

Berlin, 6. Mai 2019

STELLUNGNAHME

Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen,
Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen
Geschäftsstelle / Office:
Anklamer Straße 38 • D-10115 Berlin
fon: +49 30 4432700 • fax: +49 30 44327022
geschaeftsstelle@djB.de • <https://www.djB.de>

zum Diskusstententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts (Stand: 12.3.2019)

A. Allgemeines

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djB) begrüßt die Initiative des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) mit großem Nachdruck und bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum (Teil-)Entwurf. Im Abstammungsrecht besteht – darüber herrscht Konsens – **erheblicher Reformbedarf**. Der Entwurf führt keine gesellschaftlichen Neuerungen ein, sondern folgt der gesellschaftlichen Realität nach. In der gegenwärtigen Situation sind gleichgeschlechtliche Ehepaare zweier Frauen auf eine Stiefkindadoption des in der Ehe geborenen Kindes angewiesen; faktische Lebensgemeinschaften zweier Frauen sind gar ganz von der gemeinsamen rechtlichen Elternschaft ausgeschlossen. Diese Situation ist nicht nur für die betroffenen Frauen, sondern auch für die Kinder sehr misslich, denen ein zweites Elternteil zumindest zeitweise, wenn nicht dauerhaft vorenthalten wird und die so im Hinblick auf Unterhaltsansprüche und Erbrecht schlechter gestellt werden. Eine Neuregelung im Hinblick auf die sogenannte Mit-Mutterschaft ist daher unerlässlich und überfällig¹.

Der Entwurf folgt in seinen wesentlichen Punkten den **Vorschlägen des AK Abstammungsrecht** oder orientiert sich zumindest an den Empfehlungen der Sachverständigen. Erfreulich ist, dass der Entwurf, wengleich er ein Teilentwurf ohne Folgeregelungen ist, keine „Insellösung“ für die Mitmutterschaft vorsieht, sondern das Abstammungsrecht in weitem Umfang reformiert, notwendige und sinnvolle Folgeregelungen zur Mitmutterschaft und zum Anfechtungsrecht trifft.

Der Entwurf hält – ebenso wie der AK Abstammungsrecht² und der djt 2016³ – am **Zwei-Eltern-Prinzip** fest und führt keine rechtliche Mehrelternschaft ein. Der djB nimmt dies zur Kenntnis, stellt insoweit aber weitergehende Überlegungen an, die noch nicht abgeschlossen sind. Zu gegebener Zeit wird der djB auf diesen Gesichtspunkt noch zurückkommen.

¹ Siehe schon die Stellungnahme des djB vom 14.3.2019 zu BT-Drs. 19/2665, <https://www.djB.de/verein/Kommu-AS/K2/st19-08/>.

² Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 62.

³ Beschlüsse des 71. djt 2016, Familienrechtliche Abteilung, Beschluss Nr. 12.

Die **Terminologie des Entwurfs** (Mutter, Mit-Mutter, Vater statt erster und zweiter Elternstelle) ist von seinem Ansatz her grundsätzlich folgerichtig. Zu bedenken wird jedoch sein, dass die Bezeichnung als erste und zweite Elternstelle nicht nur klarer wäre, sondern im Hinblick auf Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität (Rechts-)Probleme lösen könnte.⁴ Dieser Aspekt wird sicherlich im Gesetzgebungsverfahren noch zu erörtern sein.

Der djb trägt im Ergebnis mit, dass der Entwurf an der ersten Elternstelle – der **Mutterschaft der Gebärenden** – nicht rührt, folglich keine Mutterschaftsanfechtung und keine Mutterschaftsfeststellung eingeführt werden. Ob dies auf Dauer gerechtfertigt ist, wird aber zu hinterfragen sein. Denn der Entwurf selbst geht im Normtext von der Möglichkeit des Auseinanderfallens von genetischer und Geburts-Mutterschaft aus, wenn er dem Kind gegen die mutmaßliche nur-genetische Mutter einen Anspruch auf Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung gibt (§ 1600g I 1 Nr. 5 BGB-E) und damit einen Fall des Auseinanderfallens von genetischer und Geburts-Mutterschaft regelt (Embryonenspende⁵). Der Sanktionscharakter von § 1591 BGB bei der Leihmutterschaft greift in den Fällen der zulässigen Embryonenspende nicht. Deshalb sollte es beispielsweise in den Fällen der Embryonenspende, die fortpflanzungsmedizinisch zulässig war, bei der es jedoch an einer Voraussetzung für die familienrechtliche Zuordnung zu den Empfängern fehlte, möglich sein, die Mutterzuordnung zu korrigieren.

Unabhängig davon, dass der Entwurf ob des oben Genannten und mit den unten folgenden Einschränkungen und Konkretisierungen vom djb begrüßt wird, ist nicht zu verkennen, dass im Hinblick auf die Zahl der Anfechtungsberechtigten, der damit einhergehenden Zunahme von Beteiligten und der Verdoppelung der Bezugspunkte der Anfechtung (genetische Wahrheit; Einwilligung in heterologe Insemination), der Zunahme von Anfechtungsausschlüssen, den zusätzlichen Feststellungs- und Auskunftsverfahren und vielem mehr, das Abstammungsverfahren – insgesamt – nicht unerheblich verkompliziert wird.

Schließlich wird der Entwurf insbesondere noch um verfahrensrechtlich notwendige Folgeänderungen zu ergänzen sein.

B. Im Einzelnen

1. Zu § 1592 BGB-E (Vaterschaft und Mit-Mutterschaft)

Mit den Änderungen in § 1592 BGB-E wird die Mit-Mutterschaft kraft Ehe, kraft Anerkennung und kraft Feststellung eingeführt. Der Entwurf greift die Vorgaben des djt 2016⁶ und des AK Abstammungsrecht 2017⁷ auf. Der djb begrüßt die systematische Stellung im Rahmen der Regelung zur Vaterschaft⁸, die Terminologie "Mit-Mutter" (mit den eingangs erwähnten Einschränkungen) und die Stärkung der intentionalen Elternschaft, die in allen drei neuen Ziffern, aber besonders in Nr. 2 und Nr. 3 des § 1592 II BGB-E enthalten ist.

⁴ Siehe dazu auch unten B.15. zu § 1600h BGB-E.

⁵ Adressiert in §§ 1598c I 2, 1600b Hs. 1, 1600c I 2 BGB-E

⁶ Beschlüsse des 71. djt 2016, Familienrechtliche Abteilung, Beschlüsse Nr. 10, 11

⁷ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, Thesen 50, 53, 55, 56.

⁸ Vgl. die Kritik an der systematischen Platzierung in § 1591 BGB im Gesetzesentwurf der Grünen BT-Drs. 19/2665 unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K2/st19-08/>.

