



FORUM FÜR FACHFRAGEN  
FORUM FOR EXPERT DEBATES

## STELLUNGNAHME

des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF)  
vom 6. Mai 2019

zum Diskusstentwurf des Bundesministeriums der  
Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts

### I. Vorbemerkung

Das Institut begrüßt uneingeschränkt die substantiell wichtigste Neuerung, die mit dem Vorhaben eingeführt werden soll: die Rechtsfigur der **Mit-Mutter**. (Rechtliche) Mutter bleibt die Frau, die das Kind geboren hat. Neben diese soll in Zukunft aber nicht nur ein Mann als Vater, sondern auch eine weibliche oder diverse Mit-Mutter als zweiter rechtlicher Elternteil treten können, und zwar – wie bisher – durch Ehe, Anerkennung oder gerichtliche Feststellung.

Dem Entwurf gelingt ein insgesamt stimmiger Ausgleich der Rechte und Interessen der verschiedenen betroffenen Personen, insbesondere auch derjenigen des **biologischen Vaters**, der künftig – trotz bestehender sozial-familiärer Beziehung des Kindes zum rechtlichen Elternteil – im ersten halben Lebensjahr des Kindes dessen Elternschaft anfechten können soll.

Kritisch sieht das Institut allerdings die Regelung, die im Falle, dass der leibliche Vater und der rechtliche Elternteil (Vater oder Mit-Mutter) um die Elternrechtsposition konkurrieren, der Beziehung den Vorrang geben möchte, die für das Kind „wichtiger“ ist. Dieser Rechtsbegriff der „**wichtigeren“ Beziehung** führt zu einer für das Tatgericht kaum aufklär-

baren Frage, wer sich prognostisch besser als Elternteil eignet. Hier könnte überlegt werden, den Vorrang der biologischen Vaterschaft gesetzlich festzulegen, weil damit die Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Elternschaft erreicht würde (vgl BVerfG FamRZ 2003, 816, 820; 2011, 909 Rn. 72).

Weiteres zentrales Ziel des Entwurfs ist, eine rechtssichere und -verbindliche Möglichkeit zu schaffen, wie die Person, die sich aufgrund gemeinsamen Kinderwunsches mit der Mutter für deren **künstliche Befruchtung** entscheidet, in die zweite Elternstelle einrücken kann und muss. Hierfür soll künftig – bei entsprechender Verzichtserklärung des Samenspenders – die schriftliche Einwilligung des Wunschelternteils ausreichen. Die rechtliche Verankerung und Stärkung dieser „voluntativen“ Elternschaft wird begrüßt.

Kritisch sieht das Institut allerdings, dass für die **Einwilligung** in die künstliche Befruchtung lediglich die **Schriftform** und für deren **Widerruf** noch nicht einmal die Schriftform vorgesehen ist. Aufgrund der Reichweite der Erklärung und in der Parallele zur Anerkennung der Elternschaft bzw der Abgabe von Sorgeerklärungen plädiert das Institut dafür, hier eine öffentliche Beurkundung zu verlangen. Dass sich ein Elternteil, der sich für den aufwendigen Prozess einer künstlichen Befruchtung mitentscheidet, von seinem Entschluss wegen einer notwendigen öffentlichen Beurkundung abhalten lässt, ist unwahrscheinlich.

Schließlich wird die Ausweitung des Anspruchs auf **Klärung der genetischen Abstammung** ohne statusrechtliche Folgen auf bzw gegen den vermuteten leiblichen Vater sowie gegen die mutmaßliche leibliche Mutter vor dem Hintergrund der Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung begrüßt.

Der deutlich zunehmende Umfang der Vorschriften und auch ihre teilweise sehr **abstrakt wirkende Begrifflichkeit** („intendierter Vater oder intendierte Mit-Mutter“ statt Wunschelternteil, vgl § 1600 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E) erhöhen nicht die Bürger\*innennähe und Verständlichkeit des Gesetzes. Da diesen im Familienrecht und insbesondere im Abstammungsrecht aber besondere Bedeutung zukommt, könnte im weiteren Bearbeitungsprozess auf verständliche Sprache noch einmal ein besonderes Augenmerk gelegt werden.

Insgesamt ist dem Entwurf zu bescheinigen, dass er seine begrüßenswerten Zielsetzungen konsequent umsetzt und vor allem die Regelungen über die Mit-Mutterschaft in technisch stimmiger Weise in das geltende Abstammungsrecht einfügt.

Offen lässt der Entwurf, ob und wie spiegelbildlich die **Figur des Mit-Vaters** eingeführt werden könnte.

