert werden.

#### 5. Zwischenfazit

Zusammenfassend zeigt sich, dass es sich beim EEZ anders als bei der Annahme EU-ausländischer Urkunden nicht um eine Maßnahme zur Erleichterung der Urkundenfreizügigkeit, sondern um ein europarechtliches Instrument *sui generis*<sup>152</sup> zur grenzüberschreitenden Anerkennung von Abstammungsverhältnissen handelt. Dieses setzt einheitliche Zuständigkeits- und Kollisionsnormen voraus und entfaltet über seine Vermutungsregeln registerrechtliche Wirkung.

<sup>148</sup> Vgl. *Mansel* (Fn. 122), S. 715 ff.; *Coester-Waltjen* (Fn. 122), S. 393; *Looschelders*, in: Staudinger, 2019, Einl. IPR Rn. 67; v. *Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 92; zur gleichen Konzeption beim ENZ: *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 18.

<sup>149</sup> Vgl. zum gleichen Problem beim ENZ: *Kleinschmidt*, Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht, *RabelsZ* 77 (2013), 723 (751); *ders.*, in: *jurisPK-BGB*, 9. Aufl. 2020, Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 20 f., 33; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 75 EuErbVO Rn. 5.

<sup>150</sup> So zur Rechtslage beim ENZ: *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 75 EuErbVO Rn. 5; *Kleinschmidt*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 149), Art. 67 EuErbVO Rn. 18.

<sup>151</sup> Vgl. *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor zu Art. 62 EuErbVO Rn. 32 ff.; *Kleinschmidt*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 149), Art. 69 EuErbVO Rn. 4.

<sup>152</sup> So zum ENZ auch *Buschbaum/Simon*, *EuErbVO*: Das Europäische Nachlasszeugnis, *ZEV* 2012, 525 (529); *Traut*, Das Wirkungskonzept des Europäischen Nachlasszeugnisses, *ZVglRWiss* 115 (2016), 358 (371); *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 62 Rn. 11 m. w. N.

#### IV. Verhältnis zur freizügigkeitsbezogenen Anerkennung aus Art. 21 AEUV

Das freizügigkeitsbezogene Anerkennungsprinzip für Geburtsurkunden aus EU-Staaten entwickelte der *EuGH* in der Rs. *Pancharevo*.<sup>153</sup> Darin leitete er aus dem Freizügigkeitsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV i. V. m. der Freizügigkeitsrichtlinie ab, dass mitgliedstaatliche Behörden verpflichtet sind, eine ausländische Geburtsurkunde zumindest soweit anzuerkennen, dass sich Kind und Eltern in der EU frei bewegen können.<sup>154</sup> Der *Gerichtshof* wendete damit das zuerst in den Rs. *Garcia Avello* und *Grunkin-Paul* im internationalen Namensrecht entwickelte<sup>155</sup> und in der Rs. *Coman* auf das internationale Familienrecht übertragene<sup>156</sup> Prinzip der Anerkennung EU-ausländischer Rechtslagen im internationalen Abstammungsrecht an. Es handelt sich dabei um ein Prinzip der inhaltlichen Anerkennung ausländischer Rechtslagen ohne Einschaltung einer kollisionsrechtlichen Prüfung, das neben die verweisungsrechtliche Methode tritt.<sup>157</sup>

Gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 2 VO-E berührt die Verordnung dieses Anerkennungsverfahrens nicht.<sup>158</sup> Die Vorschriften der Verordnung sollen ausdrücklich keine Konkretisierung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV darstellen, sondern in einem anderen Mitgliedsstaat begründeten Elternverhältnissen gerade dann zur Anerkennung verhelfen, wenn keine aus der Unionsbürgerschaft des Kindes erlangten Rechte, insbesondere die Freizügigkeitsrechte aus Art. 4 ff. Freizügigkeits-RL, betroffen sind.<sup>159</sup> Anders als bei der freizügigkeitsbezogenen Anerkennungspflicht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV beschränkt sich die nach dem VO-E anzuerkennende Elternschaft also nicht auf Bereiche wie z. B. die Ausstellung eines Personalausweises, sondern gilt auch, wenn es um erb- oder sorgerechtliche Fragen nach mitgliedstaatlichem Sachrecht geht. Hinsichtlich des Verhältnisses beider Anerkennungsmethoden steht zu erwarten, dass durch die vereinheitlichten Kollisionsregeln des VO-E die Anzahl hinkender Abstammungsverhältnisse verringert wird. Diesbezügliche Beeinträchtigungen der Personenfreizügigkeit werden damit seltener auftreten,

<sup>153</sup> *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*.

<sup>154</sup> *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 49 f.

<sup>155</sup> *EuGH*, Urt. v. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*, Rn. 24 f., 36, 45; Urt. v. 14.10.2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*, Rn. 22 ff.

<sup>156</sup> *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018, C-673/16, *Coman*, Rn. 38 ff., 51.

<sup>157</sup> *Weller*, *RabelsZ* 81 (2017), 747 (770 ff.); *Hübner*, Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR, *RabelsZ* 85 (2021), 106 (116 f.); *Grifo* (Fn. 30), S. 715.

<sup>158</sup> Vgl. *Válková* (Fn. 10), S. 886; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121 f.

<sup>159</sup> Vgl. Erwägungsgründe 4, 13 VO-E und die Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 13.

weswegen davon ausgegangen werden kann, dass dem Anerkennungsprinzip aus Art. 21 Abs. 1 AEUV in Zukunft geringere Bedeutung zukommen wird.<sup>160</sup>

## F. Die Gesetzgebungskompetenz der Union

Fraglich ist jedoch, ob die regulative Tendenz des Art. 17 Abs. 2 VO-E, die registerrechtliche Vermutungswirkung des EEZ und die Anwendbarkeit des VO-E über freizügigkeitsbezogene Sachverhalte hinaus innerhalb der Gesetzgebungskompetenz der Union liegen.

## I. Kompetenzgrundlage des Art. 81 Abs. 3 AEUV

Im Ausgangspunkt unbestritten ist, dass die Regelung des materiellen Familienrechts nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fällt.<sup>161</sup> Auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen kann die Union jedoch gemäß Art. 81 Abs. 3 AEUV Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug treffen, worauf sich der Kommissionsvorschlag insbesondere stützt.<sup>162</sup> Art. 81 Abs. 3 AEUV modifiziert das Gesetzgebungsverfahren für Maßnahmen im internationalen Familienrecht und sieht ein Einstimmigkeitserfordernis im Rat vor;<sup>163</sup> im Übrigen muss die Maßnahme den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 81 AEUV entsprechen, also grenzüberschreitende Sachverhalte regeln und mindestens einem der in Art. 81 Abs. 2 AEUV abschließend aufgezählten Kompetenztitel unterfallen.<sup>164</sup> Die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen kann unproblematisch auf Art. 81 Abs. 2 lit. a, die Kollisionsrechtsvereinheitlichung und Annahme öffentlicher Urkunden (letztere als verfahrensrechtliche Kollisionsnorm) auf lit. c AEUV gestützt werden.<sup>165</sup> Für die Einführung des EEZ kommt Art. 81 Abs. 2

<sup>160</sup> Vgl. *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 145. Dies gilt nicht in Bezug auf osteuropäische Mitgliedsstaaten, die vermutlich an einer verstärkten Zusammenarbeit in Abstammungssachen nicht teilhaben werden.

<sup>161</sup> Erwägungsgrund 5 VO-E, Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 6; *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 52; Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, in der gleichen Sache, Rn. 58 m. w. N.

<sup>162</sup> Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 6, 22.

<sup>163</sup> Vgl. *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 39; *Kotzur/van de Loo*, in: *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier* (Fn. 19), Art. 81 Rn. 15; *Hess*, *EuZPR*, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 2.10; *Lenzinger*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 81 AEUV Rn. 19; *Streinz*, *EuR*, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1061.

