

„Ist das deutsche Abstammungsrecht noch zeitgemäß?“

Diplomarbeit

**an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
Fachbereich Rechtspflege**

vorgelegt von Janett Espig
aus Chemnitz

Meißen, 2. Juni 2022

Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung	1
B.	Grundlegende Begrifflichkeiten	3
I.	Abstammung und Verwandtschaft	3
II.	Elternschaft	4
1.	Rechtliche Elternschaft	4
a)	Mutterschaft	4
b)	Vaterschaft	5
aa)	<i>Möglichkeiten rechtlicher Vaterschaft</i>	5
ab)	<i>Nr. 1 – gesetzliche Vaterschaft</i>	5
ac)	<i>Nr. 2 – anerkannte Vaterschaft</i>	7
ad)	<i>Nr. 3 – gerichtlich festgestellte Vaterschaft</i>	8
2.	Biologische Elternschaft	10
3.	Genetische Elternschaft.....	11
4.	Intendierende Elternschaft.....	11
C.	Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts	12
I.	Problemaufriss	12
II.	Zwei-Eltern-Prinzip	12
III.	Statusprinzip	13
1.	Statusklarheit.....	13
2.	Statusbeständigkeit.....	14
IV.	Verursacherprinzip	15
V.	Orientierung am Kindeswohl	15
D.	Elternschaft lesbischer Paare	16
I.	Allgemeines	16
II.	Die Mit-Mutter	17
1.	Gleichstellung der zweiten Elternstelle.....	17
2.	Gleichbehandlung der Fortpflanzungsmethoden	18
3.	Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Abstammungsrechts	19
a)	Zwei-Eltern-Prinzip.....	19
b)	Statusprinzip.....	19
aa)	<i>Statusklarheit</i>	19
ab)	<i>Statusbeständigkeit durch Einschränkungen des Anfechtungsrechts</i>	19
c)	Verursacherprinzip	23
d)	Kindeswohlprinzip	24

e) Fazit.....	25
III. fehlende Vaterschaft zweier Väter	25
1. Strafbarkeit der Leihmutterschaft in Deutschland	25
2. Anerkennung ausländischer Entscheidungen.....	26
a) Beispielsfall.....	26
b) Voraussetzungen der Anerkennung in Bezug zu obigem Beispielsfall.....	27
3. Vergleich zur Mit-Mutterschaft	27
E. Plurale Elternschaft	29
I. Allgemeines.....	29
II. Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Abstammungsrechts.....	29
1. Zwei-Eltern-Prinzip.....	29
2. Statusprinzip.....	30
a) Zuordnung kraft bestehender Ehe	30
b) Zuordnung kraft Anerkennung.....	30
c) Zuordnung kraft gerichtlicher Entscheidung.....	31
3. Verursacherprinzip	31
a) Anfängliche multiple Elternschaft	31
b) Erworbene multiple Elternschaft.....	32
4. Kindeswohl.....	32
5. Fazit.....	33
III. Alternative Lösungsmöglichkeiten.....	34
F. Das „Dritte Geschlecht“	34
I. Allgemeines.....	34
II. Geltendes Recht	35
1. Die 1. Elternstelle	35
2. Die 2. Elternstelle	37
III. Auswirkungen der Reformvorschläge des Arbeitskreises	38
1. Auswirkungen auf die 1. Elternstelle	38
2. Auswirkungen auf die 2. Elternstelle	38
G. Fazit.....	39
Literaturverzeichnis.....	IV
Eidesstattliche Versicherung.....	VII

A. Einführung

„Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ - Art. 6 Absatz 1 GG.

„Ehe und Familie“ - wie lassen sich diese Begriffe definieren?

Das Bundesverfassungsgericht sieht sie als *„Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann“*.¹

Im Alltag wird der Begriff als lebenslange Gemeinschaft von Vater, Mutter und Kind verstanden. Die Ehe fungiert dabei als das zentrale Element der Familie.²

Dieses Bild stimmt mit der heutigen Lebenswirklichkeit nur noch bedingt überein. Lebensmodelle verändern sich und so auch das Zusammenleben der Menschen. Ehen sind längst nicht mehr so beständig wie in der Vergangenheit. So wurde beispielsweise im Jahr 2015 bei einer Ehedauer von 0 bis 25 Jahren etwa jede dritte Ehe geschieden.³ 2020 gab es in Deutschland 72.138 Ehescheidungen mit minderjährigen Kindern innerhalb der betroffenen Familien.⁴ Dies führt unweigerlich zu einer Pluralisierung familiärer Lebensformen, welche zu gelebter Normalität geworden sind.⁵

Aufgrund der rückläufigen Geburtenzahlen im Vergleich zu denen vor 40 Jahren⁶, lösen sich bestehende familiäre Beziehungen zu Kindern nach Trennungen immer seltener auf. Dies hat zur Folge, dass sich die Zahl der Bezugspersonen eines Kindes aufgrund neuer Partnerschaften der Eltern erweitert. Nicht selten kommt der Wunsch einer dritten Elternstelle auf.⁷

¹ BVerfG, B. v. 17.1.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, 71.

² Vgl. Deutsches Rotes Kreuz e.V., Werte und Wertebildung in Familien, Bildungsinstitutionen, Kooperationen, S. 13.

³ Vgl. Statistisches Bundesamt, Maßzahlen zu Ehescheidungen 2000 bis 2020.

⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt, Ehescheidungen und betroffene minderjährige Kinder.

⁵ Vgl. Rüdiger Peuckert, Familienformen im sozialen Wandel, S. 133-145.

⁶ Im Jahr 2020 wurden in Deutschland 773.144 Kinder geboren. Im Vergleich dazu im Jahr 1980 865 789; vgl. Statistisches Bundesamt, Lebendgeborene, Gestorbene, Geburten-/Sterbeüberschuss (ab 1950).

⁷ Vorstehender Absatz vgl. Bettina Heiderhoff, Zur geplanten Reform des deutschen Abstammungsrechts, FF 2020, 225.

Gleichgeschlechtliche Paare wünschen sich hingegen eine zweite Mutter- oder Vaterstelle, über welche spätestens seit Inkrafttreten der „Ehe für Alle“⁸ am 1. Oktober 2017 diskutiert wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert den Begriff der Familie nicht näher. In den §§ 1591 ff. BGB ist lediglich die Abstammung eines Kindes geregelt. Demnach wird das Kind einer Mutter und einem Vater zugeordnet. Dieser Eltern-Kind-Zuordnung kommt weitreichende Bedeutung zu. So knüpft beispielsweise die elterliche Sorge, §§ 1626 ff. BGB, das Namensrecht, §§ 1616 ff. BGB, oder auch die Unterhaltspflichten der §§ 1601 ff. BGB an die Abstammung eines Kindes an. Außerdem hängt das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht, §§ 1924 ff. BGB, oder der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit von seiner Abstammung ab.

Mit Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes⁹ am 1. Juli 1998 wurden die gesetzlichen Regelungen zum Abstammungsrechts letztmals reformiert. Eine rechtliche Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder, welche in Teilbereichen noch bestand, wurde abgeschafft. Hierdurch ergaben sich zahlreiche Änderungen, u.a. im Bereich des Abstammungsrechtes.

Damals wurde das geltende Recht an bestehende Lebenswirklichkeiten angepasst. Nun – eine Generation später – will die Bundesregierung den heutigen gesellschaftlichen Änderungen mit einer Neuregelung des Abstammungsrechts Rechnung tragen.

Dabei soll der Begriff der „Abstammung“ durch den der „*rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung*“ ersetzt werden, da ansonsten zu Unrecht suggeriert würde, dass es allein um Personen ginge, welche genetisch verwandt sind.¹⁰

⁸ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017, BGBl 2017 I S. 2787, in Kraft getreten am 1.10.2017.

⁹ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) v. 16.12.1997, BGBl 1997 I, S. 2942.

¹⁰ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 14.

In dieser Arbeit soll die Reformbedürftigkeit des deutschen Abstammungsrechts näher untersucht werden. Dabei wird, nach Blick auf die derzeit bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere auf die eingangs erwähnte Vielfalt an familiären Konstellationen eingegangen und ein Übereinkommen der vom Arbeitskreis für Abstammungsrecht¹¹ diskutierten Reformvorschläge mit den geltenden Prinzipien des Abstammungsrechtes beleuchtet.

Im Abschluss soll die Fragestellung dieser Arbeit Beantwortung finden.

Eine begriffliche Vorklärung der in dieser Arbeit verwendeten Begriffe, namentlich der Abstammung und der Verwandtschaft, sowie die Aufspaltung in rechtliche, biologische, sowie genetische und intendierende Elternschaft ist unausweichlich und wird im folgenden Abschnitt vorgenommen.

B. Grundlegende Begrifflichkeiten

I. Abstammung und Verwandtschaft

„Abstammung bedeutet die biologische Herkunft des Abkömmlings aus der Reihe seiner Vorfahren“¹² oder vereinfacht ausgedrückt, die Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern.¹³ Im Bürgerlichen Gesetzbuch beschränken sich die gesetzlichen Regelungen allein auf die Abstammung von Mutter und Vater.

Die Abstammung begründet ihrerseits die Verwandtschaftsverhältnisse im Sinne des § 1589 BGB. Demnach sind *„Personen, deren eine von der anderen abstammt, in gerader Linie verwandt“* und *„Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, in der Seitenlinie verwandt“*.

¹¹ Der Arbeitskreis Abstammungsrecht wurde im Februar 2015 vom damaligen Bundesminister der Justiz und Verbraucherschutz Heiko Maas eingesetzt, um den Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen und ggf. Reformvorschläge zu entwickeln. Am 4.7.2017 wurde ein 134 Seiten starker Abschlussbericht vorgelegt. Dieser beinhaltet 91 Thesen zur Modernisierung des geltenden Abstammungsrechts. Auf einen Teil dieser Reformvorschläge soll in hiesiger Arbeit eingegangen werden.

¹² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Einf. v. § 1591 BGB, Rn. 1.

¹³ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 13 u. 14.

Der Verwandtenbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches geht über den Begriff der Blutsverwandtschaft, d.h. der Verwandtschaft zwischen Personen aufgrund ihrer biologischen Abstammung von gemeinsamen Vorfahren, hinaus.¹⁴ Umfasst sind auch gesetzliche Verwandtschaftsverhältnisse, die beispielsweise durch die Minderjährigenadoption gemäß § 1754 BGB entstehen.

Einige der in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeiten werden im alltäglichen Sprachgebrauch oft synonym verwendet. Um Verwirrung entgegenzuwirken, wird im weiteren Verlauf in die verschiedenen Facetten der Elternschaft unterschieden. Dabei ergeht vorab der Hinweis, dass rechtliche Elternschaft auch durch Adoption begründet werden kann, worauf im Fortgang der Ausführungen jedoch nicht gesondert eingegangen werden soll.

II. Elternschaft

1. Rechtliche Elternschaft

a) Mutterschaft

Allein § 1591 BGB regelt, wer rechtliche Mutter eines Kindes ist. Demnach ist dies jene Frau, „*die es geboren hat*“.