2. Zu § 1594 BGB-E (Anerkennung der Vaterschaft und Mit-Mutterschaft)

In § 1594 I BGB-E wird der Hinweis eingeführt, dass die **Anerkennung auf den Zeitpunkt der Geburt zurückwirkt**. Es handelt sich um eine bloße Klarstellung⁹, dass die vollwirksame Anerkennung auf den Zeitpunkt der Geburt zurückwirkt, ist bereits nach der lex lata von der ganz h.M. anerkannt.¹⁰ Der djb stimmt der Änderung im Grundsatz zu, gibt jedoch zu bedenken, dass gegenwärtig bei einer späten Anerkennung zwar richtigerweise rückwirkend Unterhalt gefordert werden kann (§ 1613 II Nr. 2 lit. b BGB), aber im Einzelfall das Korrektiv des § 242 BGB zu Gebote steht, um einem nach den Umständen ausnahmsweise rechtsmissbräuchlichen rückwirkenden Unterhaltsbegehren zu begegnen.¹¹ Wenn nun die Rückwirkung der Anerkennung im Gesetz ausdrücklich niedergelegt wird, könnte dies zu einer Auslegung führen, dass die Berufung auf § 1613 II Nr. 2 lit. b BGB nicht im Hinblick auf § 242 BGB ausgeschlossen oder eingeschränkt sein kann. Das erscheint wenig sachgerecht. Es sollte vielmehr eine einzelfallbezogene Handhabung möglich bleiben und ein Korrektiv zur Verfügung stehen.

Ein **anhängiges Feststellungsverfahren** soll nach dem Entwurf **eine Sperrwirkung gegenüber der Anerkennung** entfalten. Es handelt sich bei der in Aussicht genommenen Regelung offenbar um eine Reaktion auf einen kürzlich vom BVerfG entschiedenen Sachverhalt, der nach geltendem Recht eindeutig zu beantworten war (Wirksamkeit der Anerkennung während des Feststellungsverfahrens), aber zu einer erheblichen Härte¹² für den biologischen Vater führte.¹³ Zu Recht wurde in der Literatur auf den durch die Entscheidung verschärften Handlungsbedarf hingewiesen.¹⁴

Wenngleich der djb der Regelung im Ansatz zustimmt, begegnet sie doch praktischen Bedenken. Denn die Anerkennung ist – weiterhin – zutreffend formbedürftig und kann vom Jugendamt (§ 59 SGB VIII) oder einer Notarin oder einem Notar öffentlich beurkundet werden (die Beurkundung in einem gerichtlichen Verfahren nach § 127a BGB ist in der Praxis zu vernachlässigen). In den beschriebenen Konstellationen, die dem Regelfall entsprechen, ist aber durch nichts gewährleistet, dass die Beteiligten von dem gerichtlichen Verfahren wissen. Es ist also denkbar, dass Anerkennender, Standesamt (§ 27 PStG), Notar*in etc. von einer vollwirksamen Anerkennung ausgehen – mit allen Folgen dieses Status –, diese aber wegen eines kurz zuvor anhängig gemachten Feststellungsverfahrens unwirksam ist.

Dieses Problem löst der Entwurf nicht. Zu denken ist beispielsweise an eine (Folge-)Regelung in den Mitteilungen in Zivilsachen (MiZi), nach der bereits bei Einleitung eines Feststellungsverfahrens eine Mitteilung an das zuständige Geburtenregister versendet wird, die jedenfalls

⁹ Diskussionsteilentwurf v. 12.3.2019, S. 26.

¹⁰ Vgl. nur MüKoBGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, BGB § 1594 Rn. 17; BeckOGK/Balzer, 1.2.2019, BGB § 1594 Rn. 31; Staudinger/Rauscher (2011) § 1592 Rn. 77; Dethloff FamR § 10 Rn. 25; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, 72.

¹¹ BeckOK BGB/Reinken, 49. Ed. 1.2.2019, BGB § 1613 Rn. 42; BeckOGK/Winter, 1.2.2019, BGB § 1613 Rn. 277 ff.; NK-BGB/Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling/Menne, 3. Aufl. 2014, § 1613 Rn. 25 iVm 28 ff.; a.A. wohl MüKoBGB/Born, 7. Aufl. 2017, BGB § 1613 Rn. 96.

¹² BVerfG, 25.09.2018 – 1 BvR 2814/17, NJW 2018, 3773 = FamRZ 2019, 124, Rn. 22.

¹³ BVerfG, 25.09.2018 – 1 BvR 2814/17, NJW 2018, 3773 = FamRZ 2019, 124 m. Anm. Helms, FamRZ 2019, 127 und Schneider, NZFam 2018, 1144.

¹⁴ Helms, FamRZ 2019, 127, 128.

die Eintragung des aner kennenden Elternteiles in das Register bis zum rechtskräftigen Abschluss des Feststellungsverfahrens verhindern könnte. Damit könnte bei aller Vielgestaltigkeit der außergerichtlichen Anerkennungsmöglichkeiten verhindert werden, dass während des Feststellungsverfahrens die Anerkennung Außenwirkung erzeugt. Eine entsprechende, ergänzende Regelung sollte daher im Blick behalten werden.

Schließlich schreibt der Entwurf nieder, dass **keine präkonzeptionelle Anerkennung** möglich ist. Das entspricht, wie der Diskussionsteilentwurf hervorhebt¹⁵, der herrschenden Meinung nach der *lex lata*, die davon ausgeht, dass die präkonzeptionelle Anerkennung von § 1594 IV BGB untersagt ist¹⁶. Der djb hält die ablehnende Klarstellung indes für problematisch und lehnt sie – im Ergebnis – ab. Denn zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit der präkonzeptionellen Anerkennung nach der *lex lata* zumindest nicht vor unüberwindlichen Hindernissen steht¹⁷. Ferner wird von zahlreichen Autorinnen und Autoren zutreffend angemerkt, dass es für Fälle der heterologen Insemination im Interesse der Rechtssicherheit der betroffenen Personen wünschenswert wäre, eine präkonzeptionelle Anerkennung zuzulassen.¹⁸ Gerade weil nach dem Diskussionsteilentwurf bei privaten Spenden keine Möglichkeit einer Mit-Mutterschaftsfeststellung besteht, sollte zumindest die Möglichkeit gegeben sein, vor der privaten Insemination bereits die Anerkennung auszusprechen.

3. Zu § 1596 BGB-E (Zustimmungsbedürftigkeit der Anerkennung)

Entscheidende Neuerung ist, dass das **14-jährige Kind der Anerkennung** zustimmen muss. Dies wurde in der Literatur bereits vielfältig und seit langem gefordert.¹⁹ Der djb tritt in diesem Punkt dem Entwurf, der insoweit von den Empfehlungen des AK Abstammungsrecht abweicht, ausdrücklich bei.

4. Zu § 1597a BGB-E (Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft)

Der djb erinnert an die starke rechtspolitische Kritik an der geltenden Norm sowie daran, dass die Regelung vom AK Abstammungsrecht für entbehrlich gehalten wurde²⁰ und regt deshalb an, die Erforderlichkeit dieser Regelung (nochmals) zu überdenken.

¹⁵ Diskussionsteilentwurf v. 12.3.2019, S. 27.

¹⁶ Vgl. BeckOGK/Balzer, 1.2.2019, BGB § 1594 Rn. 90.1 m.w.N.

¹⁷ Vgl. MüKoBGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, BGB § 1594 Rn. 43.

¹⁸ Siehe etwa MüKoBGB/Wellenhofer, 7. Aufl. 2017, BGB § 1594 Rn. 43; Erman/Hammermann § 1594 BGB Rn. 14; NK-BGB/Gutzeit § 1594 BGB Rn. 14; Spickhoff FS Schwab, 2005, 923 (942); Spickhoff AcP 197 (1997), 398 (426); Taupitz/Schlüter AcP 205 (2005), 591 (595); Roth DNotZ 2001, 804 (808); Spickhoff FS Schwab, 2005, 923 (941 f.); Roth DNotZ 2003, 804 (808); DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 451.

