

INHALTSVERZEICHNIS

Editorial 5

Aufsätze

Themenschwerpunkt: Abstammungsrecht

- Die Mutterschaft nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung:
Der Reformbedarf im mütterlichen Abstammungsrecht
Dr. Rita Coenen & Britta Hartmann 7
- Vaterschaftsbeendigung statt Vaterschaftsanfechtung –
Berücksichtigung einer gelebten Vater-Kind-Beziehung
im Abstammungsrecht
Karolina Gajewski & Prof. Dr. Bettina Heiderhoff..... 23
- Wie frei kann die Entscheidung für *social egg freezing* sein?
Ethische Überlegungen zu Autonomie und gesellschaftlicher
Verantwortung
Franziska Krause 35
- Neue Fortpflanzung, neue Ethik: Neue Technik, neuer Mensch?
Medizinethische und sozialwissenschaftliche Anmerkungen
zum Social Freezing
Regina Ludewig..... 45
- Aktueller Stand der Reproduktionsmedizin
*Prof. Dr. Heribert Kantenich, Alexander Jank,
Claus Sibold & Andreas Tandler-Schneider* 59

Vielfalt der Rechtspsychologie

- Beschlüsse des Verfassungsgerichts seit 2014
zur Kindeswohlgefährdung und deren Bedeutung
für die familienrechtspsychologische Begutachtung
Dr. Joseph Salzgeber..... 77
- Interrogative Suggestibilität im Kulturvergleich –
Eine neue und alte Herausforderung?
*Dr. Uta Kraus, Kerstin Lindner, Susan Gritzka,
Prof. Dr. Michaela Pfundmair, Dr. Marko Paelecke
& Prof. Dr. Johannes S. Hewig*..... 93

- Trennung meistern – Kinder stärken
Ein Gruppentraining für Eltern in (hoch)strittigen
Trennungskonflikten
Dr. Bernd Kulisch & Christine Utecht 113
- Schriftlich oder mündlich, lang oder kurz – welche Form
der Gutachtenerstattung ist bei unterschiedlichen
Fallkonstellationen zu empfehlen und lösungsorientiert?
Irmtraud Roux & Helen A. Castellanos 129

Rezensionen

- Porsch, T. & Werdes, B. (2016). Polizeipsychologie.
(Wim Nettelstroth) 141
- Castellanos, H. A. & Hertkorn, C. (2016).
Psychologische Sachverständigengutachten im Familienrecht.
(Andreas Böhmelt/Anna Elbers) 144

Aus der Rechtsprechung

- Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Familienrecht,
Bereich Abstammungsrecht
(ausgewählt von Rita Coenen & Britta Hartmann) 149
- Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Strafrecht
(ausgewählt von Inga Stremlau) 161

Mitteilungen

- Rechtsfallen vermeiden
(Cornelia Orth) 167
- Rechtspsychologie im Aufbruch – 6. Tag der Rechtspsychologie
(Kathrin Kaulen) 171

Autorenhinweise 177

Adressen der Landesbeauftragten und Delegierten der Sektion 182

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

aktueller kann der gewählte Themenschwerpunkt nicht sein: In der Zeit vom 13.–16. September 2016 fand in Essen der 71. Deutsche Juristentag statt. Die Abteilung Familienrecht widmete sich auf dieser Veranstaltung dem Thema „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen“. Die Familienmodelle haben sich in unserer Gesellschaft in den letzten Jahren rasant verändert. Nicht selten fallen biologische und soziale Elternschaft auseinander, etwa weil Kinder nach Trennung ihrer Eltern in Stieffamilien leben oder aber weil zur Erfüllung eines Kinderwunsches auf die Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion zurückgegriffen wird.

Ende des Jahres 2014 machten einige amerikanische IT-Unternehmen Schlagzeilen mit der Ankündigung, ihren Mitarbeiterinnen von nun an das Einfrieren ihrer Eizellen zu finanzieren. Dieses „Social Freezing“ ist nur ein Phänomen unter vielen, die mit der fortschreitenden Reproduktionsmedizin einhergehen. Samenspenden, Leihmutterschaften, Eizell- und Embryonenspende führen zunehmend zu einer **Pluralisierung von Elternschaft**, insbesondere durch ein Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Elternschaft.

Das geltende Abstammungsrecht – geregelt in den §§ 1591–1600d BGB – geht von der Prämisse aus, dass ein Kind lediglich zwei Elternteile hat. Darüber hinaus zielt es darauf ab, die rechtliche Abstammung mit der genetisch-biologischen Herkunft eines Kindes in Übereinstimmung zu bringen. Für die rechtliche Mutterschaft wurde daher der – seit 1997 unverändert fortbestehende – § 1591 BGB geschaffen, der festlegt, dass Mutter eines Kindes ausschließlich die Frau ist, die es geboren hat. Von Korrekturmöglichkeiten hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgesehen. Bei der Vaterschaft ist die genetische Abstammung weniger offensichtlich, weshalb sich der Gesetzgeber in § 1592 BGB solcher Vermutungen bedient, die erfahrungsgemäß zu einer Übereinstimmung von rechtlicher und genetisch-biologischer Abstammung führen.

Durch die Fortschritte in der Reproduktionsmedizin können die rechtliche und die genetisch-biologische Abstammung auseinanderfallen. Neben die genetischen und rechtlichen Eltern treten zudem noch soziale Eltern, sodass sich die Frage nach einer Pluralisierung von Elternschaft fast schon aufdrängt. Während das Embryonenschutzgesetz in Deutschland beispielsweise die Eizellspende verbietet, sind andere Länder im Hinblick auf Kinderwunschbehandlungen und die daraus resultierenden Eltern-Kind-Verhältnisse weitaus liberaler. Dies führt zu einem „Fortpflanzungstourismus“ hetero- wie homosexueller Paare oder Alleinstehender. Die rechtliche Anerkennung solcher im Ausland begründeten Abstammungsverhältnisse beschäftigt daher zunehmend auch die deutschen Gerichte.

Diese Entwicklungen in der Reproduktionsmedizin haben wir zum Anlass genommen, uns in der vorliegenden Ausgabe mit dem Themenschwerpunkt Abstammungsrecht näher zu beschäftigen:

Rita Coenen und *Britta Hartmann* befassen sich in ihrem Beitrag mit dem Reformbedarf aufgrund doppelter Mutterschaft nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung unter Einbeziehung der Rechtsordnungen in den Niederlanden und Österreich. *Karolina Gajewski* und *Bettina Heiderhoff* nehmen Kinder mit mehreren Vätern in den Blick und fragen nach der Notwendigkeit einer Reform des Rechts der Vaterschaftsanfechtung hin zu einer Vaterschaftsbeendigung.

Im zweiten Block folgt ein Blick auf das „Social Freezing“: *Franziska Krause* widmet sich der Frage, wie frei die Entscheidung für das sozial freezing innerhalb unserer Gesellschaft sein kann. *Regina Ludewig* zeigt in ihrem Beitrag auf, welche neuen ethischen Fragen sich aus der modernen Technik der Reproduktionsmedizin ergeben. *Heribert Kantenich* stellt den aktuellen Stand der Reproduktionsmedizin dar.

In der Rubrik Vielfalt der Rechtspsychologie widmet sich *Joseph Salzgeber* der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kindeswohlgefährdung und deren Bedeutung für die familienrechtspsychologische Begutachtung seit dem Jahr 2014. *Uta Kraus* setzt sich in ihrem Beitrag mit der Suggestibilität von Zeugnisaussagen auseinander. *Christine Utecht* und *Bernd Kulisch* stellen das Elterntraining als Beratungskonzept für Eltern in strittigen Trennungskonflikten vor.

Irmtraud Roux und *Helen A. Castellanos* richten den Fokus in der aktuellen Diskussion um Gutachterstattung auf Vor- und Nachteile der verschiedenen Darstellungsformen.

Zum Abschluss beinhaltet auch diese Ausgabe Rezensionen, Aktuelles aus der Rechtsprechung und weitere Mitteilungen. Rezensiert werden zum einen das Lehrbuch „Polizeipsychologie“ von Torsten Porsch und Bärbel Werdes und zum anderen das Praxishandbuch „Psychologische Sachverständigengutachten im Familienrecht“ von Helen A. Castellanos und Christiane Hertkorn.

Der Themenschwerpunkt wird abgerundet mit den Mitteilungen aus der Rechtsprechung zum Abstammungsrecht (*Rita Coenen/Britta Hartmann*) sowie zum Strafrecht (*Inga Stremmlau*). Frau *Cornelia Orth* berichtet in ihrem Beitrag von der Fachtagung der Sektion Rechtspsychologie des BDP am 23. April 2016 in Wuppertal zum Thema „Rechtliche und steuerliche Aspekte bei Personenzusammenschlüssen/ Gemeinschaftspraxen Psychologischer Gutachter“. Schließlich findet sich in dieser Ausgabe der Tagungsbericht vom Tag der Rechtspsychologie am 30. September 2016 in Berlin von *Kathrin Kaulen*.

Zum Schluss danken wir allen Autorinnen und Autoren für Ihre vielfältigen und breit gefächerten Beiträge für dieses Heft und wünschen Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, eine anregende Lektüre!

Rechtsanwältin Dr. Rita Coenen

THEMENSCHWERPUNKT**Die Mutterschaft nach medizinisch
unterstützter Fortpflanzung:
Der Reformbedarf im mütterlichen
Abstammungsrecht**

Dr. Rita Coenen & Britta Hartmann

Im folgenden Beitrag geht es um die rechtliche Mutterschaft nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Dabei wird zunächst die derzeitige Rechtslage rund um § 1591 BGB dargestellt und im Folgenden kritisch untersucht. Darauf folgt ein Blick auf die abstammungsrechtlichen Regelungen der Niederlande sowie Österreichs, da beide Länder kürzlich eine doppelte Mutterschaft eingeführt haben.

I. Die Problemstellung

„Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“, so bestimmt § 1591 BGB seit 1997 die rechtliche Mutterschaft im deutschen Abstammungsrecht.¹ Erstmals enthielt das BGB damit eine Definition der rechtlichen Mutterschaft, denn bis 1997 galt der römische Rechtsgrundsatz „*mater semper certa est*“.² Erst mit dem Aufkommen der modernen Fortpflanzungsmedizin und der daraus resultierenden Möglichkeit des Auseinanderfallens von genetischer und rechtlicher Mutterschaft wurde eine gesetzliche Regelung erforderlich – in der Geburtsstunde des BGB lag eine solche Inkongruenz schlichtweg noch außerhalb jeglicher Vorstellung.

Heute – fast 20 Jahre später – stellt sich die Frage, ob die Regelung das geschafft hat, was der Gesetzgeber damals mit ihr bezweckte: Eine gesplante Mutterschaft sollte um jeden Preis vermieden werden, den in Deutschland verbotenen

¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGBl. I S. 2942). Die ursprüngliche Fassung des BGB vom 18.08.1896 enthielt keinerlei Regelung zu der mütterlichen Abstammung eines Kindes, RGBI. 1896 S. 195.

