



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Macierzyństwo zastępcze z perspektywy prawa Niemiec

Ewa Przyśliwska-Urbaneł



Prawa podstawowe

Warszawa 2017

Spis treści

1. Macierzyństwo zastępcze – regulacja prawna	5
2. Status dzieci urodzonych w Niemczech	8
3. Stosowanie obcego prawa i uznawanie obcych orzeczeń	10
4. Podsumowanie	14
Bibliografia	15

1. Macierzyństwo zastępcze – regulacja prawna

Według danych z 2016 roku, około 200 000 niemieckich par rocznie korzysta z metod medycznie wspomaganey prokreacji¹, której najpopularniejszą formą jest sztuczne zapłodnienie. Z uwagi na to, że w Niemczech zabronione jest przeprowadzanie zabiegów polegających na zapłodnieniu kobiety, która po urodzeniu dziecka ma zamiar przekazać je osobom trzecim, jak również na transferze do organizmu kobiety nie pochodzącego od niej embrionu, wiele par poszukuje matek zastępczych w państwach, w których macierzyństwo zastępcze jest dozwolone, co w literaturze nazywa się często „turystyką prokreacyjną”.

Terminologia dotycząca kwestii związanych z macierzyństwem zastępczym nie jest jednolita. Ustawodawca niemiecki posługuje się pojęciem macierzyństwa zastępczego (*Ersatzmutterschaft*) w dwóch aktach prawnych, tj. w ustawie o pośredniczeniu w adopcji i zakazie pośredniczenia w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze (*Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* – dalej jako: *AdVermiG*)² oraz w ustawie o ochronie embrionów (*Gesetz zum Schutz von Embryonen* – dalej jako: *ESchG*)³. Zgodnie z § 13a pierwszego z wymienionych aktów, matka zastępcza to kobieta, która na podstawie zawartej umowy wyraża zgodę na poddanie się naturalnemu lub sztucznemu zapłodnieniu albo na przeniesienie do jej macicy embrionu, w celu oddania dziecka osobom trzecim po jego urodzeniu.

W literaturze i orzecznictwie częściej niż z ustawowym *Ersatzmutterschaft* spotkać się można z pojęciem *Leihmutterschaft*⁴. Istnieją dwa podstawowe rodzaje macierzyństwa zastępczego:

- tzw. klasyczne macierzyństwo zastępcze (*klassische Leihmutterschaft*), które polega na tym, że kobieta mająca urodzić dziecko zostaje zapłodniona nasieniem pochodzącym od docelowego ojca dziecka lub innego dawcy nasienia – stając się tym samym matką genetyczną dziecka;

¹ K. Hilbig-Lugani, *Rechtliche Probleme bei Samenspende und Leihmutterschaft*, Fachvortrag im Vorfeld des 71. Deutschen Juristentages, Landgericht Essen, 2016, s. 2, http://www.juristische-ruhr.de/ablage/160616_hilbig-lugani.pdf (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).

² Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG), BGBl. 2002 I S. 354 ze zm.

³ Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG), BGBl. I S. 2746, ze zm.

⁴ Por. np. wyrok niemieckiego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof – BGH) z dnia 10 grudnia 2014 r., XII ZB 463/13; wyrok AG Friedberg z dnia 1 marca 2013 r., 700 F 1142/12.

- tzw. właściwe macierzyństwo zastępcze (*echte Leihmutterschaft*), polegające na transferze do organizmu kobiety mającej urodzić dziecko embrionu nie pochodzącego od niej, w wyniku czego nie jest ona genetycznie związana z dzieckiem⁵.

Nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat możliwych konfiguracji związanych ze sposobem przeprowadzania zabiegu medycznego, na potrzeby dalszych rozważań należy wskazać jedynie, że możliwa jest zarówno sytuacja, w której matka zastępcza nie jest genetycznie związana z dzieckiem, jak również taka, w której żadna z osób, którym dziecko ma zostać przekazane po urodzeniu, nie jest dawcą materiału genetycznego⁶. Przyjmuje się, że stosowane w wyżej wymienionych ustawach pojęcie *Ersatzmutterschaft* obejmuje swoim zakresem wszystkie formy macierzyństwa zastępczego⁷.

Stronami umowy o macierzyństwo zastępcze są: kobieta mająca urodzić dziecko (*Ersatzmutter, Leihmutter, Tragemutter*⁸) oraz tzw. rodzice docelowi. Ustawodawca niemiecki w § 13b *AdVermiG* w odniesieniu do tych ostatnich posługuje się terminem *Bestelletern* („rodzice zamawiający”), który – jak wskazuje A. Diel – ma raczej negatywny wydźwięk⁹. Rodziców docelowych określa się również za pomocą pojęcia *Wunscheltern*, które daje wyraz temu, że bez ich życzenia (niem. *Wunsch*) nie doszłoby do poczęcia i urodzenia dziecka¹⁰.