## II. Zu den einzelnen Vorschriften

### § 1592 Abs. 2 Nr. 1 und 2,

### § 1598a,1598c BGB-E **Begründung der Mit-Mutterschaft**

Die Mit-Mutterschaft soll auf dreierlei Weise begründet werden können:

- Durch Eheschließung mit der leiblichen Mutter, wenn das Kind danach zur Welt kommt (§ 1592 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E),

- durch voraussetzungslose Anerkennung der Mit-Mutterschaft (§ 1592 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E),
- durch gerichtliche Feststellung, wenn vor der künstlichen Befruchtung eine schriftliche Einwilligung der intendierten Mit-Mutter in Übereinstimmung mit der Mutter erklärt wurde (§§ 1598a, 1598c BGB-E).

### **§ 1593 S. 4 BGB-E    Vaterschaft und Mit-Mutterschaft bei Auflösung durch Ehe und Tod**

Der Regelungsgehalt des § 1593 S. 4 BGB-E erscheint sehr begrenzt, wenn nicht sogar entbehrlich.

Ausgangspunkt dieser speziellen Fallkonstellation ist, bezogen auf die Mit-Mutterschaft, dass eine Frau nach dem Tod eines Ehemannes inzwischen mit einer anderen Frau verheiratet ist. Innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit wird ein Kind geboren. Dieses ist grundsätzlich nach § 1593 S. 3 BGB-E als Kind der neuen Ehefrau anzusehen.

Die Mit-Mutter ist allein deshalb in der Elternstellung, weil sie nach § 1592 Abs. 2 Nr. 1 BGB-E mit der leiblichen Mutter verheiratet ist. Auf eine genetische Abstammung kommt es für eine Anfechtung überhaupt nicht an.

Insofern gibt es überhaupt nur zwei (theoretische) Situationen, in denen es zu einer erfolgreichen Anfechtung der so begründeten Mit-Mutterschaft kommen kann:

- Zeitnah zum Tod des Ehemannes hat sich die Mutter nach Maßgabe des § 1598c BGB-E künstlich befruchten lassen. Sie heiratet davor oder danach, aber jedenfalls vor der Geburt, eine andere Frau, die jedoch nicht iSv § 1598c BGB-E in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat. Das Anfechtungsrecht der Mit-Mutter folgt dann aus § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB-E, die Begründetheit ihres Antrags ergibt sich aus § 1600a Abs. 1 Nr. 1 BGB-E. Das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem Kind und seiner Mit-Mutter gem. § 1600 Abs. 2 BGB-E spielt insoweit nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle.
- In dem durch die gesetzliche Empfängniszeit überlagerten Zeitraum zwischen dem Tod des früheren Ehemannes und der Eheschließung mit einer anderen Frau hat die Mutter mit einem weiteren Mann ein Kind gezeugt und dieser ficht nunmehr die Mit-Mutterschaft an. Anfechtungsberechtigt ist er aus § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Begründet ist sein Antrag allein deshalb, weil er tatsächlich leiblicher Vater des Kindes ist (§ 1600a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E).

Allerdings wird regelmäßig nach der Geburt des Kindes eine sozial-familiäre Beziehung zwischen der Ehefrau und dem Kind entstehen, welche spätestens nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist des § 1600a Abs. 2 BGB-E den Erfolg einer Anfechtung blockiert.

Beide Fallkonstellationen werden in der Lebenswirklichkeit äußerst selten vorkommen.

Selbst wenn aus Gründen der systematischen Vollständigkeit auch solche extrem seltenen Fälle berücksichtigt werden sollen, stellt sich die Frage, ob die Bestimmung überhaupt notwendig ist und ob sie im Fall der Mit-Mutterschaft zu einem schlüssigen Ergebnis führt.

Der Sinngehalt der Sätze 3 und 4 der Bestimmung lässt sich vereinfacht wie folgt zusammenfassen:

- Es gibt ein Kind, das rechtlich vom verstorbenen Ehemann der Mutter abstammen kann. Ebenso rechtlich möglich ist aber die Zuordnung zum neuen Ehemann (als Vater des Kindes) oder zur nunmehrigen Ehefrau (als Mit-Mutter). Das Gesetz entscheidet sich für die Elternschaft – je nachdem – einer der letztgenannten Personen und damit gegen die Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes.
- Wird die Vaterschaft des neuen Ehemannes erfolgreich angefochten, bleibt es bei der zuvor als denkbare rechtliche Alternative festgehaltenen, aber nach dem Willen des Gesetzgebers zunächst ausgeschlossenen Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes.

Dazu drängt sich die Frage auf, ob dieses Ergebnis nicht schon aus der Gesetzessystematik folgt. Schließlich heißt es in § 1599 Abs. 1 BGB-E.