² *Behrends u.a. (Hrsg.), Corpus iuris civilis, Digesten 1-10, Bd. II, 1995, S. 182* wörtlich: „*PAULUS libro quarto ad edictum quia [mater] semper certa est, etiam si volgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*“ – übersetzt: „*PAULUS im 4. Buch zum Edikt* weil die Mutter immer feststeht, auch wenn sie außerehelich empfangen hat; der Vater aber wird durch die Ehe bestimmt.“

Reproduktionstechniken eine klare Absage erteilt werden.³ § 1591 BGB unterstützt damit – mittelbar – die öffentlich-rechtlichen Verbote des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) und des Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiG), ohne selbst eine konkrete Regelung über die abstammungsrechtlichen Folgen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu enthalten. Bereits damals wurde diese Entscheidung kritisiert und diese Kritik ist bis heute nicht weniger geworden.⁴ Auch deshalb hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Anfang 2015 einen „Arbeitskreis Abstammungsrecht“ ins Leben gerufen, der über einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren regelmäßig zusammenzutreten soll, um den Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen.

Gerade in den vergangenen drei Jahren haben auch die Verfahren vor deutschen wie europäischen Gerichten zugenommen.⁵ Verschiedene Familienformen finden in der Gesellschaft immer breitere Zustimmung. In vielen Bereichen sind homosexuelle Paare den Heterosexuellen inzwischen gleichgestellt.⁶ Einer der letzten Bereiche, in dem die Ungleichbehandlung jedoch noch andauert, ist – neben der Öffnung der Ehe – der Kinderwunsch gleichgeschlechtlicher Paare. Auch wenn Stiefkind- und Sukzessivadoption inzwischen möglich sind, so ist eine gemeinschaftliche Adoption rechtlich ebenso unmöglich wie eine gleichgeschlechtliche Elternschaft gleich von Geburt des Kindes an. Auch viele Methoden der Fortpflanzungsmedizin sind in Deutschland verboten und erschweren so insbesondere den Kinderwunsch gleichgeschlechtlicher Paare.⁷ Diese weichen für die Erfüllung ihres Kinderwunschs in europäische oder außereuropäische Länder aus, in denen diese Fortpflanzungsmethoden und auch die gleichgeschlechtliche Elternschaft erlaubt sind. Dieser „Fortpflanzungstourismus“ hat jedoch weitere rechtliche Probleme im Gepäck, die die Rechtsprechung zunehmend beschäftigen und auch zukünftig beschäftigen werden.

³ Begründung zu § 1591 BGB in: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 13.06.1996, BT-Drucks. 13/4899, S. 82.

⁴ Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Verhandlungen des 56. DJT Berlin 1986 mit Gutachten von Coester-Waltjen und Starck sowie Referaten von Krebs, Böckle und Giesen; *Schlegel*, FuR 1996 S. 284; *Schumann*, Abstammungsrechtliche Folgefragen der Kinderwunschbehandlung – eine Einführung, in: Coester-Waltjen u.a. (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, S. 7.

⁵ Ausf. Zusammenschau der Rspr. in dieser Zeitschrift: *Coenen/Hartmann*, Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung im Abstammungsrecht, S. 149.

⁶ Ausf. dazu: *Muscheler*, FPR 2010 S. 227.

⁷ So ist die Ersatzmutterchaft nach § 1 Ab. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13a ff. AdVermiG und die Eizellspende nach § 1 ESchG verboten. Eine Embryonenspende ist dagegen in Bezug auf sog. „verwaiste“ Embryonen zulässig, Umkehrschluss aus § 1 Ab. 1 Nr. 1, 2, 6, § 2 ESchG, dazu auch: *Taupitz/Hermes*, NJW 2015 S. 1802.

Dieser Beitrag wird sich ausschließlich mit den Herausforderungen im Zusammenhang mit der mütterlichen Abstammung nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung beschäftigen. Dabei werden die rechtspolitischen Fragen rund um die Zulässigkeit bestimmter Methoden der Reproduktionsmedizin außen vor gelassen und allein die abstammungsrechtlichen Konsequenzen in den Blick genommen. Dabei geht es insbesondere um die Fälle, in denen das Kind – nach erfolgreicher medizinisch unterstützter Fortpflanzung – bereits geboren ist. Im Zentrum stehen Konstellationen, in denen eine doppelte Mutterschaft angestrebt wird. Diese ist im deutschen Recht – mit Ausnahme einer Stiefkind- oder Sukzessivadoption nach § 9 Abs. 7 LPartG – derzeit nicht vorgesehen. Die Niederlande und Österreich führten diese Möglichkeit erst kürzlich ein.⁸ Umso mehr lohnt ein Blick auf diese Regelungen, um ihre Kompatibilität mit dem deutschen Abstammungsrecht zu prüfen – gerade auch ob des „Fortpflanzungstourismus“ deutscher Paare.

II. Die derzeitige Rechtslage in Deutschland

Im Jahr 1977 gelang dem britischen Gynäkologen Patrick Christopher Steptoe zusammen mit dem britischen Physiologen Robert Geoffrey Edwards die erste erfolgreiche In-Vitro-Fertilisation, woraufhin am 25.07.1978 Louise Joy Brown als erstes in vitro gezeugtes Kind zur Welt kam.⁹ Seit den 1980er Jahren ist eine Eizell- und Embryonenspende möglich und dadurch auch ein Auseinanderfallen der Mutterschaft der gebärenden und der genetischen Mutter.¹⁰ Seitdem steigt die Zahl der Kinder, deren Zeugung auf der Inanspruchnahme der Reproduktionsmedizin beruht, konstant an.¹¹ Im Jahr 2010 wurden in Deutschland 677.947 Kinder¹² geboren – davon 14.123 (2,1%)¹³ mithilfe medizinisch unterstützter Fortpflanzung.

⁸ In den Niederlanden regelt Art. 1:198 Burgerlijk Wetboek seit dem 01.04.2014 die doppelte Mutterschaft; in Österreich seit dem 24.02.2015 insbesondere § 144 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ausf. unten S. 15 (16).

⁹ Ludwig/Diedrich, Historischer Abriss zur Reproduktionsmedizin, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2013, S. 9 (14).

¹⁰ Ludwig/Diedrich, a.a.O. (Fn. 9), S. 14.

¹¹ Darstellung der Gesamtentwicklung – insgesamt von 1997 bis 2010 – in den 31 teilnehmenden, europäischen Ländern: Kupka u.a., human reproduction 2014 (29), S. 2099 (2109).

¹² Statistisches Bundesamt, Natürliche Bevölkerungsbewegung, abrufbar im Internet: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/LebendgeboreneGestorbene.html> (zuletzt überprüft: 27.05.2016).

¹³ Kupka u.a., human reproduction 2014 (29), S. 2099 (2101).

Diesen Entwicklungen ist die Regelung des § 1591 BGB geschuldet, mit der der deutsche Gesetzgeber 1997 ein für alle Mal klargestellt haben wollte, dass rechtliche Mutter eines Kindes ausschließlich die Frau ist, die das Kind geboren hat. Die Wahl des Kriteriums der Geburt als Anknüpfungspunkt für die mütterliche Abstammung ist nach allgemeiner Auffassung dabei insbesondere Publizitätsgründen geschuldet.¹⁴ Dieses rechtliche Mutter-Kind-Verhältnis entsteht kraft Gesetzes und erfordert keine Willenserklärung, keine tatsächliche Übernahme der Mutterrolle und auch keine gerichtliche Feststellung. Auch von einer Korrekturmöglichkeit dieser Mutterschaft wurde ausdrücklich abgesehen. Die rechtliche Mutterschaft steht damit im klaren Gegensatz zu der rechtlichen Vaterschaft, die gerade nicht unverrückbar feststeht.

Das deutsche Abstammungsrecht zielt grundsätzlich darauf ab, die rechtliche Abstammung mit der genetischen Abstammung in Einklang zu bringen.¹⁵ Da letztere jedoch nicht sofort erkennbar ist, knüpft der Gesetzgeber die Abstammung eines Kindes an solche Kriterien, die leicht erkennbar sind (sog. Statusklarheit) und in der Regel zu einer Kongruenz der rechtlichen und genetischen Abstammung führen (sog. Statusbeständigkeit). Durch die Anknüpfung an die Geburt gewährleistet § 1591 BGB eine schnelle und unkomplizierte Zuordnung des Neugeborenen zu einer Mutter (Statusklarheit), die in der Regel auch seine genetische Mutter ist (Statusbeständigkeit). Die während der Schwangerschaft und Geburt entstandenen Bindungen lassen zudem erwarten, dass die Geburtsmutter willens ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen.¹⁶ Gleichzeitig werden derjenigen Frau die Mutterpflichten auferlegt, die faktisch für die Existenz des Kindes verantwortlich ist.¹⁷ Die fehlenden Korrekturmöglichkeiten sollen der Statusbeständigkeit Rechnung tragen. Darüber hinaus stimmt die von § 1591 BGB getroffene Zuordnung – im Fall einer natürlichen Zeugung – regelmäßig mit der genetischen Wahrheit überein. Diese Kongruenz zwischen genetischer Wahrheit und rechtlicher Abstammung soll mit den Abstammungsregelungen *idealiter* erreicht werden – zugunsten der Rechtssicherheit und der Wahrung des Familienfriedens toleriert der Gesetzgeber jedoch auch ein Auseinanderfallen, derzeit allerdings nur im Hinblick auf die Vaterschaft.¹⁸

¹⁴ Vgl. statt vieler: *Wellenhofer*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8, 6. Auflage 2012, § 1591 Rn. 4.

¹⁵ *Wellenhofer*, a.a.O. (Fn. 14), Vor § 1591 Rn. 19; *Haßfurter*, in: Gsell u.a. (Hrsg.), BeckOKG, Stand: 24.03.2016, BGB § 1591 Rn. 6.

¹⁶ Begründung zu § 1591 BGB, BT-Drucks. 13/4899, S. 82; *Wellenhofer*, a.a. O. (Fn. 14), § 1591 Rn. 4.

¹⁷ *Wellenhofer*, a.a.O. (Fn. 14), § 1591 Rn. 4.

¹⁸ *Schwab*, Familienrecht, 22. Aufl. 2014, Rn. 543; *Wellenhofer*, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 1.

Für die Mutterschaft aufgrund natürlicher Fortpflanzung ist und bleibt § 1591 BGB eine konkurrenzlose Lösung, sodass sie als Grundsatz – nicht dagegen ausnahmslos – auch in einem Abstammungsrecht *de lege ferenda* auftauchen sollte. Im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung entstehen dagegen zahlreiche Probleme, für die sie keine interessengerechten Lösungen bereithält. Die zunehmende Beschäftigung deutscher und europäischer Gerichte mit abstammungsrechtlichen Folgefragen festigt diesen Eindruck.¹⁹ Daher muss die Ausschließlichkeit des § 1591 BGB in Frage gestellt werden.

III. Zum Reformbedarf im deutschen Recht

Nehmen Wunscheltern – unabhängig davon, ob hetero- oder homosexuell – Reproduktionstechniken in Anspruch, so verfolgen sie regelmäßig eines von zwei Zielen: Entweder sollen die rechtlichen Eltern insgesamt oder wenigstens ein Elternteil vollständig ausgetauscht werden (Regelfall) oder die Elternverantwortung soll pluralisiert werden (Ausnahme).²⁰ Beide Ziele sind dem Abstammungsrecht nicht fremd, sind sie doch durch die Adoption und die verschiedenen Vaterschaftstatbestände bereits jetzt geltendes Recht. Es gilt nun jedoch, diese Ziele auch in Bezug auf die Mutterschaft umzusetzen.

