



Ist die rechtliche Zuordnung eines Kindes zu Mutter und Vater gem. §§ 1591, 1592 BGB noch zeitgemäß?

Autor: Pawel Rydygier

Herausgeberinnen des Titels: Prof. Susanne Sonnenfeld, Dipl.-Rpfl. Dagmar Zorn

Beiträge aus dem Fachbereich Rechtspflege

Nr. 02/2018

Herausgeber der Reihe: Dekan des Fachbereichs Rechtspflege

**Ist die rechtliche Zuordnung
eines Kindes zu Mutter und Vater
gem. §§ 1591, 1592 BGB
noch zeitgemäß?**

Diplomarbeit

an der Hochschule des Bundes
für öffentliche Verwaltung
Fachbereich Auswärtige Angelegenheiten

im Fach: **Familienrecht**

vorgelegt von: **Paweł Rydygier
KSA 2015**

Erstprüferin: **Prof. Susanne Sonnenfeld, Hochschule
für Wirtschaft und Recht Berlin**

Zweitprüferin: **Dipl.-Rpfl. Dagmar Zorn, Hochschule
für Wirtschaft und Recht Berlin**

Themenstellung am: 26. Oktober 2017
Bearbeitungsbeginn: 27. Oktober 2017
Vorgelegt am: 11. Dezember 2017

Inhalt

A. Einleitung	3
B. Rechtliche Mutterschaft nach § 1591 BGB	5
C. Rechtliche Vaterschaft nach § 1592 BGB	6
I. Anknüpfung an die Ehe.....	6
II. Anerkennung der Vaterschaft.....	7
III. Feststellung der Vaterschaft.....	8
IV. Möglichkeiten der Korrektur/Anfechtung.....	8
D. Funktion und Prinzip der rechtlichen Zuordnung zu Mutter und Vater	11
I. Funktion der Zuordnung.....	11
II. Zuordnungsprinzipien.....	12
1. Biologische und genetische Abstammung	12
2. Statusprinzip	13
3. Sozial-familiäre Elternschaft	14
E. Abweichungen zwischen intendierter und tatsächlicher Eltern-Kind-Zuordnung ..	15
I. Gespaltene Mutterschaft	15
1. Eizellspende.....	16
2. Embryospende bzw. Embryooption	17
3. Leihmutterschaft.....	19
a) Abstammung nach deutschem Recht	20
b) Abstammung nach ausländischem Recht	22
II. Vaterschaftszuordnung	24
1. Ärztlich assistierte Fortpflanzung mittels Samenspende	24
2. Private Samenspende	27
3. Vaterschaft bei Embryospende	30
III. Gleichgeschlechtliche Paare	31
1. Fehlende Mit-Mutterschaft.....	32
2. Vaterschaft zweier Väter über Leihmutterschaft	34

IV. Zuordnung zu Transsexuellen.....	36
V. Zuordnung zu Intersexuellen.....	38
VI. Plurale Elternschaft.....	40
F. Fazit.....	42
Literaturverzeichnis	46

A. Einleitung

*Mater semper certa est*¹ – die Mutter ist immer sicher – das galt schon seit jeher. Die rechtliche Zuordnung eines Kindes zur Mutter war jahrhundertlang unverrückbar und bedurfte daher überhaupt keiner expliziten Regelung. Doch die medizinischen Möglichkeiten haben den Spruch längst überholt, so ist das Herbeiführen einer Schwangerschaft mittels künstlicher Befruchtung heute keine Seltenheit mehr, wobei nicht in jedem Fall diejenige Frau, die das Kind zur Welt bringt, auch tatsächlich genetisch mit dem Kind verwandt ist. Denn auch die Übertragung von Eizellen und Embryonen wird insbesondere im Ausland praktiziert, ebenso die Beauftragung von Leihmüttern mit dem Austragen und der Geburt des Wunschkindes. Daraus ergeben sich eine Vielzahl von ethischen, sozialen und rechtlichen Fragen.

In dieser Arbeit soll daher der Fragestellung nachgegangen werden, wie und aus welchem Grund der Gesetzgeber Kinder ihren Müttern zuordnet und ob er dabei möglicherweise Korrekturmöglichkeiten vorgesehen hat. Im ersten Hauptteil sollen diejenigen Fälle beleuchtet werden, in denen es zu einer Abweichung zwischen der gewünschten und der tatsächlichen rechtlichen Mutterschaft kommt und welche Unwägbarkeiten Frauen erwarten, die ihren unerfüllten Kinderwunsch durch in Deutschland verbotene Eizell- oder Embryospende verwirklichen oder die Dienste einer Leihmutter in Anspruch nehmen. Ethische oder moralische Fragen sind dabei nicht Gegenstand dieser Arbeit und werden daher nicht begutachtet, gleichwohl soll aber aufgezeigt werden, welche Reproduktionsmöglichkeiten oder Familienmodelle für die Frage, ob die Zuordnung des Kindes zur Mutter noch zeitgemäß ist, relevant sind. Dabei sollen auch gesellschaftliche Veränderungen nicht außer Acht gelassen werden.

Die Frage, wer Vater eines Kindes ist, war traditionell schon immer schwieriger zu beantworten und mit wesentlich mehr Unsicherheiten behaftet als die Frage der Mutterschaft. Da ein sicherer genetischer Nachweis der Vaterschaft überhaupt erst seit den 1990er Jahren existiert², soll näher betrachtet werden, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber ein Kind dem rechtlichen Vater zuordnet und ob und unter welchen Umständen eine einmal erfolgte Zuordnung gegebenenfalls wieder korrigiert

¹ Paulus Dig. 2.4.5.

² Sabrowski, Vaterschaft in Zeiten des genetischen Vaterschaftstests, 2014, S. 169.

werden kann. Der zweite Abschnitt des Hauptteils befasst sich daher mit abstammungsrechtlichen Fragen der Vaterschaft, insbesondere im Hinblick auf die Samenspende. Viele Samenspender dürften sich fragen, ob sie nach der Spende eigentlich davor geschützt sind, als Vater festgestellt zu werden und ob es einen Unterschied macht, ob die Spende „offiziell“ in einer Klinik erfolgt oder im privaten Bereich weitergegeben wird. Auch der eher seltene Fall der Embryooption birgt aus Sicht des intendierten Vaters, also des „Wunschvaters“, rechtliche Risiken. Hinsichtlich der Vaterschaftszuordnung soll daher auch auf die kommende Novellierung der diesbezüglich geltenden Regelungen eingegangen werden.

Aus der Zuordnung eines Kindes zu Mutter und Vater ergeben sich wechselseitig erhebliche rechtliche Folgen, diese müssen daher ebenso betrachtet werden, wie die Grundprinzipien, auf denen die abstammungsrechtliche Zuordnung basiert. Jede mögliche Änderung der Zuordnung durch den Gesetzgeber hat daher immensen Einfluss auf das weitere Leben des Kindes und der betroffenen Eltern. Ob die Zuordnung noch zeitgemäß ist oder nicht, muss immer auch im Kontext der dahinterstehenden Prinzipien gesehen werden. Diesem Themenkomplex ist daher ein eigener Punkt gewidmet.

Bei der Fülle an alternativen Familienformen und Lebensmodellen hetero- und homosexueller Paare und Alleinstehender wundert es nicht, dass das Familienrecht wohl *das* Reformgebiet überhaupt ist und einer ständigen Weiterentwicklung durch rechtspolitische Impulse und Rechtsprechung unterliegt, die letztlich auch den gesellschaftlichen Wandel abbilden. Damit untrennbar verbunden ist die Frage, in welchen Bereichen der Gesetzgeber überhaupt Reformbedarf erkannt hat und auf welche familienpolitischen Entwicklungen er nicht vorbereitet war. Im dritten Hauptteil der Arbeit soll es daher auch um die elterliche Zuordnung zu gleichgeschlechtlichen Paaren sowie die besondere Problematik Trans- und Intersexueller gehen.

In der Lebenswirklichkeit zahlreicher Menschen etabliert sich zunehmend auch eine weitere Form des Familienlebens: sogenannte Mehrelternfamilien, aus mehreren Personen zusammengeschlossene „Elternteile“, die gemeinsam die Erziehung eines Kindes übernehmen und Verantwortung für dessen Aufwachsen übernehmen wollen. Ob der Gesetzgeber auch für dieses Familienmodell einen entsprechenden rechtlichen Rahmen bereithält, welche Gestaltungsfreiheit die Beteiligten haben und welche Formen der pluralen Elternschaft schon heute vorhanden sind soll daher im letzten Punkt des Hauptteils erörtert werden.

B. Rechtliche Mutterschaft nach § 1591 BGB

Nach § 1591 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist Mutter eines Kindes die Frau, die es geboren hat. Bis zum Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes (KindRG) am 01.07.1998 ergab sich die Mutterschaft aus der Geburt, ohne dass dies explizit geregelt war. Vielmehr ging schon das frühere Abstammungsrecht davon aus, dass es nie ungewiss sei, wer leibliche und somit auch rechtliche Mutter eines Kindes ist.³ Der Gesetzgeber erkannte jedoch, dass im Zuge moderner Fortpflanzungsmöglichkeiten durch Eizell- und Embryonenspende oder Leihmutterschaft ein Auseinanderfallen genetischer und biologischer (im Sinne von gebärender) Mutterschaft möglich war und wollte diese Regelungslücke schließen, indem er bewusst festschrieb, dass die Frau, die das Kind zur Welt bringt, in jedem Fall rechtliche Mutter des Kindes wird. Weiteres Tatbestandsmerkmal des § 1591 BGB ist die Tatsache, dass nur eine Frau Mutter sein kann.

Dabei kommt es weder auf die genetische Abstammung noch auf die Übernahme der Mutterrolle an.⁴ Es existiert auch keine Mutterschaftsanerkennung, -anfechtung oder -feststellung. Dies gilt selbst dann, wenn durch ein genetisches Abstammungsgutachten bewiesen wird, dass eine andere Frau genetische Mutter ist.⁵ Der Gesetzgeber führte als Begründung an, dass schon während der Schwangerschaft eine körperliche und psychosoziale Beziehung zu dem Kind aufgebaut werde; die schwangere Frau stünde demnach dem Kind am nächsten. Dies gelte auch während und unmittelbar nach der Geburt. Es sei zudem auch im Interesse des Kindes, eine sog. „gespaltene Mutterschaft“ (vgl. hierzu Abschnitt E. I.), also das auseinanderfallen genetischer und biologischer Mutterschaft, zu verhindern.⁶

Zur Abgrenzung wird daher begrifflich im Folgenden zwischen biologischer Mutter (d.h. gebärender), intendierter Mutter (d.h. „Wunschmutter“) und genetischer Mutter unterschieden.

³ MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1591 Rn. 3.

⁴ Münch/Müller, FamR, § 13. Kindschaftsrecht Rn. 1-6.

⁵ Vgl. MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1591 Rn. 4-5.

⁶ BT-Drucksache 13/4899 vom 13.06.1996, S. 82.

C. Rechtliche Vaterschaft nach § 1592 BGB

Nach § 1592 BGB ist Vater eines Kindes der Mann,

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

Der heutige § 1592 BGB wurde ebenfalls im Zuge des KindRG umfassend überarbeitet, dabei wurde im Hinblick auf eine Vereinheitlichung des Abstammungsrechts der bisherige Statusunterschied zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern abgeschafft. Anders als die Mutterschaft beruht die gesetzliche Vaterschaftszuordnung jedoch auf einer Vermutung, einem Rechtsgeschäft oder der Rechtskraft einer gerichtlichen Feststellung.⁷ Die Rechtswirkungen sind dabei bei allen drei Tatbeständen jeweils dieselben und stehen gleichwertig nebeneinander, sie schließen sich jedoch logischerweise gegenseitig aus.⁸ Diese Tatbestände sollen im Regelfall denjenigen Mann als rechtlichen Vater erfassen, von dem das Kind genetisch abstammt.⁹

I. Anknüpfung an die Ehe

Die Anknüpfung der rechtlichen Vaterschaft an die Ehe setzt voraus, dass der betreffende Mann im Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist. Dies gilt grundsätzlich bis zur Rechtskraft der Scheidung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eheleute noch zusammenleben oder bereits getrennt sind, auch wenn das Kind gezeugt wurde ist nicht relevant. Dies gilt auch dann, wenn es offensichtlich unmöglich ist, dass der Ehemann Vater des Kindes ist.¹⁰ Es kommt ferner auch nicht darauf an, ob die Ehe aufhebbar ist bzw. später aufgehoben wird.¹¹ Lediglich im Falle einer Nichtehe wird keine väterliche Abstammung begründet, es bedarf hierzu auch keiner gerichtlichen Entscheidung.¹² Wird die Ehe durch Tod des Ehemannes

⁷ BeckOK BGB/Hahn BGB § 1592.

⁸ Gaul, FamRZ 1997, 1441.

⁹ BT-Drucksache 16/6561 vom 04.10.07, S. 8.

¹⁰ Münch/Müller, FamR, § 13. Kindschaftsrecht Rn. 11-15.

¹¹ OLG Brandenburg FamRZ 2007, 2003.

¹² Hüßtege, FamRZ 2017, 1376.

aufgelöst, so wird das Kind gemäß § 1593 BGB dem verstorbenen Vater zugeordnet, sofern es innerhalb eines Zeitraums von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes geboren wurde.

Zwar handelt es sich bei § 1592 Nr. 1 BGB von der Rechtsnatur her um eine bloße Vermutung, es dürfte aber in den allermeisten Fällen der gelebten Wirklichkeit entsprechen, dass das in der Ehe geborene Kind auch vom Ehemann der Mutter abstammt.¹³ Der Gesetzgeber verzichtete deshalb auch nach Wegfall der bisherigen Zweiteilung in ehelich und unehelich geborene Kinder nicht auf die Annahme, dass ein innerhalb der Ehe geborenes Kind schon aus praktischen Gründen rechtlich dem Ehemann zuzuordnen ist. Er ging jedoch nicht so weit, von Gesetzes wegen auch nichteheliche oder sonstige eheähnliche Lebensgemeinschaften mit einem vergleichbaren Automatismus auszustatten, hierfür fehle es an einem einfachen, durch entsprechende Urkunden belegbaren Anknüpfungspunkt.¹⁴

II. Anerkennung der Vaterschaft

Sind die Eltern des Kindes nicht miteinander verheiratet, so kann die Zuordnung des Kindes zum Vater durch Anerkennung erfolgen. Die Vaterschaftsanerkennung ist im Einzelnen in den §§ 1594 – 1598 BGB geregelt. Es handelt sich dabei um ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches sowohl form- als auch zustimmungsbedürftig ist. So ist die Anerkennungserklärung nach § 1597 Abs. 1 BGB öffentlich zu beurkunden und bedarf zur Wirksamkeit nach § 1595 Abs. 1 BGB der Zustimmung der Mutter.

Wie schon bei der Vaterschaft durch Ehe nach § 1592 Nr. 1 BGB kommt es im Falle der Anerkennung nicht auf die genetische Abstammung des Kindes vom Anerkennenden an,¹⁵ vielmehr erachtet es der Gesetzgeber als ausreichend, wenn ein Mann mit Zustimmung der Mutter rechtsverbindlich zum Ausdruck bringt, Verantwortung für das Kind übernehmen zu wollen.¹⁶ Denn grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit das Kind auch von dem Mann abstammt, welcher die Anerkennung erklärt.¹⁷ Es entspricht jedoch ebenfalls allgemeiner Auffassung, dass die Vaterschaftsanerkennung auch bewusst von einem

¹³ Vgl. BeckOK BGB/*Hahn* BGB § 1589 Rn. 3.

