

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Verzeichnis der Anlagen	VII
Genderhinweis	VIII
1 Einleitung	1
2 Aktuelle Rechtslage (lege lata).....	3
2.1 Inhalt des § 1591 BGB.....	3
2.2 Normzweck des § 1591 BGB	4
2.3 Aktuelle Regelung einzelner Sonderfälle.....	5
2.3.1 Mit-Mutterschaft.....	5
2.3.2 Eizellspende.....	5
2.3.3 Leihmutterschaft und Ersatzmutterschaft	7
3 Reformüberlegungen (lege ferenda)	9
3.1 Die Regelung des § 1591 BGB	9
3.1.1 Überlegungen des Diskussionsteilentwurfs	9
3.1.2 Kritische Betrachtung des Diskussionsteilentwurfs	9
3.1.2.1 Verbindung Gebärende und Kind	9
3.1.2.2 Systematik des Abstammungsrechts	10
3.1.2.3 Kindeswohl	12
3.1.2.4 Die Wunschmutter bei Ersatzmutterschaft und Eizellspende	14
3.1.2.5 Ungleichbehandlung von genetischer Vaterschaft und Mutterschaft	15
3.1.3 Zwischenfazit und eigene Reformüberlegungen	17
3.1.3.1 Anerkennung der Mutterschaft	18
3.1.3.2 Anfechtung und Feststellung der Mutterschaft.....	25
3.1.3.3 Anpassung des § 1591 BGB	33
3.2 Die Mit-Mutterschaft	34
3.2.1 Überlegungen des Diskussionsteilentwurfs	34
3.2.2 Kritische Betrachtung des Diskussionsteilentwurfs	36
3.2.2.1 Statuswahrheit.....	36
3.2.2.2 Statusklarheit	38
3.2.2.3 Kindeswohl.....	40

3.2.2.4	Ungleichbehandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare	41
3.2.2.5	Differenzierung ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung und private Insemination	43
3.2.3	Zwischenfazit und eigene Reformüberlegungen	46
3.3	Trans- und intersexuelle Personen	46
3.3.1	Überlegungen des Diskussionsteilentwurfs	46
3.3.2	Kritische Betrachtung des Diskussionsteilentwurfs	47
3.3.3	Zwischenfazit und eigene Reformüberlegungen	48
4	Fazit	49
	Anlagen	51
	Literaturverzeichnis	113
	Erklärung des Verfassers	119

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AdVermiG	Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz)
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Entwurf für eine Änderung von Buch 4 Abschnitt 2 Titel 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz
BGB-R	Entwurf für eine Änderung von Buch 4 Abschnitt 2 Titel 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs des Verfassers dieser Arbeit
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.	Einführung
ESchG	Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz)
f.	folgende Seite

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-FamR	juris Praxisreport Familienrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz)
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht

OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
SaRegG	Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz)
TSG	Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Verzeichnis der Anlagen

Die Anlagen befinden sich auf der beigelegten CD. Zusätzlich ist die Anlage 2 dieser Arbeit angefügt.

Anlage 1	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Reform des Abstammungsrechts
Anlage 2	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts
Anlage 3	Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, BT-Drs. 13/4899
Anlage 4	Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten, BT-Drs. 14/8131
Anlage 5	Entwurf eines Gesetzes über die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder, BT-Drs. 5/2370
Anlage 6	Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, BT-Drs. 16/6561
Anlage 7	Entwurf eines Sozialgesetzbuches (SGB) – Jugendhilfe –, BT-Drs. 8/2571
Anlage 8	Serviceportal Baden-Württemberg, Vaterschaftsanerkennung erklären und beurkunden lassen

Genderhinweis

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Bachelorarbeit die gewohnte männliche Sprachform bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Dies impliziert jedoch keine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts, sondern soll im Sinne der sprachlichen Vereinfachung als geschlechtsneutral zu verstehen sein.

1 Einleitung

§ 1591 BGB definiert: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“. Diese Regelung wurde mit der Kindschaftsrechtsreform 1998 eingefügt.¹ Zuvor galt der Grundsatz „mater semper certa est“, so dass eine Regelung der Mutterschaft unnötig erschien.² Durch die moderne Fortpflanzungsmedizin haben sich mit der Eizellspende und der Leihmutterchaft jedoch vielfältige Formen entwickelt, die es erlauben, dass genetische und gebärende Mutter nicht immer identisch sind.³ Mit der Regelung des § 1591 BGB folgte der Gesetzgeber diesem Reformbedarf und legte fest, dass es nur eine Mutter gibt und zwar die Gebärende.

Allerdings ist diese Regelung bereits über 20 Jahre alt. In der Zwischenzeit haben sich weitere Änderungen ergeben. So können gleichgeschlechtliche Paare seit dem 01.10.2017 heiraten.⁴ Mit Ausnahme der Adoption besteht jedoch noch keine Möglichkeit, dass zwei Frauen kraft Gesetzes beide Mütter werden können. Zudem gibt es nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes⁵ seit dem 01.01.2019 offiziell ein drittes Geschlecht.⁶ Das aktuelle Abstammungsrecht differenziert jedoch nur zwischen Mann und Frau. Zuletzt stellt sich die Frage, ob die mit § 1591 BGB bestimmte unverrückbare Zuordnung zur gebärenden Frau und die damit einhergehende Abwendung vom Abstammungsprinzip die richtige Lösung ist oder ob unter bestimmten Voraussetzungen eine Zuordnung zur genetischen Mutter möglich sein sollte.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat einen Arbeitskreis geschaffen, der sich mit dem Reformbedarf des Abstammungsrechts

¹ Vgl. Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts, 16. Dezember 1997, BGBl. I S. 2942.

