

I. WER SIND DIE RECHTLICHEN ELTERN DES KINDES?

Im Abstammungsrecht ist derzeit vieles in Bewegung. Es geht um die für das Familienrecht grundlegende Frage der Elternschaft: Welche Personen erkennt das Recht als Eltern an? Wer ist Mutter? Wer ist Vater? Das sind nicht nur rechtlich bedeutsame Fragen, aus denen sich zahlreiche Rechte, Pflichten und sonstige Rechtsfolgen ergeben. Vielmehr haben sie auch auf individueller und gesellschaftlicher Ebene eine hohe Bedeutung. Die Elternschaft ist eng mit kulturellen Vorstellungen und der persönlichen Identität verbunden. Daher wird um sie oft leidenschaftlich gestritten – vor Gericht und in der Rechtspolitik.

Das Bundesministerium der Justiz hat am 16. Januar 2024 Eckpunkte für eine Reform des Abstammungsrechts vorgelegt. Der vorliegende Beitrag führt zunächst in die Grundlagen des geltenden Abstammungsrechts ein (II.). Nach einem Überblick über die verschiedenen Arten der Elternschaft werden der verfassungsrechtliche Rahmen des Abstammungsrechts sowie die familienrechtlichen Regelungen zur Mutter- und Vaterschaft erläutert. Anschließend wird anhand von Schwerpunkten die aktuelle Reformdiskussion dargestellt (III.). Besprochen werden die zweite Mutterschaft, die Elternschaftsvereinbarung und die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Stärkung der Rechte leiblicher Väter. In einem Fazit erfolgt eine zusammenfassende Bewertung der vorgestellten Reformvorschläge (IV.).

II. DAS GELTENDE ABSTAMMUNGSRECHT

1. Verschiedene Arten von Elternschaft

Das Abstammungsrecht regelt, welche Personen die rechtlichen Eltern eines Kindes sind. Es ist bereits heute so, dass die biologischen Eltern nicht immer auch die rechtlichen Eltern des Kindes sind. Das Recht nimmt bei der Festlegung der Elternschaft eine Wertung vor und knüpft dabei an tatsächliche Umstände an. Grundsätzlich kommen verschiedene Typen von Eltern für die rechtliche Elternschaft in Betracht¹:

- **biologische bzw. leibliche Eltern:** Das sind die Mutter, die das Kind auf die Welt gebracht hat, und der Vater, von dem die Samenzelle stammt.
- **genetische Eltern:** Das sind die Personen, die mit dem Kind genetisch verwandt sind. Bei der Vaterschaft ergibt sich kein Unterschied zur biologischen Elternschaft. Bei der Mutterschaft können im Fall der Eizellspende die gebärende Mutter und die genetische Mutter unterschiedliche Personen sein.

¹ Vgl. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht „Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts“ (2017), S. 21 f.

• **soziale Eltern:** Das sind die Personen, die tatsächlich Verantwortung für das Kind übernehmen und sich um das Kind kümmern.

• **„intendierte Eltern“ bzw. „Wunscheltern“:** Das sind die Personen, die sich bei der Zeugung des Kindes wünschen, später die Elternschaft für das Kind zu übernehmen. Der Begriff wird vor allem gebraucht, wenn das Kind unter Nutzung reproduktionsmedizinischer Methoden gezeugt wird, also z.B. im Rahmen einer Samen- oder Eizellspende oder bei einer Leihmutterschaft.

Bei einer natürlichen Zeugung sind die biologischen, genetischen, sozialen und intendierten Eltern oft dieselben Personen. In diesen Fällen ist es im Ergebnis egal, woran das Recht anknüpft. Wenn allerdings eine **„gespaltene Elternschaft“** vorliegt und beispielsweise die biologische und die soziale Elternschaft auseinanderfallen, muss das Recht eine Entscheidung treffen, wer die rechtliche Elternschaft erhalten soll.

