

## ABSTAMMUNGSRECHT

## Eltern werden ist nicht schwer – oder?

von RA Dr. Marko Oldenburger, FA Familienrecht, FA Medizinrecht (Hamburg), Lehrbeauftragter

| Im Abstammungsrecht ist Bewegung. FK wird daher Reformvorhaben vorstellen, Besonderheiten von transsexuellen Eltern erläutern und es wird der Frage nachgegangen, ob Biologie und Genetik weiterhin ausschlaggebend dafür sein können, im Rechtssinne Elter/n zu werden. |

### 1. Begriff der Abstammung

Abstammung wird verstanden als die Herkunft eines Individuums von einem weiblichen Elter, von dem die Eizelle stammt („Mutter“) und von einem männlichen Elter, von dem das Spermium stammt („Vater“), also die biologische Elternschaft. Sie bezieht sich auch auf alle weiteren unmittelbaren Vorfahren bis zurück zur sog. Urzeugung, d. h. auf die biologische Abstammungstheorie (<https://de.wikipedia.org/wiki/Abstammung>, Download 4.12.23).

Rechtswissenschaftlich wird unter Abstammung überwiegend die durch Blutsbande vermittelte, genetische Verwandtschaft verstanden (Diederichsen NJW 98, 1977, 1979). Eltern-Kind-Verhältnisse werden in §§ 1591, 1592 BGB infolgedessen auf die binären Kategorien von Mutter- und Vaterschaft bezogen. Unabhängig davon sind voluntative, biologische und soziale Elternschaften möglich. Der Begriff der Abstammung bildet diese Voraussetzungen (und Annahmen) für ein Eltern-Kind-Verhältnis daher nicht mehr vollständig ab. Bereits eine Anerkennung i. S. v. § 1592 Nr. 2 BGB oder die Tatsache, nur mit der Geburtsmutter verheiratet zu sein, hat mit traditionellen abstammungsrechtlichen Kategorien in Bezug darauf, ein Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen, nur noch wenig zu tun.

### 2. Elternschaft und Reproduktionsmedizin

Mithilfe der Reproduktionsmedizin kann Elternschaft auch jenseits von zeugungsbiologischen Voraussetzungen entstehen. Die abstammungsrechtliche Zuordnung zur Mutter basiert aber allein auf der Tatsache der Geburt. Dass das Kind durch eine fremde Eizelle gezeugt worden ist oder die Geburtsmutter z. B. als Leihmutter selbst keine Verantwortung für das Kind tragen will, ändert an ihrer rechtlichen Mutterschaft (§ 1591 BGB) nichts. Diese gesetzliche Regelung basiert auf dem Embryonenschutzgesetz (ESchG), das Ärzten verbietet, sich an einer Eizellspende und Leihmutterschaft zu beteiligen. Folge: Der Gesetzgeber bestimmte, dass nur die Geburtsmutter dem Kind abstammungsrechtlich zugeordnet wird, nicht aber die Frau, von der die Eizelle stammt oder die Wunschmutter.

**MERKE** | Die Vaterschaft kann dagegen u. a. aufgrund der Ehe mit der Geburtsmutter oder durch Anerkennung mit ihrer Zustimmung (§ 1592 Nrn. 1, 2 BGB) zustande kommen.

Biologische  
Abstammung

Juristisch sind  
auch voluntative  
und soziale Eltern-  
schaften möglich

Mutterschaft  
basiert allein auf der  
Tatsache der Geburt

Nach § 1591 Abs. 1 BGB a. F. wurde auf die Ehelichkeit und den Empfang des Kindes abgestellt. Da menschliches Leben durch Befruchtung in vivo oder in vitro auch durch fremde Eizellen oder Embryonen entstehen kann, wäre eine auf den Empfang abstellende rechtliche Mutterschaft ggf. ausgeschlossen, jedenfalls aber diskutabel. Die rechtliche Mutterschaft bezieht sich daher nur noch auf die Geburt, ohne dass es auf einen eigenen genetischen Beitrag ankommt.

