

**Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 18.03.2019
zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Ulle Schauws et al und
der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
„Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der
abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur
Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen
Geschlechts“ (BT-Drs. 19/2665)**

I. Ziel

Ziel des Antrags ist es, die abstammungsrechtlichen Regelungen an das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts anzupassen. Die Öffnung der Ehe ist bislang ohne Folgen im Kindschaftsrecht geblieben. Der vorliegende Antrag soll nun Kinder, die in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft hineingeboren werden, denen gleichstellen, die in heterosexuellen Partnerschaften geboren werden. Hierzu soll zum einen die Ehefrau der Mutter des Kindes unmittelbar mit der Geburt ebenfalls Mutter werden. Zum anderen soll eine Anerkennung der Mutterschaft ermöglicht werden. Beide Vorschläge stellen **dringend notwendige Maßnahmen** dar, die den erheblichen Defiziten des geltenden Rechts begegnen würden. In der Wissenschaft besteht weithin Einigkeit darüber, dass hier akuter Reformbedarf besteht: Schon der 71. DJT hat 2016 dem Gesetzgeber empfohlen, die Anwendbarkeit der abstammungsrechtlichen Regelungen zur Vaterschaft auch bei lesbischen Paaren vorzusehen. Entsprechende Regelungen hat ein Jahr später auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht des BMJV vorgeschlagen.

II. Elternstellung der Co-Mutter unmittelbar mit der Geburt des Kindes

1. Defizite fehlender Absicherung der Rechtsstellung

Während der Ehemann der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB automatisch Vater des Kindes wird, fehlt es bei der Ehefrau ebenso wie bei der eingetragenen Lebenspartnerin an jeglicher rechtlicher Absicherung der Eltern-Kind-Beziehung mit der Geburt. Der Ehemann erwirbt diese Rechtsstellung ungeachtet dessen, ob er tatsächlich der leibliche Vater ist, also insbesondere auch bei einer Samenspende. Entschließt sich dagegen ein lesbisches Paar, ein Kind mittels Samenspende zu bekommen, so kann die Ehefrau oder Lebenspartnerin der Mutter die Elternstellung bislang nur im Wege der Stiefkindadoption erlangen. Ein Adoptionsverfahren ist aber nicht nur entbehrlich, sondern sogar nachteilig: Dass Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften genauso gedeihlich aufwachsen,¹ ist heute allseits anerkannt und bedarf keiner weiteren Darlegungen. Die rechtliche Absicherung der faktischen Eltern-Kind-Beziehung zur Co-Mutter, bei der es ohnehin aufwächst, ist daher gerade auch für das Kind von Vorteil. Bis zum Ausspruch der Adoption fehlt es jedoch an jeglicher Absicherung der faktischen Eltern-Kind-Beziehung, sodass weder ein Sorgerecht besteht noch Unterhalts- und Erbansprüche existieren. Letztlich kann eine Adoption sogar scheitern, weil sich die Partnerin oder auch die Mutter eines anderen besinnt oder sogar verstirbt.²

Noch größer sind die Defizite, wenn keine Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft besteht. Während bei unverheirateten heterosexuellen Paaren der Vater – unabhängig vom Bestehen einer genetischen Verwandtschaft – nach § 1592 Nr. 2 i.V.m. § 1594 BGB die Vaterschaft anerkennen kann, fehlt diese Möglichkeit für die Partnerin. Auch wenn sie sich gemeinsam mit der Mutter für eine Familiengründung durch Samenspende entschieden hat, kann sie nicht einmal durch eine Stiefkindadoption eine rechtliche Elternstellung erlangen, da diese nur bei einer Ehe bzw. eingetragenen Lebenspartnerschaft möglich ist. Damit bleibt die Eltern-Kind-Beziehung dauerhaft ohne jede rechtliche Absicherung.

Die fehlende unmittelbare Absicherung der Beziehung zur Co-Mutter durch eine Mutterschaft kraft Ehe bzw. Lebenspartnerschaft oder die Möglichkeit einer Anerkennung stellt eine Ungleichbehandlung von Kindern dar, die in

¹ So ausdrücklich auch BVerfGE 133, 59, 89.

² Ausführlich zu den Defiziten der Stiefkindadoption *Dethloff*, in: FS Coester-Waltjen, 2015, 41, 46 ff. (in Bezug auf die Annahme durch die genetische Mutter); *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, 28 ff.

eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft hineingeboren werden. Für diese Ungleichbehandlung besteht keine Rechtfertigung. Insbesondere beeinträchtigt die unmittelbare Absicherung der Beziehung zur Co-Mutter das Kindeswohl nicht, sondern sie dient diesem sogar. Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 3 I GG vor.