Da diese Entscheidung zwangsläufig zu Lasten von Personen geht, die ebenfalls Argumente für ihre eigene Elternschaft anführen können, gewährt das Recht auch Personen, die nicht rechtliche Eltern des Kindes sind, Teile der typischerweise mit der Elternschaft verbundenen Rechte. So hat z.B. auch der leibliche Vater, der nicht zugleich rechtlicher Vater des Kindes ist, ein Umgangs- und Auskunftsrecht (unter den weiteren Voraussetzungen, § 1686a Abs. 1 BGB). Ebenso hat der mit dem alleinsorgeberechtigten Elternteil verheiratete Ehegatte, der kein rechtlicher, sondern nur ein sozialer Elternteil des Kindes ist, ein sog. „kleines Sorgerecht“. Dieses gibt ihm, im Einvernehmen mit dem orgeberechtigten Elternteil, eine Mitentscheidungsbefugnis in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes (§ 1687b Abs. 1 BGB). Generell gibt es in der Gesellschaft und im Recht einen Trend zu einer stärkeren **Fragmentierung, Pluralisierung und Vielfalt der Elternschaft**, der sich auch in den aktuellen Eckpunkten des Bundesjustizministeriums fortsetzt.

2. Der verfassungsrechtliche Rahmen des Abstammungsrechts

Der Gesetzgeber ist nicht völlig frei in seiner Entscheidung, welchen Personen er die rechtliche Elternschaft zuordnen möchte. Den familienrechtlichen Rahmen setzt das Grundgesetz. Dieses spricht in Art. 6 Abs. 2 GG davon, dass die Pflege und Erziehung der Kinder „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ sind. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Begriff des „natürlichen Rechts“ ab, dass unter Eltern in erster Linie die leiblichen Eltern des Kindes zu verstehen sind. Der Gesetzgeber sei daher

gehalten, „die Zuweisung der rechtlichen Elternposition an der Abstammung des Kindes auszurichten“². Es bestehe ein „Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen“³. Dieser Grundsatz wird auch als Abstammungsprinzip bezeichnet. Dieses prägt das geltende Abstammungsrecht. Dahinter steht die Vorstellung, „dass diejenigen Personen, die dem Kind ‚das Leben gegeben haben‘, von Natur aus bereit und berufen sind, die mit dem Elterngrundrecht notwendig verbundene Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen“⁴.

Das tatsächliche Zusammenleben von leiblichem, nicht rechtlichem Vater, rechtlicher Mutter und Kind in sozial-familiärer Gemeinschaft ist eine Familie und als solche durch das Grundgesetz geschützt (Art. 6 Abs. 1 GG). Wenn der Gesetzgeber oder die Gerichte eine Entscheidung zwischen den biologischen und den sozialen Eltern treffen müssen (z. B. bei der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater), sind daher das Elternrecht und das Familiengrundrecht abzuwägen.

Obwohl Elternschaft verfassungsrechtlich somit primär die leibliche Elternschaft meint, hat das Bundesverfassungsgericht nicht verlangt, dass die biologische Abstammung bei der Zuordnung der Elternschaft das einzige Kriterium sein muss.

3. Die geltende Regelung der Mutterschaft

Die Mutterschaft ist in einem einzigen Satz geregelt: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“ (§ 1591 BGB). Durch diese Regelung hat sich der Gesetzgeber festgelegt, dass die leibliche Mutter auch die rechtliche Mutter sein soll. Würde entgegen dem in Deutschland geltenden Verbot eine Eizellspende vorgenommen⁵, würde die von der Geburtsmutter zu unterscheidende genetische Mutter nicht Mutter. Der genetischen Mutter steht – anders als dem genetischen Vater – auch kein Recht zu, die rechtliche Elternschaft einer anderen Frau anzufechten.

Würde entgegen dem in Deutschland geltenden Verbot eine Leihmutterschaft durchgeführt, wird nach der aktuell geltenden Regelung des § 1591 BGB nicht die intendierte Mutter („Wunschkutter“) zur rechtlichen Mutter, sondern die das Kind gebärende Leihmutter. Dadurch wird die Praxis der Leihmutterschaft abstammungsrechtlich erschwert. Das war auch die Intention des Gesetzgebers, da die Leihmutterschaft im deutschen Recht nach herkömmlicher Rechtsansicht als nicht vereinbar mit der Menschenwürde der Leihmutter und des („zur Bestellwäre werdenden“) Kindes angesehen wird.

² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09. April 2003 - 1 BvR 1493/96 -, Rn. 56.

³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09. April 2003 - 1 BvR 1493/96 -, Rn. 68.

⁴ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09. April 2003 - 1 BvR 1493/96 -, Rn. 56

⁵ Es gibt Länder, in denen die Eizellspende erlaubt ist.

Die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums für eine Reform des Abstammungsrechts sehen in Bezug auf die Mutterschaft der Geburtsmutter keine Änderung vor.