Durch die gesetzliche Regelung steht die erste Elternstelle von vornherein und unveränderlich fest. Einer Anerkennung der Mutterschaft bedarf es nicht, genau so wenig ist eine Anfechtung dieser rechtlichen Stellung *de lege lata* möglich.

Das deutsche Abstammungsrecht sieht lediglich die Zuordnung einer einzigen Mutter vor. Damit wurden von vornherein anderweitige rechtliche Beziehungen zwischen Mutter und Kind, beispielsweise aufgrund einer Eizellspende im Falle von Leihmutterschaft, ausgeschlossen.

¹⁴ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Einf. v. § 1589 BGB, Rn. 1.

b) *Vaterschaft*

aa) *Möglichkeiten rechtlicher Vaterschaft*

„*Vater eines Kindes ist [gemäß § 1592 BGB] der Mann,*

1. *der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist*
2. *der die Vaterschaft anerkannt hat oder*
3. *dessen Vaterschaft nach § 1600 d oder § 182 Absatz 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist.“*

ab) *Nr. 1 – gesetzliche Vaterschaft*

Die gesetzliche Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 BGB beruht auf der Vermutung, dass Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist. Dabei ist irrelevant, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der Ehe vorliegen oder ob diese später aufgehoben wird.

Diese Annahme findet gemäß § 1593 Satz 1 BGB auch dann noch Anwendung, „*wenn die Ehe durch Tod aufgelöst wurde und das Kind innerhalb von 300¹⁵ Tagen nach der Auflösung zur Welt kommt“*.

Heiratet die Mutter des Kindes nach dem Tod des Ehemanns erneut und wäre daher eine Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 oder § 1593 Sätze 1 und 2 BGB denkbar, so ist das Kind als Abkömmling des neuen Ehemanns anzusehen (Satz 3), sofern nicht die Vaterschaft angefochten und rechtskräftig festgestellt wurde, dass er nicht der Vater des Kindes ist. In diesem Falle wäre dann der frühere, bereits verstorbene Mann, rechtlicher Vater des Kindes (Satz 4).

¹⁵ Sofern feststeht, „*dass das Kind mehr als 300 Tage vor seiner Geburt empfangen wurde, so ist dieser Zeitraum maßgebend“*, § 1593 Satz 2 BGB.

Bei Zuordnung eines Kindes zu seinem Vater gibt es die Möglichkeit der Korrektur auf der Sekundärebene¹⁶.

Eine solche erfolgt nicht von Amts wegen, vielmehr bedarf es einer Anfechtung in Form einer Gestaltungsklage nach § 1599 Absatz 1 BGB.

Zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt sind dabei der Vater, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und Nr. 2¹⁷ oder § 1593 BGB besteht, der Mann der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, sowie die Mutter und das Kind, § 1600 Absatz 1 Nrn. 1 - 4 BGB.

Fraglich ist, ob auch der Samenspender im Sinne der teleologischen Reduktion des § 1600 Absatz 1 Nr. 2 BGB die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anfechten kann. Zur Klärung der Frage bedarf es einer näheren Betrachtung des unbestimmten Begriffes der „*Beiwohnung*“. Sinn und Zweck des Merkmals ist, das Anfechtungsrecht auf diejenigen Personen zu begrenzen, die als biologischer Vater des Kindes tatsächlich in Betracht kommen.¹⁸ Dies kann bei Samenübertragungen ebenso der Fall sein, wie bei Geschlechtsverkehr.¹⁹ Eine Anwendung der Norm auf den Samenspender ist folglich geboten, wenn „*der Zeugung des Kindes keine auf die (ausschließliche) Vaterschaft eines Dritten als Wunschvater gerichtete Vereinbarung im Sinne von § 1600 Absatz 4 BGB (vormals § 1600 Abs. 5 BGB) vorausgegangen ist*“.²⁰

Die Vaterschaftsanfechtung des biologischen Vaters kann jedoch nur Erfolg haben, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater nach § 1592 Nr. 1 BGB „*keine sozial-familiäre Bindung besteht oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat*“, § 1600 Absatz 2 BGB.

¹⁶ Während die Primärebene regelt, wer einem Kind mit der Geburt, bzw. unmittelbar danach zugeordnet wird, kann auf der Sekundärebene eine Korrektur dieser Primärzuordnung erfolgen, vgl. Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 24.

¹⁷ Zu Nr. 2 siehe unter B, II, 1., b), ac).

¹⁸ Vgl. OLG Köln, Urteil v. 17.05.2011, II-14 UF 160/10, juris, Rn. 29.

¹⁹ Vgl. a.a.O.

²⁰ BGH, Urteil v. 15.5.2013, XII ZR 49/11, BGHZ 197, 242.

Eine solche liegt gemäß Absatz 3 vor, wenn für das Kind die tatsächliche Sorge getragen wird oder wurde, was wiederum in der Regel der Fall ist, sofern Vater und Mutter miteinander verheiratet sind oder der Vater zusammen mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat.

Die Vaterschaftsanfechtung ist ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft und kann gemäß § 1600 a Absatz 2 BGB nur persönlich innerhalb der Frist des § 1600 b BGB erklärt werden; bei einem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränktem minderjährigen Kind kann dies nur der gesetzliche Vertreter, § 1600 a Absatz 3 BGB.

Sofern das Gericht im Nachgang zu dem Entschluss kommt, dass das Kind nicht von dem nach § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB zugeordneten Vater abstammt, wird das bisherige Vater-Kind Verhältnis rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes aufgehoben. Das Kind gilt als vaterlos. Vaterschaft kann nunmehr nur aufgrund Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB oder aufgrund gerichtlicher Feststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB begründet werden.²¹

ac) Nr. 2 – anerkannte Vaterschaft

Falls die Vaterschaft eines anderen Mannes nicht feststeht, kann Vaterschaft durch Anerkennung begründet werden, § 1594 Absatz 2 BGB *argumentum e contrario*.

Die Anerkennung ist eine einseitige, der Form des § 1597 Absatz 1 BGB bedürftige, gemäß § 1597 Absatz 2 BGB benachrichtigungs- aber nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.

Mit dieser beurkundet ein Mann „*seinen rechtsgeschäftlichen Willen, in die statusrechtliche Rechtsstellung des Vaters einrücken zu wollen*“.²²

Die Anerkennung der Vaterschaft kann nur einheitlich erklärt werden, d.h. eine Teilanerkennung ist nicht möglich. Auch darf die Erklärung nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden, § 1594 Absatz 3 BGB.

²¹ Vorstehender Absatz vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1599, Rn. 8.

²² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1594 BGB, Rn. 4.

Zwingend bedarf es gemäß § 1595 Absatz 1 BGB der Zustimmung der Kindesmutter und ggf. auch der des Kindes, § 1595 Absatz 2 BGB, bzw. der des jeweiligen gesetzlichen Vertreters, § 1596 BGB.

Sofern die Zustimmung nicht alsbald erteilt wird und die Anerkennung noch nicht wirksam geworden ist, kann der Vater seine Erklärung binnen eines Jahres widerrufen, § 1597 Absatz 3 BGB.

Die Vaterschaftsanerkennung wird wirksam, sobald alle o.g. Voraussetzungen, mit Ausnahme der Übersendung gemäß § 1597 Absatz 2 BGB, vorliegen. Sodann wird der anerkennende Mann zum rechtlichen Vater des Kindes.

Bereits an dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass eine Vaterschaft aufgrund Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB nicht von einer tatsächlich bestehenden biologischen Abstammung abhängt. Vielmehr sieht es der Gesetzgeber als ausreichend an, wenn ein Mann, mit Zustimmung der Mutter, rechtsverbindlich zum Ausdruck bringt, Verantwortung für das Kind übernehmen zu wollen.²³

Eine Anfechtung der Vaterschaft durch Anerkennung ist ebenso wie bei der gesetzlichen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB möglich.

ad) Nr. 3 – gerichtlich festgestellte Vaterschaft

Sofern keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 oder § 1593 BGB besteht, ist sie gemäß § 1600 d Absatz 1 BGB mit dem Ziel der Ermittlung der biologischen Vaterschaft eines bestimmten Mannes gerichtlich festzustellen.

Dies kann entweder durch direkten Nachweis der Abstammung eines Kindes von einem bestimmten Mann nach § 1600 d Absatz 1 BGB oder aufgrund Vermutung gemäß § 1600 d Absatz 2 BGB erfolgen.

²³ Vgl. BVerfG, Nichtannahmeb. v. 13.10.2008, 1 BvR 1548/03, NJW 2009, 423.

Das Feststellungsverfahren wird durch einseitigen Antrag des (vermutlich) biologischen Vaters, der Kindesmutter oder des Kindes eingeleitet, § 171 Absatz 1 FamFG.²⁴ Durch den Antragsteller sind dabei Anhaltspunkte darzulegen, welche die behauptete Vaterschaft möglich erscheinen lassen.²⁵ Das Familiengericht hat in der Folge unter Ausschöpfung der modernen Paternitätsbegutachtung das Bestehen oder Nichtbestehen der behaupteten Vaterschaft zu untersuchen.²⁶

Sofern sich die Vaterschaft trotz Ausnutzung aller zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht feststellen lässt, kann die Vermutungswirkung des § 1600 d Absatz 2 BGB greifen. Demnach wird als Vater vermutet, „*wer der Mutter während der Empfängniszeit²⁷ beigewohnt hat*“. Die Annahme kann durch negativen Vaterschaftsbeweis oder aufgrund schwerwiegender Zweifel entkräftet werden.

Absatz 2 dürfte in der heutigen Zeit an Bedeutung verloren haben, da aufgrund modernster Untersuchungsmethoden das Bestehen oder Nichtbestehen der Vaterschaft mit fast hundertprozentiger Genauigkeit²⁸ bestätigt werden kann. Laut Aussage einer am Amtsgericht Auerbach tätigen Familienrichterin, ist ihr ein Rückgriff auf die Vermutung des § 1600 d Absatz 2 BGB zu ungewiss. „*Jedes Kind hat ein Recht auf eine verlässliche Information über seinen leiblichen²⁹ Vater.*“ Aus den genannten Gründen habe sie im Rahmen ihres Richteramtes noch nie auf die Norm zurückgegriffen, so auch die übrigen Familienrichter_innen des Amtsgerichts.³⁰

²⁴ Vgl. Walter Rahm, Bernd Künkel (Hrsg.), Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, juris, Rn. 74.

²⁵ Vgl. BGH, B. v. 29.10.2014, XII ZB 20/14, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1600 d BGB, Rn. 3.

²⁶ Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 1600 d BGB, Rn. 4.

²⁷ Der Zeit vom 300. bis zu dem 181. Tag vor der Geburt des Kindes, sofern der Zeitpunkt der Empfängnis nicht festgestellt wurde, § 1600 d Absatz 3 BGB.

²⁸ Mit Ausnahme der Testung eineiiger Zwillinge.

²⁹ In dieser Arbeit bezeichnet als biologischer Vater.

³⁰ So I. Bahlmann, Direktorin und Familienrichterin des Amtsgerichts Auerbach, persönliche Korrespondenzen vom 14.4.2022 und 29.4.2022.