„(1) § 1592 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 1 und 2 sowie § 1593 gelten nicht, wenn aufgrund einer Anfechtung rechtskräftig festgestellt wird, dass der Mann nicht der Vater oder der Frau nicht die Mit-Mutter des Kindes ist.“

Die einschränkungslose Übertragung auf die Mit-Mutterschaft könnte zudem zu einem absurden Ergebnis führen:

Der Erfolg der Anfechtung der Mit-Mutterschaft durch den mutmaßlich leiblichen Vater setzt voraus, dass im Verfahren nachgewiesen wird: Er ist tatsächlich leiblicher Vater des Kindes (§ 1600a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Wird mit dieser Begründung – sofern keine ausreichend lange sozial-familiäre Beziehung zwischen Kind und Mit-Mutter entgegensteht – durch rechtskräftige Feststellung die angefochtene Mit-Mutterschaft beseitigt, hätte § 1593 S. 4 BGB-E gleichwohl zur Folge, dass das Kind danach rechtlich als Kind des früheren Ehegatten zu gelten hätte. Der mutmaßlich und tatsächlich leibliche Vater des Kindes müsste also in einem weiteren Verfahrensschritt diese Vaterschaft anfechten (zur Berechtigung vgl § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB-E), um sodann endgültig die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft aufgrund leiblicher Abstammung beantragen zu können (§ 1598 Abs. 1 Halbs. 1 BGB-E).

Auch diese Umständlichkeit spricht dafür, auf die Regelung des § 1593 S. 4 BGB-E zu verzichten. Das ließe Raum für die flexible Handhabung, einen Antrag auf Anfechtung der Mit-Mutterschaft seitens des mutmaßlich leiblichen Vaters iSv § 1600a Abs. 1 Nr. 2 BGB-E nach für ihn positiver Begutachtung um einen Antrag auf Feststellung seiner Vaterschaft zu erweitern.

Damit dies nicht mit dem Grundsatz des § 1598a Abs. 1 BGB-E kollidiert, sollte jener Bestimmung ein weiterer Satz angefügt werden:

„Satz 1 steht einer Feststellung der Vaterschaft des leiblichen Vaters nicht entgegen, sobald diese auf seine Anfechtung der Mit-Mutterschaft hin zur Überzeugung des Gerichts feststeht.“

Jedenfalls würde damit vermieden, dass

- aufgrund einer dem Ergebnis des Anfechtungsverfahrens (dh gutachtlich erwiesene biologische Vaterschaft des die Mit-Mutterschaft anfechtenden

Mannes) inhaltlich widersprechenden gesetzlichen Vaterschaftszuordnung zunächst wieder der verstorbene Ehemann als Vater gilt,

- dessen Vaterschaft durch den leiblichen Vater in einem zweiten Schritt angefochten werden müsste und
- erst auf der dritten Stufe einer danach möglichen Feststellung der Vaterschaft des biologischen Vaters – die bereits im Anfechtungsverfahren erwiesen ist – die Abstammungsverhältnisse rechtlich zutreffend geklärt werden könnten.

### **§ 1594 BGB-E      Anerkennung der Vaterschaft und Mit-Mutterschaft**

Positiv zu bewerten ist, dass durch Ergänzung des Abs. 4 eindeutig zum Ausdruck kommt, dass die Anerkennung zwar schon vor der Geburt des Kindes zulässig ist, nicht aber vor seiner Zeugung. Als Grundsatz war dies zwar schon zum geltenden Recht anerkannt. Allerdings wurde in der Literatur zu Recht befürwortet, für den Spezialfall der Zustimmung zu einer heterologen Insemination die Anerkennung bereits vor der Zeugung zuzulassen (*MüKo-BGB/Wellenhofer*, 7. Aufl. 2017, BGB § 1594 Rn. 41; *Erman/Hammermann BGB*, 15. Aufl. 2017, BGB § 1594 Rn. 14; *Spickhoff AcP* 197 (1997), 398 [426]; dazu auch *Knittel Beurkundungen im Kindschaftsrecht*, 8. Aufl. 2017, Rn. 261). Ein Bedürfnis hierfür war insbesondere durch die auf Ethikrichtlinien gestützten Anforderungen von Kliniken und anderen medizinischen Einrichtungen zur Reproduktionsassistenz entstanden, vor einer künstlichen Befruchtung bei einer nicht-verheirateten Frau die Abstammung des Kindes möglichst bereits im Vorfeld zu klären. Dies wird künftig durch die Regelungen zur rechtsverbindlichen Einwilligung in die künstliche Befruchtung in § 1598c Abs. 2 BGB-E entbehrlich sein.

### **§ 1596 BGB-E      Zustimmungsbedürftigkeit der Anerkennung**

Ebenso ist dem Entwurf darin beizupflichten, dass gem. Abs. 2 zur Anerkennung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft bezüglich eines bereits 14 Jahre alten Kindes dessen persönlich zu erklärende Zustimmung erforderlich ist, deren Wirksamkeit wiederum nicht von einer weiteren Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Das trägt dem Persönlichkeitsrecht eines solchen Kindes Rechnung, auch wenn eine Anerkennung der Abstammung in einem derart vorgerückten Lebensalter des Kindes wohl in der Praxis nicht besonders häufig vorkommen wird.