4. Die geltende Regelung der Vaterschaft

Bei der Vaterschaft ist die Regelung komplexer als bei der Mutterschaft. § 1592 BGB lautet:

Vater eines Kindes ist der Mann,

1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft [...] gerichtlich festgestellt ist.

Bei der Geburt des Kindes wird der Ehemann der Mutter dem Kind als rechtlicher Vater zugeordnet. Ist die Mutter unverheiratet, wird derjenige rechtlicher Vater, der die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt hat (§§ 1592 Nr. 2, 1595 Abs. 1 BGB). Erkennt der mutmaßliche Vater die Vaterschaft nicht an oder stimmt die Mutter der Anerkennung nicht zu, können die Mutter, das Kind und der potenzielle Vater die Vaterschaft gerichtlich feststellen lassen. Im Rahmen des Verfahrens zur Feststellung der Vaterschaft wird die biologische Vaterschaft in der Regel durch einen Vaterschaftstest (ein DNA-Gutachten) ermittelt.

Dieser Regelung liegt – in Übereinstimmung mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen (s.o.) – das Abstammungsprinzip zugrunde. Ehe und Anerkennung werden als Zuordnungskriterien herangezogen, weil sich aus ihnen die Vermutung der biologischen Elternschaft ergibt. Der Grund der Zuordnung des Kindes zum Vater ist also nicht die Ehe oder die Anerkennung selbst, sondern die (aufgrund der Ehe bzw. Anerkennung) vermutete biologische Abstammung. Da die Vermutung zwar statistisch in der überwiegenden Zahl der Fälle richtig ist, aber nicht richtig sein muss, gibt es für den biologischen Vater, der nicht als rechtlicher Elternteil zugeordnet wurde, die Möglichkeit, die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes anzufechten und sich als Vater gerichtlich feststellen zu lassen (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 182 FamFG; § 1592 Nr. 3, 2. Alt. BGB). Auch der rechtliche Vater, die Mutter und das Kind sind berechtigt, eine rechtliche Vaterschaft anzufechten, die nicht der biologischen Abstammung entspricht (§ 1600 Abs. 1 BGB).

Bei der Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft gibt es aber Einschränkungen. Zum einen ist sie nur innerhalb einer 2-Jahres-Frist möglich. Diese beginnt mit Kenntnis der Umstände, die gegen die Vaterschaft sprechen (§ 1600b Abs. 1 S. 2 BGB). Zum anderen ist die Anfechtung des biologischen Vaters ausgeschlossen, wenn eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater besteht (§ 1600 Abs. 2 BGB). Diese Regelung priorisiert die soziale Elternschaft des mit der Mutter und dem Kind als Familie zusammenlebenden rechtlichen Vaters gegenüber der leiblichen Vaterschaft.

Schließlich ist eine Anfechtung durch den biologischen Vater auch dann nicht möglich, wenn dieser im Rahmen einer ärztlich unterstützten Samenspende (sog. „offizielle Samenspende“) seinen Samen zur Verfügung gestellt hat (§ 1600d Abs. 4 BGB).

III. AKTUELLE REFORMVORSCHLÄGE IM ABSTAMMUNGSRECHT

Die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums für eine Reform des Abstammungsrechts enthalten bei dieser Regelung verschiedene Reformvorschläge, von denen im Folgenden drei herausgegriffen und näher erläutert werden sollen:

- Möglichkeit der Zuordnung einer zweiten Frau neben der Geburtsmutter durch Ehe oder Anerkennung als (zweite) Mutter. Bisher kann neben der Geburtsmutter nur ein Vater als zweiter Elternteil zugeordnet werden. Gleichgeschlechtlichen Frauenpaaren sind derzeit für die gemeinsame rechtliche Elternschaft auf die Adoption angewiesen.
- sichere Zuordnung der Elternschaft im Fall der privaten Samenspende. Im geltenden Recht ist die Anfechtung und Feststellung des biologischen Vaters nur bei der offiziellen Samenspende gesetzlich ausgeschlossen, nicht aber in allen Fällen der privaten Samenspende (sog. „Becherspende“), vgl. §§ 1600 Abs. 4, 1600d Abs. 4 BGB.
- Verbesserung der Erfolgchancen der Vaterschaftsanfechtung durch leibliche Väter, wenn die Mutter mit dem rechtlichen Vater und dem Kind in einer Familie lebt. In diesen Fällen ist die Anfechtung derzeit nach Maßgabe des § 1600 Abs. 2, 3 BGB ausgeschlossen, so dass der leibliche Vater nahezu keine Chance auf die rechtliche Elternschaft hat.