Der Fokus liegt auf der Schwangerschaft und Geburt, die Genetik tritt zurück.

**MERKE** | Mit Ausnahme einer Adoption kann die Mutterschaft nicht wieder beseitigt werden. Anders als bei der Vaterschaft gibt es für soziale Mütter, die Kinder des Partners/der Partnerin versorgen, keine schützenswerte sozial-familiäre Beziehung (siehe § 1600 Abs. 2, 3 BGB). Denn nach §§ 1591, 1592 BGB kann nur die zweite Elternstelle (Vaterschaft) anerkannt und angefochten werden. Die Ehefrau einer Mutter kann also trotz einer (langjährigen) sozial-familiären Beziehung zum und mit dem Kind nicht verhindern, dass der leibliche Vater sich als Elternstelle gem. § 1592 Nr. 3 BGB feststellen lässt, da es für sie keine Elternstelle gibt.

### 3. Transsexualität

Lebensrealitäten haben das Elternschaftsrecht eingeholt, wenn nicht sogar überholt. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfasst z. B. auch das Recht auf Anerkennung einer neuen geschlechtlichen Identität. Erlangt eine Person nach dem Transsexuellengesetz (TSG) eine neue rechtliche geschlechtliche Identität, ist diese bezüglich der abstammungsrechtlichen Zuordnung jedoch i. d. R. unbeachtlich: Eine Frau-zu-Mann-Mutter bleibt nach h. M. statusrechtlich i. S. v. § 11 S. 1 Hs. 1 TSG trotz der Zuordnung zum männlichen Geschlecht mit Namensänderung Mutter – allein durch die Geburt. Das BVerfG hat das TSG in großen Teilen für verfassungswidrig erklärt (NJW 11, 909; zur Begutachtung gem. § 4 Abs. 3 TSG: BVerfG NJW 18, 222). Geplant ist ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag, das das TSG ersetzen soll (SBGG; s. Entwurf der Bundesregierung unter [www.iwww.de/s10136](http://www.iwww.de/s10136)). Dieser soll es trans-, intergeschlechtlichen und nicht binären Menschen erleichtern, ihren Geschlechtseintrag im Personenstandsregister und ihre Vornamen ändern zu lassen, und zwar durch eine Erklärung gegenüber dem Standesamt. Eine gerichtliche Entscheidung über den Antrag soll nicht mehr erforderlich sein. Auch die Notwendigkeit, zwei Sachverständigengutachten einzuholen, soll entfallen.

#### a) Elternstellung und rechtliche Geschlechtsidentität

Nach § 11 S. 1 Hs. 1 TSG lässt die Entscheidung, dass der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, u. a. aber das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinen Kindern unberührt. Das AG Regensburg wendet § 11 TSG bezogen auf Folgen für die Elternstelle aber nicht an: Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG beinhaltet auch das Recht auf Anerkennung der geschlechtlichen Identität (FamRZ 22, 704). Es sei verletzt, wenn ein transsexueller Elternteil für ein nach der Entscheidung gem. § 8 TSG geborenes Kind rechtlich nicht die geschlechtsbezogene Elternrolle zugewiesen bekommt, die seinem selbst empfundenem und rechtlich zugewiesenem Geschlecht entspreche (so im Ansatz auch BGH NJW 17, 3379).

Rechtliche Mutterschaft bezieht sich auf den Zeitpunkt der Geburt

Rechtliche Mutterschaft kann nicht mehr beseitigt werden

BVerfG hat das TSG in weiten Teilen für verfassungswidrig erklärt

AG Regensburg wendet § 11 TSG bezogen auf die Elternstelle nicht an

Aus Sicht des Kindes müsse gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 Abs. 1 GG (Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch beide Elternteile) eine rechtliche Zuordnung der zweiten Elternstelle mit der Geburt erfolgen. Auf eine Adoption habe es keinen Anspruch. § 11 TSG verhindere, dass das Kind in der juristischen Sekunde seiner Geburt zwei Elternteile bekomme. Es erhalte also nicht trotz, sondern wegen der rechtlich bestätigten Geschlechtsanpassung eines Elternteils rechtlich zwei Elternteile (Anm. Löhnig in NZFam 22, 376).