Zgodnie z § 13c *AdVermiG*, pośredniczenie w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze jest zabronione, zaś § 13d *AdVermiG* zakazuje publikowania ogłoszeń, których treść zawiera ofertę zawarcia takiej umowy, pod karą pozbawienia wolności lub grzywny (§ 14b ust. 1 i 2 *AdVermiG*). Stosownie do § 1 ust. 1 pkt 7 *ESchG*, zakazem objęto również przeprowadzanie zabiegu sztucznego zapłodnienia u kobiety, która po urodzeniu dziecka gotowa jest oddać dziecko osobom trzecim, oraz dokonywanie transferu embrionu do macicy kobiety niebędącej dawczynią komórki jajowej. Osoba wykonująca powyższe czynności wbrew ustawie podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech lub karze grzywny. Sankcje karne dotyczą jednak wyłącznie osób pośredniczących w zawieraniu umów o surogację lub publikujących ogłoszenia propagujące ich zawieranie (*AdVermiG*), a w przypadku *ESchG* – osób przeprowadzających wymienione w ustawie zabiegi. Żaden z aktów prawnych nie przewiduje natomiast odpowiedzialności karnej matki zastępczej ani rodziców docelowych.

Wprawdzie ustawa nie odnosi się wprost do relacji między stronami umowy o macierzyństwo zastępcze, jednak przyjmuje się, że z całokształtu regulacji dotyczącej tej instytucji

⁵ A. Diel, *Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus. Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014, s. 13-14; wyrok niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) z dnia 22 sierpnia 2012 r., 1 BvR 573/12, nb. 3.

⁶ R. Müller-Terpitz, [w:] A. Spickhoff (red.), *Medizinrecht*, wyd. 2, C.H. BECK, 2014, komentarz do § 1 *ESchG*, nb. 20-21, beck-online.

⁷ A. Diel, *Leihmutterschaft...*, s. 14; T. Helms, *Kinderwunschmedizin – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht*, [w:] D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit (red.), *Kinderwunschmedizin – Reformbedarf im Abstammungsrecht?*, „Göttinger Juristische Schriften” t. 17, Universitätsverlag Göttingen 2015, s. 55.

⁸ V. Götze, *Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterschaft*, HWR Berlin, 2015, s. 8.

⁹ A. Diel, *Leihmutterschaft...*, s. 12-13.

¹⁰ Por. m.in. wyrok BGH z dnia 10 grudnia 2014 r., Az. XII ZB 463/13, nb. 60.

wynika zakaz zawierania takich umów¹¹. Umowa już zawarta będzie w świetle obowiązujących przepisów uważana za nieważną. Zgodnie bowiem z § 134 niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB)¹², nieważna jest czynność prawna sprzeczna z ustawą, jeśli ta nie stanowi inaczej. Z kolei w świetle § 138 ust. 1 BGB, nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. W związku z tym nie można dochodzić na podstawie umowy żadnych roszczeń, zarówno w zakresie wykonania zobowiązania do przekazania dziecka rodzicom docelowym po jego urodzeniu, jak i ewentualnego świadczenia pieniężnego za donoszenie ciąży i urodzenie dziecka¹³.

Na gruncie obowiązujących w Niemczech przepisów nie jest możliwe ustalenie pochodzenia dziecka od rodziców docelowych wyłącznie na podstawie umowy o surogację. Potwierdzają to dotychczasowe orzeczenia niemieckich sądów, które w przeważającej mierze uznawały, że ustalenie pochodzenia dziecka od rodziców docelowych jedynie w oparciu o zawartą między rodzicami docelowymi a matką zastępczą umowę, jest niezgodne z niemieckim porządkiem publicznym¹⁴.

Uzasadnieniem dla ustawowych zakazów dotyczących macierzyństwa zastępczego jest przede wszystkim potrzeba ochrony wyrażonej w art. 1 niemieckiej konstytucji zasady poszanowania godności ludzkiej, dotyczącej zarówno mającego urodzić się dziecka¹⁵, jak i matki zastępczej, której rola w wielu przypadkach może być instrumentalizowana na potrzeby rodziców docelowych¹⁶. Ponadto, zawarcie umowy o surogację stanowi w świetle przepisów o przysposobieniu dziecka obejście prawa¹⁷. Świadczy o tym samo umieszczenie przepisów dotyczących macierzyństwa zastępczego w ustawie o pośredniczeniu w adopcji (AdVermiG). W konsekwencji, wyrażona przez matkę zastępczą uprzednia zgoda na późniejszą adopcję dziecka przez rodziców docelowych nie jest wiążąca¹⁸. Za utrzymaniem zakazu macierzyństwa zastępczego w Niemczech przemawia również ograniczenie możliwości powstania w stosunku do urodzonego dziecka sporów na tle filiacyjnym¹⁹. Spory takie mogą wystąpić w szczególności w przypadku, gdy matka zastępcza po urodzeniu dziecka odmówi jego wydania rodzicom docelowym, a także gdy rodzice docelowi nie zgodzą się na przyjęcie

¹¹ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 85.