1. Ermöglichung der Mutterschaft einer weiteren Frau

Die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums für eine Reform des Abstammungsrechts sehen vor, eine zweite Mutterschaft einzuführen.⁶ Vorgeschlagen wird eine Regelung entsprechend der oben erläuterten Regelung der Vaterschaft. Sie könnte folgendermaßen aussehen:

Mutter eines Kindes ist auch die Frau,

1. die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Geburtsmutter des Kindes verheiratet ist,
2. die die Mutterschaft anerkannt hat

⁶ Das Eckpunktepapier widmet sich lediglich der Problematik im Falle einer (Ehe-)Partnerschaft zwischen zwei Frauen. Die gleichfalls bestehende Problematik im Falle der (Ehe-)Partnerschaft zwischen zwei Männern wird hingegen überhaupt nicht angesprochen, was im Hinblick auf die Ungleichbehandlung zwischen beiden Konstellationen (bei Männern ist die Einführung einer zweiten Vaterstelle nicht vorgesehen) als problematisch angesehen werden kann.

Eine gerichtliche Feststellung der (zweiten) Mutterschaft soll es – anders als bei der Vaterschaft – wohl nicht geben. Grundlage eines solchen Feststellungsverfahrens könnte jedenfalls nicht die biologische Abstammung sein.⁷

Die Regelung der Mutterschaft einer weiteren Frau würde eine Abweichung vom bisher geltenden Abstammungsprinzip bedeuten. Bei einer Übertragung der Regelung der Vaterschaft auf die (Ehe-)Partnerin der Geburtsmutter wird dieser das Kind zugeordnet, obwohl es auch einen biologischen Vater gibt und die biologische Elternschaft ausgeschlossen ist. Zuordnungsgrund kann nicht mehr die vermutete biologische Abstammung sein, sondern nur die Ehe selbst bzw. der in der Anerkennung der (zweiten) Mutterschaft liegende Wille zur Elternschaft. Man kann den Zuordnungsgrund in diesen Fällen in der zu erwartenden sozialen Elternschaft sehen. Denn es liegt nahe, dass die (Ehe-)Partnerin der Mutter tatsächliche Verantwortung für das Kind übernehmen wird. In der Ehe ergibt sich aus der Verpflichtung zur „ehelichen Lebensgemeinschaft“ (§ 1353 Abs. 1 S. 2 BGB) die Erwartung, dass die Ehepartnerinnen mit dem Kind eine Familie bilden werden. Einer mit Zustimmung der Geburtsmutter erfolgten Anerkennung der (zweiten) Mutterschaft kann man den Willen entnehmen, tatsächliche Verantwortung für das Kind übernehmen zu wollen, so dass auch hier die zu erwartende soziale Elternschaft als Zuordnungsgrund angesehen werden kann. Als weiteren Zuordnungsgrund könnte man zudem die Vermutung sehen, dass die (Ehe-)Partnerin der Geburtsmutter gemeinsam mit dieser eine Samenspende veranlasst hat und dadurch mittelbar beteiligt an der Zeugung war. Zwar hat die (zweite) Mutter in Fällen der Samenspende dem Kind nicht „das Leben gegeben“, aber doch einen ursächlichen Beitrag für die Entstehung des Kindes geleistet.

Trotz der Abweichung vom Abstammungsprinzip handelt es sich bei der Einführung der Mutterschaft einer weiteren Frau um eine Veränderung, aber nicht um eine Revolution im Abstammungsrecht. Die große Mehrheit der Kinder kommt in verschiedengeschlechtlichen Paaren auf die Welt und würde weiterhin entsprechend dem Abstammungsprinzip zugeordnet werden. Zudem werden mit der Ehe und der Anerkennung (sowie den dahinterstehenden Gedanken der sozialen Elternschaft und der „Verursachung der Existenz“) Zuordnungskriterien herangezogen, die es auch im geltenden Recht schon gibt – einschließlich der grundsätzlichen Möglichkeit der Anfechtung durch den biologischen Vater.