Es ist daher dringend erforderlich, die Co-Mutterstellung der Partnerin in gleicher Weise wie die Vaterschaft unmittelbar mit der Geburt rechtlich abzusichern, wie dies auch bereits in vielen anderen Ländern der Fall ist.³

2. Mutterschaft kraft Ehe bzw. Lebenspartnerschaft nach § 1591 Nr. 2 BGB-E oder Anerkennung nach § 1591 Nr. 3 BGB-E

Wie im Antrag vorgesehen, sollte hierzu erstens ausdrücklich eine Mutterschaft kraft Ehe oder eingetragener Lebenspartnerschaft nach § 1591 Nr. 2 BGB-E und zweitens die Anerkennung der Mutterschaft nach § 1591 Nr. 3 BGB-E ermöglicht werden. Die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes nach § 1592 Nr. 1 BGB beruht zwar auch darauf, dass dieser in der Regel oder zumindest meist der leibliche Vater sein wird. Sie greift jedoch unbestritten auch bei der Fremdbefruchtung mit Spendersamen ein. Eine Anerkennung der Vaterschaft ist gleichfalls unabhängig von der genetischen Verwandtschaft und mithin auch bei einer heterologen Befruchtung möglich. Bei einer solchen tritt nach der gesetzgeberischen Konzeption die Entscheidung für die Zeugung des Kindes grundsätzlich an die Stelle der genetischen Abstammung (**intentionale Elternschaft**). Diesen auch international weithin akzeptierten Grundsatz⁴ hat der deutsche Gesetzgeber für die väterliche Abstammung mit dem Anfechtungsausschluss bei Einwilligung in eine Befruchtung mit Spendersamen (§ 1600 IV BGB) ausdrücklich anerkannt. Er rechtfertigt sich dadurch, dass der Wille zur Elternschaft *bei* Zeugung am ehesten die Bereitschaft zur tatsächlichen Übernahme der Sorge *nach* der Geburt gewährleistet; deshalb entspricht die Zuordnung zu den intentionalen Eltern den Interessen des Kindes. Die Veranlassung der Zeugung des Kindes begründet aber zugleich auch unabhängig von diesem Willen eine Verantwortung, von der sich die betreffende Person nicht durch Anfechtung der aufgrund Ehe oder Anerkennung bestehenden Vaterschaft lossagen können soll.⁵

Diese Prinzipien beanspruchen ebenso für **gleichgeschlechtliche Paare** Geltung. Sie verwirklichen ihren Kinderwunsch heute zunehmend dadurch,

³ Für einen rechtsvergleichenden Überblick *Dethloff*, in: FS Roth, 2015, 51, 56 f.

⁴ Grundlegend zur intentionalen Elternschaft *Schwenzer*, *RabelsZ* 71 (2007), 705, 722 f.

⁵ Zum Vorhergehenden *Dethloff*, in: Röthel/Heiderhoff, *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2016, 19, 21 f.

dass sie sich gemeinsam für eine Samenspende entscheiden. Für diesen Fall sollte daher in gleicher Weise das Prinzip der Verantwortung gelten, das eine unmittelbar mit Geburt begründete unabänderliche Elternstellung der Personen erfordert, die durch ihren Entschluss für die Entstehung des Kindes verantwortlich und grundsätzlich zur Übernahme der Elternverantwortung bereit sind. Dem trägt die – im Übrigen auch nur bei verheirateten bzw. verpartnerten Frauen bestehende – Möglichkeit einer Stiefkindadoption nicht hinreichend Rechnung. Entsprechend der Regelung zur Vaterschaft des in die Fremdbefruchtung einwilligenden männlichen Partners ist es – wie im Antrag vorgesehen – vielmehr erforderlich, dass eine Mutterschaft kraft Ehe bzw. Lebenspartnerschaft (§ 1591 Nr. 2 BGB-E) und Anerkennung (§ 1591 Nr. 3 BGB-E) besteht. Von dieser soll sich die Partnerin auch nicht durch Anfechtung befreien können. Um bei fehlender Ehe bzw. Lebenspartnerschaft ein solches Lossagen von der Verantwortung vollständig zu verhindern, bedürfte es – über den Antrag hinausgehend – weiterer Regelungen: So wäre zum einen ein präkonzeptionelles Anerkenntnis und zum anderen eine gerichtliche Feststellung der Elternschaft aufgrund der Zustimmung zur Fremdbefruchtung zu ermöglichen. Dies gilt freilich in gleicher Weise für die Vaterschaft des Partners, der in die Fremdbefruchtung eingewilligt hat, ohne dass es sodann zu einer Anerkennung der Vaterschaft kommt; es handelt sich mithin um Defizite des geltenden Rechts, die unabhängig von der Gleich- oder Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner bestehen.