¹² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 ze zm.

¹³ M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, wyd. 7, C.H.BECK München 2017, komentarz do § 1591 BGB, nb. 17–19, beck-online.

¹⁴ J. v. Hein, [w:] D. Schwab (red.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, wyd. 7, C.H.BECK München 2017, komentarz do art. 6 EGBGB, nb. 271, beck-online.

¹⁵ M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI, 2008, s. 61.

¹⁶ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 67, 73. Na temat potrzeby ochrony praw matki zastępczej zob. np. wyrok OLG Braunschweig z dnia 12 kwietnia 2017 r., 1 UF 83/13, nb. 29–30.

¹⁷ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 70.

¹⁸ H.L. Schreiber, *The legal situation regarding assisted reproduction in Germany*, „Reproductive BioMedicine Online”, vol. 6, nr 1, 2002, s. 9.

¹⁹ M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim...*, s. 61.

dziecka, np. gdy urodzi się ono chore bądź niepełnosprawne²⁰. W dyskusji na temat surogacji często podaje się również argument o prawie dziecka do poznania swojego pochodzenia. W przypadku wpisania do aktu urodzenia dziecka rodziców docelowych jako osób, od których ono pochodzi, dziecko nie ma możliwości poznania tożsamości kobiety, która je urodziła, co stanowi naruszenie wskazanego wyżej prawa²¹.

Z drugiej strony w literaturze wskazuje się, że ustawowy zakaz pośredniczenia w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze oraz wykonywania zabiegów medycznych polegających na sztucznym zapłodnieniu lub transferze embrionu do macicy kobiety, która po urodzeniu dziecka ma je przekazać komuś innemu, prowadzi m.in. do ograniczenia swobody wykonywania zawodu przez pośredników, lekarzy, naukowców²². Zakaz ten narusza prawo do posiadania potomstwa, w szczególności w stosunku do kobiet, które nie mogą same donosić ciąży²³. Z uwagi na to, że w Niemczech dozwolone jest zapłodnienie heterologiczne z wykorzystaniem nasienia pochodzącego od mężczyzny innego niż mąż (partner) kobiety²⁴, wynikający z ustawy o ochronie embrionów zakaz dawstwa komórek jajowych dyskutowany jest także z perspektywy konstytucyjnej zasady równouprawnienia i zakazu dyskryminacji (art. 3 niemieckiej konstytucji)²⁵. Główną przyczyną postulowanej liberalizacji przepisów dotyczących macierzyństwa zastępczego w Niemczech jest jednak dobro dzieci już urodzonych. Z uwagi na odmienną skutków, jakie systemy prawne różnych państw wiążą z zawieraniem umów o surogację, za rodziców dziecka mogą zostać uznane osoby, które nie chcą albo nie mogą nad nim sprawować opieki, co prowadzi do sytuacji, w której dziecko zostaje faktycznie pozbawione rodziców²⁶.

2. Status dzieci urodzonych w Niemczech

W świetle § 1591 BGB matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła²⁷. Przepis § 1598a ust. 1 BGB przewiduje wprawdzie możliwość zweryfikowania genetycznego pochodzenia dziecka od jego matki, jednak w związku z tym, że prawo niemieckie nie zna instytucji uznania macierzyństwa ani zaprzeczenia macierzyństwa, regulacja ta służy bardziej urzeczywistnieniu prawa dziecka do poznania swojego pochodzenia niż ustaleniu jego pochodzenia w oparciu o rzeczywistość genetyczną²⁸.

²⁰ B. Heiderhoff, *Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder*, „Neue Juristische Wochenschrift”, z. 37, 2014, beck-online, s. 2673.

²¹ Por. np. wyrok OLG Hamm z dnia 6 lutego 2013 r., Az. I-14 U 7/12.

²² A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 68.

²³ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 69.

²⁴ R. Müller-Terpitz, [w:] A. Spickhoff (red.), *Medizinrecht...*, komentarz do § 1 ESchG nb. 5-8, beck-online.

²⁵ H.L. Schreiber, *The legal...*, s. 10.

²⁶ B. Heiderhoff, *Rechtliche...*, s. 2673.

²⁷ § 1591 BGB: *Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.*

²⁸ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 88-89.