¹⁴ BT-Drucksache 13/4899 vom 13.06.96, S. 52.

¹⁵ BGH NJW 1985, 804.

¹⁶ BVerfG NJW 2009, 423.

¹⁷ MüKoBGB/*Wellenhofer* BGB § 1592 Rn. 14.

Mann abgegeben werden kann, der nicht genetischer Vater des Kindes ist; selbst die bewusst falsche Anerkennung ist voll wirksam.¹⁸

III. Feststellung der Vaterschaft

In Fällen, in denen das Kind weder in der Ehe geboren noch anerkannt wurde, bedarf es nach dem Willen des Gesetzgebers der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB. Dies bringt schon der Wortlaut des Abs. 1 („so **ist** die Vaterschaft gerichtlich festzustellen“) zum Ausdruck. Das Recht auf Feststellung der Vaterschaft steht nur dem potenziellen Vater, der Mutter und dem Kind zu,¹⁹ und ist nur dann zulässig, sofern keine anderweitige Vaterschaft besteht.²⁰ Im Feststellungsverfahren wird dabei zunächst derjenige als Vater vermutet, welcher der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Sofern bewiesen werden kann, dass Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, wird die Vaterschaft festgestellt. Kann der Geschlechtsverkehr jedoch nicht bewiesen werden, so greift die vorgenannte Vermutung nicht, die Vaterschaft muss in diesem Fall positiv festgestellt werden. Dies geschieht in der Regel durch Sachverständigengutachten, dabei werden heutzutage mehrheitlich DNA-Analysen durchgeführt, da diese zumeist eindeutige Ergebnisse aufweisen.²¹ Nach § 178 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) können die zur Abstammungsfeststellung erforderlichen Untersuchungen auch zwangsweise durchgeführt werden.²² Steht die genetische Vaterschaft durch eine solche Untersuchung fest, so wird die Vaterschaft gerichtlich festgestellt, und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes.

IV. Möglichkeiten der Korrektur/Anfechtung

Im Gegensatz zur Mutterschaft kann die Vaterschaft unter bestimmten Voraussetzungen korrigiert bzw. angefochten werden. Die Anfechtung ist in den §§ 1599 ff. BGB geregelt und definiert sowohl den Kreis der Anfechtungsberechtigten als auch die Voraussetzungen der Anfechtung. Das Anfechtungsrecht ist ein höchstpersönliches Recht²³ und zudem an bestimmte Fristen gebunden. Zum Kreis

¹⁸ OLG München, FamRZ 2011, 1309.

¹⁹ Vgl. MüKoBGB/*Wellenhofer* BGB § 1600d Rn. 13.

²⁰ BGH FamRZ 1999, 716.

²¹ Vgl. HK-BGB/*Rainer Kemper* BGB § 1600d Rn. 1-7.

²² *Keidel* FamFG, FamFG § 178 Rn. 19-21.

²³ BGH NJW 2015, 2888.

der Berechtigten zählen der rechtliche Vater, der genetische (leibliche) Vater²⁴, die Mutter und das Kind. Da eine unerwünschte Einmischung von außen vermieden und das Zusammenleben der Familie geschützt werden sollte, wurde Dritten bewusst keine Möglichkeit eingeräumt, die Abstammung eines Kindes in Frage zu stellen und der Kreis der Anfechtungsberechtigten deshalb abschließend begrenzt.²⁵ Dem rechtlichen Vater, der Mutter und dem Kind stehen auch dann das Recht auf Anfechtung zu, wenn der Vater eine bewusst falsche Vaterschaftsanerkennung abgegeben hat bzw. die Mutter und/oder das Kind einer bewusst falschen Anerkennung zugestimmt haben. Eine vorgeburtliche Vaterschaftsanfechtung ist indes nicht möglich.²⁶

Dem Kind war bereits 1961 ein eigenes Anfechtungsrecht zugesprochen worden, die Mutter erhielt selbiges erst mit Inkrafttreten des KindRG im Jahr 1998. Das Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters hingegen wurde erst eingeführt, nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 9.4.2003 den bis dahin möglichen Ausschluss des leiblichen Vaters vom Anfechtungsrecht für verfassungswidrig erklärt hatte.²⁷ Das Anfechtungsrecht des genetischen Vaters setzt allerdings voraus, dass dieser an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben; zusätzlich darf zum Zeitpunkt der Anfechtung zwischen dem Kind und seinem derzeitigen rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung bestehen. Darunter ist gem. § 1600 Abs. 3 BGB eine tatsächliche Verantwortungsübernahme für das Kind zu verstehen. Besteht bereits eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind, so scheidet das Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters aus. Der Gesetzgeber favorisiert in diesem Fall die Interessen des Kindes an einer bestehenden, durch Artikel 6 Grundgesetz (GG) schützenswerten Familie gegenüber dem Interesse des leiblichen Vaters, auch als rechtlicher Vater anerkannt zu werden.

Dies ist nicht unumstritten, denn es spielt beispielsweise keine Rolle, ob vorher schon einmal eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem leiblichen Vater bestanden hat. Es wird im Verfahren lediglich auf die Situation im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abgestellt.²⁸ Eine weitere Problematik ergibt sich zudem in Fällen, in denen die Mutter noch vor der Geburt des Kindes einen anderen als den

²⁴ Zur Problematik des Anfechtungsrechts von Samenspendern vgl. Abschnitt E. II.

²⁵ BT-Drucksache 16/3291 vom 08.11.06, S. 10.

²⁶ OLG Rostock FamRZ 2007, 1675.

²⁷ BVerfG NJW 2003, 2151.

²⁸ MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1600 Rn. 22-26.

leiblichen Vater durch Anerkennung oder Eheschließung in die Position des rechtlichen Vaters bringt. Übernimmt der andere Mann nun auch tatsächlich die Verantwortung für das Kind, ist eine Vaterschaftsanfechtung des leiblichen Vaters de facto ausgeschlossen.²⁹ Die Tatsache, dass der leibliche Vater gewillt ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen oder auch die Anknüpfung an das Kindeswohl sind indes nicht von § 1600 BGB erfasst und stellen kein Bemessungskriterium dar.

Ficht der leibliche Vater erfolgreich die Vaterschaft eines anderen Mannes an, so enthält der ergehende Beschluss gleichzeitig eine Vaterschaftsfeststellungswirkung nach § 182 Abs. 1 FamFG für den leiblichen Vater. Dessen Vaterschaft wird im Zuge des Verfahrens positiv durch ein genetisches Abstammungsgutachten von Amts wegen festgestellt. Damit wird vermieden, dass die Anfechtung zur Vaterlosigkeit des Kindes führt, gleichzeitig begründet der Beschluss die Vaterschaft des Anfechtenden nach § 1592 Abs. 3 BGB.³⁰ Wird jedoch festgestellt, dass weder der Anfechtende noch der bisherige rechtliche Vater leiblicher Vater des Kindes ist, so scheidet die Anfechtung aus. Auch damit soll verhindert werden, dass die Anfechtung lediglich eine bestehende Vater-Kind-Zuordnung beseitigt und das Kind im Ergebnis nach Abschluss des Verfahrens ohne rechtlichen Vater dasteht.³¹

²⁹ Vgl. *Helms*, FamRZ 2010, 1.

³⁰ So *Eckebrecht* in: Scholz/Kleffmann/Doering-Striening, Teil Q, Rn. 91.

³¹ HK-BGB/*Rainer Kemper* BGB § 1600 Rn. 6.

D. Funktion und Prinzip der rechtlichen Zuordnung zu Mutter und Vater

Für die Frage, ob die Zuordnung eines Kindes nach geltendem Recht noch zeitgemäß ist, ist es notwendig, sich damit auseinanderzusetzen, welche Funktion das Abstammungsrecht hat und welche rechtlichen Konsequenzen sich aus der Zuordnung sowohl für das Kind als auch für Mutter und Vater ergeben. Um eine etwaige Zuordnungsproblematik richtig einordnen zu können, muss auch ein Blick auf die abstammungsrechtlichen Prinzipien geworfen werden, nach denen der Gesetzgeber die Zuordnung vornimmt.

I. Funktion der Zuordnung

Die Zuordnung eines Kindes zu Mutter und Vater hat weitreichende Konsequenzen für alle Beteiligten und ist für viele weitere Rechtsgebiete von erheblicher Relevanz. So resultiert aus der Zuordnung etwa die Frage, wer mit wem verwandt ist (§§ 1589 ff. BGB) und daraus wiederum, wer wem gegenüber zu Unterhalt verpflichtet ist (§§ 1601 ff. BGB). Auch das Sorgerecht (§§ 1626 ff. BGB) knüpft an die Elterneigenschaft an. Damit verbunden ist auch die Frage, wer das Kind gesetzlich vertritt (§ 1629 BGB) und welchen Namen das Kind erhält (§§ 1616 ff. BGB). Bedeutsam ist die Abstammung zudem im Hinblick auf die erworbene Staatsangehörigkeit des Kindes (§ 4 Staatsangehörigkeitsgesetz) oder aber bei aufenthaltsrechtlichen Fragen eines Elternteils (§ 28 Aufenthaltsgesetz). Schließlich beruhen auch das Erbrecht (§§ 1924 ff. BGB) und etwaige Pflichtteilsansprüche (§§ 2303 ff. BGB) auf der abstammungsrechtlichen Zuordnung des Kindes zu Mutter und Vater.

Um die vorgenannten Rechte sowohl auf Seiten des Kindes als auch der Mutter oder des Vaters geltend machen zu können, bedarf es einer raschen und zuverlässigen Klärung der abstammungsrechtlichen Fragen. Angesichts der Tragweite der aus der Zuordnung resultierenden Rechte und Pflichten ist auch die Frage, ob dem Kind mit Geburt nur ein oder zwei Elternteile zugeordnet werden, insbesondere für das Kind von beträchtlicher Bedeutung. Bei der Zuordnung bedient sich der Gesetzgeber im Wesentlichen der nachfolgend beschriebenen Prinzipien.

II. Zuordnungsprinzipien

1. Biologische und genetische Abstammung

Der Begriff der Abstammung im Sinne der familiären Herkunft wird in § 1589 BGB definiert. Demnach ist Verwandtschaft im Kern ein auf Blutsverwandtschaft beruhendes Rechtsverhältnis zweier oder mehrerer Personen.³² Nach Ansicht des BVerfG sind die biologischen Eltern von Natur aus grundsätzlich dazu bereit und berufen, Verantwortung für die Pflege und Erziehung eines Kindes zu übernehmen.³³ Auch aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG leite sich das Gebot ab, eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen.³⁴ Der Begriff der Abstammung ist also grundsätzlich im Sinne genetischer Abstammung zu verstehen,³⁵ der Wortlaut „abstammt“ bezieht sich aber auch auf den Titel 2 Abstammung des BGB, so dass eine Verwandtschaft gleichwohl auch bei fehlender genetischer Abstammung vorliegen kann.³⁶ Welche Personen nach welchen Kriterien einem Kind zuzuordnen sind, regeln §§ 1591 ff. BGB.

Mit Reform des Kindschaftsrechts im Jahr 1998 wurde erstmals eine gesetzliche Regelung zur Mutterschaft getroffen; der bis dato gültige Leitsatz *mater semper certa est* hatte mit zunehmendem Fortschritt der Reproduktionsmedizin seine Gültigkeit verloren.³⁷ Eine Aufspaltung zwischen biologischer, d.h. gebärender und genetischer Mutter war jedoch nicht gewollt, insoweit ist der Gesetzgeber bei der Frage, wer rechtliche Mutter eines Kindes ist, vom Prinzip der genetischen Abstammung abgerückt.³⁸ Die gesetzlichen Regelungen zum Vater orientieren sich hingegen nicht zwangsläufig an der genetischen Abstammung, sondern basieren, wie bereits erwähnt, teils auf Vermutungen. Der Gesetzgeber ist jedoch grundsätzlich bestrebt, die biologisch-genetische Herkunft eines Kindes abzubilden, obwohl die genetische Abstammung vom Vater erst seit einiger Zeit überhaupt naturwissenschaftlich nachgewiesen werden kann.³⁹

³² BeckOK BGB/Hahn BGB § 1589 Rn. 1-3.

³³ BVerfGE 24, 119, Rn. 73.

³⁴ BVerfGE 108, 82, Rn. 68.

³⁵ BT-Drucksache 13/4899 vom 13.06.96, S. 82.

³⁶ MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1589 Rn. 1.

³⁷ Münch/Müller, FamR, § 13. Kindschaftsrecht Rn. 1.

³⁸ So Eckebrecht in: Scholz/Kleffmann/Doering-Striening, Teil Q, Rn. 4.

³⁹ Vgl. Spickhoff, Medizinrecht, BGB, Buch 4. Familienrecht, Abschnitt 2 Verwandtschaft, Titel 2. Abstammung, Vorbemerkung Rn. 2.

Die Frage, wer von wem abstammt, hat zudem auch Grundrechtsrelevanz. So gewährte das BVerfG mit Urteil vom 31.01.1989 jedem Kind das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und leitete dieses Recht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab. Demnach gehöre die Abstammung zur Persönlichkeit und die Kenntnis der eigenen Herkunft biete wichtige Anknüpfungspunkte für das Selbstverständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität.⁴⁰ Auf diesem Urteil aufbauend befand das BVerfG in einer weiteren Entscheidung vom 13.2.2007, dass aus dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung spiegelbildlich auch das Recht des Vaters bestehen müsse, zu wissen, ob das Kind von ihm abstammt.⁴¹ Hieraus entstand mit Wirkung vom 1.4.2008 der § 1598a BGB, welcher den gegenseitigen Anspruch auf Klärung der genetischen Abstammung zwischen Vater, Mutter und Kind regelt. Der Gesetzgeber entschied sich hier für ein statusunabhängiges Verfahren, d.h. die Klärung der Abstammung erfolgt ohne rechtliche Konsequenzen für die Position des bisherigen rechtlichen Vaters. Berechtigt zur Klärung sind die Mutter, der rechtliche Vater im Sinne des § 1592 BGB und das Kind, nicht aber die genetische Mutter oder der genetische Vater. Damit schließt der Gesetzgeber Samen- oder Eizell- und Embryospender vom Anspruchsrecht aus.⁴²

2. Statusprinzip

Die Zuordnung eines neugeborenen Kindes zu Mutter und Vater darf wegen der oben genannten Rechtsfolgen nicht lange ungewiss bleiben, es bedarf daher einfacher und klarer Kriterien, nach denen sich die rechtliche Mutterschaft und Vaterschaft richtet.⁴³ Es wird als zentrale Aufgabe des Familienrechts betrachtet, die Rechtsstellung des Kindes umfassend und dauerhaft so zu ordnen, dass sie vor Anzweiflungen oder Eingriffen von außen geschützt ist.⁴⁴

Mit der Anknüpfung an die Geburt hat der Gesetzgeber einen eindeutigen, verbindlichen und dauerhaften Status im Verhältnis zur Mutter geschaffen. Eine bloße Vermutung der Mutterschaft ist aus Gründen der Statussicherheit und –klarheit für das Kind ausgeschlossen. Beim Vater hingegen erfolgt die Zuordnung im Interesse der Statusklarheit anhand eindeutiger Sachverhalte wie Ehe, Anerkennung oder

⁴⁰ BVerfG, NJW 1989, 891.