Die Reform lässt sich bei einer gleichgeschlechtlichen Ehe oder einer festen Partnerschaft zwischen zwei Frauen mit Blick auf das Kindeswohl begründen. Das Kindes-

⁷ Vgl. für einen anderen Bezugspunkt: Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft (Deutscher Juristentag 2016), S. 100.

wohl ist im Abstammungsrecht zwar kein Zuordnungskriterium im Sinne einer konkreten Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall. Eine solche würde auch dem Zweck des Abstammungsrechts zuwiderlaufen, dem Kind zu dessen Schutz möglichst unmittelbar bei Geburt zwei rechtliche Eltern zuzuordnen. Dennoch steht der Gedanke des Kindeswohles hinter den bestehenden Zuordnungskriterien. So begründet das Bundesverfassungsgericht das Abstammungsprinzip mit der zu erwartenden Bereitschaft der leiblichen Eltern, die Pflichten der Elternschaft auf sich zu nehmen (s.o.).

Wenn eine Ehe oder eine feste Partnerschaft zwischen zwei Frauen vorliegt, spricht viel dafür, dass es für das Kind das Beste ist, wenn die Ehefrau der Mutter der zweite Elternteil wird. Denn die Ehe als auf Dauer angelegte, umfassende Lebens-, Rechts- und Wirtschaftsgemeinschaft schließt auch die gemeinsame Verantwortung für die von der Ehefrau geborenen Kinder ein. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits für die eingetragene Lebenspartnerschaft festgestellt, dass diese den Kindern das Aufwachsen in „behüteten Verhältnissen“ ermögliche.⁸ Das gilt erst recht für die Ehe. Zudem enthält schon das geltende Recht im Rahmen der Anfechtungsregelungen den Gedanken, dass die gelebte soziale Familie Vorrang vor der biologischen Abstammung hat und nicht durch den anfechtenden leiblichen Vater beeinträchtigt werden soll (s.o.).

2. Einführung einer Elternschaftsvereinbarung

Das Bundesjustizministerium schlägt in den Eckpunkten die Einführung einer Elternschaftsvereinbarung vor. Durch die öffentlich zu beurkundende Elternschaftsvereinbarung soll vor der Zeugung vereinbart werden können, wer neben der Geburtsmutter zweiter Elternteil werden soll. Die Vereinbarung soll den gesetzlichen Regelungen zur Elternschaft (Vaterschaft bzw. zweite Mutterschaft durch Ehe, Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der biologischen Elternschaft) vorgehen und eine sichere Zuordnung der Elternschaft ermöglichen, die nicht angefochten werden kann, auch nicht durch das Kind.⁹ Die Elternschaftsvereinbarung soll für das erste Kind gelten, das innerhalb von drei Jahren gezeugt und geboren wird, sofern nicht durch einen Beteiligten ein Widerruf der Vereinbarung erfolgt. Eine Beschränkung der Elternschaftsvereinbarung auf Fälle der Samenspende sehen die Eckpunkte nicht vor.

Anders als die (zweite) Mutterschaft wäre die Einführung einer solchen Elternschaftsvereinbarung ein grundlegender Wandel im Abstammungsrecht. Die gesetzlichen Regelungen der Elternschaft stünden zur vertraglichen Disposition und gälten nur noch, soweit nichts anderes

vereinbart ist. Die vertragliche Zuordnung wäre primär, die gesetzliche Zuordnung sekundär. Es ist zweifelhaft, ob diese Freiheit im Umgang mit der Zuordnung von Kindern dem Kindeswohl entspricht. Dem verfassungsrechtlich geschützten Abstammungsprinzip entspricht dies nicht. Kinder sollten kein Vertragsgegenstand sein, über den die an der Entstehung des Kindes beteiligten Erwachsenen frei verfügen können. Es ist außerdem zu bedenken, dass die Vertragsfreiheit in der sozialen Wirklichkeit durch ungleiche Machtverhältnisse beeinflusst und möglicherweise beeinträchtigt sein kann.