Bei einer Frau-zu-Mann-Mutter bleibt aber nach h. M. Elternschaft auf das ursprüngliche Geschlecht bezogen. Ein nun rechtlicher Mann ist nicht als Mutter eintragbar (BGH NZFam 17, 1051). Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat, § 1591 BGB, da das Rechtsverhältnis zu den Kindern trotz §§ 10, 11 TSG, unberührt bleibt. Davon erfasst sind auch nach der Änderung der Geschlechtszugehörigkeit entstehende Sachverhalte (AG Münster FamRZ 17, 1862).

Auch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht verletzt: Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller kann nicht rechtlicher Vater eines von ihm geborenen Kindes sein. Ließe man die genetische Abstammung aufgrund der Eizelle maßgebend sein, widerspräche dies der Wertentscheidung des § 1591 BGB, dass die statusrechtliche Zuordnung gerade nicht an die genetische Herkunft der Eizelle anknüpfen ist. Erst die an die Geburt anknüpfende Zuordnung zu einer Mutter eröffnet dem Kind auch den Weg der Zuordnung zu einem Vater (BGH NZFam 17, 1051 Rn. 27). Ebenfalls nicht verletzt sind Art. 3 Abs. 1, 3 GG und Art. 6 Abs. 1 GG, wobei bereits dessen Schutzbereich nicht eröffnet ist. Gleiches gilt für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Mit § 11 TSG liegt eine ausreichende Schranke vor.

### b) Europäische Menschenrechtskonvention

Der EGMR hat die Ansicht des BGH bestätigt: Es verstoße nicht gegen Art. 8 EMRK, wenn sich Behörden weigern, eine transgeschlechtliche Person, die ein Kind geboren hat, als „Kindesvater“ bzw. „Kindesmutter“ in die Geburtsurkunde einzutragen (FamRZ 23, 868). Die Rolle der gebärenden Person falle immer einer Frau und die Rolle der eine Eizelle befruchtenden Person stets einem Mann zu. Es müsse kein geschlechtsneutrales Abstammungsrecht geschaffen werden. Die Meinung des BGH, dass Mutter- und Vaterschaft als rechtliche Kategorien nicht austauschbar seien, sei europarechtlich nicht zu beanstanden. Der Gebärende könne als Vater nur auf der zweiten Elternstelle eingetragen werden, wenn das Kind dessen Vaterschaft zuvor erfolgreich angefochten habe. Der BGH habe dies zu Recht für das Kind als unzumutbar bewertet. Damit die Transsexualität nicht offengelegt werden müsse, sei eine Geburtsurkunde ohne Elterneintrag erhältlich. Der Personenkreis, der diese Urkunde einsehen dürfe, sei begrenzt. Die hiervon ausgehende Gefahr für das Persönlichkeitsrecht des Gebärenden sei von daher gegenüber der Kohärenz des Personenstandsrechts nachrangig.

**MERKE |** Die deutsche Rechtslage ist davon geprägt, dass eine Geschlechtsänderung in Bezug auf den abstammungsrechtlichen Status nicht immer dazu führt, das neue Geschlecht zu übernehmen: Ein Mann wird grundsätzlich nicht zur ersten Elternstelle, also Vater des Kindes anstelle seiner Mutter i. S. v. § 1591 BGB; auf der anderen Seite kann ein Mann, der vormals dem weiblichen Geschlecht angehörte, mit dem neuen Geschlecht als Vater auf der Ebene der zweiten Elternstelle anerkannt werden (siehe AG Regensburg FamRZ 22, 704).