## § 1597 BGB-E      Formerfordernisse; Widerruf

Zur Vorgabe der öffentlichen Beurkundung nach Abs. 1 der Vorschrift ist darauf hinzuweisen, dass die mit § 1592 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E eingeführte Möglichkeit der Anerkennung der Mit-Mutterschaft entsprechende Folgeänderungen durch Erweiterungen der Beurkundungsregelungen in § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII sowie in § 44 Abs. 2 PStG erfordert.

## § 1598c BGB-E      Gerichtliche Feststellung bei künstlicher Befruchtung

Schriftform für die Einwilligung in die künstliche Befruchtung (Absatz 3)

Die Erklärung über die Einwilligung in die künstliche Befruchtung in Übereinstimmung mit der Mutter gem. § 1598c Abs. 2 BGB-E, die im Ergebnis zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft führen kann, ist nach Abs. 3 S. 1 der Vorschrift lediglich in Schriftform abzugeben. Diese Erklärung hat sehr weitreichende Folgen, weil die oder der Erklärende sich bei wirksamer Abgabe später einer gerichtlichen Feststellung seiner Elternstellung nicht entziehen kann. Sie steht inhaltlich – wenngleich nicht in der unmittelbaren Rechtsfolge – einer Anerkennung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft nicht nach. Deshalb sollte überlegt werden, ob sie nicht der öffentlichen Beurkundung (im Notariat oder auch vor der Urkundsperson des Jugendamts) bedarf, wie dies auch der AK Abstammungsrecht im Hinblick auf den sicheren Nachweis über die Abgabe der Erklärungen sowie auf die Belehrungspflicht mehrheitlich gefordert hatte (vgl. Thesen 36 und 51).

Die in der Entwurfsbegründung (S. 37) vorgebrachten Argumente, weshalb dessen ungeachtet von der Beurkundung abgesehen werden soll, überzeugen nicht.

Allein das Streben nach Niederschwelligkeit der Erfüllung dieser Voraussetzung sollte angesichts ihrer weitreichenden Folgen nicht maßgebend sein. Juristische Belehrungen über die Rechtsfolgen der Vaterschaft durch die Kinderwunschklinik dürften in ihrer Qualität nicht dem entsprechen, was Notarinnen bzw. Notare oder Urkundspersonen den betreffenden intendierten Elternteilen vermitteln und auf Frage beantworten können.

Zudem hätte eine öffentliche Beurkundung den Vorteil, dass etwaige (nachträgliche) Zweifel, ob die Unterschrift unter der Einwilligung tatsächlich von dem/der Betroffenen stammt, von vornherein ausgeschlossen wären.

Am wenigsten schlüssig ist die Erwägung, es solle verhindert werden, dass bei einer durch die Kinderwunschklinik trotz fehlender öffentlicher Beurkundung durchgeführten Behandlung eine gerichtliche Feststellung nicht möglich sei, falls nicht ohnehin die übrigen Voraussetzungen einer Abstammungszuordnung vorliegen oder angestrebt werden. Es erscheint zumutbar, dass die Klinik vor Durchführung der ärztlichen Maßnahme auf Vorlage der entsprechenden Zustimmungserklärung besteht. Sie müsste das schließlich auch in Bezug auf die jetzt lediglich vorausgesetzte Erklärung in Schriftform beachten. Auch insoweit wäre schließlich eine spätere gerichtliche Feststellung nicht möglich, falls der intendierte Elternteil vorher nicht wenigstens in dieser Form zugestimmt hat. Ob die Klinik ihrer zwingenden Sorgfaltspflicht insoweit nachkommt, dass sie auf einer schriftlichen Erklärung besteht oder auf einer öffentlich beurkundeten, bedeutet in der Substanz keinen Unterschied.

Im Übrigen ist nach der Entwurfsfassung unklar, welchen rechtlichen Gehalt die schriftliche Erklärung haben soll. Handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung? Gegenüber wem ist sie abzugeben? Wer soll sie verwahren?

All diese Argumente sprechen dafür, die Erklärung zwingend zu beurkunden, zumal sich dann vor allem die letztgenannten Fragen nicht stellen.

Beim Verzicht auf die „Elternschaft“ (warum nicht „Vaterschaft“, da insoweit eine geschlechtsneutrale Fassung entbehrlich ist?) des Samenspenders nach § 1598c Abs. 1 Nr. 2 BGB-E entfällt zwar bei lebensnaher Betrachtung die Notwendigkeit einer fachkundigen Belehrung des Mannes über die Rechtsfolgen dieses Schrittes, da auf der Hand liegt, dass er typischerweise von vornherein keinerlei elterliche Verantwortung für die mit seiner Samenspende gezeugten Kinder übernehmen will. Grundsätzlich denkbar wäre eine insoweit differenzierte Regelung, welche in diesem Fall von der Anforderung einer öffentlichen Beurkundung überhaupt absieht.

