

Professor Dr. iur. Christopher Schmidt

Professur für Familienrecht sowie Kinder- und Jugendrecht • Hochschule Esslingen • Fakultät SAGP
Flandernstraße 101 • 73732 Esslingen am Neckar • Tel. 0711 397-4571 • Fax 0711 397-484571
E-Mail: christopher.schmidt@hs-esslingen.de • Web: www.hs-esslingen.de/de/staff/christopher-schmidt.html

Prof. Dr. C. Schmidt, Flandernstr. 101, 73732 Esslingen

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Esslingen, den 7. März 2019

Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 18. März 2019 zu dem Entwurf eines Gesetzes v. 12. Juni 2018 (BT-Drs. 19/2665)

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete!

Gerne nehme ich zu dem Gesetzentwurf v. 12. Juni 2018 Stellung. Dabei werde ich zunächst auf das geltende Recht und sodann auf die beabsichtigten Änderungen eingehen.

1. Geltendes Recht

Das geltende Recht kennt zwei Wege, Eltern(teil) eines Kindes zu werden: nämlich das Abstammungs- und das Adoptionsrecht. Diese sind voneinander abzugrenzen.

a) Abstammungsrecht

Das Abstammungsrecht soll eine biologisch (in der Terminologie des Grundgesetzes: natürlich) bestehende Elternschaft nachvollziehen. Eltern sind mit den Worten des *BVerfG* zunächst diejenigen, „die einem Kind das Leben geben“.¹ In Abgrenzung davon führt das Adoptionsrecht zu einer von der biologischen Elternschaft abweichenden Zuordnung kraft gerichtlicher Entscheidung.

¹ Vgl. BVerfG NJW 1968, 2223 (2237); 2003, 2151 (2152).



Der vorliegende Gesetzentwurf vermengt diese Regelungsbereiche. Denn in seinem Zentrum steht die Begründung einer von der biologischen Situation abweichenden Elternschaft außerhalb des Adoptionsrechts.

Nun könnte man einwenden, dass auch das bestehende Abstammungsrecht zu einer von der biologisch-genetischen Situation abweichenden Zuordnung v.a.² des Vaters führen kann. Denn der Ehemann der Mutter ist nicht immer derjenige, der das Kind gezeugt hat, und auch eine tatsächlich nicht bestehende Vaterschaft kann anerkannt werden.

Das Gesetz nimmt dies in Kauf. Denn andernfalls wäre eine Einzelfallprüfung erforderlich, von wem ein Kind abstammt. Dagegen ist die Anerkennung des § 1592 Nr. 2 BGB weder als „kostengünstige und kontrollfreie Alternative zur Stiefkindadoption konzipiert worden“³ noch soll § 1592 Nr. 1 BGB die (verschiedengeschlechtliche) Ehe gegenüber anderen Lebensformen bevorzugen. Vielmehr finden die betreffenden Regelungen ihre Grundlage in der Rechtsprechung des *BVerfG*, das ausgeführt hat, im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und auf den Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG sei es ausreichend, „aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und auf Grund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt.“ So werde „seit jeher nicht nur in unserer Rechtskultur auf Grund der mit der Ehe eingegangenen Beziehung vermutet, dass der Ehemann der Mutter auch der leibliche Vater ihres Kindes ist, und darauf die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns gestützt.“ Gleiches gelte, „wenn ein Mann in erklärter Übereinstimmung mit der Mutter eines nichtehelichen Kindes durch das Anerkenntnis der Vaterschaft rechtsverbindlich zum Ausdruck bringt, Elternverantwortung tragen zu wollen“.⁴

Lediglich auf der Sekundärebene, also in Fällen, in denen rechtliche und biologische Vaterschaft planwidrig auseinanderfallen, schützt das Abstammungsrecht eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dessen nicht leiblichem Vater durch § 1600 Abs. 2 BGB. Damit lässt sich aber nicht eine primäre Zuordnung der Elternschaft begründen, die planmäßig zu einem Auseinanderfallen rechtlicher und biologischer Elternschaft führt.

b) Adoptionsrecht

Im Adoptionsrecht tritt an die Stelle von Geburt bzw. (vertypet vermuteter) Zeugung der Beschluss des Familiengerichts nach § 1752 Abs. 1 BGB.

² Zur Mutterschaft bei Auseinanderfallen von Geburts- und genetischer Mutter vgl. Staudinger/Rauscher (2011), § 1591 Rn. 8 ff., 14.

³ BeckOGK/Balzer, § 1594 Rn. 17.