Zur Veranschaulichung einige Beispiele: Lässt sich die Wunschmutter eine fremde, durch anonyme Samenspende befruchtete Eizelle einpflanzen, so strebt sie die Mutterschaft für dieses Kind an, obwohl genetisch eine andere Frau Mutter des Kindes wäre. In diesem Fall führt § 1591 BGB zur rechtlichen Mutterschaft der Wunschmutter: Möchte nun aber gleichzeitig die Lebenspartnerin dieser Mutter als zweites Elternteil rechtlich anerkannt werden, so bleibt nur der Weg über die Stiefkindadoption nach § 9 VII LPartG. Gelingt diese, hat das Kind zwei rechtliche Mütter. Im Gegensatz zu einem Mann, kann die Lebenspartnerin das Kind aber nicht schon vor oder wenigstens mit der Geburt als eigenes Kind anerkennen (vgl. für die Vaterschaft § 1592 Nr. 2 BGB) oder ihre Mutterschaft gerichtlich feststellen lassen (vgl. § 1592 Nr. 3 BGB). Verändert man diese Konstellation nun so, dass die Eizelle von der Partnerin der Geburtsmutter stammt, so stehen der Partnerin nach geltendem Recht keinerlei Rechte zu, obwohl sie die genetische Mutter ist. Im Gegensatz dazu wurden die Rechte des genetischen, nicht rechtlichen Vaters durch Rechtsprechung und Gesetzgebung in den letzten Jahren zusehends gestärkt (z.B. das Auskunfts- und Umgangsrecht aus § 1686a BGB). Der Parallellfall der genetischen, nicht rechtlichen Mutter taucht im Gesetz bis heute nicht auf.²¹

¹⁹Ausf. Zusammenschau der Rspr. in dieser Zeitschrift: *Coenen/Hartmann*, Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung im Abstammungsrecht, S. 149.

²⁰*Schumann*, a.a.O (Fn. 4), S. 14.

²¹Hierzu: *Löhnig*, FamRZ 2015 S. 806.

Die genannten Beispiele veranschaulichen drei wesentliche Kritikpunkte, denen das geltende mütterliche Abstammungsrecht ausgesetzt ist.

1. Generalprävention auch nach gescheiterter Generalprävention

Hinter § 1591 BGB stehen klare generalpräventive Überlegungen. Wunscheltern sollen davon abgehalten werden, die öffentlich-rechtlichen Verbote des ESchG und des AdVermiG – z.B. im Ausland – zu umgehen. Ihre Inanspruchnahme soll durch das Abstammungsrecht in keinem Fall gebilligt oder praktikabel gemacht werden.²² Das Abstammungsrecht ist jedoch weder das geeignete Instrument zur Verstärkung dieser Normen – sollte es doch gerade keinen Sanktionscharakter haben – noch gehören generalpräventive Zwecke zu seiner Zielsetzung.²³ Geht man dem Abstammungsrecht zu, auch generalpräventive Zielsetzungen verfolgen zu dürfen, so können diese jedenfalls spätestens ab dem Zeitpunkt der Geburt eines Kindes nicht mehr verwirklicht werden und dürfen darum auch nicht mehr beachtet werden.²⁴ An dieser Stelle ist hervorzuheben, dass das Kind ohne die Inanspruchnahme der „verbotenen“ Reproduktionstechnik nicht existieren würde. Es verbietet sich daher jedwede generalpräventive Diskussion, deren absurdes Ergebnis nur sein könnte, dass es für das Kind besser gewesen wäre, nicht geboren zu werden, als unter Zuhilfenahme verbotener Reproduktionstechniken. Spätestens im Zeitpunkt der Geburt des Kindes ist die Generalprävention endgültig fehlgeschlagen und kann keine Berücksichtigung mehr finden. Die Kinder können nicht Leidtragende der Entscheidungen ihrer Eltern sein, da gerade sie keinerlei Verantwortung für die Umstände ihrer Zeugung tragen und ihre Entstehung darüber hinaus lediglich der positiven Entscheidung ihrer Eltern verdanken.²⁵ Auch zeigt die zunehmende Anzahl der Fälle in der Rechtsprechung, dass der Kinderwunsch oftmals stärker ist, als die angestrebte Abschreckung durch die „Alles-oder-Nichts“-Lösung des § 1591 BGB. Ein Abstammungsrecht *de lege ferenda* muss gerade die Folgen einer Inanspruchnahme von – unter Umständen nach deutschem Recht unzulässigen – Reproduktionstechniken regeln. Im Rahmen dessen kann § 1591 BGB als Grundsatz bestehen bleiben – nicht jedoch in seiner bisherigen Ausschließlichkeit.

²² Begründung zu § 1591 BGB in: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 13.06.1996, BT-Drucks. 13/4899, S. 82 f.

²³ Frühe Kritik bereits bei: *Schlegel*, FuR 1996 S. 284; ebenso: *Helms*, „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, in: Coester-Waltjen u.a. (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, S. 47 ff. (59); a.A.: *Haßfurter*, (Fn. 15), BGB § 1591 Rn. 14; *Rauscher*, in: von Staudinger (Hrsg.), Buch 4: Familienrecht, 2011, BGB § 1591 Rn. 14.

²⁴ BGH Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, S. 479 (482) m. Anm. *Heiderhoff*; *Dethloff*, JZ 2014, S. 922 (926); *Haßfurter*, a.a.O. (Fn. 15), BGB § 1591 Rn. 14; *Heiderhoff*, NJW 2014, S. 2673 (2675).

²⁵ *Dethloff*, JZ 2014, S. 922 (931).

2. Hinkende Verwandtschaftsverhältnisse

Auch wenn § 1591 BGB ursprünglich eine gespaltene Mutterschaft und damit einhergehende hinkende Verwandtschaftsverhältnisse verhindern wollte, so führt die Ausnahmslosigkeit der Regelung gerade zum Gegenteil. In Deutschland verbotene Reproduktionstechniken werden im Ausland in Anspruch genommen, sodass sich – je nachdem, welche Rechtsordnung anzuwenden ist oder ob eine ausländische Gerichtsentscheidung vorliegt – unterschiedliche Ergebnisse für die Beteiligten ergeben können. Die Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern, gestaltet sich in diesen Fällen höchst kompliziert.²⁶ Kommt deutsches Recht zur Anwendung, so ist auf einmal die Leihmutter die rechtliche Mutter des Kindes. Dann hat das Kind, das mittlerweile schon in Deutschland lebt, auf dem Papier eine Mutter – diese lebt jedoch in Amerika, möchte die Mutterstellung nicht einnehmen und fühlt sich hierzu – aufgrund der in ihrem Heimatstaat geltenden Gesetze – auch nicht verpflichtet.²⁷ Leidtragende dieser hinkenden Verwandtschaftsverhältnisse sind dann insbesondere die Kinder. Fehl gehen in diesem Zusammenhang auch Argumente, dass die Wunscheltern diese rechtlichen Schwierigkeiten selbst zu verantworten und sich diesen Weg selbst ausgesucht hätten. Denn auch hinter diesem Argument steht allein eine Generalprävention, die zulasten des geborenen Kindes geht.

3. Ungleichbehandlung von Müttern, Vätern und Kindern²⁸

Wird ein Kind in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft geboren, so ist die Partnerin der rechtlichen Mutter nicht Mit-Mutter. Eine dem § 1592 Nr. 1 BGB vergleichbare Regelung fehlt für gleichgeschlechtliche Partnerschaften. Dahinter steht der Gedanke, dass das deutsche Abstammungsrecht an der genetischen Wahrheit orientiert sein soll. Ein Kind soll denjenigen Eltern zugeordnet werden, die aller Wahrscheinlichkeit nach auch genetisch seine Eltern sind. Daraus ergibt sich die Zuordnung zur Geburtsmutter über § 1591 BGB und die zum Ehemann der Mutter als rechtlichen Vater über § 1592 Nr. 1 BGB. Lebt die Geburtsmutter des Kindes in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, so wird ihre Partnerin nicht nur aufgrund dieser Partnerschaft zur Mit-Mutter. Sie kann ihre Elternstellung einzig und allein im Wege der Stiefkindadoption über § 9 VII LPartG erreichen und das auch nur dann, wenn eine solche formalisierte Partnerschaft besteht. In der Rechtsprechung wurde die Rechtmäßigkeit dieses Umweges regelmäßig mit dem Hinweis darauf begründet, dass das Kind nicht von beiden Müttern

²⁶ Eine ausf. Darstellung der verschiedenen möglichen Konstellationen findet sich bei *Heiderhoff*, NJW 2014 S. 2673.

²⁷ Die Verhinderung von hinkenden Verwandtschaftsverhältnissen steht auch hinter dem letzten Beschluss des BGH zur Leihmutterschaft: BGH Beschluss vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, S. 479 (483) m. Anm. *Heiderhoff*.

²⁸ Verfassungsrechtliche Darstellung bei: *Britz*, StAZ 2016 S. 8.

genetisch abstammen könne und es so keine Grundlage für eine Vermutung, vergleichbar mit der des § 1592 Nr. 1 BGB, gebe.²⁹

Auch wenn ein Kind genetisch nicht ausschließlich von zwei Frauen abstammen kann, sondern stets ein Mann eine Rolle bei der Zeugung spielt, so ist eine Zuordnung des Ehemannes der Geburtsmutter auch in den Fällen möglich, in denen das Paar eine anonyme Samenspende in Anspruch genommen hat, sodass das Kind bekannter Weise nicht genetisch von dem Ehemann der Mutter abstammt. Dieses Auseinanderfallen toleriert der Gesetzgeber und unterstützt es durch die Regelung des § 1600d V BGB, nach der das Anfechtungsrecht des Mannes und der Mutter im Hinblick auf die Vaterschaft in den Fällen ausgeschlossen ist, in denen das Kind mit Einwilligung dieser beiden durch medizinisch assistierte Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde. Die Menschen, die für die Existenz des Kindes Verantwortung übernommen haben, sollen sich von dieser nicht wieder lossagen können.³⁰

Auch kann ein Mann die Vaterschaft für ein Kind nach § 1592 Nr. 2 BGB anerkennen, wohl wissend, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist. In beiden Konstellationen toleriert der Gesetzgeber bewusst ein Auseinanderfallen der genetischen und rechtlichen Vaterschaft. In beiden Konstellationen wird das Kind in eine formalisierte oder nicht formalisierte Partnerschaft hineingeboren und in beiden Konstellationen besteht eine sozial-familiäre Beziehung zu beiden Partnern. Beide Partner wird das Kind zunächst als seine Eltern ansehen – ob es von beiden genetisch abstammt oder nicht.