¹⁹ Vgl. nur MüKoBGB/Wellenhofer, § 1595 BGB, Rn. 4; *Dethloff*, FamR § 10 Rn. 19; *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 70; *Helms*, Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis, S. 86; Schwenzer, Gutachten zum 59. djt 1992, A28; *Diederichsen*, Referat zum 59. djt 1992, M89.

²⁰ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 15.

5. Zu § 1598b BGB-E (Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft aufgrund leiblicher Abstammung)

Die Regelung des § 1598b BGB-E schafft eine eigene Regelung für die Feststellung mit dem Bezugspunkt leibliche Abstammung. Dabei ist die Norm wie im geltenden Recht auf die **Feststellung des leiblichen Vaters als rechtlicher Vater** beschränkt. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Parallel zur Feststellung des leiblichen Vaters als rechtlicher Vater muss jedoch für die seltenen Fälle der genetischen Elternschaft einer anderen Frau als der Gebärenden (im Ausland vorgenommene Eizellspende; Mann-zu-Frau-transsexuelle Person; Embryonenspende) ein entsprechendes **Verfahren zur Feststellung der Mit-Mutterschaft** aufgrund leiblicher Abstammung vorgesehen werden. Der djb regt an, die Regelung um die Mit-Mutterschaft zu ergänzen.

6. Zu § 1598c BGB-E (Gerichtliche Feststellung bei künstlicher Befruchtung)

Vorab ist festzuhalten, dass auf Basis des Diskussionsteilentwurfs **drei Typen von Samenspendern** unterschieden werden können: Zum einen denjenigen, der seinen Samen einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 I 1 SaRegG zur Verfügung gestellt hat (sog. **institutioneller Samenspender**), zum anderen denjenigen, der zwar privat Samen spendet, dessen Samen aber im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nr. 9 TPG eingesetzt wird (sog. **privater Samenspender bei ärztlich unterstützter künstlicher Befruchtung**) und schließlich derjenige, der privat Samen spendet, der nicht im Rahmen einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung eingesetzt wird (sog. **privater Samenspender**), sei es im Wege der Becherspende oder auf natürliche Weise. Der Diskussionsteilentwurf sieht Sonderregeln lediglich für die ersten beiden Gruppen von Samenspendern vor.

Dass es im Fall der privaten Samenspende bei der Anwendbarkeit der Vorschriften bleibt, die für die natürliche Zeugung gelten, entspricht zwar der Vorgabe des AK Abstammungsrecht.²¹ Dennoch ist der djb nicht davon überzeugt, diesen Bereich der privaten Samenspende unregelt zu lassen. Die betroffenen Frauen gehen in der Regel nicht davon aus, dass sich der Spender über die reine Zurverfügungstellung seines Samens weiter in ihre Familien einbringen kann. Nach dem Diskussionsteilentwurf könnte es zwar eine Mit-Mutter kraft Anerkennung oder kraft Ehe bei der privaten Samenspende geben; diese Position wäre aber angreifbar, weil der private Samenspender ebenso anfechtungsberechtigt wäre wie – im Fall der Mit-Mutterschaft kraft Ehe – die Mit-Mutter selbst und die Gebärende. Die Planungssicherheit der Familie ist ganz erheblich beeinträchtigt, wenn der private Samenspender Anfechtungs- und Feststellungsverfahren betreiben kann. Bleibt es bei einer Nicht-Regelung der privaten Samenspende, benachteiligt dies auch die betroffenen Kinder. Denn nach dem Diskussionsteilentwurf steht diesem minderjährigen Kind nicht einmal ein Auskunftsanspruch gegen den mutmaßlichen leiblichen Vater zu, weil der Vater nach § 1598a BGB-E als Vater festgestellt werden könnte (§ 1600g I 1 Nr. 4 BGB-E). Insgesamt überzeugt die Unterscheidung zwischen privater Samenspende mit und ohne künstlich assistierte Befruchtung mit ihren gravierenden familienrechtlichen Konsequenzen nicht.

²¹ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 49.

Diese instabile Situation ist für die Betroffenen alles andere als ideal und trägt dem Kindeswohl sicherlich nicht hinreichend Rechnung. Der Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/2665 vom Juni 2018 hatte den Sektor der privaten Samenspende erfasst und insoweit ein doppeltes Verzichtsmodell konzipiert (Verzicht des privaten Samenspenders auf Anfechtung der Elternstellung der Mit-Mutter; Verzicht der Mit-Mutter auf Anfechtung ihrer eigenen Elternstellung).²² Der djb regt an, die private Samenspende nicht gänzlich unregelt zu lassen und ein Konzept in Anlehnung an das Verzichtsmodell von BT-Drs. 19/2665 zu entwerfen.

Zur Regelung im Einzelnen:

In § 1598c I 1 Nr. 1 BGB-E wird die **Feststellung des institutionellen Samenspenders als rechtlicher Vater ausgeschlossen**. Diese Regelung erscheint sinnvoll und entspricht geltendem Recht (§ 1600d IV BGB).

In § 1598c I 1 Nr. 2 BGB-E wird darüber hinaus auch die Feststellung des privaten Samenspenders **bei ärztlich unterstützter künstlicher Befruchtung** ausgeschlossen, wenn er schriftlich auf die Elternschaft verzichtet und der Aufnahme seiner Daten ins Samenspenderregister zugestimmt hat. Auch damit folgt der Diskussionsteilentwurf einem Vorschlag des AK Abstammungsrecht.²³ Mit den oben zur Nichterfassung der privaten Samenspende genannten Vorbehalten stimmt der djb grundsätzlich dieser Regelung zu. Doch sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass der Verzicht auf die Elternschaft präkonzeptionell möglich ist; nur so können die Betroffenen vor der Zeugung die nötige Klarheit schaffen.

In § 1598c I 2 BGB-E wird deutlich gemacht, dass Vorstehendes auch für den genetischen Vater bei der **Embryonenspende** gilt. Der djb begrüßt, dass der Entwurf die Embryonenspende adressiert und damit zum Ausdruck bringt, dass er die Embryonenspende weniger dem Regime der Adoption als vielmehr dem der Samenspende unterstellen will. § 1598c I 2 BGB-E entspricht im Übrigen einem Vorschlag des AK Abstammungsrecht.²⁴ Problematisch ist, was nicht übersehen werden darf/sollte, dass die rechtlichen Grundlagen der Embryonenspende zur Zeit unsicher sind. Die Zulässigkeit der Embryonenspende im System des heutigen ESchG wird ganz überwiegend dann bejaht, wenn es um die Spende eines bereits existierenden, in-vitro befindlichen Embryos, der unerwartet nicht mehr auf die Eizellspenderin übertragen werden kann (z.B. Tod, medizinische Gründe, Verweigerung der Implantation) geht, sofern die Empfängerin nicht nur als Ersatzmutter i.S.d. § 1 I Nr. 7 ESchG dienen will²⁵. Der djb erinnert an dieser Stelle nachdrücklich an die dringende Notwendigkeit, das Fortpflanzungsmedizinrecht grundlegend zu reformieren. Anderenfalls droht ein unterschwelliger Widerspruch in der Rechtsordnung, wenn das BGB-Familienrecht die Embryonenspende zumindest einge-

²² Siehe hierzu schon Stellungnahme des djb vom 14.3.2019 zu BT-Drs. 19/2665, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K2/st19-08/>.