Ab 1. Juli 2018³¹ wurde mit Absatz 4 des § 1600 d BGB ergänzt, dass ein Samenspender nicht als Vater des Kindes festgestellt werden kann, sofern das Kind durch eine ärztlich assistierte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden ist, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 des Samenspenderregistergesetzes zu Verfügung gestellt wurde. Von der Freistellung erfasst werden dabei aber nur diejenigen künstlichen Befruchtungen, welche unter Beachtung o.g. Voraussetzungen erfolgten.

Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung erfolgt durch Beschluss. Die Feststellung tritt rückwirkend ein. Daraus resultierende Rechtswirkungen können jedoch erst vom Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung an geltend gemacht werden, § 1600 d Absatz 5 BGB. Der Beschluss ist nicht abänderbar³², § 184 Absatz 1 Satz 2 FamFG. Es kann jedoch Beschwerde eingelegt oder ein Restitutionsantrag gemäß § 185 FamFG gestellt werden.

2. Biologische Elternschaft

Als biologische Eltern sind die „*durch Zeugung und Geburt vermittelte Mutter oder der dadurch vermittelte Vater*“³³ anzusehen.

Biologische Mutter ist demnach die Frau, die das Kind ausgetragen und zur Welt gebracht hat³⁴, während biologischer Vater derjenige Mann ist, „*von dem der Samen stammt und der das Kind gezeugt hat*“.³⁵

Somit lässt sich schlussfolgern, dass rechtliche und biologische Mutterschaft zwingend übereinstimmen; rechtliche und biologische Vaterschaft jedoch auseinanderfallen können.

³¹ Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen v. 17.7.2017, BGBl I S. 2513, in Kraft getreten am 1.7.2018.

³² Mit Ausnahme von § 48 Abs. 1 FamFG.

³³ Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 18.

³⁴ Vgl. Chris Thomale, Mietmutterschaft, S.1.

³⁵ Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 18.

3. Genetische Elternschaft

Genetische Eltern sind jene, aus deren Keimzellen sich das Kind gebildet hat, mithin die Eizelle der Frau und der Samen des Mannes.³⁶

Da es aufgrund modernster Fortpflanzungsmethoden möglich ist, Eizellen zu übertragen, ist eine rein genetische Mutterschaft möglich. Biologische und damit rechtliche Mutter bleibt die Frau, die das Kind ausgetragen und geboren hat.

Genetische Vaterschaft ist jedoch zwingend synonym zur biologischen Vaterschaft³⁷, wobei es bei der rechtlichen Vaterschaft gemäß § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB eben darauf nicht ankommt.

4. Intendierende Elternschaft

Als intendierende Eltern werden in hiesiger Arbeit diejenigen Personen bezeichnet, die ganz unabhängig von einer tatsächlich bestehenden biologisch- und/oder genetischen Abstammung, die Elternverantwortung für ein Kind übernehmen möchten. Vorherrschend sind dies jene Personen, welche in Zeugungsmaßnahmen der Reproduktionsmedizin, beispielsweise eine künstliche Befruchtung, eingewilligt haben. Nach erfolgreichem Behandlungsabschluss, d.h. der Geburt eines Kindes, haben diese die *Intention (die Absicht)*³⁸, rechtliche Eltern des Kindes zu werden.

³⁶ Zum Begriff der genetischen Mutter vgl. Chris Thomale, Mietmutterschaft, S.1; zum Begriff des genetischen Vaters vgl. Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 19.

³⁷ Vgl. Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 19.

³⁸ Vgl. Dudenredaktion.

C. Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts

I. Problemaufriss

Da der Abstammung eines Kindes von Mutter und Vater, wie eingangs erwähnt, weitreichende Bedeutung zufällt, bedarf es zur Klärung der Fragestellung zunächst einer Auseinandersetzung mit den dem Abstammungsrechts zugrundeliegenden Rechtsprinzipien. Im Folgenden wird nur auf jene Leitideen eingegangen, welche für diese Arbeit als relevant angesehen werden.

II. Zwei-Eltern-Prinzip

Grundprinzip des geltenden Abstammungsrechts ist, jedem Kind rechtlich nur einer Mutter und einem Vater zuzuordnen. Eine plurale Elternschaft, d.h. eine Mehrelternschaft mit all den damit verbundenen, zu Beginn genannten, rechtlichen Folgewirkungen, kennt das deutsche Recht nicht. Zwar formuliert Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG keine numerische Höchstgrenze rechtlicher Eltern, jedoch hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Trägerschaft des aus Art. 6 Abs. 2 S.1 GG folgenden Elternrechts lediglich *einer* Mutter und *einem* Vater zuzusprechen ist.³⁹

Niederschlag des, auch als Unitätsprinzip bezeichneten Leitspruchs, findet sich zum einen im § 1591 BGB. Er legt fest, dass Mutter eines Kindes nur die Geburtsmutter ist.

Im Hinblick auf die Elternstelle des Mannes verwirklicht sich das Prinzip in der negativen Sperrwirkung einer bereits bestehenden Vaterschaft. So ist eine Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1594 Abs. 2 BGB nicht wirksam, „so lange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht“ und eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nicht möglich, solange eine Vaterschaft aufgrund Ehe oder Anerkennung besteht, § 1600 d Abs. 1 BGB.

³⁹ Vgl. BVerfG, B. v. 9.4.2003, 1 BvR 1493/96, BVerfGE 108, 82, 101.

III. Statusprinzip

1. Statusklarheit

Das Abstammungsrecht hat die Aufgabe, die Rechtsstellung eines Kindes zu seinen Eltern zu ordnen. Jene rechtliche Eltern-Kind Zuordnung ist ein „*durch die Rechtsordnung verliehener Status*“.⁴⁰ Dieser soll nach Intention des Gesetzgebers nicht vage und ungewiss bleiben. Vielmehr bedarf er einer soliden Grundlage, welche unzweifelhaft feststellbar sein und damit auch von vornherein Zweifel an der rechtlichen Zuordnung des Kindes zu seinen Eltern vorbeugen soll.⁴¹

Das Prinzip der Statusklarheit verwirklicht sich insbesondere durch Zuordnung der Geburtsmutter als rechtliche Mutter eines Kindes gemäß § 1591 BGB. Die erste Elternstelle wird somit unmittelbar mit der Frau besetzt, die das Kind geboren hat. Um auch möglichst schnell die zweite Elternstelle bestimmen zu können, wird zum einen kraft Vermutung bei bestehender Ehe oder zum anderen aufgrund rechtswirksamer Erklärung eines Mannes, § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB, ein Vater zugeordnet. Das Bestehen der Vaterschaft eines anderen Mannes kann zur Verwirklichung der Rechtsklarheit auch nur dann festgestellt werden, wenn das Nichtbestehen der jetzigen feststeht. Ein Nebeneinander mehrerer rechtlicher Väter ist, wie bereits ausgeführt, nicht möglich.

Die Statusklarheit scheint damit auch dem Prinzip der in dieser Arbeit nicht gesondert aufgeführten *Statuswahrheit* überlegen.

Grundgedanke des Abstammungsrechts ist ein Gleichlauf rechtlicher und biologisch-genetischer Elternschaft.⁴² An dieser Leitidee wird jedoch nicht immer festgehalten, vielmehr kommt es häufig zu, teils auch vom Gesetzgeber gewollten, Abweichungen.

⁴⁰ Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 24.

⁴¹ Vgl. BT-Drucksache 13/4899, S. 52; BT-Drucksache 13/8511, S. 70.

⁴² Vgl. BVerfG, B. v. 2.7.2010, 1 BvR 666/10, FamRZ 2010, 1621; BGH, B. v. 10.10.2018, XII ZB 231/18, FamRZ 2018, 1919 (m. Anm. Professor Dr. Dagmar Coester-Waltjen).

Eine biologische Komponente ist zwar im Hinblick auf die Zuordnung der Mutter ausschlaggebend⁴³, für die rechtliche Stellung des Vaters hingegen untergeordneter Bedeutung.⁴⁴ Zwar kann durch eine Vaterschaftsanfechtung in manchen Fällen der Gleichlauf rechtlicher und biologischer Vaterschaft beabsichtigt werden, diese ist jedoch, insbesondere im Hinblick auf den „*Schutz familiärer sozialer Beziehungen*“ (Artikel 6 Abs. 1 GG) und den „*Schutz der Intimsphäre*“ (Artikel 2 Abs. 1 GG)⁴⁵ durch Anfechtungsfristen und durch das Anfechtungshindernis aufgrund sozial-familiärer Beziehung, § 1600 Abs. 2 und 3 BGB, begrenzt. Gelebte Familienrealität überwiegt somit gegenüber dem Prinzip der Statuswahrheit zum Wohle der Statusklarheit und der unter dem nächsten Punkt aufgeführten Statusbeständigkeit.

2. Statusbeständigkeit

Ist erst einmal eine rechtliche Eltern-Kind Zuordnung getroffen, so soll diese zum Zwecke der Rechtssicherheit, aber vor allen Dingen auch zum Wohle des Kindes, Bestand haben⁴⁶; sie ist anders als beispielsweise die elterliche Sorge oder das Umgangsrecht auf Dauer angelegt. Insbesondere die rechtliche Mutterschaft ist aufgrund ihrer Unanfechtbarkeit höchster Ausdruck der Stabilität des Statusprinzips.⁴⁷ Hinsichtlich rechtlicher Vaterschaft spiegelt sich die Statusbeständigkeit in den Einschränkungen des Anfechtungsrechts wieder.⁴⁸

⁴³ Wobei auch hier im Falle einer Eizell- oder Embryonenspende genetische und biologische Mutterschaft auseinanderfallen können.

⁴⁴ Vgl. Theresa Richarz, Kirsten Scheiwe, Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte, Aktueller Reformbedarf im Familien- und Abstammungsrecht – Welche Ziele und Zwecke verfolgt das Recht der Eltern-Kind-Beziehungen?.

⁴⁵ Ann-Marie Kaulbach/Christiane Pickenhahn/Henrike von Scheliha: Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768.

⁴⁶ Vgl. Dagmar Coester-Waltjen, Besonderheiten im Abstammungsverfahren, Jura 2009, 427, 428.

⁴⁷ Vgl. Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 51.

⁴⁸ Vgl. a.a.O., S. 51, 52.

IV. Verursacherprinzip

Rechtliche Verantwortung für ein Kind übernehmen sollen nach Ansicht des Gesetzgebers die Personen, die die Existenz des Kindes „*verursacht haben*“.⁴⁹ Im Falle natürlicher Zeugung stehen diese Personen eindeutig fest - der Mann und die Frau, welche an der Zeugung beteiligt waren. Bei ärztlich assistierter Fortpflanzung kann in den Einwilligungserklärungen der Beteiligten in die Befruchtung „*eine wesentliche Bedingung für die Entstehung des Kindes gesehen werden*“.⁵⁰

V. Orientierung am Kindeswohl

Vor der Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern erfolgt keine Einzelfallprüfung dahingehend, ob dies dem Wohle des Kindes auch tatsächlich dienlich ist. Das Kindeswohl als ein bedeutendes Prinzip des Abstammungsrechts auszusprechen, ist demnach nur vage möglich. Durch Verwirklichung der oben beschriebenen Zuordnungsprinzipien soll jedoch dem Kind ein „*sozial und wirtschaftlich sicheres Aufwachsen*“⁵¹ ermöglicht werden.⁵²

Der seitens des Gesetzgebers größtenteils beabsichtigte Gleichlauf rechtlicher und biologischer Abstammung verspreche nicht nur *Kontinuität und Stabilität*⁵³, auch seien laut Bundesverfassungsgericht im Zweifel „*diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen*“.⁵⁴

⁴⁹ Vgl. Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 27; vgl. Rüdiger Ernst, Abstammungsrecht, Die Reform ist vorbereitet!, NZFam 2018, 44.