Die Einführung einer Elternschaftsvereinbarung ist daher abzulehnen. Im Abstammungsrecht sollte es verbindliche und rational begründete Zuordnungskriterien geben, die im Regelfall zu der dem Kindeswohl am besten dienenden Eltern-Kind-Zuordnung führen. Dem Kindeswohl dient es in der Regel langfristig am besten, wenn das Kind entweder den biologischen Eltern oder der Geburtsmutter und ihrem festen Partner (bzw. ihrer festen Partnerin) zugeordnet wird. Denn hier ist die Beständigkeit der Eltern-Kind-Beziehung am besten gewährleistet. Wie oben ausgeführt (siehe II.2.) sind die biologischen Eltern nach dem Bundesverfassungsgericht „von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen [...], die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“. Es ist zweifelhaft, ob eine vertragliche Bindung durch eine Elternschaftsvereinbarung ebenso fest und dauerhaft ist – insbesondere, wenn sich das Leben anders entwickelt, als es ursprünglich geplant war, z. B. wenn Beziehungen auseinandergehen oder Beteiligte krank werden. Bei Verträgen gilt prinzipiell der Gedanke, dass man sich von ihnen auch wieder lösen kann, wenn der Vertrag nicht mehr zum Leben passt. Für Kinder sind aber stabile, krisenfeste Bindungen von großer Wichtigkeit. Dort, wo sie bestehen – z. B. im Rahmen von Verwandtschaft und dauerhaften Beziehungen – sollte das Recht sie stärken. Wenn im Einzelfall von der gesetzlichen Zuordnung abgewichen werden soll, ist ein Adoptionsverfahren der richtige Weg, in dem auch eine einzelfallbezogene Kindeswohlprüfung erfolgt.

Wenn es dem Bundesjustizministerium nur darum geht, auch in den Fällen der privaten Samenspende eine sichere Eltern-Kind-Zuordnung zu ermöglichen, ist die Einführung einer Elternschaftsvereinbarung nicht erforderlich. Statt der Einführung eines den gesetzlichen Regelungen vorgeschalteten Systems der vertraglichen Eltern-Kind-Zuordnung ist eine Lösung im Rahmen der gesetzlichen Regelung möglich. Zum Beispiel könnte man in allen Fällen der Samenspende die Anfechtung der Vater- bzw. zweiten Mutterschaft und die gerichtliche Feststellung des Samenspenders ausschließen.¹⁰ Erforderlich wäre dann aber in Fällen der „nicht offiziellen Samenspende“, dass sichergestellt ist, dass jeder priva-

⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Mai 2013 - 2 BvR 909/06 -, Rn. 100.

⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (BMJ), Eckpunkte Abstammungsrecht (16.01.2024), S. 12.

¹⁰ Zu überlegen wäre allenfalls, ob man das im geltenden Recht gegebene Anfechtungsrecht des Kindes erhalten sollte, da das Kind sich die Umstände seiner Entstehung nicht ausgesucht hat.

te Samenspender Kenntnis von diesem Ausschluss hat. Die geplante Einführung einer Elternschaftsvereinbarung wirkt wie ein erster Schritt zur gesellschaftlich hoch umstrittenen Legalisierung der Leihmutterschaft. Führt man den Gedanken in das Recht ein, dass private Vereinbarungen über die Eltern-Kind-Zuordnung den gesetzlichen Zuordnungskriterien vorgehen, wird auch die Frage aufgeworfen, warum sich die Vertragsfreiheit nur auf die Vater- und (zweite) Mutterschaft beziehen sollte und nicht auch auf die Mutterschaft. Warum sollte es dann weiterhin zwingend sein, dass die Mutter des Kindes die Frau ist, die das Kind geboren hat (§ 1591 BGB)? Die Eckpunkte betonen zwar, dass diese Regelung, die momentan der Einführung der Leihmutterschaft im Weg steht, erhalten bleiben soll. Mittelfristig steht dieses Bekenntnis aber auf unsicherer Grundlage. Eine Erweiterung der Elternschaftsvereinbarung auf Fälle der Leihmutterschaft wäre rechtssystematisch ohne weiteres möglich und läge im Rahmen der durch die Eckpunkte eingeführten Logik eines vertraglich dispositiven Abstammungsrechtes. So wird folgerichtig auch in der politischen Debatte argumentiert. So schreibt die Tageszeitung (taz) vom 26. März 2024: „Das Konzept auf die erste Elternstelle zu übertragen, wäre also immanent.“¹¹ Im Hinblick darauf, dass die Mutterschaft der gebärenden Frau und das Verbot der Leihmutterschaft auch mittelfristig nicht in Frage gestellt werden sollten, ist die Einführung einer Elternschaftsvereinbarung abzulehnen.