<sup>164</sup> BVerfGE 123, 267 (416); *Wagner*, EU-Kompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – Résumé und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren, *RabelsZ* 79 (2015), 521 (526).

<sup>165</sup> Hierauf verweist S. 2 Erwägungsgrund 1 VO-E, gleichwohl ohne genau zu zitieren.

lit. f AEUV (Erleichterung des Zivilverfahrens) in Betracht,<sup>166</sup> kompetenzwidrig ist jedoch Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E, der die Wirkung des EEZ auch auf den Ursprungsstaat erstreckt.<sup>167</sup> Hier mangelt es am grenzüberschreitenden Sachverhalt, den Art. 81 Abs. 1 AEUV zwingend vorschreibt.<sup>168</sup>

Die ebenfalls in der Literatur vorgeschlagene Kompetenznorm des Art. 21 Abs. 2 AEUV hätte zwar das Einstimmigkeitserfordernis im Rat vermieden,<sup>169</sup> ist aber fernliegend, da der VO-E die Anerkennung von Abstammungsverhältnissen für andere Zwecke als zur unmittelbaren Ausübung der Freizügigkeit regelt und daher sinnvollerweise nicht auf eine Kompetenz zum Erlass von Freizügigkeitserleichterungsvorschriften gestützt werden kann, die ohnehin gegenüber anderen Kompetenztiteln subsidiär ist.<sup>170</sup>

## II. Kompetenzausübungsschranke des Art. 4 Abs. 2 EUV

Die Rechtssetzungskompetenz der Union findet jedoch eine Grenze in der Achtungsverpflichtung gegenüber der nationalen Identität der Mitgliedsstaaten aus Art. 4 Abs. 2 EUV. Dieser stellt nicht nur einen Rechtfertigungsgrund bei der Beschränkung von Grundfreiheiten,<sup>171</sup> sondern auch eine

---

<sup>166</sup> Insofern dient das ENZ als Vorbild, dessen Einführung ebenfalls auf Art. 81 Abs. 2 lit. f AEUV gestützt wurde, vgl. *Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Einl Rn. 24; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Vor Art. 62 EuErbVO Rn. 3; skeptischer, aber nur in Bezug auf die materiellrechtlichen Wirkungen des ENZ, die das EEZ nicht besitzt: *Sißß*, Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEuP 2013, 725 (730); *Hertel*, in: Rauscher V (Fn. 112), Art. 62 EuErbVO Rn. 9.

<sup>167</sup> Zwar spricht Art. 46 Abs. 1 VO-E davon, dass das EEZ in einem anderen Mitgliedsstaat verwendet werden soll, allerdings wird diese Vorschrift durch Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E faktisch aufgehoben, insbesondere, da der Antragsteller nicht nachweisen muss, dass er das EEZ zur Verwendung im Ausland benötigt, vgl. zur ähnlichen Rechtslage beim ENZ: *Schmidt*, Der Erbnachweis in Deutschland ab 2015: Erbschein vs. Europäisches Nachlasszeugnis, ZEV 2014, 389 (390); *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 62 EuErbVO Rn. 2 f.

<sup>168</sup> Vgl. *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 62 EuErbVO Rn. 12; *Leible*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 7; *Hess*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 77. EL September 2022, Art. 81 AEUV Rn. 26; *Lenzinger*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 81 AEUV Rn. 4; *Hess* (Fn. 163), § 2 Rn. 2.14.

<sup>169</sup> Nach dem Vorbild der EuApostille-VO schlägt *Croon-Gestefeld*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf das Internationale Familienrecht, *RabelsZ* 86 (2022), 32 (55 ff., 64) Art. 21 Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage vor, ablehnend: *Kobler/Pintens* (Fn. 8), S. 1407; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121.