²³ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 48.

²⁴ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 59.

²⁵ *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 (1803); Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zur Embryonenspende, Embryooption und elterlichen Verantwortung, S. 34 abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-embryospende-embryooption-und-elterliche-verantwortung.pdf>.

schränkt als zulässig voraussetzt – wobei die Einschränkung sich zudem erst aus der Entwurfsbegründung ergibt und nicht schon aus dem Normtext –, dies strafrechtlich aber alles andere als klar und deutlich ist.

Mit § 1598c II 1 BGB-E wird sodann ein **weiteres Feststellungsverfahren** eingeführt, dessen Bezugspunkt nicht die leibliche Abstammung ist, sondern die **Einwilligung in die heterologe Insemination**. § 1598c II 1 BGB-E ist angelehnt an die Vorschläge des AK Abstammungsrechts²⁶, während § 1598c II 2 BGB-E die Kollision mehrerer Einwilligungen regelt und sie nach dem Posterioritätsprinzip auflöst. Der djb gibt zu bedenken, dass in diesem Satz das Erfordernis der Zustimmung der Mutter wiederholt werden muss, um auszuschließen, dass ein Einwilligender sich der Mutter gegen ihren Willen als Elternteil aufdrängen kann.

Es ist erfreulich, dass der Diskussionsteilentwurf in § 1598c III 1 BGB-E ein **Schriftformerfordernis** für die **Einwilligung** aufstellt und mit § 1598c III 2 i.V.m. § 1594 III BGB-E deutlich macht, dass die Einwilligung nicht unter einer **Bedingung oder Zeitbestimmung** erklärt werden kann. Damit werden die Voraussetzungen für die Einwilligung einerseits konkretisiert, andererseits verschärft. Dies ist zu begrüßen, reicht jedoch noch nicht weit genug (siehe sogleich). In Übereinstimmung mit dem Diskussionsteilentwurf und in Abweichung von den Vorgaben des AK Abstammungsrecht²⁷ sieht der djb eine öffentliche Beurkundung nicht als erforderlich an und hält, in Übereinstimmung mit den Bedürfnissen der Praxis, die – einfache – Schriftform für ausreichend.²⁸ Nicht geregelt ist hingegen, **wem gegenüber** die Einwilligung abzugeben ist und **welche Willensmängel** bei der Einwilligung relevant sind. Dies wird noch nachzuholen sein, wobei ergänzend zu klären sein wird, welche Abweichungen von dem ursprünglichen Konsens zwischen künftiger Mutter und künftiger Mit-Mutter/künftigem Vater (z.B. Wahl des Samens von Spender A statt Spender B; Private Samenspende mit ärztlich assistierter Befruchtung statt institutioneller Samenspende; private Samenspende mit ärztlich assistierter Befruchtung durch Spender C statt Spender D) relevant sind und die Passgenauigkeit der Einwilligung entfallen lassen oder eine Anfechtung der Einwilligung rechtfertigen. Für die Beteiligten ist Rechtssicherheit ein entscheidender Faktor, so dass es nicht (allein) der Rechtsprechung und Literatur überlassen werden sollte, welche Abweichungen vom ursprünglichen Konsens relevant sind und welche nicht. Weiterhin sollte, wie vom AK Abstammungsrecht gefordert²⁹, geklärt werden, **wie lange** eine Einwilligung wirksam bleiben soll (etwa bei kryokonservierten befruchteten Eizellen).

Grundsätzlich erfreulich ist, dass in § 1598c IV BGB-E nun erstmals der **Widerruf der Einwilligung** gesetzlich geregelt ist, für den – wie bei der Einwilligung – klargestellt wird, dass er nicht unter einer **Bedingung oder Zeitbestimmung** erklärt werden kann. Auch ist nicht zu beanstanden, dass der Widerruf, wie im Übrigen auch vom AK Abstammungsrecht vorgeschlagen³⁰, **bis zum Transfer** des Samens oder der Eizelle auf die Mutter erklärt werden kann. Zu bemängeln ist jedoch, dass hier **kein Formerfordernis** aufgestellt wurde, der Widerruf mithin mündlich

²⁶ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, Thesen 41, 51, 57

²⁷ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 36.

²⁸ Siehe so schon Stellungnahme des djb vom 14.3.2019 zu BT-Drs. 19/2665, <https://www.djb.de/verein/Kommu-AS/K2/st19-08/>.

²⁹ Siehe Erläuterung zu These 38 in Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, S. 59 oben.

³⁰ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, These 38 mit Erläuterung.

erklärt werden kann.³¹ Vorzugswürdig erscheint eine spiegelbildliche Form zur Einwilligung, mithin – einfache – Schriftform. In der Begründung wird ausgeführt, dass aus Zeitgründen ein schriftlicher Widerruf unter Umständen nicht möglich ist. Dieses Argument überzeugt jedoch nicht. Tatsächlich würde mit dieser Regelung ein Widerruf unmittelbar vor der Insemination, möglicherweise bereits im Arztzimmer wirksam sein. Dies ist aber eine untragbare Rechtsunsicherheit für die intendierte Mutter, die unbedingt vermieden werden sollte. Hinzu kommt, dass unklar ist, wie der intendierte Elternteil, der keinen Kontakt mehr mit der intendierten Mutter hat, von der Übertragung oder dem Transfer der befruchteten Eizelle erfahren soll. Die Regelung sollte unter dem genannten Aspekt überdacht werden. Praxisnah wäre es, wenn der Widerruf schriftlich und zwingend gegenüber der Einrichtung der medizinischen Versorgung (die wiederum unverzüglich die intendierte Mutter unterrichtet) abgegeben werden muss.

Darüber hinaus muss – wie zuvor – klargestellt werden, **wem gegenüber** der Widerruf zu erklären ist und ob es **relevante Willensmängel** geben kann. Problematisch erscheint ferner, dass **nur die intendierten Elternteile** ihre Erklärungen widerrufen können, **nicht der Samenspender**.³² Dadurch kann die Situation entstehen, dass der Samenspender nicht als Vater festgestellt werden kann, weil sein Verzicht nicht widerruflich ist und gleichzeitig das intendierte Elternteil nicht als Vater/Mit-Mutter festgestellt werden kann, weil er/sie die Einwilligung rechtzeitig widerrufen hat. Zuzugeben ist, dass die beschriebene Situation schon nach der *lex lata* eintreten kann und in aller Regel kein Interesse des Samenspenders daran bestehen wird, hilfsweise nach dem intendierten Elternteil als Elternteil einzustehen. Dennoch ist es überflüssig, mit einer generellen Regelung, die dem Samenspender den Widerruf versagt, diese Ausnahmefälle auszuschließen und nur in eine Richtung zu normieren. Gerade im Bereich der privaten Samenspende lässt sich die Interessenlage des privaten Samenspenders nur schwer generell vorhersagen. Günstiger wäre es, selektiv bedingte Verzichts-/Einwilligungserklärungen zuzulassen. So könnte die eigene Einwilligung/der eigene Verzicht unter der Bedingung des Verzichts/der Einwilligung/des Nicht-Widerrufs der Gegenseite erklärt werden.