⁵⁰ Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 27.

⁵¹ Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 83.

⁵² Vgl. Bettina Heiderhoff, Herausforderungen durch neue Familienformen - Zeit für ein Umdenken, NJW, 2016, 2629, 2630.

⁵³ Tobias Helms, Abstammungsrecht und Kindeswohl, zitiert nach: Ann-Cathrin Brock, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 83.

⁵⁴ BVerfG, B. v. 9. 4. 2003, 1 BvR 1493/96, BVerfGE 108, 82, 100.

Sofern im Nachhinein festgestellt wird, dass die getroffene Zuordnung dem Wohle des Kindes nicht entspricht, so kann eine Korrektur im Bereich des Sorge- und Umgangsrechts, beispielsweise durch Entziehung der elterlichen Sorge, § 1666 BGB, erfolgen. Eine Vorabprüfung würde den übrigen Leitprinzipien, insbesondere dem Statusprinzip zuwiderlaufen. Auch würde dem aus Art. 6 Absatz 2 GG folgendem natürlichen Elternrecht widersprochen. Immerhin gibt es zum Zuweisungszeitpunkt, dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes (zumindest im Rahmen der Mutterschaft), noch keine greifbaren Anknüpfungspunkte. Der Familienalltag wird noch nicht gelebt. Man liefere Gefahr, das Kindeswohl allein aufgrund sozioökonomischer Gesichtspunkte zu beurteilen, was eine Diskriminierung nach sich ziehen könnte.

Im Ergebnis lässt sich nicht sagen, dass es im Abstammungsrecht um das Wohl des einzelnen Kindes im Verhältnis zu seinen rechtlichen Eltern geht.

Es lässt sich jedoch festhalten, dass die gesetzlichen Regelungen zum Zweck haben, dem Kind die Eltern zuzuordnen, die ihm die bestmöglichen Voraussetzungen geben können, d.h. diejenigen Eltern, die dem Wohle des Kindes förderlich sind.

D. Elternschaft lesbischer Paare

I. Allgemeines

Der Mikrozensus weist für das Jahr 2019 rund 142.000 gleichgeschlechtliche Paare in Deutschland aus. Davon leben 15.000 zusammen mit mindestens einem Kind. 89 Prozent, also ca. 13.350 dieser Paare sind weiblichen Geschlechts.⁵⁵

Durch das geltende Abstammungsrecht und die dortige Beschränkung auf lediglich eine Mutter, bleibt es einem lesbischen Paar verwehrt, ab Geburt des Kindes die gemeinsame rechtliche Elternschaft zu erlangen.

⁵⁵ Statistisches Bundesamt, Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2021.

Rechtliches Elternteil ist nur die Frau, die das Kind geboren hat, § 1591 BGB, während die Partnerin der Geburtsmutter weder aufgrund bestehender Ehe, noch aufgrund Anerkennung der Elternposition, rechtliches Elternteil des Kindes werden kann. So hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10. Oktober 2018 entschieden, dass § 1592 Nr. 1 BGB weder direkt noch analog auf die Ehefrau der Mutter anwendbar ist.⁵⁶ Auch eine Anerkennung der Mutterschaft kennt das deutsche Recht nicht.

Einzigster Weg für die Partnerin der Geburtsmutter in die rechtliche Elternstellung einzurücken, bietet die Stiefkindadoption, §§ 1741 Absatz 2 Satz 3, 1754 Absatz 1 Satz 1 Alt. 2 BGB. Auf ein vertieftes Eingehen zum Verfahrensablauf soll indes verzichtet werden. Festgehalten werden kann jedoch, dass der zeit- und kostenintensive Prozess im Vergleich zu den Möglichkeiten heterosexueller Paare eine nicht unwesentliche Benachteiligung darstellt, welche auch für das Kind mit Folgeproblemen, insbesondere im Sorge-, Unterhalts- und Erbrecht, verbunden sein kann.

II. Die Mit-Mutter

1. Gleichstellung der zweiten Elternstelle

Der Arbeitskreis für Abstammungsrecht hat im Hinblick auf eine zweite Elternstelle wesentliche Kernempfehlungen herausgearbeitet, welche im weiteren Verlauf erläutert werden sollen.

Der § 1592 BGB soll überarbeitet und wie folgt gefasst werden⁵⁷:

⁵⁶ Vgl. BGH, B. v. 10.10.2018, XII ZB 231/18, NJW 2019, 153.

⁵⁷ Vgl. Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, These 56.

„Weiterer Elternteil des Kindes soll die Person sein:

1. die bei der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist oder mit ihr eine Lebenspartnerschaft⁵⁸ führt
2. die die Elternschaft anerkannt hat.
3. deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist.“

In Erweiterung zu § 1592 Nr. 3 BGB soll im Falle ärztlich assistierter Fortpflanzung, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen⁵⁹, als zweiter Elternteil diejenige Person festgestellt werden, die in die ärztlich assistierte Fortpflanzung eingewilligt hat.⁶⁰

2. Gleichbehandlung der Fortpflanzungsmethoden

Die zweite Elternstelle soll folglich künftig auch durch eine weitere Frau, die sogenannte „Mit-Mutter“, besetzt werden können. Da auch bei der rechtlichen Zuordnung eines Mannes zu einem Kind aufgrund Ehe mit der Kindesmutter oder aufgrund Anerkennung nicht zwischen natürlicher Zeugung, ärztlich assistierter Fortpflanzung oder privater Insemination unterschieden wird, soll auch im Zuge der Zuordnung einer Mit-Mutter nach überwiegender Ansicht des Arbeitskreises keine Unterscheidung vorgenommen werden.⁶¹

Die bereits bestehenden Regelungen über die Primärzuordnung eines zweiten Elternteiles, sollen „diskriminierungsfrei auch für lesbische Paare gelten“.⁶² Immerhin ist die Situation lesbischer Paare denen heterosexueller Paare im Rahmen künstlicher Befruchtungen unter Verwendung von Spendersamen gleichlaufend. Das intendierende Elternteil ist in beiden Fällen nicht genetisches Elternteil des Kindes. Es hat lediglich die Absicht, in die Elternstellung des Kindes einzurücken.⁶³

⁵⁸ Bei obiger Fassung ist zu bedenken, dass zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Abschlussberichts eine gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland noch nicht möglich war und somit lediglich auf die Lebenspartnerschaft verwiesen werden konnte.

⁵⁹ Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, Thesen 34 ff., 41 f.

⁶⁰ Vgl. a.a.O., These 57.

⁶¹ Vgl. a.a.O., S. 71.

⁶² A.a.O., S. 70.

⁶³ Vgl. a.a.O.

3. Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Abstammungsrechts

a) Zwei-Eltern-Prinzip

Durch die Zuordnung einer weiteren Frau als rechtliches Elternteil des Kindes wird weiterhin am Prinzip der Zwei-Elternschaft festgehalten. Da die Mit-Mutter der Elternstellung des Vaters in keiner Weise nachstehen soll, ihr vielmehr gleichgestellt ist⁶⁴, kann auch hier durch die negative Sperrwirkung einer bereits bestehenden Mit-Mutterschaft, bzw. einer „besetzten“ zweiten Elternstelle am hiesigen Prinzip festgehalten werden.

b) Statusprinzip

aa) *Statusklarheit*

Die Zuordnung einer zweiten Frau als rechtliches Elternteil des Kindes kann mit Einführung der Mit-Mutterschaft ohne den Umweg der Stiefkindadoption direkt erfolgen. Beide Elternstellen können somit bestenfalls ab Geburt des Kindes besetzt werden und somit der Status eines Kindes schneller und unkomplizierter feststellbar sein. Durch die beabsichtigte geschlechtsneutrale Fassung des § 1592 BGB sind die Zuordnungstatbestände auch für außenstehende Dritte in gleichen Maßen erkennbar, wie dies bei der Zuordnung eines Vaters der Fall ist.

ab) *Statusbeständigkeit durch Einschränkungen des Anfechtungsrechts*

Da ein Gleichlauf der Regelungen zur Vaterschaft erreicht werden soll, lässt sich hinsichtlich des Prinzips der Statusbeständigkeit als Unterprinzip des Statusprinzips grundsätzlich auf die den Begriff definierenden Ausführungen verweisen.

⁶⁴ Vgl. Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, Thesen 55 u. 58.

Weil lesbische Paare zur Zeugung eines Kindes zwingend auf anderweitige Reproduktionsmaßnahmen, insbesondere eine Samenspende angewiesen sind, soll nunmehr detaillierter auf die Anfechtungsbeschränkungen im Rahmen künstlicher Befruchtungen eingegangen werden.

Eine Anfechtung der Mutterschaft soll weiterhin nicht möglich sein.⁶⁵

So ist ausgeschlossen, dass neben der biologischen und damit gleichzeitig rechtlichen Mutter auch die genetische Mutter die erste Elternstelle eines durch Eizell- oder Embryonenspende entstandenen Kindes erlangen kann.

Die Anfechtung der Mit-Mutterschaft soll unter denselben Voraussetzungen der Vaterschaftsanfechtung möglich sein.⁶⁶ Unterschieden werden soll hierbei jedoch zwischen ärztlich assistierter Fortpflanzung und privater Insemination.⁶⁷

Ziel der Anfechtung ist eine Korrektur der zweiten Elternstelle, wenn bei der Primärzuordnung nicht die „richtige Person“ als zweites Elternteil eines Kindes zugeordnet wurde. Als „richtiges Elternteil“ ist im Rahmen künstlicher Fortpflanzung mit ärztlicher Assistenz jene Person anzusehen, die in diese eingewilligt hat.⁶⁸ Sofern beide zugeordnete Elternteile in die Befruchtung eingewilligt haben, so ist eine Anfechtung durch das nunmehr rechtliche, vormals intendierende Elternpaar,⁶⁹ gemäß § 1600 Absatz 4 BGB ausgeschlossen. Die Norm beruht auf der Erwartung, dass die für die Zeugung maßgeblich verantwortlichen Personen auch tatsächlich Verantwortung für das Kind übernehmen und ist damit höchster Ausdruck des Verursacherprinzips (s.u.).

Dem Samenspendender stünde grundsätzlich ein Anfechtungsrecht zu, immerhin hat er der Mutter während der Empfängniszeit „beigewohnt“ im Sinne des § 1600 Absatz 1 Nr. 2 BGB (s.o.).

⁶⁵ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, These 4.

⁶⁶ Vgl. a.a.O., These 58.

⁶⁷ Vgl. a.a.O.

⁶⁸ Vgl. a.a.O., S. 62.

⁶⁹ Der aktuelle Gesetzestext spricht noch von der einwilligenden Mutter und dem einwilligenden Mann.