3. Ausgestaltung des Anfechtungsausschlusses nach § 1599a II und III BGB-E

Auch die vorgesehene Ausgestaltung des Anfechtungsausschlusses ist zu begrüßen: Statt für diesen – wie bei verschiedengeschlechtlichen Paaren in § 1600 IV BGB – allein auf die Einwilligung des Mannes und der Mutter in die künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten abzustellen, setzt der vorgesehene **Anfechtungsausschluss** der **Ehegattin bzw. Lebenspartnerin** nach § 1599a II BGB-E ihre schriftliche Erklärung voraus, auf das Anfechtungsrecht zu verzichten. Während bei verschiedengeschlechtlichen Paaren bei einer heterologen Befruchtung die Inanspruchnahme einer Samenspende von einer Samenbank im Vordergrund stehen dürfte, bei der die Einwilligung des Ehemannes typischerweise dokumentiert sein wird, sind bei gleichgeschlechtlichen Paaren auch private Samenspenden verbreitet. Hier sorgt das Erfordernis der schriftlichen Form für größere Rechtssicherheit, ohne andererseits durch zu hohe Formanforderungen deren Nichteinhaltung in einer großen Zahl der Fälle konsentierter Befruchtung zu riskieren. Fehlt es an einem solchen Verzicht, so soll im Übrigen die Möglichkeit der Anfechtung nach § 1599a I BGB-E bestehen bleiben mit der Folge, dass die Ehefrau bzw.

Lebenspartnerin bei erfolgreicher Anfechtung nach § 1599 I BGB nicht als Mutter gilt.

Zustimmung verdient auch die in § 1599a III BGB-E vorgesehene Regelung zum **Anfechtungsausschluss** des **Samenspenders**. Grundsätzlich ist das Interesse des biologischen Vaters, die rechtliche Elternstellung zu erlangen, verfassungsrechtlich geschützt. In die rechtliche Elternstellung kann er nur nach Anfechtung der Mutterschaft der Co-Mutter einrücken. Der Ausschluss des Anfechtungsrechts des Samenspenders als biologischem Vater ist daher nur bei einem wirksamen **Verzicht** zulässig. Die vorgesehene Regelung schafft hier im Interesse aller Beteiligten Klarheit. Sie differenziert zwischen privaten Samenspenden und solchen, die einer Samenbank oder ärztlichen Praxis zur Verfügung gestellt wurden. Die grundsätzlich für einen Verzicht des Samenspenders auf sein Anfechtungsrecht vorgesehene Schriftform gewährleistet bei der **privaten Samenspende**, dass der Samenspender auch tatsächlich das Bewusstsein und den Willen hat, auf seine Rechtsstellung als Vater zu verzichten. Zudem verschafft sie auch den Partnerinnen die Sicherheit, dass sie künftig gemeinsam die Elternverantwortung für das Kind übernehmen können, ohne dass sich der Spender abredewidrig in die Beziehung zu ihrem Kind hineindrängt. Beweisschwierigkeiten wird durch die Schriftform begegnet.

Letztlich eröffnet die vorgeschlagene Regelung die Möglichkeit, in einer **Elternvereinbarung** zeitgleich einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht sowohl der Ehefrau bzw. Lebenspartnerin als auch des Samenspenders vorzusehen. In einem weiteren Schritt ließe sich hier noch die Möglichkeit eines präkonzeptionellen Anerkenntnisses mit Zustimmung der Mutter vorsehen, um auch bei nicht durch Ehe oder Lebenspartnerschaft verbundenen Partnerinnen bereits vor der Zeugung allseits für Rechtssicherheit zu sorgen. Denn untrennbar mit der Freistellung des Samenspenders auf der einen Seite ist auf der anderen Seite die Notwendigkeit verbunden, das Kind möglichst frühzeitig und sicher **rechtlichen Eltern** zuzuordnen. So ist bereits vor Zeugung des Kindes sichergestellt, dass die Personen rechtliche Eltern werden, die später Elternverantwortung übernehmen wollen, nicht hingegen der Spender.

Wurde die Samenspende an eine **Samenbank** oder eine **ärztliche Praxis** verkauft, soll dies dem Entwurf zufolge als Verzicht des Samenspenders gelten, sodass es nicht der ansonsten vorgesehenen schriftlichen Erklärung bedarf. In der Tat kann in diesen Fällen davon ausgegangen werden, dass der Spender im Bewusstsein und mit dem Willen handelt, auf seine Elternstellung zu verzichten. Ob tatsächlich, wie dies der Entwurf nahelegt, die mit dem Kriterium des Verkaufs verbundene Entgeltlichkeit der Samenspende entscheidend sein sollte, mag man bezweifeln. Wird eine

Spende einer Samenbank zur Verfügung gestellt, was regelmäßig gegen eine Aufwandsentschädigung geschieht, sollte stets von einem Verzicht ausgegangen werden.