⁴¹ BVerfGE 117, 202.

⁴² Vgl. MüKoBGB/*Wellenhofer* BGB § 1598a Rn. 12.

⁴³ MüKoBGB/*Wellenhofer*, Buch 4. Familienrecht Abschnitt 2. Verwandtschaft Titel 2. Abstammung Vorbemerkungen Rn. 21.

⁴⁴ *Gaul*, FamRZ 1997, 1441.

gerichtliche Feststellung. Diesem Prinzip entspricht auch, dass eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nur dann durchgeführt werden kann, solange das Kind noch keinen rechtlichen Vater hat. Das bereits vorgenannte Ziel des Abstammungsrechts, möglichst eine Übereinstimmung von rechtlicher und genetischer Vaterschaft herzustellen,⁴⁵ entspricht dabei dem Prinzip der Statuswahrheit.

Die Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern wirkt sowohl im Innenverhältnis als auch nach außen ein Leben lang und liegt daher auch im Interesse der Rechtssicherheit für jedermann. Sie muss verlässlich sein, da die hieraus resultierenden Rechte sowohl für das Aufwachsen des minderjährigen Kindes als auch im Erwachsenenalter von erheblicher Bedeutung sind und sich auf mögliche Nachkommen auswirken.⁴⁶

3. Sozial-familiäre Elternschaft

Auch wenn das BVerfG vom Idealbild des rechtlichen und genetischen Gleichlaufs der Vaterschaft ausgehen mag, so kann sich das Abstammungsrecht schon aus praktischen Gründen dennoch nicht gänzlich an genetischen Kriterien orientieren. Dies zeigt sich insbesondere in den Fällen des § 1592 Nr. 1 und 2 BGB, in denen vielmehr auf die bereits „gelebte“ Vaterschaft oder voluntative Elemente („Wille zur Vaterschaft“) abgestellt wird.⁴⁷ So sieht es der Gesetzgeber in den vorgenannten Fällen auch nicht als seine Pflicht an, die rechtliche Elternschaft in jedem Fall zunächst von einer Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt und begründet dies mit dem Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und dem Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG.⁴⁸ Ein verpflichtendes Abstammungsgutachten nach Geburt des Kindes wäre daher weder zweckmäßig, weil in den allermeisten Fällen rechtlicher und genetischer Vater übereinstimmen dürften, noch angesichts einer damit möglicherweise verbundenen Grundrechtsverletzung legitim. Um zu vermeiden, dass dem Kind überhaupt kein Vater zugeordnet werden kann, weil dieser entweder nicht willens ist, die Vaterrolle zu übernehmen oder aber gar nicht bekannt ist, räumt der Gesetzgeber hier dem sozial-familiären Aspekt der Vaterschaft Vorrang gegenüber rechtlicher und genetischer Übereinstimmung ein. Denn schon aus der Lebenswirklichkeit heraus dürfte davon auszugehen sein, dass nur derjenige das Kind anerkennt, der auch bereit ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen.

⁴⁵ BT-Drucksache 5/4179 vom 10.05.69, S. 2.

⁴⁶ Vgl. BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 24.

⁴⁷ Vgl. *Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, S. 55.

⁴⁸ BVerfG, NJW 2013, 2151.

E. Abweichungen zwischen intendierter und tatsächlicher Eltern-Kind-Zuordnung

Nicht nur der Fortschritt in der modernen Reproduktionsmedizin führt dazu, dass die tatsächliche Eltern-Kind-Zuordnung immer häufiger von der gewünschten Zuordnung seitens der Eltern abweicht. Auch die Struktur vieler Familien hat sich im Vergleich zu früher verändert, so werden heute etwa ein Drittel aller Kinder außerhalb der Ehe geboren.⁴⁹ Alternative Familienformen wie Lebensgemeinschaften mit Kindern und alleinerziehende Eltern gewinnen immer mehr an Bedeutung. So stieg im Zeitraum 2004 - 2014 die Zahl der Lebensgemeinschaften mit minderjährigen Kindern um 22%, wohingegen die Zahl der Ehepaare mit minderjährigen Kindern im gleichen Zeitraum einen Rückgang von 17% verzeichnete.⁵⁰ Auch die Zahl der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften hat sich seit dem Jahr 2000 verdoppelt und liegt für das Jahr 2016 nunmehr bei 95.000, die Zahl der eingetragenen Lebenspartnerschaften hat sich seit 2006 sogar nahezu vervierfacht.⁵¹

Es scheint daher kaum verwunderlich, dass die Frage, wem ein Kind rechtlich zuzuordnen ist, je nach Familienform schwierig zu beantworten ist. Anhand nachfolgender Fallkonstellationen soll aufgezeigt werden, wann das geltende Recht die von vielen Familien gelebte soziale Wirklichkeit nicht mehr adäquat abbilden kann und die intendierte Zuordnung daher – teils ganz erheblich – von der tatsächlichen abweicht.

I. Gespaltene Mutterschaft

Nachdem im Juli 1978 in England das erste sogenannte „Retortenbaby“, also durch künstliche Befruchtung gezeugte Kind, auf die Welt gekommen war, entbrannte auch in Deutschland eine intensive Debatte um die Chancen und Risiken der künstlichen Befruchtung. Der Gesetzgeber sah sich daraufhin gezwungen, eine Regelung zu treffen, die sich einerseits auf die Werte des Grundgesetzes - insbesondere der Menschenwürde und des Lebens - stützt, andererseits aber auch die in Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtlich verankerte Freiheit der Forschung respektiert.⁵²

⁴⁹ Pressemitteilung Nr. 461 des Statistischen Bundesamts vom 19.12.2016.

⁵⁰ Statistisches Bundesamt, Datenreport 2016, S. 51-52.

⁵¹ Statistisches Bundesamt, von 12.000 im Jahr 2006 auf 44.000 im Jahr 2016; https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_4_Gleichgeschlechtliche_Lebensgemeinschaften.html, eingesehen am 25.11.2017.

⁵² BT-Drucksache 11/5460 vom 25.10.89, S. 6.

Aus dieser Debatte entstand das Embryonenschutzgesetz (ESchG), welches am 1.1.1991 in Kraft getreten ist. Ziel des ESchG war es unter anderem, gespaltene Mutterschaften, also ein auseinanderfallen genetischer und gebärender Mutter, zu verhindernd. Es handelt sich dabei dem Grunde nach um ein Strafgesetz, da der Gesetzgeber zum Zeitpunkt des Erlasses im Jahr 1991 noch nicht über die allgemeine Gesetzgebungskompetenz für medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens verfügte. Erst 1994 wurde mit Einfügung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG die hierfür notwendige konkurrierende Gesetzgebung des Bundes erlassen.⁵³ Nachfolgend soll aufgezeigt werden, in welchen Fällen es gemeinhin zu gespaltener Mutterschaft kommt.

1. Eizellspende

Unter Eizellspende versteht man die Übertragung einer fremden, unbefruchteten Eizelle auf eine andere Frau. Eine Eizellspende kommt dann in Frage, wenn die intendierte Mutter ein Kind zwar austragen, aber selbst keine Eizellen produzieren kann. Denkbar wäre hier sowohl die Entnahme einzelner Eizellen einer anderen Frau zu Lebzeiten als auch die Transplantation ganzer Eierstöcke nach dem Tod der Spenderin.

Beiden Fällen wollte der Gesetzgeber entschieden entgegentreten, da er erhebliche negative Auswirkungen auf die seelische Entwicklung von Kindern befürchtete, die sozusagen von drei Eltern abstammen oder gar durch die Eierstocktransplantation von einer Toten.⁵⁴ Die Eizellspende ist gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG in Deutschland verboten. Dies ist in anderen europäischen Ländern wie z.B. Spanien, Tschechien und Polen jedoch nicht der Fall⁵⁵, weshalb viele Paare auf diese Länder ausweichen, um sich dort einer künstlichen Befruchtung mittels Eizellspende zu unterziehen. Dabei ist die Eizellspende ein umstrittenes Verfahren, denn die Spenderinnen gehen aufgrund der hormonellen Vorbehandlung und des medizinischen Eingriffs der Entnahme ein gewisses Risiko für ihre Gesundheit ein. Zudem spenden viele Frauen ihre Eizellen vermutlich überwiegend aus finanziellen Gründen und nicht aus Selbstlosigkeit, um kinderlosen Paaren zum Kinderwunsch zu verhelfen. In vielen Ländern ist die Eizellspende zudem anonym, so beispielsweise auch in Tschechien, wo es mittlerweile zahlreiche, speziell auf deutsche „Kunden“ ausgerichtete

⁵³ *Spickhoff*, Medizinrecht, BGB, Buch 4. Familienrecht, Abschnitt 2 Verwandtschaft, Titel 2. Abstammung, Vorbemerkung Rn. 3.

⁵⁴ BT-Drucksache 11/5460 vom 25.10.89, S. 7.

⁵⁵ EGMR 3.11.2011 – 57813/00 FamRZ 2012, 23 f. Rn. 95 (Rechtslage schon 1998).

Reproduktionskliniken gibt.⁵⁶ Die Zahl der Frauen, die sich ihren Kinderwunsch durch eine Behandlung im Ausland erfüllen, weil sie aus genetischen oder anderen Gründen nicht mit eigenen Eizellen schwanger werden können, wird in der Literatur mit rund 1000 – 3000 pro Jahr angegeben.⁵⁷ Belastbare Zahlen hierzu liegen jedoch nicht vor, es ist auch nicht bekannt, wie viele Kinder pro Jahr auf diesem Weg gezeugt werden.⁵⁸

Für die Betroffenen gehen oft zahlreiche Probleme mit einer Eizellspende im Ausland einher. Paare, die sich einer entsprechenden Behandlung unterzogen haben, sprechen häufig aus Angst vor Stigmatisierung nicht darüber, auf welche Weise das Kind entstanden ist. Dies kann sowohl die Ärzte betreffen, die die Schwangerschaft behandeln, als auch das soziale Umfeld des Paares. Schließlich befürchten viele, das Kind könnte Rückfragen zu seiner genetischen Herkunft stellen, welche die Eltern aufgrund der Anonymität der Eizellspenderin und des generellen Verbots der Eizellspende nicht beantworten können. Problematisch in diesem Zusammenhang ist auch die Tatsache, dass so gezeugten Kindern das Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung praktisch verwehrt bleibt.

§ 1591 BGB begünstigt hinsichtlich der Frage der Zuordnung des Kindes zur Mutter in diesem Fall die biologische Mutter insofern, als dass ihr automatisch auch der Status der rechtlichen Mutter verliehen wird, obwohl das Kind nicht genetisch von ihr abstammt. Aus isoliert abstammungsrechtlicher Sicht bestehen daher wohl kaum Bedenken gegen eine Lockerung des bestehenden Verbots der Eizellspende.

2. Embryospende bzw. Embryooption

Ist die Eizelle bereits befruchtet und entwicklungsfähig, so spricht man von einem Embryo. In der Regel wird im Zuge einer medizinischen Kinderwunschbehandlung der Frau eine Eizelle entnommen und außerhalb des Körpers mit dem Samen des Partners befruchtet. Der Embryo wird der selben Frau anschließend mit dem Ziel implantiert, bei ihr eine Schwangerschaft herbeizuführen. Im Zuge dieser Behandlung kann es aber dazu kommen, dass die Einpflanzung des Embryos nicht mehr möglich oder notwendig ist, weil beispielsweise aus der erfolgreichen Behandlung der Frau

⁵⁶ Als Beispiel: <http://www.pronatal-service.com/eizellspende> oder <https://www.medicaltravelczech.com/de>.

⁵⁷ Gassner, ZRP 2015, 126.

⁵⁸ Vgl. Horn, Deutscher Ethikrat, aus ihrem Vortrag beim Forum Bioethik – „Eizellspende im Ausland – Konsequenzen im Inland“ vom 22.03.2017 in Berlin.

Embryonen überzählig sind, die Frau aus medizinischen Gründen das Kind nicht austragen kann, nicht mehr in die Implantation des Embryos in ihren Körper einwilligt oder aber verstorben ist. Nur in diesen Ausnahmefällen darf der Embryo zur Verhinderung seines Absterbens und zu seinem Erhalt auf eine andere Frau übertragen werden.⁵⁹ Es darf sich bei der Empfängerin der Embryospende jedoch nicht bloß um eine Ersatzmutter im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG handeln, welche die Intention hat, das Kind nach der Geburt Dritten dauerhaft zu überlassen.⁶⁰ Das im Jahr 2013 in Deutschland gegründete „Netzwerk Embryonenspende“⁶¹ eröffnet Spendereltern die Möglichkeit, überzählige Embryonen freizugeben und vermittelt zu diesem Zweck Spender- und Empfängereltern. Bis Ende 2015 konnte so 57 Spenden realisiert werden, aus 15 erzielten Schwangerschaften sind insgesamt neun Kinder entstanden.⁶²

Die Spende des Embryos an eine Frau, von der die Eizelle nicht stammt, ist in Deutschland nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 ESchG verboten. Schon die Entnahme des Embryos ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 ESchG verboten, wenn sie mit dem Ziel erfolgt, den Embryo anschließend zu spenden. Der Gesetzgeber wollte damit die Embryospende schon im Vorfeld verhindern.⁶³ Im Ausland sind Embryospenden, genau wie Eizellspenden, allerdings möglich.

Bei der Embryospende sind weder die intendierte Mutter noch der intendierte Vater genetische Eltern des Kindes. Aus diesem Grund wird auch häufig von Embryooption gesprochen, da es in beiden Fällen u.a. an der genetischen Verbindung zwischen Eltern und Kind fehlt. Da die austragende und gebärende Mutter aber explizit nicht als Ersatzmutter fungiert, sondern sich in aller Regel mithilfe der Embryooption einen Kinderwunsch erfüllt und in die entsprechende Behandlung einwilligt, dürfte die Zuordnung nach § 1591 BGB infolge der Geburt sowohl in ihrem als auch im Interesse des Kindes liegen. Hierin liegt auch der große Unterschied zur Adoption eines bereits geborenen Kindes, wo die Mutterschaft auf einem gerichtlichen Beschluss (vgl. § 1752 BGB) beruht. Analog zur Eizellspende ist auch hier das Statusprinzip gewahrt; auch am Willen zur Elternschaft wird es in diesen Fällen nicht fehlen. Es liegt zwar keine genetische Abstammung von den intendierten Eltern vor, allerdings wäre das Kind ohne Embryooption gar nicht geboren.

⁵⁹ BT-Drucksache 11/5460 vom 25.10.89, S. 8.

⁶⁰ Spickhoff/Müller-Terpitz ESchG § 1 Rn. 20-21.

⁶¹ www.netzwerk-embryonenspende.de .

⁶² Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 18.

⁶³ Vgl. Taupitz/Hermes, NJW 2015, 1802.

3. Leihmutterschaft

Die Leihmutterschaft, also das Austragen eines Kindes mit dem Ziel, das Kind Dritten auf Dauer zu überlassen, ist in Deutschland gesetzlich verboten. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG ist es strafbar, „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“. Der Gesetzgeber spricht hier zwar von „Ersatzmutter“, der Begriff der Leihmutter hat sich jedoch als Oberbegriff für leicht voneinander abweichende Konstellationen der Austragung eines Kindes für Dritte durchgesetzt und wird daher im Folgenden verwendet.