<sup>170</sup> Vgl. *Kobler/Pintens* (Fn. 8), S. 1407; *Wagner* (Fn. 164), S. 542 f.; *Leible*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 54.

<sup>171</sup> Im Kontext der Prüfung von Grundfreiheitsverletzungen fasst der *EuGH* die Achtungsverpflichtung regelmäßig unter den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen

Kompetenzausübungsschranke dar, welche die Union hindert, einen Sekundärrechtsakt zu erlassen, der in seinen grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommenden nationalen Identität eines Mitgliedsstaats zuwiderläuft.<sup>172</sup> Insofern fragt sich, ob die nationale Identität der Mitgliedsstaaten durch die regulatorisch aufgeladene Kollisionsregel des Art. 17 Abs. 2 VO-E, die Beschränkung des *ordre public*-Vorbehalts und die damit vermittelte erleichterte Anerkennung postmoderner Elternschaftsformen verletzt wird. Der unionsrechtliche Rahmenbegriff der nationalen Identität wird vom *EuGH* autonom ausgelegt, gleichwohl unter Beachtung solcher nationaler Identitätsverständnisse ausgefüllt, in denen fundamentale Verfassungsprinzipien und verfassungsrechtlich geschützte Traditionen zum Ausdruck kommen.<sup>173</sup>

In den Schlussanträgen in der Rs. *Pancharevo* stellte *Generalvammwältin Kokott* diesbezüglich fest, dass das Abstammungsrecht „auf jeden Fall“ Ausdruck der von Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten nationalen Identität sein kann, da die Festlegung von Eltern-Kind-Beziehungen grundlegende Bedeutung für die Gesellschaftsstruktur und das Funktionieren eines Staates habe.<sup>174</sup> In vergleichbarer Weise stellte das *BVerfG* in seinem *Lissabon-Urteil* das materielle Familienrecht als integrationsfesten Bestandteil der deutschen Verfassungsidentität dar,<sup>175</sup> was *prima facie* nahelegt, dass die durch den VO-E erleichterte Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle in Mitgliedsstaaten, die diese Modelle nicht kennen, über die Kompetenzausübungsschranke des Art. 4 Abs. 2 EUV hinausgeht.

---

Ordnung, etwa in *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Rn. 83 f.; Urt. v. 2.6.2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Rn. 64 f.; Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 54 ff.; vgl. v. *Bogdandy/Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag: Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *ZaöRV* 70 (2010), 701 (707 ff.); *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 49; *Grijo* (Fn. 30), S. 716.

<sup>172</sup> So inzident bereits *EuGH*, Beschl. v. 1.10.2010, C-3/10, *Affatato*, Rn. 41; explizit Schlussanträge *GA Bot* v. 2.10.2012, C-399/11, *Melloni*, Rn. 139 und *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 83 ff.; *Pernice*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, *AöR* 136 (2011), 185 (187 ff.); *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 4 EUV Rn. 36, 52; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 49 f.; *Grijo* (Fn. 30), S. 716.

<sup>173</sup> Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 70 ff.; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 168), Art. 4 EUV Rn. 15; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 30 ff.; *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 14; *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 4 EUV Rn. 27.

<sup>174</sup> Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 77 ff.

<sup>175</sup> *BVerfGE* 123, 267 (358, 363).

Allerdings spricht die verfahrensrechtliche Sicherung nationaler Identität in Familiensachen gemäß Art. 81 Abs. 3 AEUV gegen eine Überschreitung der Kompetenzschränke des Art. 4 Abs. 2 EUV. Die regulatorisch in das nationale Familienrecht drängenden Vorschriften des VO-E können die nationale Identität auf kompetenzieller Ebene kaum beeinträchtigen, wenn sie einstimmig angenommen werden. In diesem Fall erscheint durch das nicht ausgeübte Vetorecht jedes Mitgliedsstaats ausreichend sichergestellt, dass die Verordnung im Einklang mit seiner verfassungsmäßigen Identität steht. Das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 81 Abs. 3 AEUV gewährleistet folglich im Kontext des VO-E Identitätsschutz durch Verfahren und sichert damit den Kern des faktisch bestehenden europäischen Wertpluralismus ab. Der Verordnungsvorschlag bewegt sich aus diesem Grund innerhalb der Kompetenz der EU.