⁴ BVerfG NJW 2003, 2151 (2152); vgl. auch BT-Drs. 16/6561, S. 8; BGH NJW 2019, 153 (155); BeckOGK/Balzer, § 1592 Rn. 19; BeckOK BGB/Hahn, § 1592 Rn. 3; Jauernig/Budzikiewicz § 1592 Rn. 1; Staudinger/Rauscher (2011), § 1592 Rn. 14, 53 a.E.; MüKoBGB/Wellenhofer, Vorb. v. § 1591 Rn. 24.



Dafür stellt das Adoptionsrecht in Einklang mit der Wertung des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG zusätzliche Anforderungen auf, zu denen neben der Einwilligung von Kind und Eltern v.a. zählt, dass die Adoption dem Kindeswohl dient und zu erwarten ist, dass zwischen Adoptiveltern(-teil) und Kind ein typisches Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB. Mit diesen Vorgaben soll das Kind, dem rechtlich andere als seine biologischen Eltern zugeteilt werden, umfassend geschützt werden.⁵

Um die für die Kindeswohlprüfung bzw. die Einschätzung eines künftigen Eltern-Kind-Verhältnisses erforderlichen Prognosen besser treffen zu können⁶ sieht § 1744 BGB vor, dass die Adoption in der Regel erst ausgesprochen werden soll, wenn das Kind eine angemessene Zeit bei den künftigen Adoptiveltern gelebt hat (sog. Adoptionspflege).

Dass es sich bei dem Kindeswohl und dem Eltern-Kind-Verhältnis um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, ermöglicht eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.⁷ Das gilt ebenso für die Angemessenheit der Adoptionspflege, auf die in besonders gelagerten Fällen ohnehin verzichtet werden kann. Maßgeblich hierfür ist allein das Wohl des Kindes.⁸ Entsprechend steht die Vorschrift einer zügigen Adoption nicht entgegen, wenn ein durch anonyme Samenspende gezeugtes Wunschkind eingetragener Lebenspartnerinnen nach dem LPartG bzw. zweier Ehefrauen durch die Lebenspartnerin bzw. Ehefrau der Mutter adoptiert werden soll.⁹

Im Übrigen ist die gerichtliche Prüfung der Voraussetzungen einer Stiefkindadoption im Falle von „Regenbogenfamilien mit Frauenpaaren“ weder eine andere als bei Stiefkindadoptionen durch verschiedengeschlechtliche Ehepartner¹⁰ noch ist ersichtlich, weshalb diese „entwürdigend und unverhältnismäßig“¹¹ sein sollte. Entsprechende Verfahren sind dem Unterzeichner jedenfalls unbekannt, und zwar auch aus seiner Erfahrung als Familienrichter.

2. Gesetzentwurf vom 12.6.2018 (BT-Drs. 12/2665)

Gegenüber den in sich stimmigen Regelungen des geltenden Rechts, die insbesondere mit den Wertungen von Art. 6 Abs. 2 und 3 GG in Einklang stehen, geht der „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ bereits im Ansatz fehl.

⁵ Vgl. Schmidt NZFam 2017, 832 (833).

⁶ Vgl. Palandt/Götz, § 1744 Rn. 1; MüKoBGB/Maurer, § 1744 Rn. 1.

⁷ Diese vor dem Hintergrund zu konkretisieren, „dass es weder bei den Jugendämtern noch bei den Familiengerichten standardisierte Vorgaben für das Prüfverfahren gibt“ (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/2665, S. 6), stünde dem Gesetzgeber frei.

⁸ So auch BeckOGK/Löhnig, § 1744 Rn. 22.

⁹ Vgl. AG Elmshorn BeckRS 2010, 30619; BeckOGK/Löhnig, § 1744 Rn. 24.

¹⁰ Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/2665, S. 6: „Es geht daher [...] nicht wie sonst bei Adoptionen um die Frage, ob die Kinder den Frauen anvertraut werden können [...]“.

¹¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/2665, S. 6.



a) Zielsetzung

So soll eine Ungleichbehandlung lesbischer und schwuler Paare im Abstammungsrecht beseitigt werden, die darin gesehen wird, dass für Kinder, die in eine heterosexuelle Ehe geboren werden, der Ehemann der Mutter rechtlicher Vater ist, eine vergleichbare Vorschrift für die Ehefrau der Mutter jedoch fehle. Zudem liege eine Ungleichbehandlung vor, weil eine der Vaterschaftsanerkennung „analoge Möglichkeit für lesbische Paare“ nicht bestehe.