In zahlreichen Ländern wie Ukraine, Indien und USA ist die Leihmutterschaft im Gegensatz zu Deutschland erlaubt⁶⁴ oder deutlich weniger restriktiv; dortige Kliniken haben teils jahrelange Erfahrung auf diesem Gebiet. Es verwundert daher nicht, dass viele Paare zunehmend auf ausländische Kliniken ausweichen, um sich ihren Kinderwunsch im Wege der Leihmutterschaft zu erfüllen. Dabei sieht sich Leihmutterschaft in Deutschland weiterhin starker Kritik ausgesetzt und ist oft mit dem Gedanken verbunden, das Kind sei Resultat eines „Dienstleistungsvertrags“ zwischen den „Bestellern“ und der Leihmutter, die häufig aus rein finanziellen Gründen ihren Körper zur Verfügung stellt und sich dafür einem hohen medizinischen Risiko aussetzt. Das Kind würde so zum kommerziellen Produkt, in Auftrag gegeben von zumeist finanziell gut situierten Paaren, denen die Verwirklichung des bis dato unerfüllten Kinderwunsches so viel Wert ist, dass sie bereit sind, die Behandlung im Ausland unter Hinnahme aller damit verbundenen rechtlichen und medizinischen Unwägbarkeiten in Kauf zu nehmen. Zahlreiche Länder wie Australien, Dänemark oder Kanada treten daher einer befürchteten Kommerzialisierung entgegen, indem sie lediglich eine „altruistische Leihmutterschaft“ erlauben, bei der die Leihmutter aus rein menschlichen Motiven handelt und für das Austragen des Kindes keinen Gewinn erhält.⁶⁵

Dabei gibt es verschiedene Arten der Leihmutterschaft. Im Idealfall kann die intendierte Mutter (häufig auch Wunsch- oder Bestellmutter genannt) selbst die Eizelle spenden, diese wird sodann mit dem Samen ihres Partners befruchtet. Der Embryo wird anschließend einer Leihmutter eingesetzt, welche dann das Kind für die

⁶⁴ Funcke, NZFam 2016, 207.

⁶⁵ Vgl. Kreß, FPR 2013, 240.

intendierten Eltern austrägt. Die intendierten Eltern sind dann genetisch mit dem Kind verwandt, während zwischen der Leihmutter und dem Kind nur eine biologische Verbindung durch das Austragen und die Geburt besteht. Bei diesem Verfahren besteht jedoch das Risiko, dass sich die Unfruchtbarkeit des Paares auf die Leihmutter übertragen kann.⁶⁶ Aus diesem Grund wird weitaus häufiger eine anonym gespendete Eizelle einer Dritten Frau mit Samen des intendierten Vaters befruchtet und der Leihmutter eingesetzt. Damit vermeidet man zugleich jede genetische Beziehung zwischen dem Kind und der Leihmutter, und damit auch das Risiko, dass diese das Kind nach Geburt doch behalten will.⁶⁷ Bei dieser Konstellation besteht zwar zwischen dem Vater und dem Kind eine genetische Verwandtschaft, jedoch sind weder die intendierte Mutter noch die Leihmutter genetisch mit dem Kind verwandt. Leihmutterschaft in Verbindung mit einer Eizellspende ist auch für männliche homosexuellen Paare der gängigste Weg zur Erfüllung ihres Kinderwunsches.

Hinsichtlich der Frage der Abstammung des Kindes ergeben sich verschiedene Konstellationen. Im Regelfall ist aufgrund des inländischen Verbots der Leihmutterschaft eine entsprechende Behandlung im Ausland erfolgt und das Kind folglich auch im Ausland geboren. Es handelt sich demnach um einen Sachverhalt mit Auslandsberührung, daher richtet sich das auf die Abstammung anzuwendende Recht nach Art. 19 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB). Dies gilt auch dann, wenn das Kind kraft Gesetzes in der ausländischen Geburtsurkunde als Kind der intendierten Eltern eingetragen wird, denn die Eintragung hat keine konstitutive Wirkung und begründet demnach auch keine Abstammung.⁶⁸

Art. 19 EGBGB verweist hinsichtlich des anzuwendenden Rechts, je nach Anknüpfungspunkt, entweder auf deutsches oder ausländisches Recht.

a) Abstammung nach deutschem Recht

Hat das Kind beispielsweise seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland oder ist die Leihmutter deutsche Staatsangehörige, so ist hinsichtlich der Abstammung des Kindes deutsches Recht einschlägig. Die strikte Zuordnung des Kindes nach § 1591 BGB führt dann dazu, dass die Leihmutter auch rechtliche Mutter des Kindes

⁶⁶ *Funcke*, NZFam, 2016, 207.

⁶⁷ Vgl. *Bernard*, Kinder machen – Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, 2014, S. 316 ff.

⁶⁸ VG Berlin, FamRZ 2013, 738.

wird. Sollte die Leihmutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet sein, wäre nach § 1592 Nr. 1 BGB zudem ihr Ehemann Vater des Kindes, wobei der genetische Vater diese Vaterschaft zumindest anfechten könnte. Gewieftete Kinderwunschagenturen haben dieses Problem bereits erkannt und werben explizit damit, nur unverheiratete Leihmütter für deutsche Kunden einzusetzen.⁶⁹

Die Leihmutter wird demnach in aller Regel unverheiratet sein, so dass der genetische Vater im Wege der Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB in die Stellung des rechtlichen Vaters einrückt. Die intendierte Mutter kann ihre rechtliche Elternstellung jedoch nur im Wege der Stiefkindadoption nach § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB begründen, unter der Voraussetzung, dass sie mit dem Vater verheiratet ist. Das Adoptionsverfahren ist zudem grundsätzlich von einer Kindeswohlprüfung abhängig.

Naturgemäß kann man wohl von einem starken Interesse seitens der intendierten Mutter am Kind ausgehen (womöglich ist sie sogar genetische Mutter des Kindes, wenn sie die Eizelle zur Verfügung gestellt hat), dieses wurde aber nicht automatisch bejaht.⁷⁰ Vielmehr sieht § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB bei „gesetzes- oder sittenwidriger Vermittlung oder Verbringung eines Kindes zum Zwecke der Annahme“ eine verschärfte Prüfung des Kindeswohls vor, wonach die Annahme durch den intendierten Elternteil nicht nur dem Wohl des Kindes „dienlich“, sondern vielmehr für sein Wohl „erforderlich“ sein muss.⁷¹ Anderes ergibt sich aus jüngster Rechtsprechung: das OLG Düsseldorf stellte mit Beschluss vom 17.03.2017 klar, dass der Umstand der Geburt mit Hilfe einer Leihmutter es nicht rechtfertige, die Adoption an die erhöhten Kindeswohlanforderungen zu knüpfen. Die „generalpräventiven Erwägungen“ des Gesetzgebers zur Verhinderung von Leihmutterschaften dürften nämlich nicht auf dem Rücken der betroffenen Kinder ausgetragen werden.⁷²

Es scheint verständlich, dass der Gesetzgeber mittels strikter Anknüpfung der rechtlichen Mutterschaft an die Geburt zu verhindern versucht, Leihmutterschaften schon im Vorfeld zu unterbinden und sich um die Identität des so entstandenen Kindes sorgt. Da Mutter und Vater aber, wenn auch mit Umwegen, spätestens im Wege der Adoption zu ihrer rechtlichen Elternstellung gelangen, so bleibt die Wirkung

⁶⁹ Siehe <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/leihmutterschaft-kaeuflisches-elternglueck-12201752.html>, eingesehen am 27.11.2017.

⁷⁰ Vgl. MüKoBGB/Maurer BGB § 1741 Rn. 130.

⁷¹ Vgl. Helms, StAZ 2013, 114.

⁷² OLG Düsseldorf, NZFam 2017, 404.

der strikten Zuordnung zumindest für die Betroffenen problematisch und eine bürokratische und finanzielle Hürde, die die gewünschte Zuordnung zwar erheblich erschwert, aber in aller Regel doch nicht verhindert.

Auch dürfte sich die Frage stellen, weshalb der Gesetzgeber die Frau, die ein Kind zwar austragen, aber selbst keine Eizellen produzieren kann, durch § 1591 BGB insofern bevorzugt, als dass sie nach erfolgreicher Eizellspende und Geburt des Kindes in die Stellung der rechtliche Mutter einrückt, obwohl sie nicht genetisch mit dem Kind verwandt ist. Im Gegensatz dazu wird die Frau, die zwar eine Eizelle produzieren, diese aber nicht selbst austragen kann und daher eine Leihmutter in Anspruch nimmt, nur im Wege der Adoption bzw. Stiefkindadoption zur rechtlichen Mutter, obwohl sie genetisch mit dem Kind verwandt ist.⁷³ Berücksichtigt man zudem die sozial-familiäre Elternschaft als wichtiges Prinzip des Abstammungsrechts, so erscheint es fraglich, weshalb das Abstammungsrecht die rechtliche Elternschaft ausgerechnet der Person überträgt, die von vornherein keinerlei soziale Verantwortung für das Kind übernehmen will.

b) Abstammung nach ausländischem Recht

In aller Regel wird das im Ausland geborene Kind bei Leihmutterschaftsfällen in Ländern, in denen Leihmutterschaft erlaubt ist, kraft Gesetzes oder durch gerichtliche oder behördliche Entscheidung den intendierten Eltern zugeordnet. Die rechtliche Zuordnung des Kindes nach deutschem und ausländischem Recht fällt in diesen Fällen auseinander. Soweit nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB ausländisches Recht maßgeblich ist, weil z.B. das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, so ist im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob die Zuordnung zu den intendierten Eltern einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellt oder nicht. Ein solcher liegt nach Art. 6 EGBGB dann vor, wenn die Anwendung einer Rechtsnorm eines anderen Staates zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Wird ein Verstoß gegen den *ordre public* bejaht, so darf in der Folge die ausländische Rechtsnorm nicht angewandt werden.

Die Frage, ob eine auf der Leihmutterschaftsvereinbarung basierende Zuordnung des Kindes zu den intendierten Eltern einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellt oder nicht, war sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur umstritten.⁷⁴ Dies

⁷³ Vgl. MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1591 Rn. 44.

⁷⁴ Dafür: VG Berlin, FamRZ 2013, 738.; Benicke, StAZ 2013, 101, 110 ff.; dagegen: AG Neuss, FamRZ 2014, 1127; AG Friedberg, FamRZ 2013, 1994.

erkannte der BGH im Falle zweier deutscher Lebenspartner, die eine Leihmutter in Kalifornien beauftragt hatten und vom dortigen Gericht auch als rechtliche Eltern des Kindes festgelegt wurden und kam zu dem Schluss, dass allein die Zuordnung eines intendierten Elternteils zum rechtlichen Elternteil für sich genommen noch keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* darstellt, sofern der Elternteil genetisch mit dem Kind verwandt ist und die Leihmutter nicht. Darüber hinaus stellte der BGH die Interessen des Kindes gegenüber der Verhinderung von Leihmutterchaften in den Vordergrund und argumentierte, aus dessen Sicht spräche nichts gegen die rechtliche Zuordnung zu den beiden intendierten Vätern.⁷⁵ Ob dies auch gilt, wenn kein intendierter Elternteil genetisch mit dem Kind verwandt ist, ließ der BGH jedoch offen.

Für die Betroffenen führt die unterschiedliche Anknüpfung und die sich daraus ergebenden abweichenden Zuordnungen jedenfalls zu einer weiteren großen Rechtsunsicherheit. Sie befinden sich in einem Spannungsverhältnis zwischen grundsätzlicher Ablehnung der Leihmutterchaft durch präventive gesetzliche Einschränkungen bei der Zuordnung des Kindes und der einzelfallbezogenen Anerkennung ausländischer Entscheidungen zur Abstammung. Ob ein mit Hilfe einer ausländischen Leihmutter zur Welt gebrachtes Kind den intendierten Eltern in Deutschland relativ problemlos zugeordnet werden kann oder nicht, können die Eltern kaum abschätzen. Unabhängig davon, dass das Instrument der Leihmutterchaft an sich stark umstritten sein mag, dürfte es aber im Interesse aller Beteiligten liegen, das Kind schnellstmöglich den intendierten Eltern zuzuordnen und einen rechtlichen Schwebezustand in Bezug auf dessen Zuordnung im Sinne der Statusklarheit zu vermeiden.

Dem Gesetzgeber wiederum dürfte bewusst sein, dass eine pauschale Verneinung des *ordre public* Vorbehaltes in Fällen, in denen ausländisches Abstammungsrecht zur Anwendung kommt oder aber das Kind aufgrund einer ausländischen Gerichtsentscheidung den intendierten Eltern zugeordnet wird, faktisch einer Umgehung des Leihmutterchaftsverbots in Deutschland gleichkäme. Er könnte hier durchaus im Wege einer dauerhaften kollisionsrechtlichen Anknüpfung an das ausländische Recht bei Leihmutterchaftsfällen Klarheit schaffen und so für eine einheitliche Rechtsanwendung für die Betroffenen sorgen.⁷⁶

⁷⁵ BGH FamRZ 2015, 240.

⁷⁶ So auch *Helms*, Anm. zu BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, FamRZ 2015, 240.

II. Vaterschaftszuordnung

Wie bereits aufgezeigt, ergeben sich trotz der vergleichsweise klaren und strikten Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft zahlreiche Probleme, die das aktuelle Recht aus Sicht der Betroffenen nicht ausreichend abzubilden vermag. Ähnlich sieht es auch bei der Vaterschaftszuordnung aus, wenn die intendierte und rechtliche Zuordnung auseinanderfällt oder auseinanderzufallen droht, beispielsweise, weil das Kind der Samenspende eines Dritten entspringt. Auch hier ergeben sich, je nachdem mit welcher Methode das Kind gezeugt wurde, unterschiedliche abstammungsrechtliche Ergebnisse, auf die nachfolgend näher eingegangen werden soll.

1. Ärztlich assistierte Fortpflanzung mittels Samenspende

Viele Paare, die keine Kinder auf natürlichem Weg zeugen können, entscheiden sich für eine ärztlich assistierte Fortpflanzung in einer der zahlreichen, hierauf spezialisierten medizinischen Kliniken. So wurden allein im Jahr 2015 in Deutschland insgesamt 97.796 reproduktionsmedizinische Behandlungen durchgeführt.⁷⁷ Es kann dabei entweder eine homologe oder eine heterologe Befruchtung erfolgen. Bei der homologen Befruchtung werden die Samen des Vaters verwendet und mit der Eizelle seiner Partnerin befruchtet. Hinsichtlich der Abstammung ergeben sich daher keine über die regelmäßige Zuordnung hinausgehenden Probleme, es kommt auch nicht zu einem auseinanderfallen rechtlicher und genetischer Vaterschaft.

Anders ist es bei der heterologen Befruchtung, wo der Samen eines Spenders zur Befruchtung der Eizelle verwendet wird. Diese Methode wird sowohl bei verheirateten als auch unverheirateten Paaren angewandt, beispielsweise wenn beim Mann Unfruchtbarkeit vorliegt oder dieser an einer Erbkrankheit leidet, welche er nicht auf sein Kind übertragen möchte. Bei Alleinstehenden dürfte die Zahl der im Inland durchgeführten heterologen Befruchtungen aufgrund der strikten Regelungen der Musterrichtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion jedoch deutlich geringer sein.⁷⁸ Insgesamt wird davon ausgegangen, dass es mittlerweile rund 100.000 sogenannter „Spenderkinder“ in Deutschland gibt.⁷⁹

⁷⁷ Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie, 13. Jg. 2016, Nr. 5, S. 10.