Die genetische, nicht rechtliche Mutter erfährt auch im Vergleich zum genetischen, nicht rechtlichen Vater eine Ungleichbehandlung. Seine Rechte wurden in den vergangenen Jahren durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung zusehends gestärkt. So stehen ihm auch ohne die rechtliche Vaterschaft Auskunfts- und Umgangsrechte aus § 1686a BGB zu. Fast scheint es so, als sei der Fall einer genetischen, nicht rechtlichen Mutter dabei schlicht vergessen worden.³¹

²⁹ EGMR Entscheidung vom 07.05.2013 – 8017/11, FamRZ 2014 S. 97; OLG Köln Beschluss vom 26.03.2015 – II-14 UF 181/14, StAZ 2015, S. 244; dazu in dieser Zeitschrift: *Coenen/Hartmann*, Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung im Abstammungsrecht, S. 149.

³⁰ Für eine Übertragung des Verantwortungsprinzips auf die Fälle medizinisch unterstützter Fortpflanzung: *Dethloff*, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, in: Hilbig-Lugani u.a. (Hrsg.), Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, 2015, S. 41 (51); *Mayer*, *RebelsZ* 2014 S. 551; *Schumann*, a.a.O. (Fn. 4), S. 15 f.; *Schwenzer*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in: E. Völmicke/G. Brudermüller (Hrsg.), Familie – ein öffentliches Gut?, Gesellschaftliche Anforderungen an Partnerschaft und Elternschaft, 2010, S. 103 (106).

³¹ *Löhning*, FamRZ 2015 S. 806.

Mittelbar ordnet der Gesetzgeber so die genetische Mutterschaft der Geburtsmutter unter und gesteht ihr im Gegensatz zum genetischen Vater keinerlei Rechte zu. Kriterien für diesen Vorrang lassen sich jedoch schwerlich finden, tragen beide doch zu der Entstehung des Kindes bei.

Zu dieser Ungleichbehandlung von Müttern und Vätern tritt die Ungleichbehandlung von Kindern, die in eine heterosexuelle Paarbeziehung geboren werden im Vergleich zu denjenigen, die in eine homosexuelle Paarbeziehung geboren werden. Erstere haben regelmäßig ab dem Zeitpunkt ihrer Geburt zwei rechtliche Eltern. Nach geltendem Recht ist Kindern, die mithilfe einer anonymen Samenspende gezeugt wurden und in eine lesbische Paarbeziehung geboren werden, diese Möglichkeit verwehrt. Ihre Eltern müssen den Umweg über eine Stiefkindadoption nehmen. Dieser Umweg bedeutet für die Kinder eine Schwebezeit, in der eine rechtliche Absicherung fehlt, haben die Partnerinnen vorher nicht durch den Abschluss von Verträgen vorgesorgt.³² Beide Kinder haben jedoch weder Einfluss auf die Art und Weise ihrer Zeugung, noch auf die Paarbeziehung, in die sie hineingeboren werden.

4. Zwischenergebnis

Auch wenn die Regelung des § 1591 BGB eingeführt wurde, um die Mutterschaft nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu regeln, so zeigt sich, dass dies allenfalls unzureichend gelungen ist. Die rigorose „Alles oder Nichts-Lösung“ folgt insbesondere generalpräventiven Motiven und bietet weder für die Beteiligten einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung – namentlich die Wunscheltern, Spender und Leihmütter – noch für das Kind eine interessengerechte Lösung.

IV. Ein Blick zu zwei europäischen Nachbarn

Um eine mögliche abstammungsrechtliche Regelung der Mutterschaft *de lege ferenda* zu finden, lohnt sich ein Blick über den Tellerrand der deutschen Rechtsordnung in zwei Rechtsordnungen, denen eine ähnliche Rechtstradition zugrunde liegt. Die Niederlande haben mit Wirkung zum 01.04.2014 in ihr Burgerlijk Wetboek (BW) eine Abstammungsregelung aufgenommen, die es erstmals ermöglicht, dass die Partnerin der Geburtsmutter ab der Geburt des Kindes ebenfalls Mutter desselbigen wird.

Und auch Österreich änderte die Abstammungsregelungen in seinem Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), sodass § 144 Abs. 2 und 3 ABGB nunmehr die Abstammung „vom anderen Elternteil“ bestimmt, welcher fortan auch eine andere Frau sein kann.

³² Ausf. zu Kinderwunschverträgen: *Grziwotz*, Wunschelternschaft und Vertragsgestaltung (Kinderwunschverträge), in: Coester-Waltjen u.a. (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, S. 103.

1. Die doppelte Mutterschaft in den Niederlanden

Seit dem 01.04.2014 kennt das niederländische Zivilrecht in Art. 1:198 Abs. 1 BW fünf Zuordnungstatbestände der rechtlichen Mutterschaft. Die Mutterschaft durch Geburt des Kindes³³ und die durch Adoption³⁴ werden nunmehr ergänzt durch die Mutterschaft der Ehefrau oder Lebenspartnerin der Geburtsmutter (im Folgenden Mit-Mutter)³⁵, die Mutterschaft qua Anerkennung³⁶ sowie diejenige durch gerichtliche Feststellung³⁷. In erster Linie bleibt somit weiterhin die rechtliche Mutterschaft der Geburtsmutter bestehen. Darüber hinaus ist nun jedoch – unter bestimmten Voraussetzungen – eine doppelte rechtliche Mutterschaft möglich und das ohne den Umweg einer Stiefkindadoption. Das Zwei-Eltern-Prinzip wird derzeit beibehalten.

a) Mutterschaft durch Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft

Die automatische Zuordnung der Partnerin der Geburtsmutter als zweite Mutter ist an weitere Voraussetzungen geknüpft. Zunächst muss im Zeitpunkt der Geburt eine wirksame Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft mit der Geburtsmutter bestehen. Lebt das Paar nicht in einer formalisierten Paargemeinschaft, ist eine automatische Zuordnung nach Art. 1:198 Abs. 1 lit. b BW ausgeschlossen. Sodann muss das Kind durch eine medizinisch-assistierte Befruchtung mittels einer anonymen Samenspende gezeugt worden sein. So werden Fälle einer privaten Samenspende ebenso ausgenommen wie solche einer Selbstinsemination. Zur Bestätigung dieses Vorgangs muss das Paar bei der Anmeldung des Kindes dem Standesbeamten die Erklärung einer der im Gesetz genannten Stiftungen vorlegen, aus der selbiger hervorgeht. Diese Erklärung wirkt rückwirkend bis zur Geburt des Kindes. Verstirbt die Ehegattin oder Partnerin der Geburtsmutter nach der Befruchtung aber vor der Geburt des Kindes, so kann sie aufgrund dieser Erklärung über ihren Tod hinaus rechtliche Mit-Mutter werden und das auch dann, wenn die Geburtsmutter bereits neu geheiratet oder eine neue Lebenspartnerschaft begründet hat. Darüber hinaus ist nach Art. 1:202a Abs. 1 BW eine Anfechtung dieser Mutterschaft durch die Geburtsmutter, die Mit-Mutter sowie durch das Kind möglich – nach einer konsentierten medizinisch-assistierten Befruchtung jedoch nur in Ausnahmefällen.³⁸

³³ Art. 1:198 (1) lit. a BW.

³⁴ Art. 1:198 (1) lit. e BW.

³⁵ Art. 1:198 (1) lit. b BW.

³⁶ Art. 1:198 (1) lit. c BW.

³⁷ Art. 1:198 (1) lit. d BW.

³⁸ Ausf.: *Reuß*, Gestaltung des europäischen abstammungsrechtlichen Kaleidoskops – Einige Überlegungen zur Anerkennung der niederländischen Duo-Mutterschaft in Deutschland, in: Hilbig-Lugani u.a. (Hrsg.), Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, 2015, S. 681 (682 ff.).

b) Mutterschaft durch Anerkennung

Nach Art. 1:198 Abs. 1 lit. c BW ist Mutter eines Kindes auch die Frau, die die Mutterschaft anerkennt. Der niederländische Gesetzgeber hat in diesem Zusammenhang die Vorschriften zu der Anerkennung der Vaterschaft in weitgehend geschlechtsunspezifischer Weise neu ausgestaltet, sodass die Art. 1:203 ff. BW nunmehr auch die Anerkennung der Mutterschaft regeln. Voraussetzung ist neben einer formell ordnungsgemäßen Anerkennungserklärung das Nichtvorliegen eines der Nichtigkeitsgründe des Art. 1:204 BW. Eine genetische Abstammung ist ebenso wenig erforderlich wie das Vorliegen einer formalisierten Partnerschaft.³⁹ Auch die Mutterschaft durch Anerkennung ist nach Art. 1:205a Abs. 1 BW grundsätzlich durch die Geburtsmutter, die Mit-Mutter und das Kind anfechtbar.

c) Mutterschaft durch gerichtliche Feststellung

Die gerichtliche Feststellung der Mutterschaft richtet sich nach den Art. 1:207 ff. BW und damit ebenso wie die Anerkennung nach den bisher nur für die Vaterschaft geltenden Bestimmungen, die nunmehr von „Elternschaft“ (*ouderschap*) sprechen. Nach Absatz 1 dieser Regelung kann zunächst der Erzeuger des Kindes als Elternteil gerichtlich festgestellt werden. Daneben kann auch eine Lebensgefährtin der Geburtsmutter festgestellt werden, wenn sie in die Zeugung des Kindes eingewilligt hat. Auch hier wird keine formalisierte Partnerschaft vorausgesetzt. Antragsbefugt sind die Geburtsmutter (Art. 1:207 Abs. 1 lit. a BW) und das Kind (Art. 1:207 Abs. 1 lit. b BW). Die Regelung zielt daher insbesondere darauf ab, eine Mit-Mutter feststellen zu lassen, die selbst keine Verantwortung (mehr) übernehmen möchte oder aufgrund ihres Todes die Mutterschaft nicht mehr selbstständig anerkennen kann.⁴⁰ Ist eine Mutterschaft gerichtlich festgestellt, so kann sie – auch durch das Kind – nicht mehr angefochten werden.

2. Die Mutterschaft nach medizinisch unterstützter Fortpflanzung in Österreich

Am 24.02.2015 trat in Österreich das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015⁴¹ in Kraft, das neben Änderungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) im Hinblick auf die Öffnung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Lebensgemeinschaften und eingetragene Partnerschaften (§ 2 Ab. 1 FMedG), die begrenzte Einführung der Präimplantationsdiagnostik (§ 2a FMedG) sowie die begrenzte Zulassung der Eizellspende (vgl. etwa §§ 2b, 3 FMedG) auch Änderungen der abstammungsrechtlichen Vorschriften der §§ 144, 124 des

³⁹ Ausf. zur Anerkennung: *Reuß*, a.a.O. (Fn. 38), Duo-Mutterschaft, S. 683 f.

⁴⁰ *Reuß*, a.a.O. (Fn. 38), Duo-Mutterschaft, S. 684.

⁴¹ BGBl. I Nr. 35/2015; Abdruck eines Auszugs in: StAZ 2015 S. 316; Darstellung der Neuerungen bei: *Wendehorst*, Fortpflanzungsmedizinrecht in Deutschland und Österreich: ein Kopf-an-Kopf-Rennen, in: Hilbig-Lugani u.a. (Hrsg.), Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, 2015, S. 1047.

Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) enthält. Mindestvoraussetzung für die Inanspruchnahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist das Bestehen einer (formlosen) „Lebensgemeinschaft“, sodass alleinstehende Frauen ausgeschlossen sind. Eine formalisierte Partnerschaft ist dagegen – außerhalb von § 144 Abs. 2 Nr. 1 ABGB – nicht erforderlich. Die Leihmutterschaft wie die Embryooption bleiben verboten (vgl. §§ 2, 3 FMedG).