4. Folgeregelungen

Der Reformbedarf erstreckt sich auf die **Anpassung** einer Reihe von Folgeregelungen, wie sie der Entwurf auch partiell bereits beinhaltet. Zu präzisieren bzw. zu ergänzen bleibt an verschiedenen Punkten, auf welche Mutter (Mutter i.S.v. § 1591 Nr. 1, 2 und/oder 3 BGB-E) sich die jeweiligen Regelungen beziehen. Soweit die gebärende Frau gemeint ist, sollte dies stets durch den Bezug auf Nr. 1 deutlich gemacht werden. In jedem Fall bedarf § 1600d I BGB-E einer Ergänzung um §§ 1591 Nr. 3, 1593 BGB-E, da sowohl eine bestehende Mutterschaft aufgrund einer Ehe bzw. Lebenspartnerschaft nach Nr. 2 als auch eine solche aufgrund Anerkennung nach Nr. 3 einer gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft entgegensteht.

III. Fazit

1. Das Ziel des Entwurfs, die Eltern-Kind-Beziehung in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften rechtlich abzusichern, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es ist dringend erforderlich, Kindern, die in diese Partnerschaften hineingeboren werden, die gleiche rechtliche Absicherung zu gewähren, wie sie Kinder in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften genießen. Die Stiefkindadoption stellt keinen gleichwertigen Weg dar: Zum einen ist sie nur bei Bestehen einer Ehe bzw. eingetragenen Lebenspartnerschaft möglich. Zum anderen fehlt es bis zum Ausspruch der Adoption an jeglicher Absicherung der faktischen Eltern-Kind-Beziehung, sodass weder ein Sorgerecht besteht noch Unterhalts- und Erbsprüche existieren. Letztlich kann eine Adoption unter Umständen sogar ganz scheitern. Erforderlich ist eine rechtliche Absicherung unmittelbar mit der Geburt.
2. Der Weg, auf dem dieses Ziel erreicht werden soll, verdient ebenfalls vorbehaltlos Zustimmung. Werden Kinder in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft hineingeboren, so geschieht dies in der Regel aufgrund einer Fremdbefruchtung mit Spendersamen, die mit Zustimmung der Partnerin der Mutter erfolgt. Der Mutterschaft kraft Ehe bzw. eingetragener Lebenspartnerschaft liegt ebenso wie der vorgesehenen Anerkennung der Mutterschaft das Prinzip der Verantwortung für die Entstehung des Kindes zugrunde. Wer sich mit dem Willen zur

Elternschaft für die Zeugung eines Kindes entscheidet, bringt damit auch seine Bereitschaft zur Übernahme aller mit der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung verbundenen Rechte und Pflichten zum Ausdruck. Wer hingegen wie ein Spender zwar genetischer Elternteil ist, aber nicht zur Übernahme von Elternverantwortung bereit ist, sollte auch nicht in die Elternstellung einrücken. Der Entwurf schafft hier Rechtssicherheit, indem er entsprechende Erklärungen zum Verzicht auf die Anfechtung sowohl der Ehegattin bzw. Lebenspartnerin als auch des Spenders vorsieht.

3. Diese Regelungen entsprechen auch dem Interesse und Wohl des Kindes, das die Personen als Eltern erhält, die künftig die Elternverantwortung übernehmen wollen. Sein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Kenntnis seiner Abstammung ist auf andere Weise, wie durch das Samenspenderregister bei der offiziellen Samenspende, nicht hingegen durch die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung zu gewährleisten.
4. Ohne Zweifel besteht weitergehender Reformbedarf im Bereich des Kindschaftsrechts: Insbesondere sollte – für verschiedengeschlechtliche ebenso wie für gleichgeschlechtliche Paare – die Möglichkeit der präkonzeptionellen Anerkennung und damit einer umfassenden Elternvereinbarung vorgesehen werden. Auch sollte eine gerichtliche Feststellung der Elternschaft des Partners bzw. der Partnerin ermöglicht werden, die einer Fremdbefruchtung der Mutter zugestimmt hat. Zudem wird es, auch mit Blick auf die Einführung des dritten Geschlechts, gelten, sich von den herkömmlichen Begriffen der Vater- und Mutterschaft zu verabschieden und diese – wie auch vom Europarat empfohlen – durch den der Elternschaft zu ersetzen. Der vorliegende Entwurf stellt einen wesentlichen Schritt auf dem Weg zu einer umfassenderen Reform dar. Dieser Schritt ist für sich genommen wesentlich und dringend notwendig.