Ihm kann dennoch ein Anfechtungsrecht nicht zugesprochen werden, wenn bereits bei Zeugung des Kindes vereinbart war, dass nur der intendierende Vater⁷⁰, tatsächlich rechtlicher Vater des Kindes sein soll (s.o.). In der Abgabe der Samenspende kann außerdem konkludent der Verzicht auf seine rechtliche Vaterschaft gesehen werden.⁷¹

Das Anfechtungsrecht des Kindes ist vom Ausschluss des § 1600 Absatz 4 BGB nicht erfasst. Nach kontroverser Diskussion sprach sich die Mehrheit der Mitglieder des Arbeitskreises für ein Anfechtungsrecht des Kindes aus. Dies soll jedoch nur bei Vorliegen konkreter Voraussetzungen möglich sein.⁷²

Im Falle einer erfolgreichen Anfechtung liefe das Kind allerdings unter Umständen Gefahr, ohne zweites Elternteil dazustehen, da die Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders im Falle einer ärztlich assistierten Fortpflanzung im Sinne des § 1600 d Absatz 4 BGB ausgeschlossen ist.

Hinsichtlich des Anfechtungsrechts der Mutter und des rechtlichen Vaters im Rahmen privater Insemination gilt das zur ärztlich assistierten Fortpflanzung Gesagte. Auch hier ist gemäß § 1600 Absatz 4 BGB eine Anfechtung ausgeschlossen, sofern das intendierende Elternpaar in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten eingewilligt hat. „Für die Einwilligung bestehen keine Formvorschriften.“⁷³ Der Ausschluss bezieht sich mithin nicht nur auf o.g. Fälle.⁷⁴ So hat das Oberlandesgericht Oldenburg entschieden, dass eine Anfechtung auch ausgeschlossen sei, wenn der Samen mittels einer sog. „Becherspende“ überreicht wurde.⁷⁵

⁷⁰ Bei hiesigen Ausführungen wird lediglich vom rechtlichen Vater gesprochen. Durch die beabsichtigte Gleichstellung der Mit-Mutterschaft gelten diese jedoch gleichwohl für die Mit-Mutter.

⁷¹ Vgl. Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, These 37.

⁷² Vgl. a.a.O., These 45 i.V.m. These 58. So soll eine Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft des intendierenden Vaters wegen nicht genetischer Abstammung möglich sein, wenn dieser verstorben ist, eine schwere Verfehlung gegenüber dem Kind begangen hat, der Vater damit einverstanden ist oder wenn keine gefestigte sozial-familiäre Beziehung entstanden ist.

⁷³ Abschlussbericht Arbeitskreis Abstammungsrecht, S. 65.

⁷⁴ Vgl. a.a.O.

⁷⁵ Vgl. OLG Oldenburg B. v. 30.6.2014, 11 UF 179/13, juris, Rn. 18.

Auch ein Anfechtungsrecht des Kindes ist nicht ausgeschlossen, da sein Anfechtungsrecht, wie im Falle ärztlich assistierter Fortpflanzung, nicht von § 1600 Absatz 4 BGB berührt wird.⁷⁶

Hinsichtlich des Samenspenders lässt sich ein Gleichlauf nur teilweise feststellen. Zwar hat dieser auch bei einer Heiminsemination der Mutter "beigewohnt", fraglich ist jedoch ob er ausdrücklich oder konkludent auf seine rechtliche Vaterschaft verzichtet hat.⁷⁷

Kann man im Rahmen einer künstlichen Befruchtung mit ärztlicher Assistenz feststellen, dass der Samenspender zumindest konkludent darauf verzichtet habe (s.o.), ist dies im Rahmen einer privaten Befruchtung nur eingeschränkt möglich. Teilweise wird durch den Samenspender und die intendierenden Eltern beabsichtigt, dass dieser weiterhin in Beziehung zu dem durch die Spende entstandenen Kind stehen soll (*sog. „Yes-Spender“*).⁷⁸ Nicht außer Acht gelassen werden darf dabei, dass im Gegensatz zur meist anonymen Befruchtung in Einrichtungen der Reproduktionsmedizin im Falle privater Samenübertragungen ein persönlicher Kontakt zur Empfängerin, der späteren rechtlichen Mutter des Kindes, stattgefunden haben muss. Nicht selten sind sich die Personen bereits bekannt oder pflegen sogar eine engere Beziehung.

Insbesondere gleichgeschlechtliche Paare entscheiden sich für die private Insemination, da dadurch die Kosten einer Kinderwunschbehandlung vermieden werden können.⁷⁹ Sofern es dem Samenspender aus tatsächlichen Gründen, beispielsweise aufgrund einer selbst gelebten homosexuellen Beziehung, nicht möglich ist, selbst eine Familie zu gründen, kann der Wunsch entstehen, auf diesem Wege rechtliches Elternteil eines Kindes zu werden.

Es sind daher durchaus Fälle denkbar, in denen ein Verzicht auf die rechtliche Elternposition entweder nicht erfolgte oder zumindest nicht erkennbar ist.

⁷⁶ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 66.

⁷⁷ Vgl. a.a.O.

⁷⁸ A.a.O., S. 55.

⁷⁹ Vgl. Bettina Heiderhoff, Zur geplanten Reform des deutschen Abstammungsrechts, FF 2020, 226, 231.

Auch wenn es im Rahmen privat erfolgter künstlicher Befruchtungen folglich möglich sein kann, ein Anfechtungsrecht des Samenspenders zu bejahen, ist eine Anfechtung nach geltender Rechtslage dennoch ausgeschlossen, sofern zwischen dem Kind und dem rechtlichen Elternteil eine sozial-familiäre Beziehung besteht, § 1600 Absatz 2 und 3 BGB⁸⁰ oder die Anfechtungsfrist des § 1600 b BGB verstrichen wurde.

Im Ergebnis ist aus den getätigten Ausführungen ersichtlich, dass der dem Kind verliehene Status auch bei der Zuordnung zweier Mütter durch Anfechtungsbeschränkungen Bestand haben soll und dem geltenden Leitprinzip daher nicht entgegengetreten wird.

c) Verursacherprinzip

Die Frau, die in die ärztlich assistierte Befruchtung der Ehefrau einwilligt, hat mit ihrer Erklärung einen wesentlichen Bestandteil zur Entstehung des Kindes geleistet (s.o.). Aus Sicht des Gesetzgebers soll sie daher auch rechtliche Verantwortung für das Kind übernehmen. Dies würde sich, wie bereits ausgeführt, in den Beschränkungen des Anfechtungsrechtes widerspiegeln.

Im Rahmen privater Inseminationen kann eine Einwilligungserklärung mangels besonderer Formvorschriften (s.o.) unter Umständen nicht eindeutig erkennbar sein. Schaut man sich aber die damit verbundene Lebenswirklichkeit an, so kann festgestellt werden, dass die Entscheidung zur Befruchtung wohl vom lesbischen Paar gemeinsam getroffen wird. Sofern dies im Einzelfall zu verneinen ist, kann im Anschluss eine Korrektur im Rahmen der Anfechtungsmöglichkeiten (s.o.) vorgenommen werden.

⁸⁰ Wobei der Diskussionsentwurf auch hier eine Stärkung der Rechte des biologischen Vaters vorsieht, vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Thesen 29 u. 30.

d) Kindeswohlprinzip

Durch die direkte Zuordnung der Partnerin der Geburtsmutter als Mit-Mutter bleibt der Familie nicht nur der lange Prozess einer eventuellen Stiefkindadoption erspart, auch erhält das Kind unmittelbar ein zweites rechtliches Elternteil.

Sollte sich die Geburtsmutter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr um das Kind sorgen können, ist dieses durch das Vorhandensein eines weiteren rechtlichen Elternteils und die diesbezüglich greifenden Regelungen, insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuches, abgesichert.

Im Falle einer Trennung hat das Kind Ansprüche auf Unterhaltszahlungen und Umgang mit seiner Mit-Mutter.

Es kann jedoch die Überlegung aufkommen, dass diese nach einem Zerwürfnis mit der Geburtsmutter des Kindes aufgrund fehlender biologischer und/oder genetischer Verbindung keine Beziehung zum Kind halten möchte. Hierbei kann jedoch auf die Tatsache verwiesen werden, dass dieses Risiko bei gleichgeschlechtlichen Paaren mit einem durch Samenspende gezeugten Kind in gleichem Maße besteht. Ein vollständiger Bruch kann (zumindest bei erteilter Zustimmung zur Befruchtung) auch aufgrund Ausschluss des Anfechtungsrechts vermieden werden. Geteilte Mutterschaft, bei der eine tatsächlich bestehende genetische Verbindung zum Kind durch eine im Ausland durchgeführte Eizellspende erreicht wird, lässt oben formulierte Fragestellung nicht aufkommen. Diese Methode macht es möglich, dass beide Frauen in den Schwangerschaftsprozess eingebunden werden und daher von vornherein eine Bindung⁸¹ zwischen Kind und beiden Elternteilen besteht.

⁸¹ Die Geburtsmutter (somit rechtliche Mutter des Kindes) ist durch den Akt der Schwangerschaft und der Geburt biologisches Elternteil, während die Mit-Mutter durch die gespendete Eizelle genetische Mutter des Kindes ist.

e) Fazit

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die Einführung der Mit-Mutterschaft den für diese Arbeit als relevant angesehenen Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts nicht zuwiderläuft. Vielmehr ließ sich sogar im Hinblick auf das Statusprinzip feststellen, dass dieses durch die rechtliche Zuordnung der Partnerin der Geburtsmutter als rechtliches Elternteil im Wege des vorgeschlagenen und überarbeiteten § 1592 BGB besonders verwirklicht wird. Auch dem Kindeswohl entspräche es wohl durchaus, dass bereits ab der Geburt zwei Elternteile feststehen und dadurch der langwierige Prozess der Stiefkindadoption vermieden wird.

III. fehlende Vaterschaft zweier Väter

1. Strafbarkeit der Leihmutterschaft in Deutschland

Gemäß § 1 Absatz 1 Nr. 7 ESchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, „*wer es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.*“

Leihmutterschaft ist jedoch für männliche gleichgeschlechtliche Paare oft die einzige Möglichkeit zum Wunschkind. Da weiterhin an § 1591 BGB festgehalten werden soll (s.o.) und auch eine plurale Elternschaft, d.h. eine Elternschaft von mehr als zwei Elternteilen, *de lege lata* nicht möglich ist, können zwei Männer nicht gleichzeitig rechtlicher Vater eines Kindes werden.

Im Arbeitskreis für Abstammungsrecht diskutiert wurde die Möglichkeit, durch Einwilligungserklärungen der Beteiligten, die rechtliche Zuordnung der Geburtsmutter zu unterbinden und anstatt dessen den intendierenden Vater als rechtliches Elternteil zuzuordnen.⁸²

⁸² Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 38.

Der Abschlussbericht kam jedoch zu dem Ergebnis, dass dies mit dem Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland unvereinbar sei.⁸³

In der Folge soll die Möglichkeit untersucht werden, ausländische Entscheidung zur Eltern-Kind-Zuordnung in Deutschland anzuerkennen.