§ 143 ABGB regelt weiterhin die Abstammung der Geburtsmutter. Eine Korrektur dieser rechtlichen Mutterschaft der Geburtsmutter ist im ABGB nicht vorgesehen und könnte somit nur durch eine Freigabe des Kindes zur Adoption herbeigeführt werden. § 144 Abs. 2–4 ABGB regelt seit dem Änderungsgesetz dagegen die „Abstammung vom anderen Elternteil“, wenn an der Geburtsmutter innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist. Die einzelnen Vaterchaftstatbestände des § 144 Abs. 1 ABGB wurden sinngemäß auf die Partnerin der Mutter übertragen, die dadurch zum „anderen Elternteil“ wird. Eine Elternschaft der Partnerin der Geburtsmutter außerhalb einer solchen medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist dagegen weiterhin nur über eine Stiefkindadoption möglich.⁴²

a) Elternteil aufgrund eingetragener Partnerschaft

Die Frau, die mit der Geburtsmutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist, ist nach § 144 Abs. 2 Nr. 1 ABGB Elternteil. Das gilt auch, wenn diese Partnerin nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist. Auf diese Weise wird die Partnerin der Mutter automatisch Elternteil des Kindes. Voraussetzung ist allerdings auch hier das Vorliegen einer formalisierten Partnerschaft. Eine Feststellung der Nichtabstammung ist nach einer konsentierten medizinisch unterstützten Fortpflanzung gem. §§ 144 Abs. 3, 152 Abs. 2 ABGB nicht zulässig.

b) Elternteil durch Anerkennung

Nach §§ 144 Abs. 2 Nr. 2, 145 ABGB kann die Elternschaft einer Frau auch durch Anerkennung begründet werden. Das Vorliegen einer formalisierten Partnerschaft wird bei der Anerkennung nicht vorausgesetzt. Nach § 145 Abs. 1 Satz 1 ABGB erfolgt die Anerkennung durch persönliche Erklärung in inländischer öffentlicher oder öffentlich-beglaubigter Urkunde. Dieser Erklärung ist ein Nachweis über die an der Geburtsmutter durchgeführte medizinisch unterstützte Fortpflanzung beizulegen. Das Anerkenntnis wirkt ab dem Zeitpunkt der Erklärung, sofern diese Unterlagen dem Standesbeamten zukommen. Ein solches Anerkenntnis kann bei Vorliegen einer der Tatbestände des § 154 ABGB von dem

⁴² Kritisch hierzu: *Bernat*, Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung – Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizin-Änderungsgesetzes 2015, in: Coester-Waltjen u.a. (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015, S. 65 (78 f.).

Gericht für rechtsunwirksam erklärt werden. Bei einer konsentierten medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist eine solche Rechtsunwirksamklärung nur in Ausnahmefällen möglich (§ 154 Abs. 1 Nr. 3 ABGB).

c) Elternteil durch gerichtliche Feststellung

Zuletzt besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung der Elternschaft nach den §§ 144 Abs. 2 Nr. 3, 148, 149 ABGB. Entsprechend § 148 Abs. 1 Satz 1 ABGB kann zum einen die genetische Mutter gerichtlich festgestellt werden. Diesen Antrag kann sie selbst oder aber das Kind stellen. Auch die Frau, die einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung an ihrer Partnerin – der Geburtsmutter – in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat, kann gerichtlich als Elternteil festgestellt werden. Auch im Rahmen der gerichtlichen Feststellung der Elternschaft ist keine formalisierte Partnerschaft erforderlich. Eine durch gerichtliche Feststellung begründete Elternschaft kann nicht angefochten werden.⁴³

3. Zwischenergebnis

Sowohl die niederländischen als auch die österreichischen Regelungen zeichnen sich dadurch aus, dass die zunächst nur für die Vaterschaft geltenden abstammungsrechtlichen Regelungen nunmehr auch für eine zweite Frau, die Partnerin der Geburtsmutter, gelten. Beide Regelungen beziehen sich ausschließlich auf solche Fälle, in denen das Kind mithilfe einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung gezeugt wurde. Gemein ist beiden Regelungen zudem, dass eine formalisierte Partnerschaft weder für eine Anerkennung noch für eine gerichtliche Feststellung vorausgesetzt wird. Der auffälligste Unterschied liegt in den verschiedenen Bezeichnungen: Während die niederländische Regelung fünf verschiedene Mutterschaftstatbestände vorsieht, spricht die österreichische Regelung von einer „Mutterschaft“ lediglich im Zusammenhang mit der Geburtsmutter und bezeichnet die zweite Frau geschlechtsneutral als „Elternteil“. Im Ergebnis gibt es nunmehr in beiden Rechtsordnungen die Möglichkeit einer rechtlichen doppelten Mutterschaft ohne den Umweg über eine Stiefkindadoption.

V. Fazit

Das deutsche Abstammungsrecht hält mit § 1591 BGB keine interessengerechte Lösung für Mutterschaften nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bereit. Als Grundsatz der mütterlichen Abstammung überzeugt diese Regelung zwar auch heute noch, führt sie doch zu einer schnellen und unkomplizierten Zuordnung wenigstens eines Elternteils zum neugeborenen Kind. Wünschenswert wäre allerdings eine Ergänzung dieses Grundsatzes durch weitere Mutterschaftstatbestände. Wie eine solche Ergänzung funktionieren könnte, zeigen die Regelungen in den Niederlanden und Österreich. Insbesondere zeigen sie, dass

⁴³ Das ABGB kennt im Abstammungsrecht keine Anfechtung. Neben der Feststellung der Nichtabstammung (§§ 151–153 ABGB) gibt es lediglich die Rechtsunwirksamkeitsklärung durch ein Gericht (§ 154 ABGB).

das Rad nicht neu erfunden werden zu braucht: Eine sinnngemäße Übertragung der Vaterschaftstatbestände könnte auch im deutschen mütterlichen Abstammungsrecht ein gangbarer Weg sein.⁴⁴ Ebenso wäre daran zu denken, Grundsätze aus dem Adoptionsrecht auf die Mutterschaft nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu übertragen.⁴⁵ Das Abstammungsrecht sollte zudem das Kindeswohl in das Zentrum aller Zuordnungen stellen und jegliche generalpräventiven Überlegungen im Hinblick auf – vom deutschen Gesetzgeber – nicht gewünschte Fortpflanzungsmethoden aus dem Abstammungsrecht verbannen. Es ist zudem zu überlegen, ob sich ein Abstammungsrecht *de lege ferenda* stärker daran orientieren sollte, wer die Verantwortung für das Kind übernommen hat. Dies meint zum einen die Verantwortung für die Zeugung des Kindes – ob nun durch natürliche Zeugung oder die Entscheidung, eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Anspruch zu nehmen. Verantwortung aber auch im Hinblick auf die tatsächliche Sorgeverantwortung nach der Geburt des Kindes. Diese Ansätze klingen auch im geltenden Abstammungsrecht bereits an, versucht es doch, den genetischen Eltern, die für die Zeugung des Kindes Verantwortung tragen, auch die rechtliche Verantwortung zu übertragen. Gleiches sollte auch für diejenigen Eltern gelten, die durch die Entscheidung zu einer Inanspruchnahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung Verantwortung für die Zeugung des Kindes übernehmen – unabhängig vom Geschlecht dieser Eltern. Haben sich zwei Wunscheltern für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung entschieden, so muss diese Verantwortungsübernahme auch nach der Geburt des Kindes rechtlich Bestand haben. Die Intention aller Beteiligten an einer solchen medizinisch unterstützten Fortpflanzung sollte eine stärkere Berücksichtigung finden – dies auch im Hinblick auf eine „Nicht-Beteiligungs-Intention“ des Samenspenders, der Eizellspenderin sowie der Leihmutter. Hand in Hand mit solchen Änderungen muss zudem ein stärkerer Schutz des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner (genetischen) Abstammung gehen.

⁴⁴ So u.a.: Helms, „Kinderwunschmedizin“ - Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, a.a.O (Fn. 23), S. 55; ders., Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat, S. 19 (32).

⁴⁵ So Schumann, MedR 2014 S. 736.

Zusammenfassung

§ 1591 BGB stellt ausschließlich für die Mutterschaft aufgrund natürlicher Zeugung eine interessengerechte Lösung dar. Im Hinblick auf eine Mutterschaft nach einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung besteht dagegen offensichtlicher Reformbedarf. Mit der derzeitigen Regelung verfolgt der deutsche Gesetzgeber insbesondere generalpräventive Ziele zur Durchsetzung der Verbote bestimmter Fortpflanzungsmethoden. Ein ansteigender „Fortpflanzungstourismus“ führt jedoch dazu, dass sich deutsche und europäische Gerichte zunehmend mit abstammungsrechtlichen Folgefragen nach Inanspruchnahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Ausland auseinander setzen müssen. Einen möglichen Weg für ein Abstammungsrecht *de lege ferenda* zeigen dabei die Regelungen in den Niederlanden und Österreich auf. Eine Reform des derzeitigen Abstammungsrechts ist – unabhängig von der konkreten Art und Weise – längst überfällig.

Abstract

*§ 1591 BGB provides an appropriate solution only for maternity from natural procreation. With regard to maternity from a medically assisted procreation, there is obvious need for reform. Under current regulations, the German legislature particularly pursues general preventive objectives to enforce the prohibitions of certain reproductive methods. A rising „reproductive tourism“ has led to a high number of cases at German and European courts dealing with follow-up questions with regard to the law of descent in cases of medically assisted procreation abroad. Rules in the Netherlands and Austria point to one possible way towards a law of decent *de lege ferenda*. A reform of the current law of descent is long overdue.*

Korrespondenzadresse:

Dr. Rita Coenen
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Familien- und Sozialrecht
Oststraße 2
48145 Münster

Britta Hartmann
Dipl. Juristin
Promotionsstudentin an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
Eduard-Daelen-Straße 33a
40699 Erkrath
britta.hartmann@uni-muenster.de

THEMENSCHWERPUNKT**Vaterschaftsbeendigung statt Vaterschaftsanfechtung –
Berücksichtigung einer gelebten Vater-Kind-Beziehung
im Abstammungsrecht**

Karolina Gajewski¹ & Bettina Heiderhoff²

I. Einleitung

Das Abstammungsrecht geht davon aus, dass ein Kind einen Vater hat. Dies spiegelt die biologische Abstammung wider, entspricht aber nicht der gelebten Realität vieler Kinder.

Ein Kind hat bereits zwei Väter, wenn die rechtliche Abstammung mit der genetischen nicht übereinstimmt. Dann hat das Kind einen rechtlichen und einen biologischen Vater. Gleiches gilt, wenn ein Mann die soziale Vaterrolle für ein Kind übernommen hat, ohne dessen biologischer oder rechtlicher Vater zu sein. Die Beispiele lassen sich beliebig weiterspinnen. Sobald die rechtliche, biologische und soziale Vaterschaft nicht ausschließlich von einem Mann ausgeübt wird, hat das Kind faktisch mehrere Väter, die im Leben des Kindes nebeneinander als auch nacheinander eine Rolle spielen können.