## G. Beispielfälle

Die bisher gewonnen Erkenntnisse sollen abschließend auf zwei Beispielfälle angewendet werden, die die praktischen Folgen der Subsidiärknüpfung gemäß Art. 17 Abs. 2 VO-E und die Funktionsdefizite des EEZ aufzeigen.

### I. Co-Mutterschaft: *law shopping* und internationaler Entscheidungseinklang

*Deutsch-Rumänin D und Rumänin R leben in Heidelberg und möchten ein Kind bekommen. Durch heterologe Insemination wird D schwanger.<sup>176</sup> Da ihnen dazu geraten wird, das Kind im Vereinigten Königreich zur Welt zu bringen, reisen D und R zur Entbindung nach London, wo K geboren wird. D erhält eine Geburtsurkunde des General Register Office, die sie und R als Mütter ausweist. Zwei Wochen später reisen D, R und K zu ihrer Familie nach Bukarest. Dort lassen sie die Auslandsgeburt beurkunden und erhalten neben einer rumänischen Geburtsurkunde auch eine beglaubigte Abschrift des dort ausgestellten EEZ. Die in Rumänien ausgestellten Dokumente weisen jedoch nur D als Mutter aus; unter Punkt 8 des Formblatts zum EEZ ist vermerkt, dass der ordre public-Vorbehalt gemäß Art. 22 Abs. 1 VO-E ausgeübt werde. Kurz darauf reisen D, R und K zurück nach Heidelberg und beantragen dort die Beurkundung der Auslandsgeburt beim Standesamt. Sie legen neben der englischen Geburtsurkunde auch die beglaubigte Abschrift des EEZ vor und bitten darum, diese zu korrigieren.*

---

<sup>176</sup> Die Samenspende an gleichgeschlechtliche weibliche Paare ist in Deutschland legal und wird nicht selten praktiziert, Hoffmeister, Reproduktives Reisen und Elternschaft, 2022, S. 47; Schumann, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, MedR 2014, 736 (737); Pauli, Der unsichtbare Dritte – Der Platz des Samenspenders bei der heterologen Insemination, NZFam 2016, 57 (57).

## 1. Nachbeurkundung der Auslandsgeburt

Schwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich der Frage, ob R als Mutter ins Geburtenregister einzutragen ist. Dem steht die Rechtsvermutungswirkung des vorgelegten EEZ (Art. 53 Abs. 2 VO-E) entgegen, da R nicht als Mutter vermerkt ist. Die Vermutungswirkung ist jedoch zerstört, wenn das EEZ die Rechtslage nachweislich falsch wiedergibt. Hierzu ist vom Standesamt zu prüfen, ob das Zertifikat gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 VO-E die Eltern des K nach dem gemäß Art. 17 VO-E anwendbaren Recht korrekt nennt.

Die kollisionsrechtliche Prüfung verweist gemäß Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E zunächst auf deutsches Recht. Nach §§ 1591, 1592 BGB ist R folglich nicht Mutter des K.<sup>177</sup> Damit ist K jedoch nur einem Elternteil zugeordnet, weswegen die subsidiäre Anknüpfung nach Art. 17 Abs. 2 VO-E greift. Über die rumänische Staatsangehörigkeit von D und R ist auch rumänisches Recht berufen. Dieses lässt gemäß Art. 441 Abs. 3 rumänisches ZGB jedoch keine Co-Mutterschaft der R zu.<sup>178</sup> Als dritte Variante kann auch auf das Recht des Staates, in dem K geboren wurde, verwiesen werden, hier das Vereinigte Königreich. Nach sec. 42 (1) des Human Fertilisation and Embryology Act 2008 gilt als Mutter, wer zum Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung mit der Geburtsmutter verheiratet oder verpartnert und mit der künstlichen Befruchtung einverstanden war.<sup>179</sup> Nach englischem Recht ist R damit Mutter des K. Die Vermutungswirkung des EEZ ist folglich widerlegt.