Allerdings bezweckt weder § 1592 Nr. 1 BGB eine Besserstellung (heterosexueller) Eheleute gegenüber anderen Kindseltern noch § 1592 Nr. 2 BGB eine Besserstellung heterosexueller gegenüber homosexueller Eltern. Vielmehr handelt es sich nach einhelliger Meinung um Tatbestände, in denen die biologische Abstammung gesetzlich vermutet wird.¹² Eine solche Vermutung scheidet bei gleichgeschlechtlichen Paaren jedoch aus. Deshalb hat die Rechtsprechung eine analoge Anwendung der Vorschrift auf gleichgeschlechtlich verheiratete Mütter erst jüngst abgelehnt.¹³

Hierin liegt keine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare. So hat der *BGH* noch nach Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe festgestellt, dass „letztlich [...] die Verknüpfung zwischen Fortpflanzungsfunktion und Geschlecht unbestreitbar biologisch begründet“ ist. Auch Art. 6 Abs. 4 GG lege eine solche Verknüpfung zugrunde, indem er „der ‚Mutter‘ einen besonderen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“ gewähre.¹⁴ Art. 3 Abs. 1 GG steht aber einer „rechtlichen Berücksichtigung biologisch zwingender Unterschiede“ nicht entgegen; „die Natur ist nicht verfassungswidrig; Frauen können aus biologisch zwingenden Gründen ebenso wenig Vater sein, wie Männer einen Anspruch auf Mutterschutz haben.“¹⁵

b) Mutterschaft kraft Ehe bzw. Anerkenntnis

Der Gesetzentwurf möchte neben der Mutterschaft der Frau, die das Kind geboren hat und eine Mutterschaft kraft Ehe bzw. Lebenspartnerschaft und eine Mutterschaft kraft Anerkenntnis einführen.

Damit würde ein Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Elternschaft nicht nur in Kauf genommen, es wäre gesetzlich intendiert. Denn anders als bei der Vaterschaft kraft Ehe bzw. Anerkenntnis würde bei der Zweitmutterschaft keine Vermutung für die tatsächliche Abstammung sprechen, sondern die tatsächliche Abstammung im Gegenteil zwingend ausscheiden.¹⁶

¹² Dazu s.o. unter 1. a).

¹³ *BGH NJW* 2019, 153; *KG NZFam* 2018, 908.

¹⁴ *BGH NJW* 2017, 3379 (3381); ebenso *BGH NJW* 2019, 153 (156) m.w.N.: Situation „insoweit verschieden, als die Ehefrau [der Mutter] nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein kann, während der Gesetzgeber dies für den Ehemann als Regelfall vermutet und darauf die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB gründet. Dieser Unterschied rechtfertigt die im Rahmen des Abstammungsrechts [...] bestehende abweichende Behandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehepaare und deren Kinder [...]“

¹⁵ So Staudinger/Rauscher (2011), § 1592 Rn. 25a; *BVerfG FamRZ* 2010, 1621 (1622).

¹⁶ Abgesehen vom Ausnahmefall eines mit der Kindsmutter verheirateten Samen spendenden Mann-zu-Frau-Transsexuellen, vgl. *BGH NJW* 2019, 153 (155).



c) Verhältnis von Abstammungs- und Adoptionsrecht

Die Regelungsbereiche von Abstammungsrecht einerseits und Adoptionsrecht andererseits würden dadurch vermengt. Insbesondere die Möglichkeit der Mutterschaftsanerkennung würde „eine kostengünstige und kontrollfreie Alternative zur Stiefkindadoption“ bedeuten.¹⁷

Das mag aus Sicht der (Wunsch-)Eltern verlockend sein. Allerdings würde dadurch die bei einer Adoption durch die Familiengerichte vorzunehmende Kindeswohlprüfung entfallen. Diese Kindeswohlprüfung ist jedoch Ausdruck der Verantwortung, die der Staat zu übernehmen hat, wenn er dem Kind andere als seine biologischen Eltern zu geben beabsichtigt.¹⁸

Zudem stünde ein Wegfall der Kindeswohlprüfung in einem gewissen Widerspruch zu anderen gesetzlichen Wertungen. So ist im Sorgerecht anerkannt, dass sich (vermeintliche) Gerechtigkeitsabwägungen dem Kindeswohl unterzuordnen haben.¹⁹ Das wurde zuletzt deutlich im Rahmen der Diskussion über die Einführung des Wechselmodells als Regelfall nach Trennung und Scheidung. Vorliegend stehen aber Gerechtigkeitsabwägungen im Mittelpunkt der Argumentation für die Änderung des Abstammungsrechts, so dass diese nicht als „modern“, sondern als Roll-back verstanden werden könnte.

d) Gleichheit von Frauen und Männern

Vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes sind die beabsichtigten Neuregelungen nicht lediglich nicht geboten.²⁰ Vielmehr sind sie ihrerseits problematisch. Denn während der Gesetzentwurf die Besetzung der bisher dem Vater vorbehaltenen Elternstelle mit einer Frau zulassen will und dabei die biologische Abstammung ausblendet, soll die erste Elternstelle weiter der Frau vorbehalten bleiben, die das Kind geboren hat. Die biologische Mutter soll stets rechtliche Mutter bleiben,²¹ in Bezug auf den Vater würde dieses Ziel jedoch aufgegeben.