**BGH: Frau-zu-Mann-Mutter bleibt wegen der Geburt rechtlich eine Mutter**

**Nach Geburt: Frau-zu-Mann-Transsexueller kann nicht rechtlicher Vater sein**

**EGMR bestätigt die Ansicht des BGH**

**Abstammungsrechtlich gilt eine Geschlechtsänderung nicht per se**

Die Argumente des EGMR überzeugen nicht: Die Vaterschaft ist der zweiten Elternstelle vorbehalten; wenn eine rechtlich als Mann geltende Person ein Kind zur Welt bringt, passt die Bezeichnung Mutter auf ihn nicht. Er besetzt die erste Elternstelle durch die Geburt. Diese erste Elternstelle ist unanfechtbar. Das gilt umso mehr, wenn der Ehemann die zweite Elternstelle besetzt, § 1592 Nr. 1 BGB. Die Geburtsurkunde impliziert erheblichen Erklärungsaufwand in Bezug auf jeden, dem sie vorgelegt werden muss. Die Entscheidung des EGMR dokumentiert daher Reformbedarf im deutschen Elternschaftsrecht.

### c) Geplante Neuregelung im SBGG-E

Nach dem Regierungsentwurf, der dem BGH und dem EGMR folgt, soll die rechtliche Geschlechtswahl und Registrierung auch künftig nicht die Elternstellen (erste: Mutter, § 1591 BGB, zweite: Vater, § 1592 Nr. 3 BGB) beeinflussen.

#### ■ § 11 (Eltern-Kind-Verhältnis) Abs. 1 Regierungsentwurf

Der Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ist für das nach den §§ 1591 und 1592 Nr. 3 BGB bestehende oder künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern unerheblich. Für das nach § 1592 Nr. 1 oder 2 BGB bestehende oder künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern ist ihr Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes maßgeblich.

Dagegen bestehen Bedenken: Nur der Ehegatte der Mutter und anerkennende Elter sollen mit ihrem zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes registrierten Geschlechtseintrag beachtet werden. Damit bleibt die Geschlechtswahl in allen anderen Fällen der Biologie (Mutter) und Genetik (Vater) nachgeordnet. I. S. d. Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 GG bleibt für die abstammungsrechtliche Zuordnung die Ungleichbehandlung von Biologie und Genetik auf der einen sowie der Geschlechtswahl auf der anderen Seite: Überzeugende Argumente, die Zeugungsfähigkeit bei § 1592 Nr. 1 und 2 BGB anders als bei Elternschaft gem. § 1592 Nr. 3 BGB zurückzustellen und also ungleich zu behandeln, finden sich nicht (Reg.E., S. 58).

Es gibt entgegen den Annahmen im RegE keine exklusiven binären verschiedengeschlechtliche Elternkategorien Mutter und Vater i. S. v. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern nur Eltern (BVerfG 13, 847 Rn. 51). Verfassungsrechtlich ist Elternschaft nicht zwingend zeugungsbiologisch determiniert und daher durchaus geschlechtsspezifisch neutral. Nach dem SBGG-E soll es aber bei den binären Kategorien bleiben. Auf biologische Tatsachen soll es im Gegensatz zu rechtlichen zwar nicht ankommen, wenn Elternschaft registriert werde (BGH NJW 22, 2273 Rn. 25). Der SBGG-E stellt darauf aber ab, um die Mutterschaft festzustellen: Kinder sollen ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zugewiesen werden, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird (BVerfG 11.11, 1 BvR 3295/07, Rn. 77). Die genetische Mutter sei daher auch künftig nicht als Vater nach § 1592 Nr. 3 BGB feststellbar (Reg.E. S. 56 f.). Der Entwurf weicht damit sowohl vom Diskussionsteilentwurf als auch vom neuen, am 16.1.24 vorgestellten Eckpunktepapier zur Reform des Abstammungsrechts ab.

Deutsches Elternschaftsrecht ist reformbedürftig

Regierungsentwurf folgt dem BGH und EGMR

Es besteht Abstimmungs- und Anpassungsbedarf

SBGG-E verpasst die Chance der Modernisierung und Harmonisierung