2. Anerkennung ausländischer Entscheidungen

a) Beispielfall

Der Bundesgerichtshof hatte bereits 2014 in einem Fall zu entscheiden, bei welchem zur Umgehung des hierzulande geltenden Verbotes ein Leihmutterschaftsvertrag im Ausland geschlossen und die rechtliche Vaterschaft beider Männer von einem ausländischen Gericht festgestellt wurde.⁸⁴

Zwei Lebenspartner hatten mittels abgeschlossenen Leihmutterschaftsvertrags eine in Kalifornien lebende Frau mit der Austragung ihres Kindes beauftragt. Zur Herbeiführung des Erfolges wurde der Leihmutter eine gespendete und mit dem Samen eines Lebenspartners befruchtete Eizelle eingesetzt. Im Mai 2011 wurde das betroffene Kind geboren. Bereits vor der Geburt hat der samenspendende Mann die Vaterschaft anerkannt. Zugleich gaben er und die Leihmutter eine Sorgeerklärung ab. Am 4. April 2011 erging auf Antrag der Lebenspartner ein Urteil des Superior Court of the State of California, Country of Placer, wonach beide Partner die Eltern der von der Leihmutter zu gebärenden Kinder sind, nicht aber die Leihmutter selbst.

Nachdem das Neugeborene übergeben und nach Deutschland gereist war, wurde beim Standesamt die Nachbeurkundung seiner Auslandsgeburt beantragt. Der Antrag wurde abgewiesen. Eine beabsichtigte Anweisung der verfolgten Eintragung ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben.

In der Folge hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden.

⁸³ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, These 5.

⁸⁴ Vgl. BGH, B. v. 10.12.2014, XII ZB 463/13, NJW 2015, 479.

b) Voraussetzungen der Anerkennung in Bezug zu obigem Beispielsfall

Grundsätzlich bedurfte es zur Anerkennung der kalifornischen Entscheidung den Voraussetzungen des § 108 FamFG. Darüber hinaus konnten keine Anerkennungshindernisse gemäß § 109 FamFG vorliegen. Insbesondere durfte nicht gegen den *ordre public* verstoßen worden sein, § 109 Absatz 1 Nr. 4 FamFG, welcher besagt, dass die Anerkennung ausländischer Entscheidungen ausgeschlossen ist, wenn eine solche zu einem Ergebnis führt, „*das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist*“ und insbesondere dann, „*wenn die Anerkennung mit den deutschen Grundrechten unvereinbar ist.*“

In obigem Beispielsfall hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Anerkennung einer Auslandsentscheidung, durch welche dem Kind anstelle eines Ehepaares gleichgeschlechtliche Lebenspartner zugewiesen werden, keine Verletzung des *ordre public* zur Folge hat. Die Situation der Beteiligten wurde mit der einer Adoption verglichen. Abgestellt wurde vor allem auch auf die freiwillige Herausgabe des Kindes durch die Leihmutter. Zur Entscheidungsfindung wurde im Weiteren auch auf die hohe Relevanz des Kindeswohls abgestellt.

3. Vergleich zur Mit-Mutterschaft

Es lässt sich festhalten, dass bei der Zuordnung homosexueller männlicher Paare bislang keine, mit der Mit-Mutterschaft vergleichbare Regelung, getroffen werden konnte und eine solche, insbesondere im Hinblick auf die hierzulande verbotene Leihmutterschaft, auch nur schwierig erreichbar sein wird.

Eine geschlechtsneutrale Fassung des Gesetzes, wie im Vorschlag des Arbeitskreises bereits für den § 1592 BGB ausgearbeitet, scheitert für die Regelung des § 1591 BGB schon allein am biologisch unmöglichen Vorgang der Geburt eines Kindes durch einen Mann.⁸⁵

⁸⁵ Von hiesiger Feststellung ausdrücklich ausgenommen werden dabei transsexuelle Menschen.

In Bezug auf vorstehenden Beispielsfall müssen die Ausführungen des Arbeitskreises aufgegriffen und erwähnt werden, dass im Moment der Geburt eines Kindes der generalpräventive Gedanke des Leihmutterchaftsgebots erschöpft ist⁸⁶ und nunmehr eine Regelung zum Wohle des Kindes getroffen werden sollte.

Sofern eine Leihmutter nach der Geburt des Kindes die Fürsorge für das Neugeborene nicht übernehmen möchte und eine Zuordnung der Wunscheltern rechtlich nicht möglich ist, wird zu allererst das Kind bestraft, welchem die Art und Weise seiner Entstehung nicht zur Last gelegt werden darf.⁸⁷

Für im Ausland rechtmäßig durchgeführte Leihmutterchaften soll daher geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die intendierenden Eltern auch in Deutschland als rechtliches Elternteil des Kindes zugeordnet werden können.⁸⁸

Festgehalten werden kann abschließend, dass eine gemeinsame Elternschaft lesbischer Paare schon auf der Ebene der Primärzuordnung ohne größere Umwege durch die Einführung der Mit-Mutterschaft möglich sein soll. Nicht gefunden werden konnte eine dementsprechende Lösung für homosexuelle Männer.

Ob allein biologische Tatsachen dies rechtfertigen, bleibt unter Diskriminierungsgesichtspunkten⁸⁹ durchaus fragwürdig.⁹⁰

Durch die im nächsten Punkt untersuchte Fragestellung der pluralen Elternschaft könnte es zwei Männern (wenn auch nicht allein) ermöglicht werden, rechtliches Elternteil eines Kindes zu sein.

⁸⁶ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Seite 39; vgl. Nina Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 926.

⁸⁷ Vgl. a.a.O., Seite 39.

⁸⁸ Vgl. A.a.O., These 6.

⁸⁹ Artikel 3 Absatz 2 Satz 1 GG.

⁹⁰ Vgl. Elisabeth Unger, Quo vadis Abstammungsrecht? – ein Blick auf den Abschlussbericht des Arbeitskreises für Abstammungsrecht, FamRZ 2018, 663.

E. Plurale Elternschaft

I. Allgemeines

„Mehrelternschaft“ – das ist in Deutschland bereits gelebte Normalität. Neben Mutter und Vater haben Trennungskinder auch noch Stiefelternteile.

Auch im Falle einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft von Frauen kommt der Wunsch auf, den Samenspender an dem Aufwachsen des Kindes teilhaben zu lassen. Für männliche Paare kann eine Mehrelternfamilie eine Alternative zur Möglichkeit der Leihmutterschaft darstellen.⁹¹

Rechtlich können dem Kind jedoch nur zwei Elternteile zugeordnet werden. Daran soll sich laut Arbeitskreis für Abstammungsrechts auch nichts ändern.⁹²

Im Fortgang soll untersucht werden, ob eine plurale Elternschaft den in dieser Arbeit aufgeführten Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts entsprechen könnte. Im Anschluss sollen alternative Regelungsmöglichkeiten diskutiert werden.

II. Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Abstammungsrechts

1. Zwei-Eltern-Prinzip

Da ein Abweichen der Mehrelternschaft vom erstgenannten Prinzip der Zwei-Elternschaft offensichtlich ist, wird auf eine diesbezüglich detaillierte Ausführung verzichtet.

Die Vereinbarkeit mit den Übrigen Prinzipien wird nachfolgend untersucht.

⁹¹ Vgl. Nina Dethloff, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, S. 51.

⁹² Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, These 62.

2. Statusprinzip

a) Zuordnung kraft bestehender Ehe

Damit einem Kind weitere Personen als rechtliches Elternteil zugeordnet werden können, bedarf es, wie eingangs erwähnt, soliden Anknüpfungspunkten. Ob dafür weiterhin am Zuordnungsprinzip des § 1592 BGB festgehalten werden könnte, soll nunmehr geprüft werden.

Eine Zuweisung kraft Ehe mit der Geburtsmutter ist ausgeschlossen. Eine Mehrfachehe ist in Deutschland gemäß § 1306 BGB unmöglich und gemäß § 172 Nr. 1 StGB sogar strafbar.

b) Zuordnung kraft Anerkennung

Eine Anerkennung der Elternschaft durch mehrere Personen ist durchaus denkbar, wobei die Sperrwirkung einer bereits bestehenden Elternschaft gemäß § 1594 Absatz 2 BGB dafür gelockert werden müsste. Durch eine solche würde jedoch die Eltern-Kind-Zuordnung an Beständigkeit verlieren, da zu keiner Zeit feststehen kann, dass nicht doch noch weitere Personen die Elternschaft anerkennen werden.

Durchaus denkbar wäre jedoch eine *sukzessive Elternschaft*. Dies würde bedeuten, dass zwar weiterhin lediglich eine erste und eine zweite Elternstelle besetzt werden soll, diese Position jedoch unbeständig ist und im Laufe des Lebens variieren kann. Jene Konstellation wäre insbesondere im Rahmen einer Korrektur auf der Sekundärebene durchaus denkbar und sinnvoll. So kommt es vor, dass der rechtliche Vater nach einigen Lebensjahren des Kindes feststellt, dass das Kind nicht von ihm gezeugt wurde, er somit nicht der biologische Vater des Kindes ist. Ficht er nun die Vaterschaft erfolgreich an, wirkt diese auf den Zeitpunkt der Geburt zurück. Ein dadurch entstehender Bruch des Eltern-Kind Verhältnisses schadet nicht nur dem Kindeswohl, es widerspricht auch dem Statusprinzip.

Eine sukzessive Elternschaft mit einem regelten Übergang der Rechtslage wäre realitätsnah und stünde im Einklang zu den geltenden Abstammungsprinzipien.⁹³ Eine solche Möglichkeit dürfte jedoch nur in konkret festgelegten Sachverhalten eröffnet werden. Missbräuchliche Anwendungen oder ein häufiges Wechseln der Elternposition würde dem Statusprinzip schaden.

c) Zuordnung kraft gerichtlicher Entscheidung

Nebst der durch Geburt vermittelten Mutter und einer aufgrund § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB bestehenden Vaterschaft/Mit-Mutterschaft könnte durch eine gerichtliche Entscheidung auch die Zuordnung der genetischen Eltern beabsichtigt werden. Relevant wäre diese Konstellation besonders in den Fällen, in denen eine Eizellspende oder private Samenübertragung erfolgt ist und die genetischen Elternteile ebenfalls in rechtlicher Beziehung zum Kind stehen möchten.

Problematisch wäre jedoch auch hier die Tatsache, dass nie mit Sicherheit feststehen kann, ob und wann weitere Elternteile hinzutreten werden. Das ist nicht nur mit Unsicherheiten für das Kind, sondern auch für die bereits zugeordneten Eltern und außenstehende Dritte verbunden.

3. Verursacherprinzip

a) Anfängliche multiple Elternschaft

In Bezug auf das Verursacherprinzip muss differenziert werden zwischen anfänglicher und erworbener multipler Elternschaft.

⁹³ Vorstehender Absatz vgl. Bettina Heiderhoff, Zur geplanten Reform des deutschen Abstammungsrechts, FF 2020, 225, 236.