Das Abstammungsrecht würde damit zwar ermöglichen, dass ein Kind zwei Mütter, nicht jedoch, dass es zwei Väter hätte. Die gemeinsame Vaterschaft würde weiter nur im Wege der Adoption ermöglicht,²² gleichgeschlechtlich verheiratete Männer wären gegenüber gleichgeschlechtlich verheirateten Frauen schlechter gestellt.²³

¹⁷ So ablehnend zum bisherigen Recht BeckOGK/Balzer, § 1594 Rn. 17.

¹⁸ Dabei geht es nicht darum, dass gleichgeschlechtliche Elternpaare „schlechtere“ Eltern wären.

¹⁹ Heilmann NJW 2015, 3346 (3348) m.w.N.

²⁰ Dazu s.o. unter 2. a).

²¹ Zum Auseinanderfallen von Geburts- und genetischer Mutter vgl. Staudinger/Rauscher (2011), § 1591 Rn. 8 ff., 14.

²² Vgl. BGH NJW 2019, 153 (155). Zu Überlegungen, einer „gleichheitswidrige Diskriminierung rein männlicher Ehepaare“ durch eine weitergehende „Liberalisierung des Kindschaftsrechts bis hin zum Kind dreier Elternteile, welches aus einer rein männlichen Ehe ‚hervorgehen‘ könnte“ zu begegnen vgl. Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (743).

²³ Ebenso sieht der Gesetzentwurf bei der Anfechtung der Elternschaft aufgrund § 1591 Nr. 2 n.F. bzw. § 1592 Nr. 2 BGB eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern vor. Denn die Anfechtung der Mutterschaft kraft Anerkenntnis wäre von vornherein unzulässig.



e) Objektstellung des Kindes

Ein weiteres Manko der Stärkung voluntativer Elemente ist, dass das Kind dadurch partiell zum Gegenstand (wunsch-)elterlicher Vereinbarungen, mithin zum Objekt gemacht wird. Denn nicht nur durch die Einführung der (Zweit-)Mutterschaft kraft Ehe bzw. Anerkenntnis, sondern ebenso durch die Kodifikation des Anfechtungsverzichts in § 1599a Abs. 2, 3 sowie in § 1600 Abs. 4 BGB würden Gestaltungsräume ausgeweitet. Entsprechend wird der Gesetzentwurf v.a. mit den Interessen der beteiligten Erwachsenen begründet. Das verkennt die grundsätzliche Trennung von Paar- und Elternebene.²⁴

3. Fazit

Eine Notwendigkeit für die vorgeschlagenen Änderungen im Abstammungsrecht besteht nicht. Im Gegenteil würden dadurch neue Probleme aufgeworfen, auch im Hinblick auf Art. 3 GG. Vor allem aber würde es einen Rückschritt bedeuten, wenn soziale und biologische Eltern unabhängig von der Vermutung einer tatsächlich bestehenden Abstammung über die Eltern-Kind-Zuordnung entscheiden könnten, ohne dass die betroffenen Kinder durch eine Prüfung ihres Wohls geschützt würden.²⁵

Vorzugswürdig wäre daher ein Festhalten an der bisher bestehenden Grenzziehung von Abstammungs- und Adoptionsrecht. Durch die m.W.v. 1.7.2018 erfolgte Änderung von § 1600d BGB wird verheirateten Frauen sowie Partnerinnen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft dabei die Möglichkeit eröffnet, ein durch ärztlich unterstützte heterologe Insemination gezeugtes Kind zu gebären, ohne dass der Samenspender seine Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen und letztlich eine von vornherein durch die Partnerin der Mutter geplante Adoption verhindern könnte. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung in Abhängigkeit von der sexuellen Orientierung ist hierin nicht zu sehen. Wollte man eine höhere Verbindlichkeit der Adoptionsabsicht bereits zum Zeitpunkt der Insemination schaffen, wäre das durch eine entsprechende Änderung im Adoptionsrecht möglich.²⁶

Mit vorzüglicher Hochachtung

(Prof. Dr. Christopher Schmidt)

²⁴ Vgl. BT-Drs. 19/2665, S. 7: „Nach der Entscheidung für die ‚Ehe für alle‘ ist die hier vorgeschlagene Folgeregelung [sic!] im Abstammungsrecht eine besonders vordringliche Maßnahme. [...]“

²⁵ Schmidt NZFam 2018, 1009 (1012).

²⁶ Eine Eingliederung des Kindes wird außerhalb von Abstammungs- und Adoptionsrecht zudem durch §§ 1618, 1687b Abs. 1 BGB ermöglicht.