Niemiecki kodeks cywilny przewiduje trzy sposoby ustalenia ojcostwa: na podstawie domniemania ojcostwa męża matki (§ 1592 ust. 1 BGB); uznania ojcostwa (§ 1592 ust. 2 BGB) – także przed urodzeniem dziecka (§ 1594 ust. 4 BGB) oraz na mocy orzeczenia sądu wydanego w odpowiednim postępowaniu (§ 1592 ust. 3 BGB).

Jak już zostało wskazane wyżej, matką dziecka jest zawsze kobieta, która je urodziła, niezależnie od tego, czy dziecko pochodzi od niej w sensie genetycznym. W przypadku zawarcia i wykonania umowy o surogację w Niemczech wbrew ustawowym zakazom, za matkę dziecka zostanie uznana w związku z tym matka zastępcza. Jeśli matka zastępcza nie jest zamężna, a zatem nie zachodzi domniemanie ojcostwa męża matki, ojciec docelowy po uzyskaniu zgody matki dziecka²⁹ może uznać ojcostwo. Jeżeli matka zastępcza nie wyrazi zgody na uznanie ojcostwa przez ojca docelowego, może on żądać ustalenia ojcostwa na drodze sądowej³⁰. Kwestią sporną jest możliwość wytoczenia przez ojca docelowego powództwa o zaprzeczenie ojcostwa na podstawie § 1600 ust. 1 pkt 2 BGB w przypadku, gdy matka zastępcza jest zamężna i w drodze ww. domniemania za ojca dziecka uznany zostanie jej mąż, albo gdy za zgodą matki zastępczej ojcostwo uzna inny niż ojciec docelowy mężczyzna. Podmiotem uprawnionym do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa jest bowiem mężczyzna, który współżył z matką dziecka w okresie koncepcyjnym. W orzeczeniu z dnia 15 maja 2013 r. niemiecki Sąd Najwyższy uznał jednak, że ojcu docelowemu przysługuje prawo do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa na tej podstawie, mimo że nie doszło do fizycznego współżycia z matką dziecka³¹. Sąd w uzasadnieniu wyroku odwołał się do argumentów teleologicznych, wskazując, że przepis ten ma na celu ograniczenie kręgu uprawnionych do wytoczenia powództwa do osób, które w rzeczywistości mogą być ojcem biologicznym dziecka. W przypadku „prywatnego” (w odróżnieniu od anonimowego) dawstwa nasienia, przesłanka podmiotowa zostaje, zdaniem sądu, spełniona³².

Dodatkowo należy wskazać, że uzyskanie prawnej relacji z dzieckiem przez matkę docelową, która nie urodziła dziecka, możliwe jest w drodze adopcji. W Niemczech istnieje instytucja „adopcji pasierba” (*Stiefkindadoption*), a zatem przysposobienia dziecka małżonka lub partnera w zarejestrowanym związku partnerskim, jak również tzw. *Sukzessivadoption*, tj. przysposobienia dziecka adoptowanego wcześniej przez małżonka lub partnera (§ 1741 ust. 2 zd. 3 BGB oraz § 9 ust. 7 ustawy o zarejestrowanych związkach partnerskich³³). W związku z tym, jeżeli ojciec docelowy zostanie uznany za ojca dziecka, matka docelowa może dokonać jego

²⁹ Zgody takiej wymaga § 1595 ust. 1 BGB.

³⁰ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 90.

³¹ Wyrok BGH z dnia 15 maja 2013 r., Az. XII ZR 49/11.

³² Tak też: wyrok BGH z dnia 18 lutego 2015 r., Az. XII ZB 473/13; odmiennie: wyrok VG Köln z dnia 20 lutego 2013 r., Az. 10 K 6710/11, w którym sąd uznał, że rodzice docelowi w żadnym wypadku nie są uprawnieni do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa dziecka urodzonego przez matkę zastępczą.

³³ Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft – Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), BGBl. I S. 266 ze zm.

przysposobienia pod warunkiem, że jest żoną lub partnerką ojca dziecka³⁴. Przysposobienie takie jest możliwe również w przypadku par jedнопłciowych. W wyroku z dnia 19 lutego 2013 r. niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał, że jeśli dziecko zostało wcześniej przysposobione przez jedną z osób żyjącą w zarejestrowanym związku partnerskim, pozbawianie jej partnera tej samej płci możliwości przysposobienia dziecka jest niezgodne z konstytucją³⁵. Z uwagi na to, że od dnia 1 października 2017 r. definicja małżeństwa została w Niemczech rozszerzona również o związki jedнопłciowe³⁶, ww. wymienione sposoby adopcji będą otwarte również dla tych par żyjących w związkach małżeńskich.