7. Zu § 1599 BGB-E (Nichtbestehen der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft)

Die Regelung in Abs. 2 Nr. 1 des Entwurfs – sogenannte erweiterte Dreiererklärung – ist nicht ganz unbedenklich. Denn im Gegensatz zum geltenden Recht eröffnet sie eine Eltern-Kind-Zuordnung bei bestehender Ehe, unabhängig von einer Trennung der Beteiligten und der Anhängigkeit eines Statusverfahrens (Scheidung). Praktische Relevanz hat die bisherige Dreiererklärung nach § 1599 BGB für diejenigen Familien, in denen das Kind aus der neuen Partnerschaft vor der Anhängigkeit des Scheidungsantrags geboren wird. Ein erhebliches praktisches Bedürfnis für die rechtliche Vaterschaft eines Dritten statt der des Ehemannes als Dauerlösung besteht nur in Ausnahmefällen, etwa bei einer Trennung der Ehegatten und dem (bewussten) Verzicht auf die Stellung eines Scheidungsantrags, beispielsweise im Fall der sonst drohenden Ausweisung des anderen Ehegatten.

Ob vereinzelte Fallkonstellationen eine Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe von Kindern verheirateter Eltern rechtfertigen, ist zweifelhaft. Denn das Kind ist – für den Fall, dass die Erklärungen unrichtig sind, was nicht ausgeschlossen werden kann – darauf angewiesen,

³¹ So die bewusste Entscheidung in Diskussionsteilentwurf v. 12.3.2019, S. 38.

³² So ausdrücklich die Auslegung in Diskussionsteilentwurf v. 12.3.2019, S. 38.

später entweder ein (folgenloses) Verfahren nach § 1600g BGB-E einzuleiten, das allerdings an Abs. 1 Nr. 4 scheitern dürfte, oder ein Anfechtungsverfahren zu betreiben.

8. Zu § 1600 BGB-E (Anfechtungsberechtigte)

§ 1600 I BGB-E listet, wie bislang, die Anfechtungsberechtigten auf. Dabei wird zunächst **§ 1600 I Nr. 1 BGB-E** sinnvollerweise und den Vorschlägen des AK Abstammungsrecht folgend³³ um die **Mit-Mutter** ergänzt.

In § 1600 I Nr. 2 BGB-E wird deutlich, dass die (gewählte) Formulierung die Legaldefinition des **mutmaßlichen leiblichen Vaters** ist. Der djbb gibt zu bedenken, dass die Reform ein guter Anlass wäre, das antiquierte Wort „Beiwohnung“ aus dem Gesetzestext zu nehmen. Der BGH hat zu Recht entschieden, dass die Anfechtungsberechtigung des privaten Becherspenders nicht am Begriff der Beiwohnung scheitert.³⁴ Dennoch ist dieses Wort für die private Becherspende sicherlich unpassend. Im Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 12.6.2018 war dies mit der Formulierung „der Mann, der an Eides statt versichert, dass das Kind ... mit seinem Samen gezeugt worden ist“ überwunden worden.³⁵ Denn diese Formulierung erfasst alle Modalitäten des Zeugungsakts. Die Umstellung auf den moderneren Begriff des „mutmaßlichen leiblichen Vaters“ (statt Vaterschaftsprätendent) wäre ein guter Anlass, auch ansonsten diese Ziffer terminologisch anzupassen.

Gänzlich neu ist die **Anfechtungsberechtigung des intendierten Vaters/der intendierten Mutter** nach **§ 1600 I Nr. 3 BGB-E**. Diese Erweiterung ist konsequent; weil schon das Feststellungsverfahren um den Bezugspunkt Einwilligung in die heterologe Insemination statt genetischer Wahrheit erweitert wurde; dies muss auch auf Anfechtungsebene nachvollzogen werden. Der Vorschlag harmoniert mit den Vorgaben des AK Abstammungsrecht.³⁶ Die Änderung sorgt auch nicht dafür, dass sich intendierte Elternschaft in inadäquatem Maße gegen genetische Elternschaft durchsetzen kann, denn der Erfolg dieser Anfechtung (§ 1600a I 1 Nr. 3 BGB-E) ist gekoppelt an das Vorliegen der Voraussetzungen für die Feststellung des intendierten Elternteils als rechtliches Elternteil (§ 1598c II BGB-E), welches wiederum durch den Verweis auf § 1598c I BGB-E voraussetzt, dass das genetische Elternteil auf die Elternschaft verzichtet hat.

In **§ 1600 II BGB-E** werden der institutionelle **Samenspender** und der private Samenspender bei medizinisch assistierter Befruchtung in Anlehnung zu § 1598c BGB-E **vom Anfechtungsrecht – folgerichtig – ausgeschlossen**.

9. Zu § 1600a BGB-E (Nichtbestehen der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft bei Anfechtung)

§ 1600a BGB-E regelt, **wann die Anfechtung Erfolg hat**. In **§ 1600a I Nr. 1 BGB-E** wird festgelegt, dass die Anfechtung durch Vater, Mutter, Mit-Mutter und Kind dann Erfolg hat, wenn der Inhaber der zweiten Elternstelle nicht genetisches Elternteil ist und auch nicht kraft Einwilligung als Elternteil festgestellt werden könnte. Die Regelung ist – aus Sicht des Entwurfs – konsequent.

³³ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, Thesen 22, 58.

³⁴ BGH, 15.5.2013, XII ZR 49/11.

³⁵ § 1599a I Nr. 2 BGB-E in BT-Drs. 19/2664, S. 4.

³⁶ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, Thesen 46, 58.

Nicht eindeutig formuliert ist hingegen, ob das Kind erfolgreich anfechten kann, wenn (wie nach geltendem Recht) der rechtliche Vater nicht leiblicher Vater ist bzw. wenn die Mit-Mutter nicht leibliche Mutter ist, oder ob das Kind an die „Vereinbarung“ der Gebärenden und des rechtlichen Vaters/der Mit-Mutter gebunden ist. Die Formulierung von § 1600a I Nr. 1 BGB-E weist deutlich in die Richtung, dass das Kind die rechtliche Situation nicht hin zur Übereinstimmung mit der genetischen Wahrheit korrigieren kann.

Sollte § 1600a I Nr. 1 BGB so zu lesen sein, dass das Kind nicht anfechten kann, wenn die Voraussetzungen für eine Feststellung kraft Einwilligung vorliegen, ist dies kritisch zu sehen. Denn das Kind wäre in diesem Fall an die Abrede seiner rechtlichen Eltern über die intentionale Elternschaft gebunden, die sich gleichsam als Vertrag zu Lasten Dritter darstellen würde. Wenn das Kind nach Erlangung der Volljährigkeit der Ansicht ist, die intentionale Elternschaft beseitigen zu müssen, weil sie mit der genetischen Wahrheit nicht übereinstimmt, sollte es dazu berechtigt sein (Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung).