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit dem bereits erwähnten Auseinanderfallen der rechtlichen und biologischen Vaterschaft. Im Zentrum soll die Frage stehen, ob die Vaterschaftsanfechtung derzeit überzeugend ausgestaltet ist, und insbesondere, ob deren Rechtsfolgen geändert werden sollten. Zuvor sei jedoch ein Überblick über die Bedeutung der rechtlichen Vaterschaft für Vater und Kind gegeben.

II. Bedeutung der rechtlichen Vaterschaft

Aus rechtlicher Perspektive bedeutet Abstammung die personen- und vermögensrechtliche Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern.³ Es ist keine natürliche Tatsache, sondern eine verbindliche Rechtsstellung, an die eine Vielzahl von

¹ Karolina Gajewski ist Rechtsreferendarin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Münster.

² Bettina Heiderhoff ist Professorin an der Universität Münster und Direktorin des Instituts für Deutsches und Internationales Familienrecht.

³ Dethloff, Familienrecht, 31., neu überarbeitete Aufl., München 2015, S. 281 Rn. 1.

Rechtsfolgen geknüpft ist.⁴ Festgehalten wird diese rechtliche Zuordnung als Personenstand im Personenstandsregister nach Maßgabe des Personenstandsgesetzes.⁵ Weitere Normen regeln dann auf der Grundlage der rechtlichen Zuordnungen Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind.⁶

So kann zum einen die elterliche Sorge nur von den rechtlichen Eltern erworben und ausgeübt werden.⁷ Nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB haben Eltern das Recht aber auch die Pflicht, für ihre minderjährigen Kinder zu sorgen. Die elterliche Sorge ist die wichtigste Aufgabe, die Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Verantwortung gegenüber dem Kind wahrnehmen.⁸ Gerichtet ist sie zum einen auf den Erhalt und zum anderen auf die Förderung sämtlicher körperlicher, geistiger, seelischer, sozialer und wirtschaftlicher Belange des Kindes.⁹ Eine direkte, unmittelbar auf Gesetz beruhende gemeinsame elterliche Sorge beider Elternteile wird allerdings nur dann begründet, wenn sie bei der Geburt des Kindes verheiratet sind. Sind die Eltern bei Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, hat nach § 1626a Abs. 3 BGB zunächst die Mutter die alleinige elterliche Sorge. Ein gemeinsames Sorgerecht kann dann nach Maßgabe des § 1626a BGB begründet werden.

An die rechtliche Vaterschaft ist zudem die Pflicht zur Zahlung von Unterhalt für das Kind gekoppelt. Nach § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie einander zur Unterhaltsgewährung verpflichtet. Gemeint ist damit nicht die Blutsverwandtschaft, sondern das Verwandtschaftsverhältnis im Rechtssinne nach § 1589 Abs. 1 BGB, das durch die in den §§ 1591 ff. BGB normierte rechtliche Abstammung begründet wird.

Die rechtlichen Eltern des Kindes haben aus § 1684 BGB zudem ein Umgangsrecht und eine Umgangspflicht mit dem Kind. Das bedeutet, dass sie das Kind regelmäßig sehen und sonst Kontakt mit ihm haben dürfen, bzw., wenn das Kind dies beansprucht, auch haben müssen. Allerdings hat seit dem 13.07.2013 auch der nur biologische Vater in einem gewissen, eng gefassten Rahmen das Recht, Kontakt zu dem Kind aufzunehmen. Dies gilt nach § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB aber nur, wenn der Kontakt dem Wohl des Kindes dient.

⁴ Dies so pointiert formulierend Helms, Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, Frankfurt a.M. 2014, S. 19 ff. (S. 27).

⁵ §§ 18-27 Personenstandsgesetz.

⁶ Wellenhofer, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., München 2012, Vorbemerkungen §§ 1591 ff. Rn. 19.

⁷ Huber, in: MüKo-BGB, 6. Aufl., München 2012, § 1626 Rn. 16 und § 1626a Rn. 14; Veit, in: Beck-OK, 38. Edition, München 2016, § 1626 Rn. 16 und § 1626a Rn. 5; Wellenhofer, Familienrecht, 3. Aufl., München 2014, § 32 Rn. 4.

⁸ So auch Schwab, Familienrecht, 23. Aufl., München 2015, Rn. 626; Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 7), § 32 Rn. 1.

⁹ So Schwab, a.a.O. (Fn. 8), § 53 Rn. 626; Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 7), § 32 Rn. 2.

Erwähnt seien schließlich das Erbrecht und das Staatsangehörigkeitsrecht – die auch jeweils auf die rechtliche Verwandtschaft abstellen.

III. Rechtliche Ausgestaltung der väterlichen Abstammung

Das Abstammungsrecht ist primär an der genetisch-biologischen Herkunft ausgerichtet.¹⁰ Nach § 1589 Abs. 1 BGB gelten diejenigen als verwandt, die voneinander abstammen. Getragen wird dies von dem – in den meisten Ländern dieser Welt einvernehmlich vorherrschenden – Grundgedanken, dass sich soziale Verwandtschaftsverhältnisse in erster Linie durch Blutsverwandtschaft begründen.¹¹ Sie stellt die natürliche Verbindung zwischen den aufeinander folgenden Generationen dar.

Bei der rechtlichen Zuordnung eines Kindes zu einem Vater stellt die genetische Abstammung nur einen allgemeinen Grundsatz dar.¹² Trotz der möglichen Aufklärbarkeit ist die genetische Herkunft eines Kindes nicht offensichtlich. Daher behilft sich das Gesetz bei der rechtlichen Zuordnung eines Kindes zu einem Mann solcher Umstände, die erfahrungsgemäß einen Rückschluss auf die genetische Abstammung erlauben.¹³

Dies wiederum kann zu einem Auseinanderfallen der genetischen und rechtlichen Abstammung führen. Dann gilt ein Mann als rechtlicher Vater des Kindes, der nicht der genetische Vater des Kindes ist. Für diese Fälle sieht das Gesetz die Korrekturmöglichkeit über das Vaterschaftsanfechtungsverfahren gem. §§ 1599 ff. BGB vor.

1. Rechtliche Vater-Kind-Zuordnung

Nach § 1592 BGB gibt es drei Möglichkeiten für die Begründung einer rechtlichen Vater-Kind-Zuordnung. Dabei stehen die Zuordnungstatbestände des § 1592 BGB in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander.¹⁴ Eine bestehende rechtliche Vaterschaft schließt die Begründung einer weiteren rechtlichen Vaterschaft aus.

Ist die Kindesmutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet, wird nach § 1592 Nr. 1 BGB ihr Ehemann rechtlicher Vater des Kindes. Dies gilt selbst dann, wenn das Kind offensichtlich nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, weil er bspw. im Koma liegt oder zeugungsunfähig ist.¹⁵

¹⁰ Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 6), Vorbemerkungen §§ 1591 ff. Rn. 19; Helms, a.a.O. (Fn. 4), S. 21 f.

¹¹ Helms, a.a.O. (Fn. 4), 21.

¹² Wellenhofer, (Fn. 6), Vorbemerkungen §§ 1591 ff. Rn. 20; Schwab, (Fn. 8), Rn. 543.

¹³ Hierzu sogleich unter 1.

¹⁴ Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., München 2010, § 52 Rn. 5; Muscheler, Familienrecht, 3. Aufl., München 2013, S. 518.

¹⁵ Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 6), § 1592 Rn. 13.

Bekommt eine unverheiratete Frau ein Kind, kann die rechtliche Vaterschaft durch Anerkennung gem. § 1592 Nr. 2 BGB begründet werden. Erforderlich ist allerdings die Zustimmung der Mutter gem. § 1595 BGB. Eine Prüfung der genetischen Abstammung des Kindes vom Anerkennenden wird nicht vorausgesetzt. Der Tatbestand ist bewusst so gehalten, dass auch ein Mann das Anerkenntnis abgeben kann, der sicher weiß, dass er nicht der genetische Vater ist.

Besteht keine Vater-Kind-Zuordnung kraft Ehe oder Anerkennung, bleibt noch die Möglichkeit der Zuordnung durch gerichtliche Feststellung gem. §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB. Wie aus § 1600d Abs. 2 und 3 hervortritt, folgt die Vater-Kind-Zuordnung kraft gerichtlicher Feststellung aus der genetischen Abstammung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist derjenige als rechtlicher Vater festzustellen, der während der gesetzlichen Empfängniszeit der Kindesmutter beigewohnt hat. Da heutzutage mit medizinischen Gutachten die genetische Abstammung fast immer eindeutig ermittelt werden kann, wird auf das Beibehalten während der Empfängnis nur noch in den Fällen zurückgegriffen, in denen ein medizinisches Abstammungsgutachten ausnahmsweise nicht einholbar ist.¹⁶

2. Vaterschaftsanfechtung

a) Voraussetzungen der Anfechtung

Ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Vaterschaft kann durch die Vaterschaftsanfechtung korrigiert werden.

Zur Anfechtung berechtigt sind nach § 1600 Abs. 1 BGB der vermeintliche Vater, der biologische Vater, die Mutter und das Kind. Die Anfechtung muss innerhalb der Zwei-Jahres-Frist aus § 1600b Abs. 1 BGB erfolgen. Diese beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Anfechtungsberechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen. Die Bestimmung des Beginns der Zwei-Jahres-Frist kann Schwierigkeiten machen. Sichere Kenntnis muss hinsichtlich der Umstände vorliegen, die gegen die Vaterschaft sprechen. Bezüglich der fehlenden biologischen Vaterschaft reicht dagegen bereits der aus der Sicht eines verständigen Laien zu beurteilende Verdacht einer anderweitigen biologischen Herkunft.¹⁷ Ein Fristbeginn ist daher bspw. anzunehmen bei Kenntnis von Geschlechtsverkehr der Mutter mit anderen Männern.¹⁸

Um zu verhindern, dass es zu willkürlichen Vaterschaftsanfechtungen kommt, wird als Voraussetzung für die Zulassung des Antrags ein sog. begründeter Anfangsverdacht verlangt. Der Anfechtungsberechtigte muss Umstände darlegen, die bei objektiver Betrachtung, Zweifel an der biologischen Abstammung des

¹⁶ Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 6), § 1600d Rn. 4.

¹⁷ Bereits BGH NJW 1953 S. 980 (981).

¹⁸ BGH NJW 1953 S. 980; BGH FamRZ 2014 S. 463.