Die Problematik der rechtlichen Qualifikation seiner schriftlichen Erklärung stellt sich aber auch insoweit, ebenso wie die Frage einer beweissicheren Aufbewahrung.

Ein Kompromiss könnte darin liegen, dass man eine einmalige beurkundete Verzichtserklärung verlangt, deren Vorlage in beglaubigter Abschrift bei jeder einzelnen Samenspende genügt. Damit würde auch der Forderung entsprechender medizinischer Einrichtungen nach Niederschwelligkeit der diesbezüglichen Erklärungen wenigstens in diesem Punkt teilweise genügt: Es wäre nicht erforderlich, dass der hierzu bereite Mann vor jeder einzelnen Samenspende eine Verzichtserklärung öffentlich beurkunden ließe, was sicherlich abschreckende Wirkung hätte.

#### Widerruf der Einwilligung (Absatz 4)

Die soeben im Grundsatz bereits angesprochenen Probleme wirft auch die in § 1598c Abs. 4 BGB-E vorgesehene Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung in die künstliche Befruchtung auf. Für diesen soll nicht einmal die Schriftform maßgebend sein. Vielmehr sei auch eine mündliche Erklärung zulässig (so Entwurfsbegründung S. 38 vorletzter Absatz). Auch hier stellt sich die Frage, wem gegenüber der Widerruf erklärt werden soll (Mutter? Klinik, ggf genauer Ansprechpartner dort?).

Es mag dem betreffenden intendierten Elternteil freigestellt bleiben, ggf der Mutter und vor allem der behandelnden Klinik gegenüber zum Ausdruck zu bringen, dass er es sich anders überlegt habe und die Einwilligung alsbald formgerecht widerrufen wolle. Vernünftig handelndes ärztliches Personal wird ihn dann auffordern, diesen Widerruf demnächst nachzuweisen und wird bis dahin von der Durchführung der ärztlichen Maßnahme absehen.

Da letztlich überzeugende Gründe dafür sprechen, die Zustimmung an eine öffentliche Beurkundung zu binden, sollte das auch für den Widerruf gelten. Das ist schließlich ebenso vorgesehen für die Anerkennung der Vaterschaft (§ 1597 Abs. 3 BGB sowohl des geltenden Rechts als auch idF des Entwurfs) und die Abgabe von Sorgeerklärungen (BGH 11.2.2004 – XII ZB 158/02 Rn. 18; MÜKo/Huber BGB § 1626 a Rn. 27 [Fn. 10]; *Hammer FamRZ* 2005 1209 [1216]).

### Sonstige Unwirksamkeitsgründe für die Zustimmung zur künstlichen Befruchtung

Erwägenswert ist schließlich, ob insoweit auch Vorkehrungen vor allem gegen eine nachträgliche Irrtumsanfechtung getroffen werden sollten. Immerhin denkbar ist, dass der oder die Einwilligende im Verlauf der Schwangerschaft der Mutter bspw behauptet – ungeachtet der statistisch erwiesenen erhöhten Wahrscheinlichkeit hierfür – nicht mit einer Mehrlingsgeburt gerechnet zu haben, weshalb er/sie sich in einem Irrtum über den Inhalt der Zustimmung befunden habe. Ebenfalls vorstellbar ist, dass er/sie später vorbringt, die Art der von ihm/ihr abgegebenen Zustimmung mangels hinreichender Aufklärung nicht verstanden zu haben, weshalb ein Erklärungsirrtum vorliege (was zudem wiederum als Argument für eine Beurkundung mit dokumentierter Belehrung gegenüber den Beteiligten nach § 17 Abs. 1 BeurkG spräche).

Unabhängig davon, wie derartige theoretisch denkbaren Behauptungen über vermeintliche Irrtümer nach §§ 119 ff. BGB einzuordnen wären, besteht doch insoweit eine Regelungslücke, als die Vorschrift über die eingeschränkte Unwirksamkeit von Anerkennung, Zustimmung und Widerruf in § 1598 Abs. 1 S. 1 BGB hier nicht gilt. Eine Anfechtung ist somit nicht schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen, sondern müsste im jeweiligen Einzelfall rechtlich bewertet werden.

Deshalb sollte jedenfalls dem Sinne nach klargestellt werden, dass auch für die Zustimmung nur beschränkte Gründe der Unwirksamkeit in Betracht kommen. Wie das im Einzelnen zu formulieren ist, hängt nicht zuletzt davon ab, ob die Einwilligung entsprechend der hier vertretenen Ansicht wirksam nur in öffentlich beurkundeter Form erteilt werden kann.