Anfängliche multiple Elternschaft wird in hiesiger Arbeit jene Konstellation bezeichnet, bei der rechtliche, biologische und/oder genetische Elternschaft eines Kindes durch die Ausnutzung der Reproduktionsmedizin oder aufgrund anderweitig vernetzter Beziehung der Elternpaare auseinanderfällt. In diesem Falle kann auf die Ausführungen zur Mit-Mutterschaft verwiesen werden, mit der Ergänzung, dass die eizell- oder samenspendenden Personen durch jeweilige Spende die Entstehung des Kindes (mit-)verursacht haben.

b) Erworbene multiple Elternschaft

Wurde multiple Elternschaft erst nach der Geburt durch eine Verbindung zu Stiefeltern⁹⁴ begründet, kann von einer Verursachung zur Entstehung des Kindes nicht gesprochen werden. Eine rechtliche Zuordnung dieses Elternteils würde dem Verursacherprinzip zuwiderlaufen.

4. Kindeswohl

Wie obig ausgeführt, erfolgt vor Zuordnung der Eltern zu ihrem Kind keine vorherige Prüfung, ob dies dem Wohle des Kindes auch dienlich ist. Es konnte festgestellt werden, dass die bestehenden gesetzlichen Regelungen den Zweck verfolgen, einem Kind diejenigen Eltern zuzuordnen, die seinem Wohlbefinden am förderlichsten sind.

Auch im Normalfall – der Zuordnung eines Elternpaares – führen die bestehenden Normen nicht immer zu optimalen Voraussetzungen für das Aufwachsen eines Kindes. Eine Korrektur im Wege des Sorge- und Umgangsrechts kann hier für Abhilfe sorgen. Ob eine Elternschaft von mehr als zwei Personen dem Kindeswohl eher oder weniger entspreche, lässt sich so nicht pauschalisieren. Es kann jedoch erwähnt werden, dass die aus der Elternschaft resultierenden Rechte und Pflichten nunmehr von mindestens drei Personen beachtet werden müssten und hierfür klare Absprachen zwischen allen Beteiligten erforderlich wären.

⁹⁴ In dieser Arbeit bezeichnet als erworbene multiple Elternschaft.

Eine höhere Problembereitschaft kann in der Folge vermutet werden, eine konkrete Kindeswohlgefährdung bedürfte jedoch der Einzelfallprüfung.

Eindeutig festgehalten werden kann jedoch, dass sich bei einer Trennung der Eltern die Klärung zum Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht weitaus schwieriger gestalten würde.⁹⁵ Im Fortgang stellt sich auch die Frage, ob bei einer Neuverpartnerung eines Elternteiles auch der oder die neue Lebensgefährte(in) zum weiteren rechtlichen Elternteil des Kindes werden möchte. Darüberhinausgehende rechtliche Fragestellungen im Bereich des Erbrechts, Pflichtteils- und beispielsweise des Namensrechtes würden nur immens verkompliziert und müssten wohl zu einer weitgehenden Änderung der bestehenden gesetzlichen Regelungen führen.

5. Fazit

Eine plurale Elternschaft ist mit hiesig diskutierten Prinzipien des Abstammungsrechts größtenteils nicht in Einklang zu bringen.

Abgesehen von dem Prinzip der Zwei-Elternschaft, welches augenscheinlich mit multipler Elternschaft nicht übereinkommt, bestehen teilweise Diskrepanzen zum Status- und Verursacherprinzip. Eine Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl ist wohl kaum zu erreichen.

Die Einführung einer multiplen Elternschaft wäre darüber hinaus mit einer immensen Zahl an notwendigen Änderungen der zur Abstammung weiterführenden Regelungen verbunden, weshalb vorliegende Arbeit zu dem Entschluss kommt, dass eine solche mit dem deutschen Recht unvereinbar ist.

⁹⁵ Vgl. Bettina Heiderhoff, Zur geplanten Reform des deutschen Abstammungsrechts, FF 2020, 225, 235, f.

III. Alternative Lösungsmöglichkeiten

Um der Lebenswirklichkeit dennoch Rechnung zu tragen, könnten einzelne Teile der Elternverantwortung von mehreren Personen getragen werden.⁹⁶

So findet sich beispielsweise in § 1687 b BGB bereits eine gesetzliche Regelung zu den sorgerechtlichen Befugnissen des Ehegatten eines allein sorgeberechtigten Elternteils. Eine Ausweitung auf mehrere Personen, bzw. eine Findung gleichgesinnter Regelungen, betreffend beispielsweise auch das Umgangsrecht, könnten getroffen werden, auch wenn hier immer das Wohl des Kindes im Blick behalten werden müsste.

F. Das „Dritte Geschlecht“

I. Allgemeines

Sofern die Zeitgemäßheit des Abstammungsrechts untersucht wird und in der Folge sowohl auf weitreichende Änderungen des menschlichen Zusammenlebens als auch auf Gesetzesänderungen eingegangen wird, ist eine Auseinandersetzung zur Vereinbarkeit der geltenden Eltern-Kind-Zuordnung mit der Einführung einer dritten Geschlechtsvariante unumgänglich.

Frau/Mann/Divers – seit Ende 2018⁹⁷ besteht bei Eintragung ins Personenstandsregister die Möglichkeit, eine dritte Option zu wählen. Anstatt weiblicher oder männlicher Geschlechtsangabe ist es nunmehr für intersexuelle Menschen möglich, sich als „*divers*“ eintragen zu lassen.

Diese Gesetzesänderung hat auch Einfluss auf die Abstammungsregelungen.

⁹⁶ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, These 63.

⁹⁷ Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018 BGBl 2018 I S. 2635, In Kraft getreten am 22. 12. 2018.

So ist gemäß § 1591 BGB „**Mutter** eines Kindes, die **Frau** [...]“ und nach § 1592 BGB „**Vater** eines Kindes, der **Mann** [...]“. Die Elternschaft ist also geknüpft an das (personenstandsrechtliche) Geschlecht einer Person.⁹⁸

Die im Gesetzestext verwendeten Begrifflichkeiten gehen ausschließlich davon aus, dass Menschen entweder weiblich oder männlich sind. Eine davon abweichende Geschlechtsvariante wird nicht bedacht.

Im weitergehenden Verlauf der Arbeit soll analysiert werden, ob die bestehenden Regelungen bezüglich der Eltern-Kind-Zuordnung auch für Menschen mit „drittem Geschlecht“ anwendbar sind. Im Anschluss sollen die Auswirkungen der vorstehend diskutierten Reformvorschläge betrachtet werden.

II. Geltendes Recht

1. Die 1. Elternstelle

Sofern vom Wortlaut des § 1591 BGB ausgegangen wird, so kann die erste Elternstelle nur von der gebärenden **Frau** besetzt werden. Gebärende Personen, die nicht dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, werden jedoch nicht ausdrücklich umfasst. Fraglich ist jedoch, ob die Vorschrift analog auf intersexuelle gebärende Menschen angewendet werden kann.

Eine Analogie ist zu bejahen, wenn die Voraussetzungen - Regelungslücke, Planwidrigkeit der Regelungslücke und Vergleichbarkeit der Interessenlage - vorliegen.

Es kann festgestellt werden, dass eine mit § 1591 BGB vergleichbare Regelung für intersexuelle Menschen, welche ein Kind gebären, nicht besteht.

⁹⁸ Vgl. Deutscher Bundestag, wissenschaftliche Dienste, Das Geschlecht als Zuweisungsfaktor für die Elternschaft sowie Fragen zur Mehrelternschaft, Sachstand vom 5.7.2018, WD 7 – 3000, 125/18.

Durch die Begrenzung rechtlicher Mutterschaft (mit Ausnahme der Adoption) auf die Frau, die das Kind geboren hat, wollte der Gesetzgeber diejenige Person als Mutter zuordnen, die durch Schwangerschaft und Geburt eine „körperliche und psychosoziale Beziehung“⁹⁹ zu dem Kind aufgebaut hat. Gleichzeitig kann durch die Regelung auch der Fall einer gespaltenen Elternschaft bei Leihmutterschaft oder Eizellspende vermieden werden.¹⁰⁰

Schlussendlich kann jedoch darauf verwiesen werden, dass der Gesetzgeber selbstverständlich davon ausgegangen ist, dass aufgrund Vorliegens der entsprechenden Geschlechtsorgane nur Frauen ein Kind gebären können.¹⁰¹ Im Hinblick auf das Kindeswohl ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das von einer intersexuellen Person zur Welt gebrachte Kind mutterlos stellen wollte. Ein Kind soll rechtlich dem Elternteil zugeordnet werden, mit dem es durch den Akt der Geburt verbunden ist. Dabei ist unerheblich, ob diese Person eine Frau ist oder nicht.

Im Ergebnis lässt sich damit eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage erkennen.¹⁰² Diese kann durch die analoge Anwendung des § 1591 BGB geschlossen werden, so dass auch ein intersexueller Mensch, der ein Kind gebiert, dessen rechtliche Mutter ist.

Die sich in der Folge ergebende Frage bezüglich der Bezeichnung der ersten Elternstelle als „Mutter“ (welche ja grundsätzlich mit dem Vorliegen weiblicher Geschlechtsmerkmale in Verbindung gebracht wird) oder die Möglichkeit geschlechtsneutraler Bezeichnungen, wie beispielsweise „erster Elternteil“ ist keine Frage des Abstammungs- sondern des Personenstandsrechts und wird daher in der Folge nicht näher beleuchtet.

Angemerkt werden kann jedoch bereits an dieser Stelle, dass die geschlechtsspezifische Bezeichnung aufgrund der heutigen Möglichkeit einer dritten Geschlechtsvariante nicht als gegenwartsnah anzusehen ist.

⁹⁹ BT-Drucksache 13/4899, S. 82.

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drucksache 13/4899, S. 82.

¹⁰¹ Vgl. Wolf Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, f.

¹⁰² Vgl. Moritz L. Jäschke, Das „dritte Geschlecht“ und das Abstammungsrecht, FamRZ 2018, 887, 890; so auch Birgit Frie, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, B. v. 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 – Zur Frage des verfassungsrechtlichen Schutzes der geschlechtlichen Identität, NZFam 2017, 1149, 1151 f.; Wolf Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, 1182.

2. Die 2. Elternstelle

Wie unter der Definition zur rechtlichen Vaterschaft ersichtlich, ist diese mangels Vorliegen eines konkreten Anknüpfungspunktes (wie vergleichsweise die Geburt bei der rechtlichen Mutterschaft) wesentlich komplexer.

Auch hier kann darauf hingewiesen werden, dass die geltende Norm des § 1592 BGB ausdrücklich von einem *Mann* spricht und somit Intersexuelle nicht ausdrücklich erfasst sind.

Das Einsteigen in eine erneute Analogieprüfung im Rahmen der Vaterschaft unterbleibt zumindest vorerst, da zunächst anderweitige Fragestellungen geklärt werden müssen.