Zur Begründung der Elternschaft der R kommt dann vorrangig eine verfahrensrechtliche Anerkennung der englischen Geburtsurkunde in Betracht. Da es sich um keine mitgliedstaatliche Urkunde handelt, greift die Annahme gemäß Art. 44 f. VO-E nicht ein. Eine autonome verfahrensrechtliche Anerkennung gemäß §§ 108, 109 FamFG scheitert daran, dass es sich bei der Geburtsurkunde des General Register Office mangels abschließender rechtsverbindlicher Wirkung um keine Entscheidung i. S. d. § 108 FamFG, sondern nur um eine Dokumentation des *ipso iure* eingetretenen Rechtszustands

---

<sup>177</sup> Eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB scheidet aus, s. *BGH*, NJW 2019, 153 (154 f.) mit Verweis auf *EGMR, B. und G.B. v. Deutschland*, Urt. v. 7.5.2013, Rs. 8017/11, Rn. 23 ff.; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 3. Aufl. 2019, Rn. IV-222; *Wellenbofer*, in: MüKo-BGB X (Fn. 20), § 1592 Rn. 14.

<sup>178</sup> S. auch Länderbericht Rumänien, *Borman*, in: Bergmann/Ferid, Loseblattsammlung, S. 33.

<sup>179</sup> S. auch Länderbericht Vereinigtes Königreich, *Henrich*, in: Bergmann/Ferid, Loseblattsammlung, S. 48.

handelt.<sup>180</sup> Die bereits im Rahmen der EEZ-Kontrolle vorgenommene kollisionsrechtliche Prüfung ergibt, dass R Mutter des K und als solche ins Geburtenregister einzutragen ist.<sup>181</sup> Die Anknüpfung an den Geburtsort in Art. 17 Abs. 2 Var. 3 VO-E kann folglich in Ausübung rechtsgeschäftsähnlicher Parteiautonomie<sup>182</sup> zum *law shopping* eingesetzt werden.

## 2. Korrektur des EEZ

Das in Rumänien ausgestellte EEZ gibt eine andere Rechtslage wieder, als die kollisionsrechtliche Prüfung ergeben hat, da der internationale Entscheidungseinklang aufgrund unterschiedlicher Verständnisse von öffentlicher Ordnung in Deutschland und Rumänien nicht gegeben ist. Obwohl die Ausübung des *ordre public*-Vorbehalts in diesem Fall möglicherweise gegen Art. 22 Abs. 2 VO-E, Art. 21 GrCh verstößt, ist für die Änderung des EEZ gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E allein die ausstellende Behörde in Rumänien zuständig, Rechtsbehelfe müssen gemäß Art. 56 Abs. 1 3 VO-E vor rumänischen Gerichten eingelegt werden. Das EEZ bleibt vorerst EU-weit wirksam. Es erleichtert die grenzüberschreitende Registereintragung in diesem Fall wegen unterschiedlicher *ordre public*-Grenzen in den Mitgliedsstaaten nicht.

## II. Ukrainische Leihmutterchaft: Künstliches Abstammungsrecht

*Die deutschen, heterosexuellen Eheleute M und V wollen mittels der unverheirateten ukrainischen Leihmutter L ein Kind bekommen. Dafür wird in einer ukrainischen Reproduktionsklinik eine Eizelle der M mit einer Samenzelle des V in-vitro fertilisiert und die Blastozyste per Embryonentransfer in die Gebärmutter der L eingebracht. Aufgrund des Kriegs in der Ukraine muss L ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach dem Embryonentransfer nach Deutschland verlegen, wo K geboren wird.*

Die Primäranknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Geburtsmutter gemäß Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E verweist auf deutsches Recht, wonach L

---

<sup>180</sup> Vgl. BGH, NJW 2019, 1608 (1609); Sieghörtner, in: BeckOK-FamFG (Fn. 66), § 108 Rn. 30; Rauscher, in: MüKo-FamFG I (Fn. 69), § 108 Rn. 10; Hoffmeister (Fn. 176), S. 113 ff.