### **§ 1599 BGB-E Nichtbestehen der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft**

In Abs. 1 sollte als weiterer Satz angefügt werden:

„Satz 1 steht einer Feststellung der Vaterschaft des leiblichen Vaters nicht entgegen, sobald diese auf seine Anfechtung der Mit-Mutterschaft hin zur Überzeugung des Gerichts feststeht.“

Damit wird für den Fall einer erfolgreichen Anfechtung der Mit-Mutterschaft durch den mutmaßlich leiblichen Vater ermöglicht, dessen inzwischen gutachtlich erwiesene Vaterschaft durch Antragsweiterung noch in demselben Verfahren festzustellen, sofern entsprechend dem Vorschlag zu Ziffer II. 2 zugleich die bisher vorgesehene Bestimmung des § 1593 S. 4 BGB-E aus dem Entwurf gestrichen wird. Beides führt zu der verfahrensökonomischen Möglichkeit, die Vaterschaft des anfechtenden Mannes in ein und demselben Verfahren festzustellen, während andernfalls in überflüssiger Weise zwei weitere Verfahren geführt werden müssten, um zu demselben Ziel zu gelangen.

### **§ 1600a BGB-E Nichtbestehen der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft bei Anfechtung**

Das Nichtbestehen einer Mit-Mutterschaft wird nach § 1600a Abs. 1 Nr. 1 BGB auf Anfechtung dann festgestellt, wenn die Voraussetzungen für eine gerichtliche Feststellung als Mit-Mutter nach § 1598c BGB-E nicht vorliegen.



Im Fall der Mit-Mutterschaft durch Ehe oder Anerkennung ist es somit (mit Ausnahme für den mutmaßlich leiblichen Vater) fast nicht möglich, die Mit-Mutterschaft mit Erfolg anzufechten. Ein entsprechender Antrag eines generell Anfechtungsberechtigten nach § 1600 BGB-E wäre (im Gegensatz zum geltenden Recht) zwar zulässig, aber von vornherein in jedem Fall unbegründet. Denn die Wirksamkeit der durch Ehelichkeit oder Anerkennung eingetretenen Mit-Mutterschaft hängt nicht davon ab, dass das Kind in künstlicher Befruchtung unter den Voraussetzungen des § 1598c BGB gezeugt wurde.

Für die Anfechtung einer Anerkennung durch die Mit-Mutter selbst ist auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Diese ist nach § 1600c Abs. 2 BGB-E von vornherein ausgeschlossen, soweit nicht der Sonderfall vorliegt, dass die Zeugung ohne ihr Wissen abweichend von der mit der Einwilligung konsentierten Art vorgenommen wurde. Das dürfte aber wohl nur höchst selten vorkommen.

Letztlich mit Erfolg möglich wäre die Anfechtung

- einer gerichtlich festgestellten Mit-Mutterschaft allgemein (dh für alle Anfechtungsberechtigten) im Fall einer künstlichen Befruchtung unter den Voraussetzungen des § 1598c BGB-E, wenn festgestellt würde, dass die bei der Feststellungsentscheidung angenommenen Voraussetzungen, insbesondere eine wirksame Einwilligung der Mit-Mutter, nicht vorlagen;
- einer Anerkennung der Mit-Mutterschaft allein durch die Mit-Mutter bei „heimlich abweichender Art der Zeugung“ (§ 1600c Abs. 2 BGB-E).

#### 6-Monatsfrist (Absatz 2 S. 1)

Es bleibt dabei, dass eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Elternteil grundsätzlich einer Anfechtung entgegensteht. Allerdings ist im ersten halben Lebensjahr die Anfechtung durch den mutmaßlichen Vater bzw ein Wunselternteil künftig gleichwohl möglich. Diese Möglichkeit wird mit Blick auf den Ausgleich zwischen den Rechtspositionen der verschiedenen möglichen rechtlichen Eltern, hier insbesondere der des leiblichen Vaters, begrüßt.

Dem Wortlaut der Vorschrift („erfolgt“) ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob es ausreicht, das Anfechtungsverfahren vor Ablauf der 6-Monatsfrist einzuleiten oder ob das Ausschlusskriterium der entgegenstehenden sozial-familiären Beziehung nur dann nicht gilt, wenn das Anfechtungsverfahren im ersten halben Lebensjahr des Kindes abgeschlossen wird. Insofern würde sich anbieten – zumindest in der Begründung – klarzustellen, dass es hinsichtlich der 6-Monatsfrist auf die *Einleitung* des Verfahrens gem. § 171 Abs. 1 FamFG und nicht den Abschluss ankommt.