3. Stosowanie obcego prawa i uznawanie obcych orzeczeń

W praktyce organ może mieć do czynienia z dwoma rodzajami sytuacji dotyczącymi macierzyństwa zastępczego w sprawach z tzw. elementem międzynarodowym: po pierwsze – w związku z koniecznością zastosowania obcego prawa, w przypadku gdy normy kolizyjne wskażą je w danym przypadku jako właściwe; i po drugie – w związku z uznawaniem orzeczeń wydanych za granicą bądź stwierdzania ich wykonalności³⁷. W obu tych sytuacjach prawo niemieckie przewiduje możliwość zastosowania klauzuli porządku publicznego, tj. możliwość odmowy zastosowania obcego przepisu lub odmowy uznania obcego orzeczenia, w razie gdyby zastosowanie lub uznanie wywołało skutki rażąco sprzeczne z niemieckim porządkiem publicznym, w szczególności było nie do pogodzenia z prawami podstawowymi. Klauzulę przewidują odpowiednio art. 6 ustawy wprowadzającej kodeks cywilny (*EGBGB*³⁸) oraz § 109 ust. 1 pkt 4 ustawy o postępowaniu w sprawach rodzinnych i o postępowaniu nieprocesowym (*FamFG*³⁹). Podkreśla się jednak, że w tak wyjątkowej sytuacji, jaką jest uregulowanie statusu prawnego już urodzonego dziecka, instrument ten nie powinien być nadużywany w celu preferowania przepisów krajowych⁴⁰.

W zakresie uznawania obcych orzeczeń, od orzeczeń zagranicznych organów o charakterze konstytutywnym należy w tym wypadku odróżnić rejestrację stanu cywilnego⁴¹. W niektórych państwach akty stanu cywilnego mogą mieć bowiem charakter wyłącznie deklaratoryjny, tj. stanowić jedynie zapis woli stron. Tego rodzaju akty nie są orzeczeniami w rozumieniu § 109 *FamFG* i nie podlegają przepisom o uznawaniu orzeczeń. W wyroku

³⁴ A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 95.

³⁵ Wyrok BVG z dnia 19 lutego 2013 r., 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

³⁶ Art. 3 ustawy o wprowadzeniu prawa do małżeństwa dla osób tej samej płci [Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (*EheRÄndG*), BGBl. I S. 2787, Nr 52].

³⁷ T. Helms, *Kinderwunschmedizin...*, s. 58.

³⁸ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (*EGBGB*), BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061 ze zm.

³⁹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (*FamFG*), BGBl. I S. 2586, 2587 ze zm.

⁴⁰ B. Heiderhoff, *Rechtliche...*, s. 2673.

⁴¹ M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener...*, nb. 21–23.

z dnia 10 grudnia 2014 r. BGH podkreślił, że orzeczenie sądu „w przeciwieństwie do zwykłej rejestracji lub uwierzytelnienia (...) opiera się na materialnym teście, który oprócz skuteczności umowy o macierzyństwo zastępcze ma za przedmiot również związane z nią skutki w zakresie statusu rodzinnego”⁴². Przykładowo zatem nie będą orzeczeniami podlegającymi uznaniu sporządzone zgodnie z prawem gruzińskim akty urodzenia, w których jako osoby, od których dziecko pochodzi, ujawnieni są rodzice docelowi, a pochodzenie dziecka od matki zastępczej może zostać ustalone jedynie w ograniczonym zakresie (lub jest całkowicie wyłączone). Podobne uwagi dotyczą aktów urodzenia sporządzonych w oparciu o przepisy prawa ukraińskiego, z uwagi na związanie tamtejszych organów wyłącznie wolą stron w kwestii ustalenia, które osoby mają zostać w akcie wpisane jako rodzice dziecka. Wobec powyższego należy zauważyć, że uznawanie skutków aktów o charakterze deklaratoryjnym nie jest wykluczone, jednak podlegają one rozpatrzeniu z perspektywy norm kolizyjnych, a nie przepisów o uznawaniu orzeczeń⁴³.

Jak zostało wskazane wyżej, co do zasady prawo niemieckie nie zezwala na ustalenie pochodzenia dziecka wyłącznie na gruncie woli stron, wyrażonej w zawartej umowie, ani nie przewiduje ustalenia więzi rodzicielskiej w oparciu o rzeczywistość genetyczną (tj. nie stanowi, że rodzicami dziecka są osoby, od których pochodzi ono w sensie genetycznym)⁴⁴. Początkowo w sprawach dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka od rodziców docelowych na podstawie zawartej za granicą umowy o surogację, niemieckie sądy konsekwentnie odwoływały się do krajowej regulacji prawnej i korzystały z klauzuli porządku publicznego, odmawiając w tym zakresie uznawania obcych orzeczeń lub stosowania obcego prawa⁴⁵.