<sup>181</sup> Dies verstößt auch nicht gegen den deutschen *ordre public*, da das Verfahren der heterologen Insemination in Deutschland erlaubt ist, der Samenspender bei Anwendung deutschen Rechts gemäß § 1600d Abs. 4 BGB ebenfalls nicht rechtlicher Vater wäre und deutsches Recht über die Sukzessivadoption auch gleichgeschlechtliche Elternschaften kennt, BGH, NJW 2016, 2322 (2327); Coester-Waltjen, Die Mitmutterchaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtenregister, IPRax 2016, 132 (136 ff.); Heiderhoff, in: BeckOK-BGB (Fn. 29), Art. 19 EGBGB Rn. 46.

<sup>182</sup> Näher Weller/Benz/Thomale, Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, ZEuP 2017, 250 (253 ff.).

gemäß § 1591 BGB Mutter des Kindes ist. Da K damit aber nur einem Elternteil zugeordnet wird, ist der Anwendungsbereich der Subsidiäranknüpfungen in Art. 17 Abs. 2 VO-E eröffnet. Art. 17 Abs. 2 Var. 1 VO-E knüpft zur Begründung der Elternschaft des zweiten Elternteils an die Staatsangehörigkeit des ersten Elternteils, also L's ukrainische Staatsangehörigkeit, an. Zur Begründung der zweiten Elternschaft kann folglich ukrainisches Recht angewendet werden. Nach Art. 123 Abs. 2 ukrainisches FamGB gelten heterosexuelle, verheiratete Partner, die beide genetisch mit dem von einer Leihmutter ausgetragenen Kind verwandt sind, als Eltern des Kindes. Nach ukrainischem Recht sind damit M und V, aber nicht L, Eltern des K. Die Subsidiäranknüpfung zur Begründung der Elternschaft von M und V gemeinsam zu nutzen, ist gemäß Art. 17 Abs. 2 VO-E allerdings nicht möglich, weil sonst die nach Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E, § 1591 BGB begründete Elternschaft der L ausgeschaltet werden würde. Dies würde dazu führen, dass die Elternschaft der L nach Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E entfiel, die den Bezug zum ukrainischen Recht in Art. 17 Abs. 2 Var. 1 VO-E erst hergestellt hat. Die Subsidiäranknüpfung kann damit nur zur Begründung der Elternschaft von M oder V genutzt werden.<sup>183</sup> Dies führt zwar zu einer rechtlichen Zuordnung des K zu zwei Eltern, ist im Ergebnis aber nach wie vor unbefriedigend, weil die Zuordnung des K zu L und M oder zu L und V weder eine nach deutschem noch nach ukrainischem Sachrecht vorgesehene Abstammung darstellt. Die Vermeidung hinkender Abstammungsverhältnisse hat in diesem Fall den Effekt, dass Art. 17 Abs. 2 VO-E ein künstliches Abstammungsrecht schafft.

## H. Fazit und Zusammenfassung in Thesen

Der VO-E reagiert auf eine unbefriedigende Rechtslage in der EU im internationalen Abstammungsrecht. Die Untersuchung hat einige