In **§ 1600a I Nr. 2, II, III BGB-E** ist der Erfolg der Anfechtung des **mutmaßlichen leiblichen Vaters** geregelt. Inhaltlich neu ist die Reformierung der **Sperre der sozial-familiären Beziehung**. Diese Sperre, wenngleich verfassungsgemäß³⁷, ist zu Recht Gegenstand vielfältiger Kritik. Dass der sozial-familiären Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind pauschal der Vorrang vor den Interessen des leiblichen Vaters und ggf. des Kindes eingeräumt wird, überzeugt einige nicht.³⁸ Die Diskussion wird im Hinblick auf eine Beibehaltung der geltenden Regelung (Sperre ab Geburt) zum Teil kontrovers geführt, so auch im djb. Der Diskussionsprozess ist noch nicht abgeschlossen.

10. Zu § 1600b BGB-E (Ausschluss der Anfechtung im Falle künstlicher Befruchtung)

In § 1600b BGB-E wird die Anfechtung durch Vater, Mit-Mutter und Mutter im Falle der künstlichen Befruchtung für den Fall ausgeschlossen, dass der Anfechtungswillige in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat und das Kind tatsächlich im Wege der künstlichen Befruchtung gezeugt wurde. Die Regelung korrespondiert weitgehend mit dem geltenden § 1600 IV BGB und mit den Vorschlägen des AK Abstammungsrecht³⁹. Es ist jedoch nicht völlig klar, weshalb nach dem Diskussionsteilentwurf die Anfechtung bspw. der Mit-Mutter bei künstlicher Befruchtung doppelt gesperrt sein soll – durch den Ausschluss des Anfechtungsrechts in § 1600b BGB-E und sodann durch den Ausschluss des Erfolgs der Anfechtung § 1600a I Nr. 1 BGB-E.

Dadurch, dass der Reformentwurf die Kategorien Ausschluss des Anfechtungsrechts (§§ 1600b, 1600c BGB-E) und Erfolg/Scheitern der Anfechtung in der Sache (§ 1600a BGB-E) deutlicher trennt, als es das geltende Recht tut, wird eine Koordinierung zwischen beiden Kategorien erforderlich. Dies wirkt sich insbesondere auf der **verfahrensrechtlichen Ebene** aus.⁴⁰ So ist unklar, ob jeder Anfechtende schon im Antrag darzulegen und ggf. glaubhaft zu machen hat, dass kein Ausschlussgrund greift. Aus diesem Blickwinkel könnte die Doppelung von Anfechtungsausschluss und Nichterfolg der Anfechtung sinnvoll sein: Dieser Doppelung bedarf es (nur) dann, wenn davon auszugehen ist, dass der Anfechtende in seinem Antrag

³⁷ BVerfG, 25.9.2018, 1 BvR 2814/17, FamRZ 2019, 124; BVerfG, 9.4.2003, 1 BvR 1493/96 und 1 BvR 1724/01.

³⁸ MüKo BGB/Wellenhofer, § 1600, Rn. 14; OLG Bremen, FamRZ 2013, 1824;

³⁹ Abschlussbericht des AK Abstammungsrecht, Thesen 43, 44, 58.

⁴⁰ S.o. B.2.

nicht darzulegen hat, dass kein Ausschluss der Anfechtung gegeben ist und das Gericht nicht von Amts wegen zu prüfen hat, ob ein Ausschlussgrund eingreift. Zu diesem Punkt bedarf der Entwurf der Klarstellung.

11. Zu § 1600c BGB-E (Ausschluss der Anfechtung nach Anerkennung)

Der djb hält die Reduktion der Anfechtungsrechte bei Anerkennung für zielführend. Übergreifend ist allerdings anzumerken, dass nicht hinreichend deutlich wird, wer im Anfechtungsverfahren die Feststellungslast für die in den Fällen des § 1600c BGB-E adressierte Kenntnis trägt.

Gemäß **§ 1600c I BGB-E** kann der **anerkennende Mann** nicht anfechten, **wenn er wusste**, dass er nicht der leibliche Vater des Kindes ist. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen und ist angelehnt an Empfehlungen des AK Abstammungsrecht⁴¹, doch es wird vorgeschlagen, den Anfechtungsausschluss um die Fälle zu erweitern, in denen der Vater Kenntnis von Umständen hatte, die gegen seine genetische Vaterschaft sprechen.⁴² Denn positive Kenntnis wird sich nur sehr selten nachweisen lassen. Ergänzend sollte für die Fälle, in denen der Anerkennende über seine genetische Vaterschaft getäuscht wurde, die Regelung des § 1600c II BGB übernommen werden.

Gem. **§ 1600c II BGB-E** kann die **anerkennende Mit-Mutter** in keinem Fall anfechten. Dahinter mag der Gedanke stehen, dass die anerkennende Mit-Mutter stets wisse, dass sie nicht die genetische Mutter ist. Dieser Anfechtungsausschluss ist im Hinblick auf den Bezugspunkt genetische Elternschaft zu weitgehend. Denn es kann im Fall der (im Inland unzulässigen) Eizellspende durchaus sein, dass die Mit-Mutter auch genetische Mutter des Kindes ist und dann ist es nur angemessen und aus Gleichheitsgründen sogar angezeigt, ihr Vertrauen auf ihre eigene genetische Verwandtschaft mit dem Kind ebenso zu schützen wie das entsprechende Vertrauen des Vaters. § 1600c II 2 i.V.m. I 2 BGB-E könnte zwar bei weiter Auslegung dahin verstanden werden, auch in diesem Fall den Anfechtungsausschluss entfallen zu lassen, aber eine Klarstellung wäre wünschenswert.

Gem. **§ 1600c III BGB-E** kann die Mutter, die einer Anerkennung zugestimmt hat, nicht anfechten, wenn eine zweite Frau anerkannt hat oder wenn ein Mann anerkannt hat und die Mutter wusste, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist. Mit den Vorgaben des AK Abstammungsrecht stimmt dies nur eingeschränkt überein.⁴³ Die vorgeschlagenen Änderungen und Klarstellungen für Vater und Mit-Mutter sollten spiegelbildlich auf die Mutter erstreckt werden.

12. Zu § 1600e BGB-E (ex § 1600b BGB) (Anfechtungsfristen)

§ 1600e BGB-E befasst sich mit den Anfechtungsfristen. Maßgebliche Änderung in § 1600e BGB ist, dass die Anfechtungsfrist für das Kind auf drei Jahre erweitert und für die Elternteile auf ein Jahr verkürzt wird. Der AK Abstammungsrecht fordert zwar durchgängig eine Anfechtungsfrist von einem Jahr⁴⁴; der djb hält jedoch die Entwurfsfassung mit Blick auf schützenswerte Belange des Kindes für sachgerechter.

⁴¹ AK Abstammungsrecht, These 24.

⁴² So im Übrigen die Forderung des AK Abstammungsrecht, These 25.

⁴³ Vgl. AK Abstammungsrecht, These 26.

⁴⁴ AK Abstammungsrecht, Thesen 23, 33, 58.

Gemäß § 1600e I 2 Hs. 1 BGB-E soll die Frist für die Elternteile "mit dem Zeitpunkt [beginnen], in dem der Berechtigte von den Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft sprechen". Der Begriff der "Umstände" ist nicht hinreichend deutlich konturiert. Bislang ging es nur um Umstände, die gegen die *genetische* Elternschaft sprechen; fernerhin sind auch Umstände erfasst, die die Wirksamkeit der Einwilligung in die Insemination entfallen lassen. Da noch nicht gänzlich klar ist, welche Umstände dies sind, ist auch die Bezugnahme auf sie in § 1600e I 2 Hs. 1 BGB-E noch klärungsbedürftig.