Odmiennej linię orzeczniczą zapoczątkował wyrok BGH z dnia 10 grudnia 2014 r.⁴⁶, w którym sąd stwierdził, że uznanie zagranicznego orzeczenia stwierdzającego rodzicielstwo rodziców docelowych nie jest sprzeczne z niemieckim porządkiem publicznym w sytuacji, gdy jeden z rodziców docelowych, w przeciwieństwie do matki zastępczej, jest genetycznie spokrewniony z dzieckiem. W rozpatrywanej sprawie umowę o surogację z niezamężną obywatelką Kalifornii zawarło dwóch mężczyzn żyjących w zarejestrowanym związku partnerskim. Do zapłodnienia wykorzystano nasienie pochodzące od jednego z mężczyzn oraz komórkę jajową anonimowej dawczyni. Po urodzeniu się dziecka, zgodnie z prawem obowiązującym w stanie Kalifornia, tamtejszy sąd (*Superior Court of the State of California*) wydał orzeczenie, na podstawie którego jako rodzice do aktu urodzenia zostali wpisani rodzice

⁴² Wyrok BGH z dnia 10 grudnia 2014 r., Az. XII ZB 463/13.

⁴³ A. Diel, *Leihmutterschaft...*, s. 155-158.

⁴⁴ K. Hilbig-Lugani, *Rechtliche...*, s. 4.

⁴⁵ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Leihmutterschaftstourismus mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH – Sachstand*, WD 7 – 3000 – 156/16, Deutscher Bundestag 2016, <https://www.bundestag.de/blob/485824/c7e199627102239642c9b56ccfed9dde/wd-7-156-16-pdf-data.pdf> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.); V. Götze, *Kollisionsrechtliche...*, s. 29; por. także np. wyrok VG Berlin z dnia 5 września 2012 r., 23 L 283/12.

⁴⁶ Wyrok BGH z dnia 10 grudnia 2014 r., Az. XII ZB 463/13.

docelowi, z pominięciem matki zastępczej. Po przyjeździe rodziców docelowych wraz z dzieckiem do Niemiec, niemiecki urząd stanu cywilnego odmówił wpisania do aktu urodzenia obu mężczyzn jako jego rodziców, powołując się na krajową regulację dotyczącą macierzyństwa zastępczego oraz niemożność ustalenia rodzicielstwa na podstawie umowy stron.

Niemiecki Sąd Najwyższy stwierdził natomiast, że uznanie orzeczenia kalifornijskiego sądu oraz jego skutków nie prowadzi do naruszenia podstawowych zasad niemieckiego porządku prawnego. W świetle przepisów prawa niemieckiego matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, jednakże w związku z dopuszczalnością zawierania umów o macierzyństwo zastępcze w stanie Kalifornia (skąd pochodzi matka zastępcza) oraz ze względu na skutki, jakie prawo kalifornijskie wiąże z jej wykonaniem, uznanie matki zastępczej za matkę dziecka przez sąd niemiecki kreowałoby stosunek swego rodzaju „ułamnego pokrewieństwa”. Relacja rodzicielska między dzieckiem a matką zastępczą nie istniałaby bowiem w świetle prawa stanu Kalifornia, a w konsekwencji matka zastępcza nie sprawowałaby nad nim opieki ani nie ponosiłaby kosztów jego utrzymania. Niezależnie zatem od uznania orzeczenia, dziecko faktycznie pozostałoby w pieczy rodziców docelowych. Uznanie orzeczenia w zakresie ojcostwa mężczyzny, będącego genetycznym ojcem dziecka, nie narusza zaś zdaniem sądu niemieckiego porządku publicznego, co więcej – do tego samego rezultatu prowadziłyby zastosowanie w tym zakresie przepisów prawa krajowego. Partnerowi genetycznego ojca dziecka pozostawałaby natomiast w świetle prawa niemieckiego możliwość przysposobienia dziecka, w wyniku której stałby się on rodzicem dziecka. Sąd uznał w związku z tym, że orzeczenie zagranicznego sądu nie może zostać uznane za niezgodne z porządkiem publicznym tylko dlatego, że opiera się na odmiennej ocenie dobra dziecka niż prawo niemieckie, w szczególności jeśli w wyniku zastosowania przepisów krajowych możliwe byłoby osiągnięcie tych samych rezultatów.