⁷⁸ Vgl. Bundesärztekammer, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006, Punkt 3.1.1., wonach Methoden der assistierten Reproduktion grundsätzlich nur bei Ehepaaren angewandt werden sollen; speziell zur Verwendung heterologen Samens vgl. Punkt 5.3; so auch der Wortlaut „die künftigen Eltern“ in Punkt 5.3.2.

⁷⁹ MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1600 Rn 53.

Entscheidet sich ein Paar für die Zeugung eines Kindes mithilfe gespendeten Samens, so erfolgt die Zuordnung des Kindes zum intendierten Vater zunächst nach den vorgenannten Regelungen des § 1592 BGB. Ist das Paar miteinander verheiratet, so erfolgt die Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB kraft Ehe, bei unverheirateten Paaren steht dem intendierten Vater die Möglichkeit der Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB samt Zustimmung der Mutter offen. Die Anerkennung kann zwar nach § 1594 Abs. 4 BGB bereits vor der Geburt erfolgen, nicht jedoch bereits vor der Zeugung des Kindes.⁸⁰ Dies führt seitens der Mutter zu einer gewissen Unsicherheit, denn der intendierte Vater könnte es sich zwischen der Entscheidung für eine entsprechende Behandlung und der tatsächlichen Zeugung des Kindes jederzeit anders überlegen. Seine Partnerin hätte in diesem Fall auch keine Möglichkeit, ihn zur Abgabe einer Vaterschaftsanerkennung zu zwingen und ihn so rechtlich zur Übernahme seiner väterlichen Verantwortung zu bringen. Aus einer solchen Verweigerung resultieren zahlreiche Folgefragen; so ist etwa bis heute nicht geklärt, wie mit dem Pflichtteilsanspruch des Kindes gegenüber dem Vater umzugehen ist, welcher ihm durch die ausbleibende Anerkennung entgeht.⁸¹

Der Gesetzgeber erwartet jedenfalls, dass Eheleute und nicht miteinander verheiratete Paare, welche sich einvernehmlich und bewusst für die Zeugung eines Kindes mittels Samenspende entschieden haben, gegenüber dem Kind auch dann zu dieser Entscheidung stehen, wenn sich die Lebensverhältnisse des Paares geändert haben.⁸² Aus diesem Grund schuf er im Zuge des Kinderrechteverbesserungsgesetzes mit Wirkung vom 9.4.2002 den heutigen § 1600 Abs. 4 BGB, der ein Anfechtungsrecht der Vaterschaft durch den Vater oder die Mutter bei einvernehmlicher heterologer Insemination ausschließt. Diese Regelung sollte auch eine gewissen Warnfunktion an die zukünftigen Eltern enthalten, sich der Tragweite ihres Handelns durchaus bewusst zu sein. Sie widerspricht aber der grundsätzlichen Bestrebung des Gesetzgebers nach genetischer und rechtlicher Übereinstimmung, da er den nicht genetischen Vater als solchen festschreibt.⁸³

Der Samenspender dürfte in aller Regel kein Interesse an einer Anfechtung der bestehenden Vaterschaft haben, seinem Anfechtungsrecht steht zudem der Wortlaut des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB entgegen, der die Zulässigkeit der Anfechtung nicht

⁸⁰ Vgl. MAH Familienrecht/*Klinkhammer* § 30 Rn. 13.

⁸¹ Vgl. *Helms*, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 13/14.

⁸² MüKoBGB/*Wellenhofer* BGB § 1600 Rn 55.

⁸³ MüKoBGB/*Wellenhofer* BGB § 1600 Rn 57.

etwa daran knüpft, dass es sich um den genetischen Vater handeln muss, sondern an die eidesstattliche Versicherung des „Beiwohnens“.⁸⁴ An dieser Voraussetzung fehlt es im Falle der ärztlich assistierten Fortpflanzung. Auch das Recht auf Klärung der genetischen Abstammung nach § 1598a BGB bleibt ihm verwehrt, da der Samenspender nicht zum Kreis der Berechtigten gehört. Lediglich das Kind könnte in Ausübung seines Anfechtungsrechts nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB die bestehende Vaterschaft beseitigen und den Samenspender gerichtlich als Vater feststellen lassen. Die dem Spenderkind zustehende, grundrechtlich verbrieftete Kenntnis der eigenen Herkunft kann jedoch allzu häufig nicht durchgesetzt werden. Zum einen sind Spenderkinder diesbezüglich in aller Regel auf die Mitwirkung ihrer rechtlichen Eltern angewiesen, die oftmals kein Interesse an einer Änderung der bestehenden Zuordnung haben. Zum anderen existieren häufig keine Spenderdaten in den behandelnden Kliniken mehr, da diese aufgrund der früheren Rechtslage allenfalls zehn Jahre lang aufbewahrt wurden.⁸⁵

Mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz, SaRegG) vom 17.7.2017, welches am 1.7.2018 in Kraft treten wird, hat der Gesetzgeber erstmals eine verbindliche Regelung für die Speicherung und Verarbeitung von Spenderdaten geschaffen, um die vorgenannte Problematik zu lösen.

So sollen nunmehr die Daten des Spenders für die Dauer von 110 Jahren in einem zentralen Register gespeichert werden. Auch die Identität der Empfängerin sowie die Daten des aufgrund der Samenspende geborenen Kindes werden in dem Register festgehalten. Ein Anspruch auf Auskunft aus dem Samenspenderregister hat jeder, der vermutet, durch heterologe Verwendung von Samen im Wege einer ärztlich assistierten Befruchtung gezeugt worden zu sein. Allerdings erfasst das Register lediglich offizielle Samenspenden, die auch im Rahmen einer ärztlich unterstützten Behandlung⁸⁶ verwendet wurden und auch nur diejenigen Fälle, die nach Inkrafttreten erfolgt sind.

Da der Samenspender in aller Regel nicht den Wunsch hegt, elterliche Verantwortung für das Kind zu übernehmen, ist durch die Schaffung einer gesetzlichen Regelung zur Registrierung von Samenspendern und Empfängerinnen, welches keine Anonymität

⁸⁴ Vgl. *Höfelmann*, FamRZ 2004, 745.

⁸⁵ Vgl. *Zypries/Zeeb*, ZRP 2014, 54.

⁸⁶ Zur privaten Samenspende siehe Ausführungen in Abschnitt E. II. 2.

des Spenders mehr zulässt, auch eine Neuregelung der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung notwendig geworden. Mit Inkrafttreten des SaRegG geht deshalb auch eine Änderung des § 1600d BGB einher. Der künftige Abs. 4 besagt, dass der Samenspender nicht als Vater des Kindes festgestellt werden kann, sofern das Kind in einer entsprechenden medizinischen Einrichtung im Wege der ärztlich assistierten, heterologen Befruchtung entstanden ist. Damit schließt der Gesetzgeber das Einrücken des Samenspenders in die Position des rechtlichen Vaters explizit aus und sorgt für eine längst überfällig gewordene Regelung zugunsten des Samenspenders und des Kindes – schließlich ist auch das Kind gegenüber seinem rechtlichen Vater zum Unterhalt verpflichtet.

Mit der Einführung des SaRegG hat der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Kindes an der Kenntnis seiner genetischen Herkunft und dem Wunsch des Spenders nach Entbindung von den rechtlichen Konsequenzen der Vaterschaft geschaffen und dürfte damit gleichzeitig auch einen Beitrag zur Erhöhung der Spenderbereitschaft geleistet haben.⁸⁷ Allerdings sieht das Gesetz keine Nacherfassung früherer Fälle vor, so dass die bisher gezeugten Spenderkinder und Samenspender nicht von seinem Regelungsinhalt profitieren können.⁸⁸

2. Private Samenspende

Viele Frauen und auch gleichgeschlechtliche Paare wenden sich zwecks Erfüllung ihres Kinderwunsches jedoch nicht an entsprechende Behandlungszentren, sondern versuchen im Wege der privaten Insemination mit Hilfe von Spendersamen eine Schwangerschaft herbeizuführen. Die Gründe dafür können vielfältig sein: nicht alle Paare wollen ihr Kind hinsichtlich seiner Entstehungsgeschichte umfangreich aufklären, insbesondere Vätern dürfte es schwerfallen, ihrem Kind zu sagen, dass sie zeugungsunfähig sind und das Kind genetisch gar nicht von ihnen abstammt. Auch für alleinstehende Frauen, denen der Zugang zur Samenspende bisher überwiegend verwehrt geblieben war⁸⁹, kommt häufig nur eine private Insemination zur Erfüllung des Kinderwunsches in Frage.

Die Beschaffung des Samens kann dabei auf verschiedenen Arten erfolgen. So ist es heutzutage problemlos möglich, ausländische Samenbanken online nach dem

⁸⁷ BT-Drucksache 18/11291 vom 22.02.17, S. 35.

⁸⁸ Vgl. *Helms*, FamRZ 2017, 1537.

⁸⁹ Vgl. Bundesärztekammer, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006, (Fn. 78).

passenden „Wunschspender“ zu durchsuchen, die Ergebnisse lassen sich zum Beispiel bequem nach Haar- und Augenfarbe, Gewicht, Größe oder ethnischer Herkunft des Spenders eingrenzen. Der weltweit größte Anbieter von Spendersamen *Cryos*⁹⁰ aus Dänemark bietet beispielsweise sogar Persönlichkeitsprofile einzelner Spender an, so kann sich die Empfängerin einen Eindruck davon verschaffen, ob der Spender charakterlich ihren Wunschvorstellungen entspricht oder nicht. Auch die Exklusivität einer Samenspende lässt sich erkaufen, dadurch hat die Empfängerin Einfluss darauf, ob genetische Geschwister aus der Spende entstehen können oder nicht. Sofern ein passender Spender gefunden ist, wird der Samen entweder in Trockeneis oder Stickstoff konserviert weltweit versendet. Eine Anleitung für die Selbstinsemination liegt selbstverständlich ebenfalls bei.

Eine andere Form der Samenbeschaffung stellt die sog. Becherspende dar. Dabei suchen und finden sich Empfängerin und Spender beispielsweise über einschlägige Internetforen.⁹¹ Der so gefundene Spender stellt der Empfängerin dabei in der Regel nach Absprache regelmäßig sein Sperma zur Verfügung, welches die Frau dann im Wege der Selbstbefruchtung appliziert. Hinter dieser Methode der privaten Samenspende steht oft der Wunsch, Einfluss auf die genetische Disposition des Kindes nehmen zu können. Häufig ist es sogar gewünscht, dass die Spender einen gewissen Anteil am Leben des Kindes nehmen, ohne dabei vollends in die rechtliche Stellung des Vaters zu rücken.⁹² Diese Fragen klären die Beteiligten zwar in der Regel vorab, nichtsdestotrotz können sich hieraus zahlreiche problematische Fälle ergeben.

Wird das Kind im Wege der privaten Insemination gezeugt, so stellt sich zunächst die Frage nach der Zuordnung des Kindes zum Vater. Zwar gilt der vorgenannte Regelungsinhalt des § 1592 BGB auch in Fällen der Samenspende, bei der Frage der Anfechtungsmöglichkeiten ergeben sich jedoch einige Abweichungen. Wie bei der ärztlich assistierten Samenspende auch, besteht für die Mutter und den rechtlichen Vater kein Anfechtungsrecht im Falle der privaten Insemination nach § 1600 Abs. 4 BGB, denn es kommt dabei nicht darauf an, welche Methode gewählt wurde, um die Befruchtung herbeizuführen. Eine künstliche Befruchtung liegt auch dann vor, wenn sie nicht durch Geschlechtsverkehr, sondern unter Einsatz von Hilfsmitteln durchgeführt wird. Die Befruchtung muss auch nicht zwingend ärztlich

⁹⁰ <https://dk-de.cryosinternational.com>

⁹¹ Beispielfhaft siehe <https://www.co-eltern.de> oder <http://www.samenspender-info.de> .

⁹² Vgl. *Helms*, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 24.

assistiert erfolgen. Entscheidend ist, dass sich die Mutter und der intendierte Vater über die Zeugung durch Samenspende einig sind.⁹³

Das Anfechtungsrecht des Samenspenders weicht allerdings im Falle der privaten Insemination von der ärztlich assistierten Fortpflanzung ab, wo der Wortlaut des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB („beigewohnt“) der Anfechtung entgegensteht. Denn in der Abgabe einer offiziellen Samenspende in einer medizinischen Einrichtung wird ein konkludenter Verzicht auf das Anfechtungsrecht gesehen, da der Spender über die Folgen seiner Spende aufgeklärt wurde und die intendierten Eltern auch in eine entsprechende Behandlung eingewilligt haben. Bei der privaten Samenspende kann jedoch nicht von einem konkludenten Verzicht auf das Anfechtungsrecht ausgegangen werden, daher erstreckt sich der Begriff des „Beiwohnens“ vielmehr auch auf die private Samenspende. Dies gilt in Fällen, in denen der Spender der Empfängerin seinen Samen mit dem Ziel des Herbeiführens einer Schwangerschaft überlässt.⁹⁴ Der private Samenspender hat also im Gegensatz zum offiziellen Samenspender die Möglichkeit, die bestehende Vaterschaft anzufechten. Sie dürfte aber dennoch nur selten zum Erfolg führen, denn es bleibt beim Ausschluss, sofern bereits eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater besteht, § 1600 Abs. 2 und 3 BGB. Der private Samenspender hat auch kein Anspruchsrecht auf Klärung der genetischen Abstammung nach § 1598a BGB. Das Anfechtungsrecht des Kindes nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB bleibt davon allerdings unberührt.

Es ergibt sich zudem ein weiterer Unterschied zur medizinisch begleiteten Fortpflanzung: Die schützenden Regelungen des SaRegG erstrecken sich nämlich nicht auf Fälle privater Samenspende. Somit sind diejenigen Spender, die ihren Samen auf privatem Wege zur Verfügung stellen, nicht von einer etwaigen Feststellung der Vaterschaft durch den zukünftigen § 1600d Abs. 4 BGB geschützt. Dies begründete der Gesetzgeber recht pauschal damit, dass in Fällen privater Samenspende häufig ein gewisser sozialer Kontakt zwischen den Betroffenen bestehe und der Samenspender auch bereit sei, Verantwortung zu übernehmen.⁹⁵

Nach gegenwärtiger Gesetzeslage ist es dem privaten Samenspender auch nicht möglich, ausdrücklich auf die Übernahme der Stellung des rechtlichen Vaters zu

⁹³ OLG Oldenburg FamRZ 2015, 67.

⁹⁴ BGH FamRZ 2013, 1209.