Kindes wecken.¹⁹ Dabei kann auf heimliche Vaterschaftstests nicht zurückgegriffen werden. Diese sind nach § 26 GenDG verboten und daher im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nicht verwendbar.²⁰

Das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters, der selbst die rechtliche Vaterschaft einnehmen möchte, unterliegt zusätzlichen Voraussetzungen. Denn er tritt in Konkurrenz zu dem gegenwärtigen rechtlichen Vater des Kindes, der seinerseits typischerweise die Vaterschaft nicht aufgeben möchte. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass die gelebte familiäre Beziehung eines Kindes zu seinem rechtlichen Vater geschützt werden soll. Daher kann der biologische Vater nach § 1600 Abs. 2 BGB nur dann die Vaterschaft anfechten, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Diese wird in § 1600 Abs. 4 BGB näher definiert, wonach sie bei Wahrnehmung tatsächlicher Verantwortung besteht. Dies wird vermutet, wenn der rechtliche Vater mit der Kindesmutter verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

Die Abwägung, die der Gesetzgeber hier getroffen hat, wird viel kritisiert.²¹ Wird sie richtig angewendet,²² erscheint sie jedoch sehr gelungen. Sie negiert nicht die Rechtsposition des biologischen Vaters, bezieht aber das Interesse des Kindes an stabilen Lebensverhältnissen und das Interesse des Mannes, der über Jahre hinweg die soziale und rechtliche Vaterschaft ausgeübt hat, mit ein. Überlegt werden könnte allerdings, ob gesetzlich klargestellt werden sollte, dass eine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater dann keine verdrängende Bedeutung haben kann, wenn der biologische Vater sich zeitnah nach der Geburt des Kindes zur Anfechtung entscheidet, weil er selbst die rechtliche Vaterschaft einnehmen möchte.

b) Rechtsfolgen der Anfechtung

Bei einem begründeten Anfechtungsantrag wird die geltende rechtliche Vaterschaft rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes beseitigt (§ 1599 Abs. 1 BGB). Bei einer erfolgreichen Anfechtung durch den biologischen Vater wird zudem dessen rechtliche Vaterschaft festgestellt (§ 1592 Nr. 3 BGB, § 182 Abs. 1 FamFG).

Durch die Vaterschaftsanfechtung erlischt auch rückwirkend das bisherige väterliche Sorgerecht. Anders als bei der Zuordnung der elterlichen Sorge ist die Beendigung direkt an die rechtliche Vater-Kind-Zuordnung gebunden. Dies führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, bei denen das Kind

¹⁹ BGH FamRZ 2003 S. 155; BGH FamRZ 2008 S. 501.

²⁰ BGHZ 162 S. 1; BGHZ 166 S. 283 (jeweils aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 26 GenDG).

²¹ Nur Helms, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag 2016, § 2, III., 3.

²² Fehlerhaft etwa OLG Bremen, FamRZ 2010 S. 1821.

von seinen Eltern vertreten wurde. Grundsätzlich wird nämlich die Mutter gem. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB ebenfalls als Vertreterin agiert haben. Da sie nach der Anfechtung rückwirkend als alleinige Vertreterin des Kindes anzusehen ist, wurde das Kind wirksam vertreten.²³ Weiterhin verliert das Kind seinen Unterhaltsanspruch gegen den bisherigen rechtlichen Vater. Die früheren Unterhaltsleistungen wurden aufgrund der zurückwirkenden Aufhebung der Vaterschaft ohne Rechtsgrund geleistet. Damit gehen Rückforderungsrechte einher. Gegen das vermögenslose Kind werden sie zwar regelmäßig an § 818 Abs. 3 BGB scheitern, weil es entreichert ist.²⁴ Nach § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB kann der bisherige rechtliche Vater allerdings gegen einen etwaigen neuen rechtlichen Vater vorgehen.

Schließlich steht dem bisherigen rechtlichen Vater nach der Anfechtung kein Umgangsrecht nach § 1684 BGB mehr zu. Ein solches kann dann nur noch aus § 1685 Abs. 2 BGB folgen. Danach hat jede Bezugsperson des Kindes, die für es tatsächliche Verantwortung getragen hat, ein Umgangsrecht, soweit dies dem Wohl des Kindes entspricht. Die Kindeswohl dienlichkeit muss dem Einzelfall entsprechend ermittelt werden. Der notwendige Nachweis der Kindeswohl dienlichkeit wird aufgrund möglicher Loyalitätskonflikte des Kindes oft misslingen, wenn sich die sorgeberechtigte Mutter einem Umgangsrecht des bisherigen Vaters mit dem Kind entgegenstellt.²⁵

3. Prinzipien des Abstammungsrechts

Auch wenn die biologisch-genetische Herkunft eines Kindes für das Abstammungsrecht maßgeblich ist, finden doch noch andere Aspekte eine ganz erhebliche Berücksichtigung. Insbesondere soll das Kind den Eltern möglichst schnell zugeordnet werden, um – angesichts der an die rechtliche Elternschaft knüpfenden Rechtsfolgen – Rechtsklarheit zu schaffen und die Eingliederung des Kindes in eine Familie zu fördern.²⁶ Dahinter stecken vorrangig kindeswohl dienliche Erwägungen. Das Kind soll nicht nur materiell abgesichert werden, sondern – im Idealfall – eine gelebte Vater-Kind-Beziehung erfahren.

Deutlich wird dies bei der Vater-Kind-Zuordnung durch Ehe und Anerkennung. Diese Zuordnungstatbestände versprechen zwar eine hohe Wahrscheinlichkeit für die biologische Abstammung des Kindes vom Ehemann bzw. Anerkennenden. Gleichzeitig setzen sie diese aber nicht zwingend voraus. Vielmehr sind sie darauf angelegt, eine klare und zügige Vater-Kind-Zuordnung zu erreichen.²⁷

²³ Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 6), § 1599 Rn. 53.

²⁴ BGH FamRZ 1981 S. 764.

²⁵ Jaeger, in: Johannsen/Henrich (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl., München 2015, § 1685 Rn. 5.

²⁶ Helms, a.a.O. (Fn. 4), S. 27; zuvor ders., Feststellung der biologischen Abstammung, Berlin 1999, S. 55.

²⁷ Dies prägnant feststellend Wellenhofer, a.a.O. (Fn. 6), § 1592 Rn. 3.

Gleiches folgt mit Blick auf die – eigentlich eine bestehende rechtliche Vaterschaft aufhebende – Vaterschaftsanfechtung. Die oben beschriebenen einschränkend wirkenden Voraussetzungen (Frist, Anfangsverdacht, ggf. Fehlen einer sozial-familiären Beziehung) sollen die Beständigkeit der rechtlichen aber auch damit einhergehenden emotional-familiären Zuordnung gewährleisten. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird sogar ein dauerhaftes Auseinanderfallen zwischen rechtlicher und genetischer Vaterschaft hingenommen.²⁸

Die Beobachtung, dass das Abstammungsrecht somit schon traditionell das Kindeswohl berücksichtigt, ist wichtig. Wie weit diese Ausrichtung am Kindeswohl geht und wie genau sie zu deuten ist, ist allerdings sehr Streitig.²⁹ Richtigerweise muss vor dem Hintergrund der häufiger werdenden Konkurrenz vieler „Wunscheltern“ – man denke auch an die gleichgeschlechtlichen Paare – um ein Kind, dessen Wohl jedoch eher noch stärker in den Blick genommen werden. Jedenfalls gilt es unbedingt zu verhindern, dass die potenziellen Eltern um das Kind wie um ein Gut zu streiten beginnen und ein Anspruchsdenken eintritt.

IV. Problematik der geltenden Vaterschaftsanfechtung

Die in § 1599 BGB vorgesehene radikale Rechtsfolge der Vaterschaftsanfechtung beruht auf der Maßgeblichkeit der genetisch-biologischen Herkunft für die rechtliche Vater-Kind-Zuordnung. Sie differenziert nicht zwischen Einzelfällen: Ungeachtet gelebter Realität wird das Kind nach der Anfechtung so gestellt, als hätte es seit der Geburt nie einen Vater gehabt. Alle mit der rechtlichen Vaterschaft verknüpften Rechte und Pflichten werden rückwirkend aufgehoben.

Der Biologie entsprechend hat ein Kind nur einen Erzeuger, was die Vaterschaftsanfechtung zutreffend abbildet. Gemessen an dem Ziel, die rechtliche Abstammung mit der biologisch-genetischen Herkunft in Einklang zu bringen, ist die Rechtsfolge der Vaterschaftsanfechtung nachvollziehbar und sogar notwendig.³⁰

Der rechtlichen und emotionalen Absicherung des Kindes sollte allerdings neben der Abstammungswahrheit eine ebenso große Bedeutung zukommen. Diesen Erwägungen kann die Rechtsfolge der Vaterschaftsanfechtung in den Fällen einer gelebten Vater-Kind-Beziehung nicht gerecht werden. Die rechtliche Zuordnung wird auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes rückwirkend aufgelöst, obwohl dies der gelebten Realität des Kindes und des betroffenen Mannes nicht entspricht. Rechtlich wird ein Zustand geschaffen, der den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspricht.

²⁸ Hierauf hinweisend Helms, a.a.O. (Fn. 4), S. 28.

²⁹ Höchst kritisch etwa Frank, zu EGMR Urteil vom 14.01.2016, 30955/12, FamRZ 2016 S. 529; zurückhaltend auch Helms, a.a.O. (Fn. 21), A. III.

³⁰ Nur Hahn, in: Beck-OK, 38. Edition, München 2016, § 1599 Rn. 4.

Angesichts des sich in den letzten Jahren gewandelten Verständnisses von Familie und Elternschaft sowie von Überlegungen, im Abstammungsrecht das Kindeswohl verstärkt zu fokussieren, ist es daher zu überlegen, ob die strenge Ausrichtung der Vaterschaftsanfechtung an der biologisch-genetischen Herkunft notwendig und vertretbar ist.

Eine Alternative zur Vaterschaftsanfechtung stellt die Vaterschaftsbeendigung dar. Diese soll im Folgenden dargestellt und kritisch erörtert werden.

1. Vaterschaftsbeendigung

Die Vaterschaftsbeendigung löst die bestehende rechtliche Vaterschaft – anders als die Vaterschaftsanfechtung – erst ab dem Beendigungsbeschluss auf. Für die Zukunft wird die bis dahin bestehende rechtliche Vaterschaft nicht fortgesetzt. Für die Vergangenheit bleibt sie bestehen.³¹

Das bedeutet, dass das Personenstandsregister gegebenenfalls mehr als einen Mann als Vater ausweist, da die beendete rechtliche Vaterschaft eingetragen bleibt. Es wird nur kenntlich gemacht, dass sie ab dem rechtskräftigen Beschluss über die Beendigung nicht mehr besteht. Wird anschließend eine rechtliche Vaterschaft begründet, weist das Personenstandsregister mehrere Väter für ein Kind auf.

Der entscheidende Unterschied zur Vaterschaftsanfechtung liegt darin, dass eine gelebte Vater-Kind-Beziehung entsprechend rechtlich abgebildet wird. Eine schützenswerte Beziehung des Kindes wird abstammungsrechtlich nicht gelöscht, sondern beachtet. Erreicht wird damit eine wesentlich größere Stabilität und Kontinuität von Bezugspersonen im Leben des Kindes. Zudem führt die Vaterschaftsbeendigung zum Wegfall von Regressansprüchen, da die bis zur Vaterschaftsbeendigung gezahlten Unterhaltszahlungen nunmehr mit Rechtsgrund erfolgt wären.

Zusätzlich kann dann im Zuge der Vaterschaftsbeendigung auch über eine Ausdehnung des § 1686a BGB nachgedacht werden. Das dort geregelte Umgangs- und Auskunftsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters könnte ebenfalls dem bisherigen rechtlichen, sozialen Vater des Kindes zustehen.