13. Zu § 1600g BGB-E (ex § 1598a BGB) (Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung)

Mit § 1600g BGB-E wird der isolierte Abstammungsauskunftsanspruch erheblich erweitert. Der djb begrüßt diesen Ansatz. Schon im Verfahren, das zur Entscheidung des BVerfG vom 19. April 2016 führte⁴⁵, hatte der djb vertreten, dass ein solcher Anspruch für das Kind geschaffen werden sollte.⁴⁶ Dass der Anspruch zeitlich unbefristet ausgestaltet ist⁴⁷ und weder Verwirkung noch Verzicht vorgesehen sind⁴⁸, ist richtig; letzteres hätte indes explizit formuliert werden können.

Der Entwurf behält in **§ 1600g I 1 Nr. 1-3 BGB-E** den **jetzigen § 1598a I BGB** – abweichend von den Anregungen des AK Abstammungsrecht⁴⁹ – bei; **§ 1600g I 1 Nr. 4 BGB-E** gibt dem **volljährigen Kind** jedoch einen Anspruch gegen den Mann, der den Umständen nach als leiblicher Vater in Betracht kommt. Dies korrespondiert zwar mit einem Vorschlag des AK Abstammungsrecht⁵⁰, sollte in der Formulierung "den Umständen nach ... in Betracht kommt" aber überdacht werden. Denn diese unpräzisen Voraussetzungen führen zu Vorbehalten gegen die Öffnung des Anspruchs aus dem jetzigen § 1598a BGB für Personen außerhalb der Kernfamilie – die Furcht, ins Blaue hinein von irgendwelchen Personen zu einer Abstammungsuntersuchung gezwungen werden zu können, ist nicht zu leugnen. Um für alle (mutmaßlichen) Beteiligten eine akzeptable Lösung zu schaffen, sollte dieses Kriterium unbedingt konkretisiert werden.

Das **minderjährige Kind** hingegen hat nach **§ 1600g I 1 Nr. 4 BGB-E** nur dann einen Auskunftsanspruch gegen den mutmaßlichen leiblichen Vater, wenn der Mann nicht nach den §§ 1598a oder 1598b BGB-E als Vater festgestellt werden kann. Dies entspricht zwar einem Vorschlag des AK Abstammungsrecht⁵¹ und die Bedeutung einer Vaterschaftszuordnung und damit derjenigen des Statusverfahrens ist sicher auch nicht zu verkennen. Dennoch begegnet die Regelung mehreren **Bedenken**: Erstens steht nach dem Diskussionsteilentwurf das Kind schlechter als der mutmaßliche leibliche Vater, weil der nach § 1600g I 1 Nr. 6 BGB-E auch während der Minderjährigkeit des Kindes *ohne einen Vorrang der Vaterschaftsfeststellung* vom Kind die Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung verlangen kann. Für diese Ungleichbehandlung ist kein (rechtfertigender) Grund ersichtlich. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass es dem

⁴⁵ BVerfG, 19.4.2016, 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186 = FamRZ 2016, 877 = NJW 2016, 1939.

⁴⁶ Siehe die Stellungnahme des djb v. 30.6.2015, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K2/st15-07/>.

⁴⁷ So auch schon AK Abstammungsrecht, These 89.

⁴⁸ So auch schon AK Abstammungsrecht, These 82.

⁴⁹ AK Abstammungsrecht, These 91.

⁵⁰ AK Abstammungsrecht, Thesen 75, 77.

⁵¹ AK Abstammungsrecht, Thesen 75, 78.

Kind und der Vaterschaftszuordnung nur dienlich sein kann, ein statusfolgenloses Klärungsverfahren zuzulassen. Denn die Klärung der genetischen Wahrheit schafft für die (Verfahrens-) Beteiligten die notwendige Klarheit, um sich auf Basis der Information über die genetische Wahrheit für oder gegen eine rechtliche Vaterschaftszuordnung zu entscheiden. Ein Vorrang des Feststellungsverfahrens in der Zeit der Minderjährigkeit wird (möglicherweise) eher genau den entgegengesetzten Effekt haben: Das Kind, vertreten durch die Mutter, wird, wenn Unklarheit über die genetische Wahrheit besteht, eher kein Feststellungsverfahren betreiben.

Der djb plädiert daher für die Streichung des zweiten Halbsatzes von § 1600g I Nr. 4 BGB-E. Zumindest aber fordert der djb eine Herabsetzung der Grenze von 18 auf 16 Jahre (anknüpfend an § 10 SaRegG) oder ggf. sogar auf 14 Jahre (anknüpfend an § 45b PstG und § 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB; § 1596 BGB-E um im Entwurf zu bleiben). Hilfsweise wird angeregt, dass jedenfalls während der Zeit der Minderjährigkeit eine Einzelfallentscheidung über den Vorrang des statusändernden Verfahrens getroffen werden muss und ein unabänderlicher, pauschaler Vorrang des statusändernden Verfahrens nicht die nötige Einzelfallgerechtigkeit gewährleistet.

Äußerst hilfsweise ist eine Parallelisierung des Anspruchs des mutmaßlichen leiblichen Vaters geboten (siehe sogleich).

§ 1600g I 1 Nr. 6 BGB-E sieht einen Anspruch **des mutmaßlichen leiblichen Vaters** gegen Mutter und Kind vor. Der djb stellt sich dem Anspruch, der auch schon vom AK Abstammungsrecht vorgeschlagen wurde⁵², nicht entgegen. Essentiell ist jedoch, dass der Anspruch für den mutmaßlichen leiblichen Vater nicht günstiger ausgestaltet wird als für das Kind (siehe oben). Sollte also, anders als vom djb angeregt, am Vorrang der statusändernden Verfahren beim minderjährigen Kind festgehalten werden, muss ein entsprechender Vorrang während der Minderjährigkeit des Kindes auch für den Anspruch des Mannes gelten.

§ 1600g I 1 Nr. 5 BGB-E führt einen Anspruch des Kindes gegen die **mutmaßliche nur-genetische Mutter** ein. Die Regelung macht indes das **Defizit** der familienrechtlichen Reformvorschläge auf Mutterseite und die fehlende Liberalisierung im Fortpflanzungsmedizinrecht nur noch deutlicher.⁵³

Der Anspruch nach § 1600g I 1 Nr. 5 BGB-E sollte jedenfalls **symmetrisch** ausgestaltet sein. Es leuchtet nicht ein, weshalb im Verhältnis Kind-mutmaßlicher genetischer Vater der Anspruch in beide Richtungen besteht (Kind gegen Mann, Mann gegen Kind), im Verhältnis Kind – mutmaßliche (nur) genetische Mutter aber nur ein Anspruch des Kindes gegen die Frau, kein entsprechender **Anspruch der Frau gegen das mutmaßliche Kind**.