⁹⁵ BT-Drucksache 18/11291 vom 22.02.17, S. 35.

verzichten, er muss also damit rechnen, als Vater festgestellt zu werden. Der Gesetzgeber müsste hierzu erst einen neuen Rechtsakt schaffen, der beispielsweise den Verzicht auf die Vaterschaft durch notarielle Beurkundung zur Wahrung der damit einhergehenden Beratungspflicht vorschreibt. Der Samenspender könnte so über die Tragweite seines Verzichts aufgeklärt werden, darüber hinaus wäre durch die Dokumentation des Verzichts auch sichergestellt, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gewahrt bleibt.⁹⁶

3. Vaterschaft bei Embryospende

Auch die Zuordnung der Vaterschaft im Falle einer rechtlich zulässigen Embryospende (vgl. Abschnitt E. I. 2.) stellt sich bei näherer Betrachtung als problematisch dar. Für die Vaterschaft gelten zunächst die grundsätzlichen Regelungen des § 1592 BGB, hinsichtlich der Frage der Anfechtungsmöglichkeiten ergeben sich aber im Vergleich zur Mutter unterschiedliche Regelungen. Weder die biologische Mutter noch der intendierte Vater sind im Falle der Embryospende genetisch mit dem Kind verwandt. Der intendierte Vater kann jedoch, genau wie im Falle der Samenspende, nicht gerichtlich als Vater festgestellt werden, da das Kind nicht genetisch von ihm abstammt. Stattdessen könnte aber der Mann als Vater festgestellt werden, mit dessen Samen der Embryo befruchtet wurde.

Die Vaterschaft kann auch nicht vom intendierten Vater selbst angefochten werden, da sich der Anfechtungsausschluss des § 1600 Abs. 4 BGB in entsprechender Anwendung auch auf Fälle der Embryospende erstreckt.⁹⁷ Wie auch im Falle der Samenspende hat aber das Kind nach § 1600 Abs. 1 Nr. 4 BGB die Möglichkeit, die bestehende rechtliche Vaterschaft anzufechten, wohingegen die Mutterschaft, trotz bestehender Abweichung genetischer und biologischer Abstammung, nicht angefochten werden kann.

Vom neu geschaffenen SaRegG und seinem Schutz vor Feststellung der rechtlichen Vaterschaft ist die Embryospende, genau wie die private Samenspende, nicht erfasst. Der Mann, mit dessen Samen der Embryo befruchtet wurde, könnte daher jederzeit gerichtlich als Vater festgestellt werden und dadurch beispielsweise mit Ansprüchen aus dem Unterhalts- und Erbrecht konfrontiert werden. Diskutabel in diesem Zusammenhang dürfte die Frage der Gleichberechtigung sein, denn die genetische

⁹⁶ So auch *Helms*, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 26.

⁹⁷ OLG Hamburg, FamRZ 2013, 228.

Mutter kann mangels Anfechtungs- und Korrekturmöglichkeit der Mutterschaft nie als rechtliche Mutter festgestellt werden und ist daher vor allen Ansprüchen geschützt.

Der Gesetzgeber hat zudem die Möglichkeit verpasst, das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft umfassend durch Ausweitung des Registers auf Embryospenden zu schützen, obwohl dies im Zuge der Diskussion um die Neuschaffung des SaRegG ebenso häufig gefordert wurde wie der Schutz der genetischen Eltern vor der Feststellung ihrer rechtlichen Elterneigenschaft.⁹⁸ Gerade im Falle der Embryospende könnte das Kind außerdem über genetische Vollgeschwister verfügen, deren Ermittlung ohne Eintragung in entsprechende Register äußerst erschwert sein dürfte.

III. Gleichgeschlechtliche Paare

Laut Mikrozensus 2016 gab es in Deutschland rund 95.000 gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften wovon 44.000 eine Lebenspartnerschaft nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) eingegangen sind.⁹⁹ Dieses wurde im Jahr 2001 insbesondere auf Initiative zahlreicher Lesben- und Schwulenverbände und der Partei Bündnis 90/Die Grünen geschaffen, letztere hat sich im Besonderen den Interessen der Minderheiten angenommen. Das LPartG hatte zum Ziel, eheähnliche Regelungen für Menschen gleichen Geschlechts zu schaffen und sie so in ihrer rechtlichen Position zueinander und nach außen zu stärken.¹⁰⁰ Die Rechtsnatur des LPartG entfiel erst mit Beschluss des Eheöffnungsgesetzes vom 27.07.2016 (sog. „Ehe für alle“), indem § 1353 BGB mit Wirkung vom 1.10.2017 dahingehend abgeändert wurde, dass die Ehe nunmehr von „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts“ geschlossen werden kann. Bestehende Lebenspartnerschaften bleiben weiterhin gültig, können aber nach dem neu eingefügten § 20a LPartG auf Wunsch in eine Ehe umgewandelt werden. Das Eheöffnungsgesetz enthält jedoch keine Änderung der abstammungsrechtlichen Bestimmungen, so dass sich auch nach dessen Inkrafttreten die nachfolgend beschriebenen zuordnungsrechtlichen Fallkonstellationen ergeben.

⁹⁸ Vgl. Verein Spenderkinder, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMG vom 6.10.2016; Deutscher Ethikrat, Embryospende, Embryooption und elterliche Verantwortung, 2016, S. 126, 129; Helms, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 27.

⁹⁹ Statistisches Bundesamt (Fn. 51).

¹⁰⁰ MüKoBGB/Wacke Band 8, LPartG, Vorbemerkungen Rn. 1.

1. Fehlende Mit-Mutterschaft

Insbesondere angesichts der dargelegten Zahlen entspricht es der Lebenswirklichkeit, dass Kinder in gleichgeschlechtliche Beziehungen hineingeboren werden und in ebensolchen aufwachsen. Dabei ist der Anteil lesbischer Frauen, die sich Kinder wünschen, mit 41,4% rund fünf Prozentpunkte höher als der Anteil homosexueller Männer.¹⁰¹ Zumeist werden Kinder von lesbischen Lebenspartnerinnen durch Samenspende gezeugt, wobei die Zahl der privaten Samenspenden deutlich überwiegen dürfte, da offizielle Samenspenden für lesbische Paare lange Zeit nicht zugänglich waren (vgl. dazu Abschnitte E. II. 1. und 2.). Denkbar ist aber auch, dass der einen Partnerin eine Eizelle entnommen und mit Spendersamen befruchtet wird, anschließend trägt die andere Partnerin den Embryo aus (sog. reziproke In-vitro-Fertilisation). Somit besteht zu der einen Partnerin eine genetische, zur anderen zumindest eine biologische Verbindung. Dieses in Deutschland durch das ESchG verbotene Verfahren ist zumindest in Großbritannien und Belgien rechtlich zulässig.¹⁰²

Die Zuordnung der Mutter erfolgt nach § 1591 BGB. Diejenige Frau, die das Kind geboren hat, wird als rechtliche Mutter festgeschrieben. Es stellt sich daher die Frage, wie die Partnerin zugeordnet wird, die das Kind nicht geboren hat. Selbst wenn die Frauen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder in einer nach dem 1.10.2017 geschlossenen Ehe leben, so wird die Partnerin nach herrschender Meinung nicht analog zu § 1592 Nr. 1 BGB kraft Ehe „Mit-Mutter“ des Kindes.¹⁰³ Sie wird auch nicht als Elternteil in die Geburtsurkunde eingetragen. Eine Mutterschaftsanerkennung kennt das deutsche Recht nicht, es ist ihr daher auch nicht möglich, ihre rechtliche Mitmutterschaft, sofern sie die Spenderin der Eizelle ist, analog zu § 1592 Nr. 3 BGB gerichtlich durch ein entsprechendes genetisches Gutachten feststellen zu lassen.¹⁰⁴ Ihr bleibt lediglich der Weg der Stiefkindadoption nach §§ 1742, 1754 BGB, welcher zum einen langwierig ist und zum anderen regelmäßig auch die Einwilligung des privaten Samenspenders in das Adoptionsverfahren vorsieht, was zu einer erheblichen Verzögerung führen kann.

¹⁰¹ Helms, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 29.

¹⁰² BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 68.

¹⁰³ Kaiser, FamRZ 2017, 1889; Schmidt, NZFam, 2017, 832; anders: Löhnig, NZFam 2017, 643.; Binder/Kiehnle, FamRZ 2017, 742.

¹⁰⁴ OLG Köln, FamRZ 2015, 156.

Hierin liegt ganz offensichtlich eine Ungleichbehandlung zwischen der verschiedengeschlechtlichen Ehe zwischen Mann und Frau und der gleichgeschlechtlichen Ehe. Sowohl bei heterosexuellen als auch bei lesbischen Paaren ist nach erfolgter künstlicher Befruchtung durch Samenspende der jeweilige Partner, der das Kind nicht geboren hat, nicht genetischer Elternteil des Kindes. Gleichwohl rückt der Ehemann automatisch kraft Ehe in die Position des rechtlichen Vaters, wohingegen die lesbische Ehefrau ein Adoptionsverfahren durchlaufen muss, um zu ihrer rechtlichen Elternstellung zu gelangen. Das gilt auch im Falle einer reziproken In-vitro-Fertilisation, wo die Ehefrau sogar genetische Mutter des Kindes ist. Vor allem im Hinblick auf die Feststellung des BVerfG, wonach das Aufwachsen in einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft nicht weniger förderlich für das Kind ist wie in einer Ehe zwischen Mann und Frau,¹⁰⁵ erscheint eine Ungleichbehandlung, die allein aus der Gleichgeschlechtlichkeit des Paares resultiert, ungerechtfertigt.¹⁰⁶

Auch für das Kind stellt die ungleiche Zuordnung eine unnötige Benachteiligung dar. Denn im Falle eines heterosexuellen Ehepaares hat es ab Geburt zwei Eltern (mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten, vgl. hierzu oben Abschnitt D. I.), wohingegen bei gleichgeschlechtlichen Ehen bis zur Wirksamkeit des Adoptionsbeschlusses zunächst nur ein Elternteil vorhanden ist. Hier besteht für das Kind die Gefahr, dass das Adoptionsverfahren nicht abgeschlossen werden kann, weil sich das Paar zwischenzeitlich trennt und die rechtliche Mutter der Adoption nicht mehr zustimmt oder weil ihre Partnerin das Kind nicht mehr adoptieren möchte und das Kind dauerhaft lediglich ein Elternteil hat.¹⁰⁷

Liegt keine Ehe oder Lebenspartnerschaft vor, so kann der intendierte Vater das mithilfe einer Samenspende gezeugte Kind mit Zustimmung der Mutter anerkennen, wohingegen der lesbischen Partnerin auch dieser Weg versperrt bleibt. Es stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob das Prinzip der sozial-familiären Elternschaft nicht stärker gewichtet werden müsste, denn beide Partnerinnen haben schließlich in die entsprechende Behandlung eingewilligt und sind bereit, Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Nichts Anderes bringt der Mann durch seine Vaterschaftsanerkennung zum Ausdruck.

¹⁰⁵ BVerfGE 133, 59, 80.

¹⁰⁶ Laut BVerfG ist die Ungleichbehandlung „biologisch begründet“ (hier ging es allerdings um den Nachweis der Abstammung, nicht um die rechtliche Elternschaft), Beschluss 1 BvR 666/10 vom 2.7.2010, Rn. 15.

¹⁰⁷ Vgl. *Helms*, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 33.

Lediglich in bestimmten Ausnahmefällen akzeptiert das deutsche Recht eine Mitmutterschaft. So entschied der BGH mit Beschluss vom 20.04.2016 im Falle eines in Südafrika von zwei lesbischen Frauen mithilfe einer Samenspende geborenen Kindes, dass die Ehefrau der gebärenden Mutter als Mitmutter einzutragen sei, da es sich um eine im Ausland geschlossene, gleichgeschlechtliche Ehe handelt und das Kind nach ausländischem Recht automatisch beiden Müttern zugeordnet wird. Diese durch ausländisches Recht vorgenommene Zuordnung stelle keinen Verstoß gegen den *ordre public* dar und müsse folglich auch in Deutschland anerkannt werden.¹⁰⁸

Wie auch bei der Leihmutterschaft zeigt sich, dass die Rechtsprechung in einzelnen Fällen für Recht befinden muss, was der Gesetzgeber dem Grunde nach zu verhindern versucht. Ob seine restriktive Haltung gegenüber der Zuordnung von Kindern zu gleichgeschlechtlichen Paaren Bestand haben wird, ist allerdings auch im Hinblick auf den Zweck des Eheöffnungsgesetzes fraglich und dürfte wohl, solange der Gesetzgeber keine darauf basierenden Anpassungen vornimmt, künftig die Gerichte beschäftigen.

2. Vaterschaft zweier Väter über Leihmutterschaft

Für homosexuelle Männer ist Leihmutterschaft oft der einzige Weg zur Verwirklichung eines Kinderwunsches. Sie sehen sich hinsichtlich der Zuordnung des Kindes zur Leihmutter zunächst mit den gleichen Problemen konfrontiert wie heterosexuelle Paare, welche die Dienste einer Leihmutter in Anspruch nehmen. (vgl. hierzu Abschnitt E. I. 3.). Genau wie bei der Mitmutterschaft kommt es auch bei (Co-)Vätern darauf an, ob sie anerkennungsfähige Entscheidungen ausländischer Gerichte, vorlegen können, welche ihre rechtliche Elternschaft begründen. Liegt eine solche vor, wird in der Regel ein *ordre public* Verstoß verneint, so dass sie nach Anerkennung der ausländischen Entscheidung auch für den deutschen Rechtsbereich gemeinsam rechtliche Eltern des Kindes sind. Dies gilt zumindest, solange ein intendierter Vater genetisch mit dem Kind verwandt ist, die Leihmutter das Kind weder behalten wollte noch will und gemäß Vereinbarung freiwillig herausgibt.¹⁰⁹

Ist nach ausländischem Recht nur einer der beiden Männer rechtlicher Vater des Kindes oder hat dieser mit Zustimmung der Leihmutter die Vaterschaft anerkannt, so

¹⁰⁸ BGH NJW 2016, 2322.

¹⁰⁹ Vgl. *Löhnig*, NZFam 2017, 879; BGH FamRZ 2015, 240; dazu Näheres auch in Abschnitt E. I. 3. b).

kann der andere Co-Vater ebenfalls nur im Wege der Stiefkindadoption in die rechtliche Elternstellung eintreten. Beide können jedoch nicht sukzessive die Vaterschaft anerkennen, denn so lange eine rechtliche Vaterschaft besteht, schließt dies gem. § 1594 Abs. 2 BGB eine weitere Anerkennung aus. Die Leihmutter bleibt daher aus deutscher Sicht bis zur Rechtskraft des Adoptionsbeschlusses rechtlich mit dem Kind verwandt, die intendierten Väter sind unter Umständen somit auch eine geraume Zeit nach der Geburt des Kindes noch auf ihre Mitwirkung im Adoptionsverfahren angewiesen. Hinsichtlich der sich aus diesem langwierigen Verfahren ergebenden rechtlichen Nachteile für das Kind und den Co-Vater wird auf die Ausführungen zur fehlenden Mitmutterschaft verwiesen.

Vergleicht man die sich ergebenden Probleme der Co-Vaterschaft mit denen der Mitmutterschaft, so wird deutlich, dass die §§ 1591, 1592 BGB nicht nur dem Wortlaut nach geschlechtsspezifisch konzipiert sind. Zwar wäre eine analoge Anwendung des § 1592 BGB auf die Mitmutter denkbar, § 1591 BGB kann jedoch im Gegenzug nicht analog auf den Co-Vater übertragen werden, dies scheitert bei Männern schon am biologisch unmöglichen Vorgang der Geburt eines Kindes. Eine Übereinstimmung sozialer und rechtlicher Elternschaft könnte nur dann erreicht werden, wenn dem Co-Vater die Möglichkeit eröffnet würde, das im Wege der Leihmutterschaft ausgetragene Kind ebenfalls anzuerkennen.