W kolejnych orzeczeniach w podobnych sprawach – m.in. w wyroku Oberlandesgericht (Wyższy Sąd Krajowy) Frankfurt am Main z dnia 14 lipca 2014 r., 20 W 374/13; wyroku Oberlandesgericht Düsseldorf z dnia 7 kwietnia 2015 r., Az. 1 UF 258/13; wyroku Amtsgericht Heidenheim z dnia 11 kwietnia 2017 r., 9 F 191/17; wyroku Oberlandesgericht Celle z dnia 22 maja 2017 r., 17 W 8/16 – sądy podzielały powyższą argumentację BGH. Nie różnicowały przy tym w tym zakresie między parami jedno- i różnopłciowymi⁴⁷. Na gruncie tej linii orzeczniczej wypracowane zostały następujące kryteria, po których spełnieniu sądy zezwalały na uznanie skutków obcych orzeczeń, dotyczących uznania rodziców docelowych za rodziców dziecka urodzonego przez matkę zastępczą: 1) dziecko spokrewnione jest w sensie genetycznym przynajmniej z jednym z rodziców docelowych; 2) między rodzicami docelowymi a dzieckiem wytworzyła się więź socjologiczna; 3) matka zastępcza zrzekła się wykonywania

⁴⁷ Por. np. wyrok OLG Düsseldorf z dnia 7 kwietnia 2015 r., II-1 UF 258/13: *Für eine Differenzierung zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Wunscheltern besteht mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption keine Grundlage* (nb. 23).

władzy rodzicielskiej; 4) matka zastępcza wyraziła dobrowolnie zgodę na oddanie dziecka po urodzeniu i nie zostało wykorzystane jej przymusowe położenie finansowe czy społeczne; 5) zachowane zostały wszystkie prawa procesowe stron⁴⁸.

Mimo wypracowania na gruncie orzecznictwa generalnych przesłanek, jakimi sąd może kierować się przy ocenie danego stanu faktycznego, ich spełnienie nie przesądza o uznaniu bądź odmowie uznania danego orzeczenia, gdyż zależy to każdorazowo od decyzji sądu. W niedawno wydanym wyroku z dnia 12 kwietnia 2017 r. Oberlandesgericht Braunschweig odmówił uznania orzeczenia wydanego przez *District Court, County of Boulder, State of Colorado* w sprawie ustalenia rodzicielstwa rodziców docelowych⁴⁹. Orzeczenie to jest o tyle zaskakujące na gruncie dotychczasowej linii orzeczniczej BGH⁵⁰, że stan faktyczny w sprawie przedstawiał się podobnie jak w przypadku omawianego orzeczenia Az. XII ZB 463/13: niemieckie małżeństwo zawarło z pochodzącą z USA matką zastępczą umowę o surogację, a do zapłodnienia wykorzystano nasienie pochodzące od docelowego ojca oraz komórki jajowe anonimowej dawczyni. OLG Braunschweig stwierdził, że orzeczenie amerykańskiego sądu narusza podstawowe zasady niemieckiego porządku prawnego, przede wszystkim zasadę macierzyństwa kobiety, która urodziła dziecko oraz ogólną regulację krajową dotyczącą zakazu przeprowadzania zabiegów służących macierzyństwu zastępczemu i pośredniczenia w zawieraniu umów o surogację. Wobec tego uznanie wyroku obcego sądu, opierającego się na godzących w te założenia podstawach, byłoby zdaniem sądu sprzeczne z niemieckim porządkiem publicznym. Sąd wskazał przy tym, że docelowy ojciec ma możliwość wszczęcia postępowania o ustalenie ojcostwa, a docelowa matka – postępowania adopcyjnego. Nie uwzględnił przy tym przedstawionego przez wnioskodawców wyniku badania genetycznego, podając tym samym w wątpliwość genetyczne pochodzenie dziecka od docelowego ojca. Zwrócił również uwagę na to, że zawarcie umowy o surogację w USA stanowiło świadome obejście niemieckiego prawa. Od orzeczenia odwołali się wnioskodawcy (rodzice docelowi) i sprawa oczekuje na rozpatrzenie przez BGH, jednak już zdążyła wywołać ożywioną dyskusję w literaturze oraz w mediach⁵¹.

⁴⁸ M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener...*, nb. 21–23.

⁴⁹ Orzeczenie OLG Braunschweig z dnia 12 kwietnia 2017 r., 1 UF 83/13.

⁵⁰ M. Löhnig, *Die Leihmutterchaft in der aktuellen Rechtsprechung*, „*Neue Zeitschrift für Familienrecht*”, z. 44, 2017, beck-online, 549.

⁵¹ Por. np. M. Löhnig, *Die Leihmutterchaft...*, s. 549.

Spiegel-online, *Deutsche Eheleute dürfen nicht Eltern sein* (20.04.2017), <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/braunschweig-gericht-erkennt-vertrag-ueber-leihmutterchaft-im-ausland-nicht-an-a-1144138.html> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).

Legal Tribune Online, *Keine Anerkennung bei Umgehung deutschen Rechts* (20.04.2017), <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-braunschweig-1uf8313-leihmutterchaft-usa-deutsches-paar-keine-rechtlichen-eltern/> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).