Insgesamt ist anzumerken, dass das Verhältnis von § 1600g BGB-E zur inzidenten Vaterschaftsfeststellung in § 1686a BGB und § 1607 BGB nicht deutlich ist. So stellt sich bspw. die Frage, ob es bei der inzidenten Vaterschaftsfeststellung bleiben soll oder ob künftig § 1600g BGB-E Vorrang hätte (s.u.).

Der djb weist auch darauf hin, dass mittlerweile im Recht der abstammungsbezogenen Auskunfts- und Einwilligungsansprüche eine erhebliche **Zersplitterung** eingetreten ist – neben § 1598a BGB/§ 1600g BGB-E gibt es Ansprüche aus der allgemeinen Beistandspflicht des

⁵² AK Abstammungsrecht, These 88.

⁵³ Siehe schon oben unter A.

§ 1618a BGB, den allgemeinen Auskunftsanspruch des § 242 BGB, einen Entwurf für eine Regelung zum Scheinvaterregressauskunftsanspruch in § 1607 BGB, den Anspruch aus § 10 Sa-RegG und womöglich noch Ansprüche aus einem Behandlungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus §§ 630a, 328, 242 BGB. Eine partielle Zusammenführung oder stärkere dogmatische Vereinheitlichung täten wohl und werden ausdrücklich angeregt.

Zuletzt sei die Anmerkung erlaubt, dass der Diskussionsentwurf die Gelegenheit versäumt, das schwierige Verhältnis zwischen dem statusunabhängigen Verfahren nach § 1600g BGB-E und den statuserheblichen Anfechtungsverfahren zu klären.

Wie schon nach bestehender Gesetzeslage wird das statusunabhängige Klärungsverfahren dazu benutzt werden können, unter Umgehung der Anfechtungsfristen die "Umstände" in Erfahrung zu bringen, die der leiblichen Elternschaft entgegenstehen.⁵⁴ Gerade weil der Diskussionsentwurf die Beständigkeit entstandener, intendierter Elternschaft stärker als bisher neben der genetisch-biologischen Verwandtschaft berücksichtigt, sollte dieser den Motiven der statusunabhängigen Feststellung widersprechende Weg durch einen Zusatz in § 1600 g BGB-E endlich abgeschnitten werden.

14. Zu § 1600h BGB-E (Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität)

Gemäß § 1600h BGB-E gelten für "Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität ... die Vorschriften dieses Titels entsprechend". Der djb begrüßt zwar, dass der Entwurf die Bedürfnisse der Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität adressiert.

Die Regelung ist jedoch zu überarbeiten. Denn die differenzierten Rechtsfolgen der Begründung – keine Änderung für Transsexuelle, kein Wahlrecht für Intersexuelle auf der ersten Elternstelle, Wahlrecht auf der zweiten Elternstelle⁵⁵ – sind dem Wortlaut nicht annähernd zu entnehmen.

Inhaltlich ist zu bemängeln, dass es für Transsexuelle bei der bisherigen unbefriedigenden Situation bleiben soll. Ein ausdrücklicher Wunsch transsexueller Eltern ist, dass diese auch im Geburtsregister entsprechend dem gelebten Geschlecht bezeichnet werden. Auch der Alltag mit minderjährigen Kindern wird durch die fehlende geschlechtsentsprechende Zuordnung erheblich erschwert. (In der Kita muss eine offenkundig männliche Person als Mutter unterschreiben u.a.)

Den Interessen Intersexueller wird man ebenso wenig gerecht, wenn man sie auf der ersten Elternstelle zwingend als "Mutter" einstuft und auch auf der zweiten Elternstelle stets als Mit-Mutter oder Vater kategorisiert. Dies entspricht gerade nicht den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, dass es eine "dritte Option" geben muss – der Diskussionsentwurf eröffnet nur zwei Optionen. Die Regelung des § 1600h BGB-E macht einmal mehr auch die verfassungsrechtliche Problematik, die sich hinter den Begrifflichkeiten verbirgt, deutlich.

⁵⁴ *Lies-Benachib*, Chancen und Risiken für ein modernes Abstammungsrecht, StAZ 2018, 368 (374).

⁵⁵ Diskussionsteilentwurf v. 12.3.2019, S. 59 f.

15. Zu § 1686a BGB-E (Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen oder des intendierten Vaters und der intendierten Mit-Mutter)

Durch § 1686a BGB-E wird das Umgangs- und Auskunftsrecht erweitert auf die Mit-Mutter und den intendierten Vater bei heterologer Insemination.

Aus Sicht des Entwurfs ist die Regelung sicherlich geboten. Es ist jedoch zu bedenken, dass schon die geltende Vorschrift in ihrer Anwendung – unabhängig von der geringen praktischen Bedeutung – erheblich umstritten ist. Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁵⁶ zur sogenannten Inzidentprüfung und den Auswirkungen mit Blick auf die Kindesanhörung sei hier nur beispielhaft hingewiesen.

Nicht plausibel ist allerdings, warum das Auskunfts- und Umgangsrecht nicht auch der nur-genetischen Mutter zuerkannt wird. Der Entwurf erlaubt zwar, dass diese über einen Auskunftsanspruch festgestellt wird (§ 1600 I 1 Nr. 5 BGB), verweigert ihr aber ein paralleles Recht zu dem des nur-leiblichen Vaters. Die Mit-Mutter und der intendierte Vater, deren/dessen einzige Verbindung zum Kind womöglich in der Einwilligung in die heterologe Insemination liegt, haben im Zweifel weitaus weniger schützenswertes Interesse an Auskunft und Umgang mit dem Kind als die nur-genetische Mutter.

16. Fehlende Folgeregelungen im Erbrecht

Ein vollständiger Diskussionsentwurf müsste sich auch mit den erbrechtlichen Folgen der Neuregelung befassen. Es seien nur folgende Punkte angesprochen: Beim Erbrecht ergibt sich grundsätzlich die Problematik der Erbfähigkeit gemäß § 1923 II BGB, falls der intendierte Elternteil vor der erfolgreichen Insemination verstirbt.

Ferner ist die erbrechtliche Stellung der Mit-Mutter zum Kind ungeklärt. Nach der derzeitigen Systematik muss davon ausgegangen werden, dass diese aufgrund der Elterneigenschaft als Elternteil anzusehen ist, so dass das Kind Erbe erster Ordnung gemäß § 1924 ist. Dementsprechend ergeben sich dann auch die weiteren erbrechtlichen Ansprüche.

17. Fehlende Klarstellung im LPartG

Der Diskussionsteilentwurf geht davon aus, dass im LPartG kein Anpassungsbedarf besteht, weil gem. § 21 LPartG i.d.F. des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 "Regelungen zu Ehegatten und Ehen, die nach dem 22. Dezember 2018 in Kraft treten, ... entsprechend für Lebenspartner und Lebenspartnerschaften [gelten], wenn nichts anderes bestimmt ist." Der djb gibt zu bedenken, dass aufgrund der mit dieser Norm etwaig verbundenen Auslegungsschwierigkeiten und den daraus resultierenden Divergenzen in der Anwendung eine explizite Klarstellung der Anwendbarkeit der Neuregelungen auch auf Lebenspartnerschaften wünschenswert wäre.

Prof. Dr. Maria Wersig
Präsidentin

Brigitte Meyer-Wehage
Vorsitzende der Kommission Recht Zivil-, Familien- und
Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften

⁵⁶ BGH, FamRZ 2016, 2082.