IV. Zuordnung zu Transsexuellen

Transgeschlechtliche Personen, häufig auch Transsexuelle, Transgender oder schlicht „trans“ genannt, sind Menschen, die zwar über die körperlichen Merkmale eines der beiden Geschlechter verfügen, diese decken sich aber nicht mit der von ihnen selbst wahrgenommenen Geschlechtsidentität.¹¹⁰ Schätzungen der Deutschen Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. zufolge besteht bei ca. 0,2 bis 2% der Menschen keine Übereinstimmung zwischen ihrem biologischen und ihrem „gefühlten“ Geschlecht.¹¹¹ Transsexualität ist auch immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung. So stellte das BVerfG schon 1978 fest, dass die Berichtigung des Geburtseintrags bei Transsexuellen statthaft sei, wenn sie sich einer entsprechenden geschlechtsanpassenden Operation unterzogen haben und es sich um einen Fall irreversiblen Transsexualismus handelt. Das BVerfG legte dem Gesetzgeber gleichzeitig nahe, eine gesetzliche Regelung für den betroffenen Personenkreis zu schaffen.¹¹² Hieraus entstand mit Wirkung vom 1.1.1981 das Transsexuellengesetz (TSG). Es hatte zum Ziel, mit Transsexualismus einhergehende personenstandsrechtliche Fragen der Geschlechtsumwandlung und ihrer Auswirkungen zu regeln. Das TSG verlieh Betroffenen die Möglichkeit, entweder nur ihren Vornamen dem Geschlecht anzupassen (sog. „kleine Lösung“), oder aber nach entsprechender operativer Umwandlung dauerhaft ihre Geschlechtszugehörigkeit zu wechseln (sog. „große Lösung“).

Unter anderem war bis zum Jahr 2008 Voraussetzung für die „große Lösung“, dass gem. § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG die Person nicht oder nicht mehr verheiratet sein durfte. Diese Regelung hatte das BVerfG für verfassungswidrig erklärt.¹¹³ Nur drei Jahre später hatte das BVerfG wieder über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm des TSG zu entscheiden, dabei ging es um die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG, wonach ein Wechsel der rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit ferner voraussetzte, dass die Person dauerhaft fortpflanzungsunfähig war und sich zudem einem operativen Eingriff unterzogen hat, durch den die äußeren Geschlechtsmerkmale dem empfundenen Geschlecht angepasst wurden. Hierin sah das BVerfG eine schwere Grundrechtsbeeinträchtigung und erklärte die Norm für unanwendbar.¹¹⁴

¹¹⁰ *Spickhoff*, Medizinrecht, TSG § 1 Rn. 4.

¹¹¹ BMFSFJ, Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, 2016, S. 8.

¹¹² BT-Drucksache 8/2947 vom 6.6.79, S. 1.

¹¹³ BVerfGE 121, 175.

¹¹⁴ BVerfGE 128, 109.

Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist in § 11 TSG geregelt. Demnach hat die rechtliche Geschlechtsumwandlung keine Auswirkungen auf das Verhältnis des Transsexuellen zu seinen Eltern und Kindern. Der Gesetzgeber hatte schon 1979 bei Entstehung des Gesetzes im Blick, dass trotz der für die Geschlechtsumwandlung vorgeschriebenen Fortpflanzungsunfähigkeit dennoch nicht gänzlich ausgeschlossen werden könne, dass Transsexuelle möglicherweise Kinder zeugen oder empfangen. Er weitete in seiner Gesetzesbegründung daher den § 11 TSG explizit auf diese Fälle aus und stellte klar, dass hinsichtlich der Abstammung eines Kindes immer das Geburtsgeschlecht, welches Transsexuelle vor der Umwandlung hatten, maßgeblich sei. Zudem bestimmte er, dass der vor der Umwandlung geführte Vorname des Transsexuellen in das Geburtenregister des Kindes eingetragen werden solle.¹¹⁵ Ein Wechsel von rechtlicher Mutter zu rechtllichem Vater und umgekehrt im Sinne der §§ 1591, 1592 BGB ist damit auch nach einem rechtlichen Wechsel der Geschlechtszugehörigkeit nicht möglich.

Diese Auffassung bestätigte der BGH auch in seinem jüngsten Beschluss vom 6.9.2017,¹¹⁶ wonach ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, der mithilfe einer anonymen, privaten Samenspende ein Kind geboren hat, der Regelung des § 11 TSG entsprechend als Mutter und nicht als Vater des Kindes in das Geburtenregister einzutragen sei. Dies ist durchaus kritisch zu sehen, denn das Kind wächst faktisch mit einem rechtlichen Mann auf, der die soziale Vaterrolle für das Kind übernimmt und im alltäglichen Leben auch als Mann agiert. Abstammungsrechtlich und im Eltern-Kind-Verhältnis wird der Transsexuelle aber als Mutter betrachtet. Nicht nur für das Kind dürften sich hieraus im weiteren Verlauf seines Lebens zahlreiche Konflikte entwickeln, es dürfte sowohl dem Elternteil als auch dem Kind nahezu unmöglich sein, den Grund für diese Diskrepanz im alltäglichen Leben nicht zu offenbaren.¹¹⁷ Das TSG mag im Kontext damaliger gesellschaftspolitischer Ansichten fortschrittlich gewesen sein, nach zahlreichen Entscheidungen des BVerfG, die immer wieder die Nichtanwendung einzelner Regelungen zur Folge hatten, ist es mittlerweile nur noch bruchstückhaft anwendbar und bedarf offensichtlich einer Neugestaltung. Zu diesem Schluss ist auch das BMFSFJ nach Auswertung der Ergebnisse einer hierzu eingesetzten interministeriellen Arbeitsgruppe und zahlreicher Gutachten gekommen.¹¹⁸

¹¹⁵ BT-Drucksache 8/2947 vom 6.6.79, S. 16, 23.

¹¹⁶ BGH NJW 2017, 3379.

¹¹⁷ Vgl. BMFSFJ, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, 2016, S. 119.

¹¹⁸ BMFSFJ, Schlussfolgerungen aus der Arbeit der Interministeriellen Arbeitsgruppe Trans - und Intersexualität vom 21.09.2017.

V. Zuordnung zu Intersexuellen

Sofern ein Mensch biologisch weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann, weil sich die äußeren Geschlechtsorgane nicht eindeutig ausgebildet haben oder das genetische Geschlecht nicht eindeutig bestimmbar ist, so spricht man von Intersexualität. Dabei handelt es sich aus Sicht der Bundesärztekammer weder um eine Fehlbildung noch um eine Krankheit, sondern lediglich um eine Variante der Geschlechtsentwicklung.¹¹⁹ Die Anzahl intersexueller Menschen in Deutschland wird mit rund 160.000 angegeben, was einer Häufigkeit von rund 1:500 entspricht.¹²⁰ Bis zur grundlegenden Überarbeitung der Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin im Jahr 2007 wurden bei intersexuellen Kindern regelmäßig kosmetische Operationen durchgeführt, die darauf abzielten, die Genitalien entsprechend männlich oder weiblich anzupassen. Dieses Verfahren geriet allerdings zunehmend in die Kritik, da die betroffenen Kinder schließlich nicht selbst in den Eingriff einwilligen konnten und die Eingriffe in aller Regel irreversibel sind. Dies sah auch die Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme im Jahr 2015 so und empfahl, operative Maßnahmen nur noch äußerst restriktiv zu handhaben.¹²¹

Intersexualität ist mitnichten ein Phänomen der Neuzeit. So sah bereits das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten (ALR) von 1794 bei Zwittern vor, dass zunächst die Eltern bestimmen, nach welchem Geschlecht das Kind erzogen werden soll. Mit Eintritt der Volljährigkeit stand es dem Kind anschließend frei, zu entscheiden, welchem Geschlecht es angehören wollte.¹²² Diese Regelung entfiel mit Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes im Jahr 1875, fortan musste das Kind entweder als männlich oder weiblich ins Geburtenregister eingetragen werden.¹²³ Erst nachdem der Deutsche Ethikrat im Jahr 2012 das Personenstandsrecht hinsichtlich der unangemessenen Erfassung intersexueller kritisierte, schuf der Gesetzgeber im Jahr 2013 den § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PStG). Dieser ermöglichte es, auf die Eintragung des Geschlechts im Geburtenregister zu verzichten, sofern das Kind weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann.

¹¹⁹ Bundesärztekammer, Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorder of Sex Development, DSD), Stellungnahme vom 30.01.2015, S. 2.

¹²⁰ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 10.

¹²¹ Bundesärztekammer, Pkt. 3.4.2., S. 6 (Fn. 119).

¹²² Vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 und § 20 Abs. 1 S. 1 ALR von 1794.

¹²³ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 3.

Dagegen erhob eine intersexuelle Person Verfassungsbeschwerde und forderte die positive Eintragung ihres Geschlechts als „inter/divers“, da sie derzeit entweder die Wahl zwischen einer unzutreffenden Zuordnung zu männlich oder weiblich hätte oder aber gar keine Eintragung vornehmen lassen könne. Dies verletze ihr Persönlichkeitsrecht, denn sie könne zwar keiner Kategorie zugeordnet werden, sei aber deswegen nicht „geschlechtslos“. Dies jedoch bringe das Weglassen der Eintragung im Geburtenregister zum Ausdruck. Im Gegensatz zum BGH¹²⁴ folgte das BVerfG der Argumentation der beschwerdeführenden Person im Wesentlichen und stellte mit Beschluss vom 10.10.2017 u.a. fest, dass durch die positive Eintragung eines weiteren Geschlechts, dessen Bezeichnung noch zu klären sei, keine Zuordnungsprobleme entstünden, die sich nicht ohnehin immer dann schon stellten, wenn eine gesetzliche Regelung an das Geschlecht anknüpft. Es sei in diesem Fall tatsächlich „unklar“, wie eine Person, die einem dritten Geschlecht zugeordnet ist, dann zu behandeln wäre.¹²⁵ Das BVerfG hat den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31.12.2018 eine Neuregelung zu treffen, die einen positiven dritten Geschlechtseintrag ermöglicht.

Es ist durchaus denkbar, dass ein intersexueller Mensch sowohl Keimzellen produzieren als auch über eine Gebärmutter verfügen und damit sowohl Vater als auch Mutter sein könnte.¹²⁶ Die §§ 1591, 1592 BGB könnten hier lediglich analog angewandt werden, denn einer eindeutigen Zuordnung steht schon deren Wortlaut entgegen („die Frau“ und „der Mann“). Eine dem TSG vergleichbare Regelung im Hinblick auf das Eltern-Kind-Verhältnis existiert für intersexuelle Menschen jedoch nicht und zu abstammungsrechtlichen Fragen hat das BVerfG im o.g. Beschluss auch keine Stellung genommen. Somit bleibt die Frage offen, wie das Kind einer intersexuellen Person zuzuordnen ist.

¹²⁴ BGH, Beschluss vom 22.06.2016, XII ZB 52/15

¹²⁵ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 54.

¹²⁶ *Sieberichs*, FamRZ 2013, 1180.

VI. Plurale Elternschaft

Einige Menschen, darunter zumeist gleichgeschlechtliche Paare, entscheiden sich bewusst für ein Familienmodell, in welchem mehr als zwei Personen elterliche Verantwortung für das Kind übernehmen sollen. Lesbische Paare wünschen sich anstatt einer anonymen Samenspende häufig Kontakt zwischen dem Vater und dem Kind, für schwule Paare kann eine Mehrelternfamilie eine weitere Alternative zur Adoption oder Leihmutterschaft sein.¹²⁷ Denkbar ist auch eine Familienkonstellation, in der sich ein schwules und ein lesbisches Paar zu einer gleichberechtigten „Queer Family“ zusammenschließen, um sich gemeinsam den Kinderwunsch zu erfüllen und das daraus entstandene Kind gemeinsam aufzuziehen.¹²⁸

Es liegt nahe, dass ebenjene Paare diese Familienkonstellation, in welcher mehrere Personen am Leben des Kindes teilhaben und über dessen Verlauf wesentlich mitbestimmen, auf ein solides rechtliches Fundament stützen möchten. Allerdings ist dem deutschen Recht die plurale Elternschaft grundsätzlich fremd. Es geht von einer traditionellen Elternschaft aus, die eine doppelte Mutter- oder Vaterrolle nicht vorsieht.¹²⁹ Zwar kann die lesbische Geburtsmutter den Erzeuger des Kindes durch Zustimmung seiner Vaterschaftsanerkennung zum rechtlichen Vater machen, ihre Partnerin wäre aber rechtlich in der Ausübung etwaiger Elternrechte nicht abgesichert. Würde die Lebenspartnerin das Kind mit Zustimmung des rechtlichen Vaters adoptieren, verlöre dieser seine rechtliche Stellung als Vater. Umgekehrt könnte die Mutter ihr vom schwulen Vater gezeugtes Kind durch dessen Partner annehmen lassen, so dass dieser zur rechtlichen Elternschaft gelangt. Doch dadurch verlöre die Mutter dann ebenfalls ihr bestehendes Elternrecht.

Da weitreichende Konsequenzen aus der Zuordnung erwachsen, ist es verständlich, dass der Ruf der Betroffenen nach einer gewissen Gestaltungsautonomie, welche sich auch rechtlich widerspiegeln soll, immer lauter wird. Doch im Hinblick auf das Prinzip der Statusklarheit und Statussicherheit scheint eine einvernehmliche Ausgestaltung der Zuordnung des Kindes zu mehreren Eltern kaum vorstellbar. Auch fehlt es an einer klaren Abgrenzung der Elternteile zueinander. Gegenwärtig sind aus medizinischer Sicht nämlich schon jetzt bis zu vier biologische Eltern möglich, bestehend aus dem genetischen Vater, der Geburtsmutter und der Eizelle einer

¹²⁷ Vgl. *Dethloff*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, 2016, S. 51.

¹²⁸ *Helms*, Gutachten F zum 71. DJT (2016), F 23.

¹²⁹ *Campbell*, NZFam, 2016, 721.

Spenderin, die einen Zellkern enthält, welcher wiederum von einer weiteren Spenderin kommt. Hinzu käme noch die Anzahl intendierter und sozialer Eltern.¹³⁰

Es existiert gegenwärtig bereits eine abgeschwächte Form der pluralen Elternschaft. So gewährt etwa § 1686a BGB dem leiblichen, nicht rechtlichen Vater eines Kindes unter bestimmten Voraussetzungen ein Umgangs- und Auskunftsrecht. Diese vom Gesetzgeber selbst als „Elternschaft light“ bezeichnete und mit dem Ziel der Stärkung der Rechte nicht-rechtlicher Väter geschaffene Regelung ist insoweit besonders, als dass sie dem leiblichen Vater keine Pflichten aufbürdet.¹³¹ Er hat lediglich jegliches Verhalten zu unterlassen, welches das Verhältnis des Kindes zu seinen rechtlichen Eltern erschwert. Auch ein sogenanntes „kleines Sorgerecht“ des § 1687b BGB für Ehegatten und Lebenspartner des leiblichen Elternteils, die selbst nicht Elternteil sind, ermöglicht in gewisser Hinsicht eine plurale Elternschaft, da dem Ehe- oder Lebenspartner hierdurch – im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil – eine Entscheidungskompetenz in Alltagsfragen zugesprochen wird, ohne diesem gleich eine „vollwertige“ Elternstellung zu gewähren.