#### „Wichtigere Beziehung“ (Absatz 2 S. 2)

Dass im Falle paralleler sozial-familiärer Beziehungen, die „wichtigere Beziehung“ den Vorrang erhalten soll, hält das Institut nicht für überzeugend. Der Entwurf entscheidet sich für dieses Kriterium und gegen eine Kindeswohlprüfung, um zu vermeiden, dass ein Vergleich darüber angestellt werden muss, wer der bessere Elternteil ist. Aber ge-

nau auf diese Frage läuft es letztlich auch hinaus, wenn die (aktuelle? prognostische?) Beziehungsqualität zu den jeweiligen potenziellen Eltern maßgeblich ist.

### **§ 1600b BGB-E      Anfechtungsfristen**

Soweit mit Abs. 1 Halbs. 2 die Anfechtungsfrist für das Kind auf drei Jahre verlängert werden soll, verdient das grundsätzliche Zustimmung.

Hingegen bestehen gegen die Verkürzung der Frist für die übrigen Anfechtungsberechtigten Bedenken.

Erfahrungsgemäß ist der Fristbeginn, also der Zeitpunkt, zu dem der/die Anfechtende tatsächlich umfassend von den Umständen erfahren, die gegen die Elternschaft sprechen, nicht immer so klar zu definieren. Es ist zu befürchten, dass Meinungsverschiedenheiten über den Zeitpunkt der Kenntniserlangung umso eher zu erwarten sind, je kürzer die Frist bemessen ist. Auch spielen oftmals psychologische Gesichtspunkte – bezogen auf die Partnerbeziehung oder auch auf das Verhältnis zum Kind – hinein, die zu einer reiflichen Überlegung des weiteren Vorgehens Anlass geben können. Die Verkürzung würde einen abträglichen erhöhten Zeitdruck bringen. Eine Frist von einem Jahr erscheint für die Anfechtung der Vaterschaft daher kurz.

### **§ 1600c BGB-E      Ausschluss der Anfechtung nach Anerkennung**

Der Ausschluss der Anfechtung der Vaterschaft im Regelfall bei bewusst „biologisch unwahrer“ Anerkennung durch Abs. 1 ist ausdrücklich zu begrüßen. Dasselbe gilt für den Ausschluss der Anfechtung durch die Mutter, soweit sie in dem genannten Fall der Anerkennung der Vaterschaft zugestimmt hat (Abs. 3, 1. Alt.).

Soweit die Mutter auch die Anerkennung der Mit-Mutterschaft nicht anfechten darf, wenn sie ihr zugestimmt hat (Abs. 3, 2. Alt.), ist festzuhalten, dass es hierfür keinen Anfechtungsgrund geben kann. Der in Abs. 2 S. 2 der Vorschrift ausdrücklich auf die Mit-Mutter persönlich bezogene Anfechtungsgrund einer von der konsentierten Art abweichenden Zeugung gilt nicht für die Mutter selbst. Insoweit stellt sich die Frage nach dem Sinn einer ausdrücklichen Regelung in Abs. 3 für die Anfechtung der Mit-Mutterschaft durch die Mutter, wenn diese aus anderweitigen Rechtsgründen gar nicht zum Tragen kommen kann.

### **§ 1600d BGB-E      Persönliche Anfechtung, Anfechtung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit oder Geschäftsunfähigkeit**

Abs. 1 wird aus dem geltenden Recht übernommen: „Die Anfechtung kann nicht durch einen Bevollmächtigten erfolgen.“

Wie bereits jetzt ist diese gesetzliche Vorgabe aber überflüssig: In den nachfolgenden Absätzen wird erklärt, wer die entsprechenden Elternschaftsverhältnisse „nur selbst anfechten“ kann (Abs. 2 und Abs. 5) bzw wann „nur der gesetzliche Vertreter anfechten“ kann (Abs. 3). Im Umkehrschluss ergibt sich daraus eindeutig, dass die Anfechtung durch einen Bevollmächtigten ausgeschlossen ist.

## § 1600g BGB-E

Das Institut begrüßt die Ausweitung des Anspruchs auf Klärung der genetischen Abstammung ohne statusrechtliche Folgen für bzw gegen den vermuteten leiblichen Vater sowie gegen die mutmaßliche genetische Mutter gem. § 1600 BGB-E. „Als Individualisierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität“ (BVerfG NJW 1988, 3010; NJW 1989, 891 f).

Über den Entwurf hinaus plädiert das Institut dafür, die Altersgrenze, ab welcher das Kind die Abstammungsklä rung nur selbst verlangen kann, auf 14 Jahre herabgesenkt wird. Von einer entsprechenden Reife und Urteilsfähigkeit wird in diesem Alter in der Regel ausgegangen werden können (zur Altersgrenze bei Verweigerung der Mitwirkung an einem Abstammungsgutachten vgl OLG Celle 25.6.2018 – 21 WF 41/18).