4. Podsumowanie

Ze względu na fakt, że macierzyństwo zastępcze stało się w ostatnim czasie w Niemczech zagadnieniem o dużej społecznej doniosłości, w literaturze postuluje się bardziej szczegółową regulację dotyczącą zabiegów medycznie wspomaganey prokreacji, która jest uznawana za niekompletną⁵². Część piśmiennictwa opowiada się za utrzymaniem zakazów związanych z pośrednictwem w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze oraz z wykonywaniem służących mu zabiegów medycznych, część natomiast postuluje otwarcie dyskusji na temat jego dopuszczalności pod pewnymi warunkami⁵³. Proponuje się m.in. wprowadzenie znanej prawu amerykańskiemu instytucji *parental order*⁵⁴. Przeprowadzane są również badania dotyczące rozwoju i dobra dziecka wychowywanego w rodzinach docelowych⁵⁵.

Przeciwnicy legalizacji macierzyństwa zastępczego wskazują, że praktyka uznawania przez sądy obcych orzeczeń dotyczących pochodzenia dzieci urodzonych za granicą prowadzi do wewnętrznej sprzeczności pomiędzy systemem uznawania obcych orzeczeń a niemieckim porządkiem prawnym. Wynika to ich zdaniem z faktu, że zakazuje się pewnych praktyk na terenie własnego państwa, jednocześnie zezwalając na ich wykonywanie za granicą poprzez uznawanie ich skutków na terenie kraju⁵⁶.

Z drugiej strony część komentatorów wskazuje, że uregulowanie relacji rodzicielskiej w konkretnym przypadku nie przekłada się na prawną ocenę samej instytucji macierzyństwa zastępczego. Podkreślają oni, że ustawowe zakazy stanowią instrument służący prewencji generalnej, ale to dobro konkretnego, już urodzonego dziecka, powinno mieć pierwszeństwo przed względami o charakterze profilaktycznym i do takiej argumentacji przychylił się dotychczas BGH⁵⁷.

⁵² H.L. Schreiber, *The legal...*, s. 8–9. Postulat reformy w tym zakresie także w: M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener...*, nb. 24.

⁵³ M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener...*, nb. 51.

⁵⁴ K. Hilbig-Lugani, *Rechtliche...*, s. 23.

⁵⁵ Szerzej o wpływie macierzyństwa zastępczego na dobro dziecka zob.: A. Diel, *Leihmutterchaft...*, s. 47–65.

⁵⁶ K. Hilbig-Lugani, *Rechtliche...*, s. 19.

⁵⁷ K. Hilbig-Lugani, *Rechtliche...*, s. 20; M. Wellenhofer, [w:] D. Schwab (red.), *Münchener...*, nb. 21–23.

Bibliografia

- Coester-Waltjen D., Lipp V., Schumann E., Veit B., *Kinderwunschmedizin – Reformbedarf im Abstammungsrecht?*, „Göttinger Juristische Schriften” t. 17, Universitätsverlag Göttingen 2015.
- Diel A., *Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus. Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht*, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 2014.
- Fras M., Abłażewicz D., *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VI, 2008.
- Götze V., *Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterschaft*, HWR Berlin, 2015.
- Heiderhoff B., *Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder*, „Neue Juristische Wochenschrift”, z. 37, 2014, beck-online.
- Hilbig-Lugani K., *Rechtliche Probleme bei Samenspende und Leihmutterschaft*, Fachvortrag im Vorfeld des 71. Deutschen Juristentages, Landgericht Essen, 2016; http://www.juristische-ruhr.de/ablage/160616_hilbig-lugani.pdf (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).
- Legal Tribune Online, *Keine Anerkennung bei Umgehung deutschen Rechts* (20.04.2017), <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olg-braunschweig-1uf8313-leihmutterschaft-usa-deutsches-paar-keine-rechtlichen-eltern/> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).
- Löhnig M., *Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung*, „Neue Zeitschrift für Familienrecht”, z. 44, 2017, beck-online.
- Schreiber H.L., *The legal situation regarding assisted reproduction in Germany*, „Reproductive BioMedicine Online”, vol. 6, nr 1, 2002.
- Schwab D. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, wyd. 7, C.H.BECK München 2017, beck-online.
- Spickhoff A. (red.), *Medizinrecht*, wyd. 2, C.H.BECK 2014, beck-online.
- Spiegel-online, *Deutsche Eheleute dürfen nicht Eltern sein* (20.04.2017), <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/braunschweig-gericht-erkennt-vertrag-ueber-leihmutterschaft-im-ausland-nicht-an-a-1144138.html> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, *Leihmutterschaftstourismus mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH – Sachstand*, WD 7 – 3000 – 156/16, Deutscher Bundestag 2016; <https://www.bundestag.de/blob/485824/c7e199627102239642c9b56c-cfed9dde/wd-7-156-16-pdf-data.pdf> (dostęp: dnia 14 marca 2018 r.).