3. Stärkung der Rechte leiblicher Väter

Die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums für eine Reform des Abstammungsrechts sehen auch eine Stärkung der Rechte leiblicher Väter vor. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer Entscheidung von 2003 betont, dass das Elternrecht (Art. 6 Abs 2 GG) „den leiblichen Vater [...] in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen“¹² schütze. Von diesem Schutz bleibt jedoch nach geltender Rechtslage wenig übrig, wenn die Mutter mit einem neuen Partner und dem Kind als Familie zusammenlebt. Das Problem der leiblichen Väter illustriert ein Fall, den das Bundesverfassungsgericht am 9. April 2024 entschieden hat:

V ist leiblicher Vater eines nichtehelichen Kindes. Mit der Mutter (M) lebt er bis kurz nach der Geburt zusammen. Nach der Trennung hat er zunächst täglich Umgang mit dem Kind. Da V nicht mit M verheiratet ist, wird er nicht automatisch zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes rechtlicher Vater. Daher erkennt er die Vaterschaft an. Die Anerkennung erfordert aber die Zustimmung der M. Diese stimmt der Vaterschaftsanerkennung nicht zu. Daher stellt V beim Familiengericht einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft. Nach Antragstellung

gewährt M ihm keinen Umgang mit dem Kind mehr. Sie hat inzwischen eine Beziehung mit D. Einer Vaterschaftsanerkennung des D stimmt M zu, so dass D rechtlicher Vater wird. V klagt den Umgang mit dem Kind ein (§ 1686a BGB), so dass er wieder wöchentlichen Umgang mit dem Kind hat.

Das Familiengericht hat in der ersten Instanz zugunsten des leiblichen Vaters entschieden. Zwar sei die Anfechtung der Vaterschaft ausgeschlossen, wenn eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater vorliegt (§ 1600 Abs. 2 BGB). Da die Vaterschaftsanfechtung aber kurz nach der Geburt erfolgt sei, liege aufgrund des Alters des Kleinkindes noch keine sozial-familiäre Beziehung vor. In der zweiten Instanz hat jedoch das Oberlandesgericht gegen den leiblichen Vater entschieden. Nach weiterem Zeitablauf bestehe inzwischen eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater, weshalb die Anfechtung des leiblichen Vaters keinen Erfolg habe. Daraufhin wendet sich der leibliche Vater an das Bundesverfassungsgericht.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass der leibliche Vater durch die gesetzlichen Regelungen in seinem Elternrecht verletzt werde. Dem leiblichen Vater müsse „ein hinreichend effektives Verfahren zur Verfügung stehen, das ihm die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft ermöglicht“¹³. In der Tat hatte der leibliche Vater im oben skizzierten Fall keine Chance auf die rechtliche Vaterschaft, obwohl er immer Vater sein wollte und sich von Anfang an um die rechtliche Vaterschaft bemüht hat. Dadurch läuft sein verfassungsrechtlicher Schutz als leiblicher Vater leer. Das Interessante an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist, dass sie die Stärkung der leiblichen Elternschaft mit der Aussage verbindet, dass die erforderliche Reform nicht zwingend zu Lasten des rechtlichen und sozialen Vaters gehen müsse. Der Gesetzgeber könne sich auch dazu entscheiden, dass es mehr als zwei Eltern geben könne (sog. Mehrelternschaft). Hier bestehe gesetzgeberischer Spielraum. Damit hat das Bundesverfassungsgericht das Zwei-Eltern-Prinzip, von dem es noch 2003 und 2008 ausgegangen war, als verfassungsrechtlichen Rahmen der Elternschaft aufgegeben. Verfassungsrechtlich erforderlich sei mit Blick auf das Kindeswohl nur noch eine „enge Begrenzung der Zahl der Elternteile“¹⁴. Offen bleibt bei dieser vagen Formulierung, ab welcher Elternzahl es zu viel wird. Bei vier Eltern wird man streiten können. Jedenfalls bei fünf Eltern wird man wohl keine „enge Begrenzung der Zahl“ mehr annehmen können.

Die bereits vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts veröffentlichten Eckpunkte des Bundes-

¹¹ Vgl. Markurt, „Sorgerecht für Leihmütter“, <https://taz.de/Umstrittene-Leihmutterschaft/15997375/>.

¹² BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09. April 2003 - 1 BvR 1493/96 - Rn. 55.

¹³ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. April 2024 - 1 BvR 2017/21 -, Leitsatz Nr. 5.