<sup>183</sup> Vgl. *Válková* (Fn. 10), S. 892. Die Zuordnung zur Wunschkinder würde nicht gegen den deutschen *ordre public* verstoßen. Dies nahm noch an *KG*, IPRax 2014, 72 (74 ff.), aufgehoben durch die Leitentscheidung des *BGH*, NJW 2015, 479 (482 ff.) (zu § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG), dem nicht folgend *OLG Braunschweig*, NZFam 2017, 522 ff., jedoch aufgehoben durch *BGH*, ErbR 2018, 698 ff. Aus der Literatur aus generalpräventiven Erwägungen heraus kritisch und eine Adoptionslösung favorisierend: *Engel*, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, 538 (558); *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 30 ff., 93 ff.; *ders.*, Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPRax 2017, 583 (587 ff.); überwiegend hat sich aber durchgesetzt, dass das generalpräventive Verbot der Leihmutterschaft nicht die vorrangig zu berücksichtigenden Interessen des Kindes an der Zuordnung zu zwei Elternteilen überwiegt, *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 66 f.; *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB (Fn. 29), Art. 19 EGBGB Rn. 45; *Hepting/Dutta* (Fn. 177), Rn. IV-164; *Heiderhoff*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPRax 2012, 523 (526); *Duden*, Leihmutterschaft im IPR und IVR, 2015, S. 188 f.

Verbesserungsmöglichkeiten in den Bereichen internationale Zuständigkeit, Kollisionsrecht, Anerkennung und EEZ identifiziert und die Überlagerung der vereinheitlichten Kollisionsnormen mit materiell-familienrechtlichen Interessen aufgezeigt. Insgesamt ist die Absicht der Kommission begrüßenswert, hinkende Abstammungsverhältnisse gerade in postmodernen Familien zu verhindern. Würde der VO-E verbessert und angenommen werden, so wäre die Union in Zukunft bei der Bestimmung des *status filiationis* in Vielfalt geeint.

### Thesen:

1. Die alternativen Zuständigkeitsregeln des VO-E sind auf umfassende Rechtszugangsmöglichkeiten des Kindes ausgelegt. Um das Leitkriterium der räumlichen Nähe des Kindes zum Gericht besser zu verwirklichen, sollten sie subsidiär geordnet werden.
2. Der gewöhnliche Aufenthalt minderjähriger Kinder wird grundsätzlich anhand geeigneter Kriterien bestimmt. Die Sprache des Kindes sollte als Kriterium aufgenommen werden.
3. Die primäre Kollisionsregel des Art. 17 Abs. 1 VO-E priorisiert Ordnungsvor Parteiinteressen und fördert Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit bei der rechtlichen Zuordnung Neugeborener. Um auch Parteiinteressen zu wahren, sollte die Abstammung älterer Kinder an deren gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen und als wandelbare Anknüpfung ausgestaltet werden.
4. Die Subsidiäranknüpfungen des Art. 17 Abs. 2 VO-E entfalten eine regulative Tendenz im materiellen Familienrecht zugunsten postmoderner Elternschaftsmodelle und verhindern hinkende Statusverhältnisse. In Einzelfällen hat dies den Effekt, dass eine in keinem Sachrecht vorgesehene Eltern-Kind-Zuordnung entsteht. Die Anknüpfung an den Geburtsort nach Art. 17 Abs. 2 Var. 3 VO-E kann als indirekte Rechtswahlmöglichkeit zum *law shopping* verwendet werden.
5. Die Annahme öffentlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung und die Vermutungswirkungen des EEZ folgen dem Primat des kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzips. Dies unterscheidet den VO-E vom Anerkennungsprinzip aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.
6. Das EEZ ist auf internationalen Entscheidungseinklang angewiesen, den der VO-E nicht durchgängig herstellen kann. Es erleichtert die grenzüberschreitende Registereintragung nicht, wenn die Mitgliedsstaaten unterschiedliche *ordre public*

Grenzen ziehen oder staatsvertragliche Kollisionsnormen vorrangig beachten müssen.

7. Der VO-E hält sich größtenteils innerhalb der Rechtssetzungskompetenz der EU. Das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 81 Abs. 3 AEUV stellt sicher, dass die nationale Identität der Mitgliedsstaaten aus Art. 4 Abs. 2 EUV geachtet wird.