### III. Ausblick: Einführung des Mit-Vaters?

Wie in der Vorbemerkung ausgeführt hält das Institut den vorgelegten Entwurf insgesamt mit Blick auf sein Regelungsziel für stimmig. Allerdings liegt die Frage nahe, ob nicht aus Gleichheitsgesichtspunkten spiegelbildlich die Figur des Mit-Vaters eingeführt werden müsste, um auch schwulen Paaren die Möglichkeit zu eröffnen, gemeinsam rechtliche Eltern eines Kindes zu sein.

Um dies zu ermöglichen, müsste entweder das 2-Eltern-Prinzip aufgegeben werden – was aktuell jedoch nicht beabsichtigt ist – oder das Prinzip der Geburtsmutter als rechtlicher Mutter sowie das Verbot der Leihmutterschaft aufgeben werden.

Der Entwurf begründet, dass „am sogenannten **Zwei-Eltern-Prinzip**, also dem Grundsatz, dass einem Kind rechtlich im Abstammungsrecht immer nicht mehr als zwei Eltern zuzuordnen sind, festgehalten werden soll, weil die Probleme, die sich aus der Zuweisung des vollen Elternstatus an mehr als zwei Personen mit gleichzeitigem Wunsch auf eine rechtliche Elternstellung ergeben können, insbesondere im Konfliktfall erheblich kompliziert würden“.

Das entspricht der These 62 des Abschlussberichts des AK Abstammungsrecht. Diese Annahme erscheint auf den ersten Blick schlüssig und praktikabel. Allerdings ist anzunehmen, dass hierzu noch Diskussionsbedarf entstehen wird. Denn Konstellationen, in denen drei Elternteile Verantwortung übernehmen wollen, nehmen zu, zB ein homosexuelles Paar, das mit einer gemeinsamen Freundin ein Kind, das leiblich von der Mutter sowie einem der Väter abstammt, bekommt und erzieht. Die grundsätzliche Überlegungen, für diese Konstellationen „nur“ sorge- und umgangsrechtliche Lösungen zu entwickeln, ist mit Blick auf den Mit-Vater möglicherweise noch einmal zu überdenken.

Alternativ könnte über eine Aufhebung des **Leihmutterschaftsverbots** nachgedacht werden.

Nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland sind bekanntlich Eizellenspende (vgl § 1 ESchG [Embryonenschutzgesetz]) und Leihmutterschaft (dazu § 13c, § 14b AdVerMiG) verboten.

Zwar wird eine nach ausländischem Recht vorgenommene Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern wird auch im deutschem Recht jedenfalls dann unmittelbar respektiert, wenn sie auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht, die nach § 108 FamFG ohne besonderes Verfahren anzuerkennen ist (BGH 5.9.2018 – XII ZB 224/17, FamRZ 2018, 1846 iAnschl an Senatsbeschluss vom 10.12. 2014 – XII ZB 463/13, BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240; zur mangelnden Anerkennungsfähigkeit einer standesamtliche Registrierung im Ausland 20.3.2019 – XII ZB 530/17, XII ZB 320/17).

In allen übrigen Fällen bleibt, dass der Partner oder die Partnerin des biologischen Vaters das Kind in Deutschland adoptieren kann (OLG München 12.2.2018 – 33 UF 1152/17, JAmt 2018, 344; im Erg. ebenso OLG Düsseldorf 17.3.2017 – 1 UF 10/16, FamRZ 2017, 976: Keine gesetzes- oder sittenwidrige Vermittlung oder Verbringung eines Kindes zum Zweck der Annahme iSv § 1741 Abs. 2 S. 2 BGB bei Eizellenspende und Leihmutterschaft).

Der AK Abstammungsrecht, der im Juli 2017 dem BMJV Reformvorschläge unterbreitete, hat trotz fortgeltenden Verbots in Deutschland die Empfehlung ausgesprochen, bei im Ausland rechtmäßig durchgeführten Leihmutterschaften die dort begründete Elternschaft unter noch zu bestimmenden Voraussetzungen aufrechtzuerhalten (vgl Abschlussbericht S. 38,90). Das ist ein Appell an den Gesetzgeber (so auch Unger FamRZ 2017, 1499 [1500]).

Wenn also nach der Konzeption des DiskTE künftig unter bestimmten Voraussetzungen ein Samenspender rechtswirksam ausdrücklich auf seine Elternschaft verzichten können soll (§ 1598c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB-E), ist zu prüfen, ob dies nicht auch im Rahmen eines Ausnahmetatbestands zu § 1591 BGB sinngemäß für die Leihmutter gelten soll. Dafür müsste über die Problematik des fortbestehenden (inländischen) Verbots der Leihmutterschaft unbefangen nachgedacht und die Argumente pro und contra sollten in einem neuen rechtlichen und sozialen Umfeld erneut auf den Prüfstand gestellt werden.