¹⁴ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. April 2024 - 1 BvR 2017/21 -, Leitsatz Nr. 3.

justizministeriums halten am Zwei-Eltern-Prinzip fest. Bundesjustizminister Buschmann hat das nach der Urteilsverkündung noch einmal bekräftigt. Zur Stärkung der leiblichen Väter sehen die Eckpunkte vor, dass eine Anfechtung nicht mehr generell ausgeschlossen sein soll, wenn eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater besteht. Vielmehr soll es möglich sein, auch eine – z.B. im Rahmen früheren Zusammenlebens mit der Mutter oder während des Umgangs mit dem Kind aufgebaute – sozial-familiäre Beziehung des leiblichen Vaters mit dem Kind zu berücksichtigen. Zukünftig soll im Rahmen einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden, ob das Anfechtungsinteresse des leiblichen Vaters das Interesse am Fortbestand der bisherigen rechtlichen Vaterschaft überwiegt. Im Zweifel soll aber weiterhin das Interesse am Erhalt der gelebten Familie Vorrang haben.

Diese geplanten Rechtsänderungen sind richtig. Sie sind mit Blick auf das Kindeswohl auch in ihrer Betonung des Schutzes der gelebten sozialen Familie zu unterstützen. Für das Festhalten am Zwei-Eltern-Prinzip spricht, dass die Konflikthanfälligkeit und die Schwierigkeit, bestehende Konflikte zu lösen, mit jedem weiteren Elternteil steigt. Das ist nicht im Sinne des Kindeswohls. Auch wenn die Zahl der rechtlichen Eltern auf zwei beschränkt bleiben sollte, spricht selbstverständlich nichts dagegen, dass sich mehr als zwei soziale Eltern um ein Kind kümmern und für dieses Verantwortung übernehmen können – solange alle Beteiligten damit einverstanden sind.

Fraglich ist, ob die vorgeschlagenen Rechtsänderungen ausreichen, um den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht zu werden, denn wenn die Mutter – wie im oben skizzierten Fall – dem Umgangswunsch des leiblichen Vaters nicht entspricht, wird es für diesen auch nach der vorgeschlagenen Rechtsänderung äußerst schwierig sein, eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufzubauen, die hinreichend stark ist, damit seine Anfechtung erfolgreich ist. Ob die Eckpunkte des Bundesjustizministeriums dem leiblichen Vater also bereits ein „hinreichend effektives Verfahren“ zur Erlangung der rechtlichen Elternschaft zur Verfügung stellen, ist zweifelhaft. Eine sicher mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vereinbare Reform müsste dem leiblichen Vater zumindest ein kurzes Zeitfenster einräumen, in dem seine Anfechtung unabhängig von einer neuen Familie der Mutter generell erfolgreich ist (z.B. in den ersten sechs Lebensmonaten des Kindes).

IV. FAZIT ZU DEN VORGESTELLTEN REFORMVORSCHLÄGEN

Die Einführung einer automatischen Zuordnung der (Ehe-)Partnerin der Geburtsmutter als zweiten Elternteil, ist eine Ausnahme vom generell weiterhin richtigen Abstammungsprinzip, die sich mit Blick auf das Kindes-

wohl gut begründen lässt. Abzulehnen ist die Einführung einer Elternschaftsvereinbarung, die eine vertragliche und den gesetzlichen Regelungen vorgehende Zuordnung der zweiten Elternstelle ermöglichen würde. Sie ist zur sicheren Eltern-Kind-Zuordnung bei Samenspenden nicht erforderlich und vor dem Hintergrund des bestehenden Verbots der Leihmutterschaft nicht angezeigt. Kinder sollten ihren Eltern entweder im Rahmen der Abstammung oder innerhalb stabiler sozialer Beziehungen zugeordnet werden. Die geplante Stärkung leiblicher Väter ist richtig und verfassungsrechtlich notwendig, aber möglicherweise mit Blick auf das aktuelle Urteil des Bundesverfassungsgerichts noch nicht ausreichend. Damit Streit unter den Eltern lösbar bleibt, sollte am Zwei-Eltern-Prinzip festgehalten und keine Mehrelternschaft eingeführt werden.



Matthias Dantlgraber
Bundesgeschäftsführer des Familienbundes der Katholiken

Foto: Thomas Trutschel / Photothek



Prof. Dr. Rolf Jox
Professor an der Katholischen Hochschule Nordrhein-Westfalen (Katho NRW) mit den Schwerpunkten Familien- sowie Kinder- und Jugendhilferecht; Mitglied im Sachausschuss Recht

Foto: Cathy Schneider / Berlin