Eine darüberhinausgehende plurale Elternschaft dürfte im Alltag allerdings kaum praktikabel sein. In der Summe würden womöglich mehr Probleme geschaffen als gelöst, so müsste etwa geklärt werden, wem das Sorgerecht im Falle einer Trennung zusteht (bei einer Mehrelternfamilie damit einhergehend auch die Frage, wer sich von wem trennt und wer weiterhin zusammenbleibt). Es wäre zudem zu klären, ob das Kind und alle seine Eltern wechselseitig unterhaltspflichtig wären und wer wem gegenüber ein gesetzliches Pflichtteilsrecht hätte.

¹³⁰ BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 76.

¹³¹ Vgl. BT-Drucksache 17/12163 vom 25.01.13, S. 12.

F. Fazit

Die vorstehende Betrachtung zeigt, dass die Zuordnung eines Kindes nach §§ 1591, 1592 BGB bei einer Vielzahl von Fällen zu einem auseinanderfallen intendierter und rechtlicher Elternschaft führt. Teils kommt es auch aufgrund der strikten Anknüpfung an Geburt oder Ehe zu Ergebnissen, die nicht der gelebten sozialen Wirklichkeit der Betroffenen entsprechen.

Dass die Mutter, wie eingangs erwähnt, nicht immer sicher ist, zeigt sich in Fällen gespaltener Mutterschaft, wo es zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der Zuordnung des Kindes kommt. Der Gesetzgeber begünstigt durch die Anknüpfung an die Geburt diejenigen Frauen, die im Wege der Eizell- und Embryospende das Kind selbst austragen und gebären können, obwohl sie nicht genetisch mit dem Kind verwandt sind. Hingegen bleibt der intendierten Mutter, die das Kind von einer Leihmutter austragen lässt, in aller Regel nur der Weg der Stiefkindadoption. Alle drei Methoden der künstlichen Befruchtung sind aber im Regelfall in Deutschland verboten, werden jedoch häufig im Ausland praktiziert. Sie sind aus heutiger Sicht daher wohl kaum mehr als „Einzelfälle“ anzusehen.

Es darf für das Kind keine Rolle spielen, wenn seine Mutter eine in Deutschland verbotene Behandlung in Anspruch genommen hat. Der Gesetzgeber klammert sich jedoch an den biologischen Vorgang der Geburt und schließt damit ebenjene Frauen von der rechtlichen Mutterschaft aus, denen das Gebären aus medizinischen Gründen verwehrt bleibt. Für diese Ungleichbehandlung fehlt es an einer schlüssigen Begründung. Wie das OLG Düsseldorf jüngst zutreffend festgestellt hat, darf der Wunsch des Gesetzgebers, Leihmutterschaften zu verhindern, nicht auf dem Rücken der betroffenen Kinder ausgetragen werden.¹³² Es scheint daher geboten, hier das Wohl des Kindes stärker in den Vordergrund zu stellen und bei der Überlegung, wem ein Kind rechtlich zuzuordnen ist, mit einzubeziehen. Das Kindeswohl spielt bei der Frage der Zuordnung bisher allenfalls eine untergeordnete Rolle.

Die Orientierung des Gesetzgebers an den Grundprinzipien der biologisch-genetischen Übereinstimmung und dem Statusprinzip könnte daher um das Prinzip des Kindeswohls erweitert werden und gleichberechtigt neben den anderen Zuordnungsprinzipien des Abstammungsrechts stehen. Dadurch könnte man in allen

¹³² OLG Düsseldorf, NZFam 2017, 404.

Fällen gespaltener Mutterschaft eine kohärente Zuordnung zur intendierten Mutter erreichen. Dies dürfte nicht nur dem Kindeswohl am dienlichsten sein, sondern auch Klarheit in den Leihmutterschaftsfällen schaffen, in denen die Zuordnung des Kindes abhängig vom anzuwendenden Recht ganz unterschiedlich ausfällt. Hier bedarf es zum Schutze der daraus geborenen Kinder dringend einer verbindlichen Regelung.

Den bestehenden Reproduktionstourismus kann der Gesetzgeber auch nicht einfach unter Hinweis auf das hier geltende Verbot unterbinden. Er könnte vielmehr den hinter einer Kinderwunschbehandlung stehenden, unbedingten Willen zur Gründung einer schützenswerten Familie stärker würdigen, indem er gewisse Gestaltungsspielräume hinsichtlich der Eltern-Kind-Zuordnung vorgibt und dadurch bestehende Benachteiligungen vermeidet. Kinder sind allerdings kein Vertragsgegenstand, der Rahmen könnte also nicht allein auf dem Willen der Beteiligten basieren – auch „Wunscheltern“ müssen, ebenso wie leibliche Eltern, dauerhaft und verbindlich Verantwortung für das Kind übernehmen.

Dass eine Verantwortungsübernahme aber, wie in Fällen der Samenspende, häufig weder von den intendierten Eltern noch vom Samenspender selbst gewünscht wird, muss auch bei der Vaterschaftszuordnung berücksichtigt werden. Die Schaffung des Samenspenderregistergesetzes und die damit einhergehende Befreiung des Samenspenders von einer möglichen Vaterschaftsfeststellung ist ein längst überfälliger Schritt. Dass Spenderkinder dadurch endlich ihr Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft wahrnehmen können, kann nur begrüßt werden. Auch die Einschränkung des Anfechtungsrechts des Samenspenders stärkt die bestehende Familie vor Einflüssen von außen und schafft mehr Rechtssicherheit für den Spender und das so entstandene Kind.

Doch der Gesetzgeber hat sich nicht dazu durchringen können, den weitreichenden Schutz des Samenspenderregistergesetzes auch auf Fälle privater Samenspende und der Embryospende auszuweiten. Hier besteht weiterhin die Gefahr, dass die bestehende Familie rechtlich und sozial gespalten wird. Private Samenspender sind nicht davor geschützt, als rechtliche Väter festgestellt zu werden. Möglicherweise hat der Gesetzgeber die Ausweitung auch nur deswegen gescheut, um zu einem späteren Zeitpunkt im Zuge einer umfassenden Überarbeitung des Abstammungsrechts die Aspekte der privaten Samenspende grundsätzlich neu zu regeln. Denn insbesondere für lesbische Paare ist eine verlässliche Regelung der privaten Samenspende von großer Bedeutung.

Gleichgeschlechtliche Paare haben in der jüngsten Vergangenheit zwar mit dem Inkrafttreten der „Ehe für alle“ eine weitere, umfangreiche Gleichstellung zu heterosexuellen Ehen erfahren. Doch ließ das Eheöffnungsgesetz abstammungsrechtliche Fragen unbeantwortet und hat bestehende Ungleichheiten nicht vollends ausräumen können; eine Mitmutterschaft oder Co-Vaterschaft gibt es auch weiterhin nicht. § 1592 BGB kann auch nicht per se auf gleichgeschlechtliche Paare ausgeweitet werden, was umso erstaunlicher ist, bedenkt man, dass der Grundgedanke hinter der Zuordnung kraft Ehe gem. § 1592 Nr. 1 BGB die Schaffung einer sozial-familiären Einheit ist. Dass es zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehen eben keinen Unterschied gibt, sollte durch das Eheöffnungsgesetz eigentlich zum Ausdruck gebracht werden. Das Argument, es bestünde in dem Fall auch keine biologische Verwandtschaft, mag nicht zu überzeugen, denn dies ist auch bei der heterologen künstlichen Befruchtung so. Dennoch wird hier der Ehemann kraft Gesetzes zum Vater und muss nicht erst ein Adoptionsverfahren inklusive Kindeswohlprüfung durchlaufen, um in die rechtliche Elternstellung einzurücken.

Biologische Unterschiede mögen zwar legitim sein, rechtfertigen aber keine Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare. Der Gesetzgeber könnte dem Beispiel anderer Staaten folgen und etwa eine Anerkennungsmöglichkeit für gleichgeschlechtliche Paare schaffen sowie den Automatismus des § 1592 Nr. 1 BGB auf gleichgeschlechtliche Ehen ausweiten. Denkbar wäre auch, den § 1592 BGB gänzlich dahingehend zu ändern, dass die Vaterschaft durch eine geschlechtsunabhängige zweite Elternstelle ersetzt wird, die Kraft Ehe, Anerkennung oder Feststellung besteht. Damit wäre nicht nur der Weg für eine Mitmutterschaft oder Co-Vaterschaft frei, auch das Kind wäre nicht mehr benachteiligt und hätte ab Geburt zwei Elternteile - mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten.

Eine zweite Elternstelle statt einer Vaterschaft hätte auch weitreichende positive Auswirkungen auf die Zuordnung zu trans- und intersexuellen Menschen. Denn diese stehen familienrechtlich vor besonderen Schwierigkeiten. Bei Intersexuellen ist völlig unklar, wie ihnen ein Kind zuzuordnen wäre, aber immerhin hat das BVerfG die Schaffung eines positiven dritten Geschlechts bejaht und den Gesetzgeber damit gleichzeitig zur Neuregelung verpflichtet. Bei Transsexuellen besteht zwar eine gesetzliche Regelung hinsichtlich des Eltern-Kind-Verhältnisses im Transsexuellengesetz, dieses ist aber mittlerweile derart bruchstückhaft, dass hier wohl nur noch eine Neugestaltung in Frage kommt. Allerdings hat der Gesetzgeber

den Reformbedarf erkannt und entsprechende interministerielle Arbeitsgruppen mit der Ausarbeitung von Reformvorschlägen beauftragt. Ob allerdings auch weiterhin an der bisherigen Regelung festgehalten wird, wonach das Geburtsgeschlecht für die Zuordnung des Kindes maßgeblich ist, ist derzeit nicht absehbar.

Eine „echte“ plurale Elternschaft mit mehr als einer Mutter und einem Vater existiert nach deutschem Recht nicht. Allerdings ist durchaus denkbar, dass einzelne Elternrechte mehr als zwei Personen übertragen werden. Dem steht jedoch eine diesbezüglich kaum vorhandene Gestaltungsfreiheit entgegen. Insbesondere in Fällen, in denen das Kind über beide rechtliche Elternteile verfügt, erscheint es daher fraglich, ob der Gesetzgeber eine dahingehende Liberalisierung überhaupt für notwendig und angemessen hält. Denn aus einer pluralen Elternschaft könnten sich zahlreiche neue Probleme ergeben. Angesichts der bereits dargelegten Herausforderungen, vor denen das Abstammungsrecht derzeit steht, erscheint eine Ausweitung zum jetzigen Zeitpunkt eher fraglich.

Die zahlenmäßige Entwicklung alternativer Lebens- und Familienformen und auch die bisherige Rechtsprechung machen deutlich, dass die Frage der Abstammung immer auch im Kontext des jeweiligen Zeitgeistes zu sehen ist und einem stetigen Wandel unterliegt. Dabei muss das Abstammungsrecht mitnichten jede nur erdenkliche Form des Familienlebens bis ins Detail regeln, dafür sind die Familienkonstellationen ohnehin zu vielfältig. Es sollte jedoch einen stabilen und verlässlichen Rahmen bieten, welcher sowohl der aktuellen Entwicklung in der Medizin als auch der sich verändernden gesellschaftlichen Lebensumstände Rechnung trägt. Dieser sollte die aktuellen sozialen, ethischen, gesellschaftlichen und rechtlichen Überlegungen zur Frage der Abstammung abbilden, um so auf eine möglichst breite Akzeptanz aller zu stoßen. Die vorstehende Begutachtung hat gezeigt, dass die derzeitige Ausgestaltung der Eltern-Kind-Zuordnung nach §§ 1591, 1592 BGB diesem Anspruch nicht mehr gerecht wird und daher einer umfassenden Reform bedarf.

Literaturverzeichnis

- *Benicke*, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 2013, 101
- *Bernard*, Kinder machen – Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, 2014
- *Binder/Kiehnle*, „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, FamRZ 2017, 742
- *BMFSFJ, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.)*, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, 2016; Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, Sachstandsinformation, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität, Band 5, 2016; Schlussfolgerungen aus der Arbeit der Interministeriellen Arbeitsgruppe Trans - und Intersexualität vom 21.09.2017
- *BMJV, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.)*, Arbeitskreis Abstammungsrecht, 2017
- *Bundesärztekammer (Hrsg.)*, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, 2006; Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorder of Sex Development, DSD), 2015
- *Campbell*, Elternschaft und Abstammung, NZFam, 2016, 721
- *Dethloff*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Hrsg. *Friedrich-Ebert-Stiftung*, 2016
- *Eckebrecht*, Praxishandbuch Familienrecht, Hrsg. *Scholz/Kleffmann/Doering-Striening*, Teil Q Abstammung, 32. Ergänzungslieferung 2017
- *Funcke*, Leihmutterschaftsfamilien, NZFam 2016, 207
- *Gassner*, Legalisierung der Eizellspende? Pro & Contra, ZRP 2015, 126
- *Gaul*, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 1441
- *Hahn*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg. *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, 43. Edition, 15.06.2017
- *Helms*, Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1; Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114; Familienrechtliche Aspekte des Samenspenderregistergesetzes, FamRZ 2017, 1537; Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag - Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, 2016, Hrsg. *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages*;

- *Höfelmann*, Neues Gesetz zu Vaterschaftsanfechtung und Umgangsrecht, FamRZ 2004, 745
- *Hüßtege*, Das Verbot der Kinderehe nach neuem Recht aus kollisionsrechtlicher Sicht, FamRZ 2017, 1376
- *Kaiser*, Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, 1889
- *Keidel*, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 19. überarbeitete Auflage 2017
- *Kemper*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Hrsg. *Schulze*, 9. Auflage 2017
- *Klinkhammer*, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Hrsg. *Schnitzler*, 4. Auflage 2014
- *Kreß*, Samenspende und Leihmutterchaft – Problemstand, Rechtsunsicherheiten, Regelungsansätze, FPR 2013, 240
- *Löhnig*, Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643;
Kinder mit mehreren Vätern: Aktuelle Fragen des Adoptionsrechts, NZFam 2017, 879
- *Maurer*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht, 7. Auflage 2017
- *Müller*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, Hrsg. *Münch*, 2. Auflage 2016
- *Müller-Terpitz*, Medizinrecht, Hrsg. *Spickhoff*, 2. Auflage 2014
- *Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, 2016
- *Sabrowski*, Vaterschaft in Zeiten des genetischen Vaterschaftstests, 2014
- *Schmidt*, Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB auf Co-Mütter?, NZFam 2017, 832
- *Sieberichs*, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180
- *Spickhoff*, Medizinrecht, Hrsg. *Spickhoff*, 2. Auflage 2014
- *Taupitz/Hermes*, Eizellspende verboten – Embryonenspende erlaubt?, NJW 2015, 1802
- *Wacke*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht, 7. Auflage 2017
- *Wellenhofer*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Familienrecht, 7. Auflage 2017
- *Zypries/Zeeb*, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Kinder, Spender und Väter brauchen bessere Gesetze, ZRP 2014, 54.

Impressum

Herausgeber der Reihe
Dekan des Fachbereichs Rechtspflege

Auflage
40

Druck
HWR Berlin

Berlin, November 2018

www.hwr-berlin.de