Eine rechtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB setzt, wie bereits oftmals thematisiert, eine tatsächlich bestehende biologische Verbindung nicht voraus. Dem Grundgedanken des Abstammungsrechts - dem Gleichlauf rechtlicher und biologischer Elternschaft - wird damit nicht zwangsläufig entgegengetreten. Intention des Gesetzgebers ist, dass der Ehemann der Geburtsmutter auch das Kind zusammen mit ihr zeugte und der Mann, der die Vaterschaft eines Kindes anerkennt auch dessen leibliches Elternteil ist.¹⁰³ Voraussetzung dieses Gedankens ist jedoch die tatsächliche Möglichkeit, ein Kind zu zeugen. Diese kann bei einer intersexuellen Person nicht selbstverständlich angenommen werden, immerhin ist unklar, welche Geschlechtsmerkmale diese aufweist und welche nicht.¹⁰⁴ Die Regelungen dennoch analog auf den intersexuellen Ehepartner der Geburtsmutter/der intersexuellen, anerkennenden Person anzuwenden, stünde nicht im Einklang zum Grundgedanken des Gesetzgebers. Für weibliche Partnerinnen der Geburtsmutter ist § 1592 derzeit ebenfalls nicht anwendbar (s.o.). Auch hier fehlt es an der tatsächlichen Möglichkeit einer Kindszeugung. Das Vorliegen bestimmter Geschlechtsmerkmale ist folglich ausschlaggebend dafür, ob die Norm Anwendung findet. Sofern es der intersexuellen Person möglich war, Kinder zu zeugen und eine biologische/genetische Verwandtschaft tatsächlich besteht, so erlaubt § 1592 Nr. 3 BGB, die Vaterschaft gerichtlich festzustellen.

¹⁰³ Vgl. BT-Drucksache 16/6561, S. 8; BT-Drucksache 13/4899, S. 52 f.

¹⁰⁴ Vgl. Wolf Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, 1182.

Ohne größere Ausführungen zu den Voraussetzungen einer analogen Anwendung, kann betont werden, dass aufgrund fehlender Regelungen zur Vaterschaft intersexueller Menschen und einer Planwidrigkeit dieser Regelungslücke, die Vorschriften über die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung analog anzuwenden sind. Immerhin ist auch hier die Interessenlage zur Vaterschaftsfeststellung männlicher Personen vergleichbar, wenn nicht sogar übereinstimmend.¹⁰⁵

Bei Nichtvorliegens biologischer Elternschaft muss auf den, auch für lesbische Paare möglichen Weg der Stiefkindadoption verwiesen werden.

III. Auswirkungen der Reformvorschläge des Arbeitskreises

1. Auswirkungen auf die 1. Elternstelle

Hinsichtlich der 1. Elternstelle ergeben sich durch die Vorschläge des Arbeitskreises für Abstammungsrecht keine Änderungen. Die erste Elternstelle soll weiterhin die Frau einnehmen, die das Kind geboren hat.¹⁰⁶

2. Auswirkungen auf die 2. Elternstelle

Durch Abänderung des § 1592 BGB in eine geschlechtsneutrale Norm („weiterer Elternteil eines Kindes [...]“) würde intersexuellen Personen nunmehr der Weg einer Vaterschaftsanerkennung offenstehen. Auch könnten sie als rechtliches Elternteil eines Kindes feststehen, sofern sie mit der Geburtsmutter verheiratet sind. Eine Verknüpfung der zweiten Elternstelle zum personenstandsrechtlichen Geschlecht einer Person bestünde in der Folge nicht mehr.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den wesentlichen Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts kann daher vollumfänglich auf die Ausführungen zur Mit-Mutterschaft verwiesen werden.

¹⁰⁵ Vgl. Wolf Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, 1182.

¹⁰⁶ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, These 1.

G. Fazit

Die Abstammung eines Menschen hat, nicht nur allein wegen den daraus resultierenden Rechtswirkungen, immensen Einfluss auf das gesamte Leben eines jeden von uns. Um in diesem wichtigen Bereich Sicherheit und Verlässlichkeit zu geben, bedarf es eines Abstammungsrechts, das nicht nur den Wünschen der Eltern, sondern auch den vielfältigen Interessen der Kinder gerecht wird.

Lebensformen unterliegen, wie eingangs erwähnt, einem ständigen Wandel. Die daraus resultierenden vielfältigen Familienkonstellationen sind vom bestehenden Recht nicht immer abgedeckt. Auch sind Regelungen aufgrund Fortschreitens der Technik und der Medizin nicht mehr zeitentsprechend.

Ein „modernes“ Abstammungsrecht, das der heutigen Lebenswirklichkeit gerecht wird, gleichzeitig aber auch die Bedürfnisse aller Beteiligten und die aus ihm resultierenden Rechtsfolgen berücksichtigt, das wurde im Arbeitskreis Abstammungsrecht diskutiert.

In hiesiger Arbeit wurde auf einen Teil der Diskussionsentwürfe eingegangen, so wurden Fragen zur Elternschaft homosexueller Paare beleuchtet und die Vereinbarkeit einer pluralen Elternschaft mit den geltenden Leitprinzipien des Abstammungsrechts untersucht. Näher betrachtet wurden auch die Auswirkungen der eingeführten Möglichkeit einer dritten Geschlechtervariante.

Es ließ sich feststellen, dass einige Reformvorschläge sich nunmehr gänzlich vom eigentlichen Grundgedanken des Abstammungsrechts, dem Gleichlauf rechtlicher und biologischer Elternschaft, entfernen. Wie jedoch in hiesiger Arbeit mehrfach erkannt, kommen jene Abweichungen auch im Rahmen der derzeit bestehenden Rechtslage vor und sind teils sogar vom Gesetzgeber gewollt.

Eine gemeinsame Elternschaft lesbischer Paare wäre daher, wie vom Arbeitskreis für Abstammungsrecht vorgeschlagen, aus Gleichbehandlungsgründen durchaus zu begrüßen. Als problematisch anzusehen ist jedoch, dass vergleichbare Regelungen für männliche homosexuelle Paare nicht gefunden werden konnten.

Das Ermöglichen einer rechtlichen Zuordnung der Partnerin der Geburtsmutter, während dies gleichgeschlechtlichen Männern nicht ermöglicht werden soll, wird als nicht akzeptabel betrachtet. Dies ist insbesondere dem Festhalten der bestehenden Regelung des § 1591 BGB geschuldet.

Ein Ausweichen könnte im Rahmen multipler Elternschaft erlangt werden. Für jene dagegen kann (mit Ausnahme des Gedankens zur sukzessiven Elternschaft) ein Übereinkommen mit den relevanten Leitprinzipien des Abstammungsrechts nicht erzielt werden. Hier wäre es aus Sicht der Erstellerin durchaus empfehlenswert, die Rechte anderer Bezugspersonen des Kindes - sei es die der Stiefelternteile oder die der genetischen Eltern - zu stärken. So könnte eine Verbindung aufgebaut werden, welche keine abstammungsrelevanten Folgewirkungen nach sich zieht, durch die daraus resultierende Elternverantwortung jedoch im Grundgedanken dennoch auf Dauer angelegt ist.

Eruiert wurde auch die sprachliche Formulierung der Gesetzestexte. Es wurde erkannt, dass die bestehenden Formulierungen nicht alle Geschlechtsvarianten abdecken. Eine neutrale Fassung der entsprechenden Normen wäre fortschrittlich, Detaillierteres dazu jedoch keine Frage des Abstammungsrechtes.

Vorliegende Arbeit kommt abschließend zu dem Ergebnis, dass das Abstammungsrecht nicht zeitgemäß ist und einer zwingenden Überarbeitung bedarf. Insbesondere die geltenden Vorschriften zur Primärzuordnung sind auf einen Teil der gelebten familiären Beziehungen nicht anwendbar.

Beachtet werden muss jedoch dabei, dass es nicht Sinn und Zweck des Abstammungsrechts ist, den Rechten ausnahmslos aller Betroffenen gerecht zu werden. Zuallererst muss im Blick gehalten werden, dass einem Kind bestmöglich die Eltern zugeordnet werden, die seinem Wohle (voraussichtlich) am förderlichsten sind.

Literaturverzeichnis

Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht,

Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) (Hrsg.), Köln 2017.

Brock Ann-Cathrin,

Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, Entwicklungsrichtungen und Entwicklungskräfte (Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht, Band 30), Frankfurt a. M., 2020.

Deutscher Bundestag, wissenschaftliche Dienste,

Das Geschlecht als Zuweisungsfaktor für die Elternschaft sowie Fragen zur Mehrelternschaft, Sachstand vom 5.7.2018, WD 7 - 3000 - 125/18, unter URL: <https://www.bundestag.de/resource/blob/565998/3a637d7b54878beb9dd6a24bd015fe30/WD-7-125-18-pdf-data.pdf> (Stand 8.4.2022).

Deutsches Rotes Kreuz e.V., Projektteam Wertebildung in Familien –

Annegret Erbes/Charlotte Giese/Heribert Rollik (Hrsg.),

Werte und Wertebildung in Familien, Bildungsinstitutionen, Kooperationen, Beiträge aus Theorie und Praxis, Berlin 2013.

Dethloff Nina,

Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, unter Mitarbeit von Anja Timmermann, Berlin 2016.

Dudenredaktion,

„Intention“ auf Duden online unter URL:

<https://www.duden.de/rechtschreibung/Intention> (Stand 3.5.2022).

Zitiert als: Dudenredaktion.

Palandt Otto,

Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, München 2021.

Peuckert Rüdiger,

Familienformen im sozialen Wandel, 9. Auflage, Wiesbaden 2019.

Rahm Walter, Künkel Bernd (Hrsg.),

Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, 82. Auflage, Köln 2012.

Richarz Theresa, Scheiwe Kirsten,

Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte, Aktueller Reformbedarf im Familien- und Abstammungsrecht – Welche Ziele und Zwecke verfolgt das Recht der Eltern-Kind-Beziehungen? Unter URL:
<https://www.dasgleichstellungswissen.de/aktueller-reformbedarf-im-familien--und-abstammungsrecht-welche-ziele-und-zwecke-verfolgt-das-recht-der-eltern-kind-beziehungen-.html> (Stand 3.5.2022).

Statistisches Bundesamt (Destatis),

Auszug aus dem Datenreport 2021 - Kapitel 2: Familie, Lebensformen und Kinder, unter URL:
https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2021-kap-2.pdf;jsessionid=4D9334D3E442B96B17E37FBA7B307456.live712?__blob=publicationFile (Stand 8.4.2022).

Statistisches Bundesamt (Destatis),

Ehescheidungen und betroffene minderjährige Kinder, Pressemitteilung Nr. 378 vom 11.8.2021, unter URL:
https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/08/PD21_378_126.html (Stand 10.1.2022).

Statistisches Bundesamt (Destatis),

Lebendgeborene, Gestorbene, Geburten-/Sterbeüberschuss (ab 1950), unter URL:

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft->

[Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/Tabellen/lrbev04.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/Tabellen/lrbev04.html)

(Stand 10.1.2022).

Statistisches Bundesamt (Destatis),

Maßzahlen zu Ehescheidungen 2000 bis 2020, unter URL:

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft->

[Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-)

[Lebenspartnerschaften/Tabellen/masszahlen-ehescheidungen.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-Lebenspartnerschaften/Tabellen/masszahlen-ehescheidungen.html)

(Stand 10.1.2022).

Thomale Chris,

Mietmutterschaft – Eine international-privatrechtliche Kritik, Tübingen 2015.

Eidesstattliche Versicherung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe.

Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die gedruckte und die digitalisierte Version der Diplomarbeit sind identisch.

Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Meißen, 2. Juni 2022

Janett Espig