2. Verhältnis der Vaterschaftsbeendigung zur Vaterschaftsanfechtung

a) Unterschiedliche gelebte Vaterschaft

Mit Blick auf die obigen Ausführungen erscheint die Vaterschaftsbeendigung gegenüber der Vaterschaftsanfechtung in vielen Fällen vorteilhafter. Sie bildet die gelebte Realität ab und entspricht dem Empfinden der Beteiligten. Dies gilt so uneingeschränkt allerdings nicht immer. Anders verhält es sich, wenn es an einer gelebten Beziehung zwischen rechtllichem Vater und Kind von Anfang

³¹ Heiderhoff, FamRZ 2010 S. 8 ff. (13 ff.).

an fehlte.³² Dies kann vielfältige Gründe haben. Zunächst ist an die Fälle zu denken, in denen schon kurz nach der Geburt des Kindes die Vaterschaft aufgehoben werden soll. Möglich ist jedoch auch, dass zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind über mehrere Jahre keine sozial-familiäre Beziehung bestanden hat oder zunächst eine Vater-Kind-Beziehung gelebt und dann bspw. wegen Trennung von der Kindesmutter gekoppelt mit einem Wegzug erloschen ist. Schließlich ist noch denkbar, dass der rechtliche Vater kein Interesse an einem Kontakt mit dem Kind hat, nachdem er Kenntnis davon erlangt hat, dass es biologisch nicht von ihm abstammt.

In solchen Fällen – also in Konstellationen, in denen die rechtliche Vaterschaft nicht gelebt wurde – erscheint die klassische, rückwirkende Vaterschaftsanfechtung grundsätzlich zutreffender. Sie bringt dann ein klares, mit der Vergangenheit abschließendes, vermutlich sogar die Realität zutreffender abbildendes Ende einer nicht gewollten rechtlichen Beziehung. Für die Mutter mag dies insbesondere bei schmerzlichen Trennungserfahrungen von Wert sein. In diesen Fällen erscheint es auch passend, dass ein anderer Mann, sei es der biologische Vater oder ein Mann, der durch Anerkennung der Vaterschaft die soziale Vaterrolle einnehmen möchte, vollständig – und rückwirkend ab der Geburt des Kindes – in die Vaterstellung eintreten kann.

Diese unterschiedlichen Lebensrealitäten legen ein Nebeneinander der Vaterschaftsanfechtung und -beendigung nahe.

b) Überlegungen zur gesetzlichen Ausgestaltung

Trifft man die Entscheidung für ein solches Doppelmodell, so muss näher bestimmt werden, in welchen Fällen die rückwirkende Anfechtung und in welchen Fällen die Beendigung erfolgen soll. Als denkbare Abgrenzungskriterium drängt sich zunächst der Zeitfaktor auf.³³ Danach wäre die Vaterschaftsanfechtung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt möglich, wohingegen danach nur noch die Vaterschaftsbeendigung in Betracht käme. Dies erscheint insbesondere eine Lösung für die Fälle darzustellen, in denen die Vaterschaftsanfechtung kurz nach der Geburt des Kindes erfolgt. Eine schützenswerte Beziehung zwischen den Beteiligten liegt nicht vor. Problematisch ist es allerdings, den für die Abgrenzung relevanten Zeitpunkt festzulegen. Denn im Grunde hängt dieser nicht von Monaten oder Jahren, sondern maßgeblich von der Intensivität der gelebten Vater-Kind-Beziehung ab.

Sachgemäßer erscheint daher eine Abgrenzung anhand der gelebten sozial-familiären Beziehung zwischen Vater und Kind. Im Rahmen eines solchen

³² Vgl. Heiderhoff, Die Auflösung nicht abstammungsgemäßer rechtlicher Elternschaft und ihre Auswirkungen auf die Beteiligung, in: Schwab/Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, Opladen & Farmington Hills 2011, S. 273 ff. (281).

³³ So Heiderhoff, a.a.O. (Fn. 32), S. 284 f.

unbestimmten Rechtsbegriffs könnten die konkreten Interessen der Beteiligten ausreichend ermittelt und gewürdigt werden. Zwischen den oben dargestellten Einzelfällen kann ausreichend unterschieden werden. Freilich bringt eine solche Lösung eine gewisse Unsicherheit mit sich. Auch birgt sie die Gefahr, dass das Gericht durch Faktoren beeinflusst wird, die im Abstammungsrecht keine Rolle spielen sollten: nämlich insbesondere die persönliche Eignung der Betroffenen für die Vaterrolle.

Zuletzt könnte man an die Einführung von einvernehmlichen Regelungen zum Übergang vom einen auf den anderen Vater denken, so wie es schon heute, in sehr eingeschränktem Maße, in § 1599 Abs. 2 BGB vorgesehen ist.

c) Abschaffung des Unterhaltsregressanspruchs aus § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB

Eine positive Folge des Übergangs zu einer Vaterschaftsbeendigung bestünde darin, dass durch sie der Unterhaltsregress aus § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB entfallen würde. Ganz unabhängig davon, ob der Gesetzgeber bereit ist, einem so radikalen Modell zu folgen, ist es aber dringend nötig, den Unterhaltsregress abzuschaffen. Denn je länger die angefochtene rechtliche Vaterschaft bestand, umso höher ist auch der Regressanspruch. Und man kann die Augen nicht davor verschließen, dass diese finanziellen Erwägungen einen starken Anreiz für die Ausübung des Vaterschaftsanfechtungsrechts bilden können. Selbst bei einer gelebten und erfüllenden Vater-Kind-Beziehung kann wohl die Aussicht auf viel Geld letztlich zu einer Anfechtung der Vaterschaft motivieren. Gleichzeitig halten die entsprechend hohen, drohenden Regressansprüche den biologisch-genetischen Vater davon ab, sich um die rechtliche Vaterschaft zu bemühen. Gerade letzteres hat die Rechtsprechung der letzten Jahre zu § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB deutlich gezeigt.

Für das Kind, das seines rechtlichen Vaters möglicherweise ohne diese finanziellen Anreize zur Anfechtung versichert sein könnte, entsteht daraus eine destabilisierende Wirkung.³⁴

Das Entfallen der Regressansprüche stellt für den Scheinvater auch keine unbillige Härte dar. Dieser wird ohnehin nur sehr selten plötzlich und unvorbereitet von der Nachricht überrascht, dass seine bereits großen Kinder gar nicht von ihm abstammen. Vielmehr hat er in aller Regel zumindest eine Ahnung von der fehlenden biologischen Abstammung. Ist er unsicher oder will er einfach nur vollständige Klarheit, so steht ihm das Verfahren zur Klärung der genetischen Abstammung gem. § 1598a BGB offen. In dem Fall, dass der Vater sich doch jahrelang als nicht nur rechtlicher, sondern auch biologischer Vater wähnte, und dann plötzlich und schmerzlich erfahren muss, dass diese Annahme falsch war und die Mutter der Kinder ihn „betrogen“ hat, so sollte trotz der nicht zu verkennenden Härte an dem hier vorgeschlagenen Modell festgehalten werden. Denn

³⁴ Schwab, FamRZ 2008 S. 23.

genau dann gilt, was oben beschrieben wurde: Es gab eine gelebte Realität als Familie, die nicht ausgelöscht werden kann. Vater und Kind gehörten über Jahre als solche zusammen, einschließlich der Ausgaben, die aus so einer familiären Verbindung entstehen. Das kann eine Anfechtung nicht im Nachhinein ändern.

V. Fazit und Ausblick

Die Orientierung der rechtlichen Abstammung an der biologischen Abstammung sollte noch weiter zurückgedrängt werden. Es gibt heute bereits Kinder mit zwei Müttern³⁵ und zwei Vätern³⁶ und es ist klar, dass die Elternstellung von Personen übernommen werden kann, die sicher nicht biologisch mit dem Kind verwandt sind.

Diese Erkenntnis sollte zu einer Reform des Anfechtungsrechts führen. Es ist festzuhalten, dass die Vaterschaftsanfechtung bei einem Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Vaterschaft aufgrund der rückwirkenden Auflösung der Vaterschaft insbesondere in den Fällen nachteilig ist, in denen eine schützens- und erhaltenswerte gelebte Vater-Kind-Beziehung besteht. Die Vaterschaftsbeendigung ex nunc wird diesem Ziel gerechter.

Die Ausgestaltung der Vater-Kind-Beziehung nach der Beendigung ist vor allem eine Frage der Beteiligten. Man kann sicherlich nicht gewährleisten, dass einvernehmliche Beziehungen zum Kind – sei es beim Umgang, sei es bei der Sorge, sei es aber auch beim Unterhalt – von Eltern gewährleistet werden, die nicht gut zusammenwirken können. Das Gesetz sollte den Rahmen dafür schaffen, dass auch mehrere Eltern eine gewisse Elternstellung übernehmen können, wenn sie dies wünschen und sich einig sind.

Damit kann man zuletzt noch weiter in die Zukunft hineinschauen: Es bleibt zu fragen, ob das Abstammungsrecht sich noch deutlicher für eine Elternschaft von mehr als zwei Personen aussprechen könnte. Während hier vorerst nur ein Nacheinander von zwei Vätern vorgeschlagen wurde, werden bereits Lösungen angedacht, die auch ein Nebeneinander von drei oder mehr Eltern umfassen.³⁷

³⁵ KG, FamRZ 2015 S. 943 (doppelte Mutterschaft ab Geburt nach südafrikanischem Recht); OLG Köln, StAZ 2015 S. 244 (keine doppelte Mutterschaft in Deutschland nach Eizellspende).

³⁶ BGHZ 203 S. 350 (doppelte Vaterschaft durch Leihmutterschaft in Kalifornien).

³⁷ Coester-Waltjen, FamRZ 2013 S. 1693 (1699); Heiderhoff, NJW 2016, S. 2629 (2631 f.).

Zusammenfassung

Das Abstammungsrecht ist vorrangig an der genetisch-biologischen Herkunft ausgerichtet. Wird ein Kind rechtlich einem Mann zugeordnet, von dem es biologisch nicht abstammt, kann die bestehende rechtliche Vaterschaft durch die Vaterschaftsanfechtung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes beseitigt werden. Diese Rechtsfolge unterscheidet nicht zwischen Einzelfällen und ist insbesondere dann nachteilig, wenn eine schützenswerte Vater-Kind-Beziehung aufgelöst wird. Für diese Fälle wird die Vaterschaftsbeendigung vorgeschlagen, bei der die rechtliche Vaterschaft nur für die Zukunft beseitigt wird. Zuvor wird noch ein Überblick über die Ausgestaltung und Bedeutung der rechtlichen Abstammung gewährt.

Abstract

The law of decent is focussed mainly on genetic-biological ancestry. If a child is legally assigned to a man who is not the biological father, the existing legal paternity can be removed by paternity appeal dating back to the time of birth of the child. This legal consequence does not distinguish between individual cases and is detrimental especially when a father-child relationship that is worthy of protection is disbanded. In these cases, it is suggested to terminate paternity, whereas the legal paternity is only terminated for the future. An overview of the features and the importance of legal paternity is provided beforehand.

Korrespondenzadresse:

Prof. Dr. Bettina Heiderhoff
Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht
Universitätsstraße 14–16
48143 Münster

Karolina Gajewski
Rektoratsweg 121 b
48159 Münster