² Vgl. Edenfeld, FuR 1996, 190 (191); Helms, FuR 1996, 178 (187); Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 51 Rn. 2; Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 8; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 1.

³ Vgl. Edenfeld, FuR 1996, 190 (191); Helms, FuR 1996, 178 (180); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 51 Rn. 2; Gutzeit, in: Kaiser/Schnitzler/u.a., Familienrecht, 3. Aufl. 2014, BGB § 1591 Rn. 1; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 1.

⁴ Vgl. Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlecht, 20. Juli 2017, BGBl. I S. 2787.

⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 – zitiert nach Juris, Rn. 36, 56.

⁶ Vgl. Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragende Angaben, 18. Dezember 2018, BGBl. I S. 2635.

befasst hat.⁷ Nach zweijähriger Beratung hat der Arbeitskreis 2017 seinen Abschlussbericht fertiggestellt.⁸ Auf dessen Basis wurde vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein Diskussionsentwurf erarbeitet.⁹

In dieser Arbeit soll zunächst die aktuelle Rechtslage der Abstammung von der Mutter in Kapitel 2 dargelegt werden. Anschließend wird in Kapitel 3 auf die Reform der Mutterschaft eingegangen. Dabei sollen die Reformvorschläge des Diskussionsentwurfs dargelegt und ausführlich diskutiert werden. Zudem sollen weitergehende Reformbedarfe erkannt und eigene Reformüberlegungen erarbeitet werden.

⁷ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/031319_Reform_Abstamungsrecht.html (Abruf am 15.08.2019).

⁸ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/031319_Reform_Abstamungsrecht.html (Abruf am 15.08.2019).

⁹ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2019/031319_Reform_Abstamungsrecht.html (Abruf am 15.08.2019).

2 Aktuelle Rechtslage (lege lata)

In diesem Kapitel wird die aktuelle Rechtslage in Bezug auf die Regelung der Mutterschaft beleuchtet. Dabei wird zunächst auf den Inhalt sowie den Zweck der zentralen Norm § 1591 BGB eingegangen. Daraufhin folgt die genaue Betrachtung der Mit-Mutterschaft, der Eizellspende sowie der Leih- und Ersatzmutterschaft als Sonderfälle der Mutterschaft.

2.1 Inhalt des § 1591 BGB

Gemäß § 1591 BGB ist „Mutter eines Kindes [...] die Frau, die es geboren hat“. Die Mutter wird damit legaldefiniert¹⁰ und kraft Gesetzes von Anfang an bestimmt.¹¹ Die Zuordnung erfolgt damit ausschließlich durch die Geburt und unabhängig von einer Willenserklärung der Mutter.¹² Die Mutterschaft soll „keine bloße Scheinmutterschaft sein“¹³, die korrigiert werden kann. Weder eine Anfechtung, noch eine Feststellung der Mutterschaft, wie es bei der Vaterschaft möglich ist, sieht der Gesetzgeber vor.¹⁴ Dies gilt auch dann, wenn nachgewiesen werden kann, dass die gebärende Frau genetisch nicht mit dem Kind verwandt ist.¹⁵

Nach dem Wortlaut des § 1591 BGB kann Mutter ausschließlich eine Frau sein.¹⁶ Das Tatbestandsmerkmal der Frau kann jedoch entsprechend auf intersexuelle Personen ausgeweitet werden, soweit diese ein Kind gebären.¹⁷ Zudem ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, auch wenn er personenstandsrechtlich als Mann eingetragen ist, nach § 1591 BGB Mutter, soweit er das Kind geboren hat.¹⁸

¹⁰ Vgl. Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463); Hahn, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 01.05.2019, BGB § 1591 Rn. 1.

¹¹ Vgl. Brudermüller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB § 1591 Rn. 2.

¹² Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 51 Rn. 4.

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019).

¹⁴ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019).

¹⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13 – zitiert nach Juris, Rn. 35.

¹⁶ Vgl. Gutzeit, in: Kaiser/Schnitzler/u.a., Familienrecht, 3. Aufl. 2014, BGB § 1591 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. Sieberichs, FamRZ 2013, 1180 (1181 f.).

¹⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 6. September 2017 – XII ZB 660/14 – zitiert nach Juris, Rn. 14.

2.2 Normzweck des § 1591 BGB

§ 1591 BGB regelt den Personenstand des Kindes in Bezug auf die Zuordnung zu seiner Mutter sowie das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Kind und Mutter.¹⁹

Infolge der Eizellspende und der Leihmutterchaft kommt es vor, dass eine Frau ein Kind gebärt, das genetisch nicht mit ihr verwandt ist.²⁰ Diese gesplante Mutterschaft soll durch die Regelung des § 1591 BGB vermieden werden.²¹ Zudem trägt die Regelung dazu bei, die in Deutschland unter Strafe gestellte Leih- und Ersatzmutterchaft unattraktiv zu gestalten.²²

Der Gesetzgeber hat sich in den Fällen der gesplante Mutterschaft für die gebärende Frau als Mutter entschieden, da diese „während der Schwangerschaft sowie während und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung“²³ zum Kind aufbaut. Diese enge Verbindung zwischen der gebärenden Frau und dem Kind lässt darauf schließen, dass die Gebärende die Verantwortung für das Kind übernimmt und die erforderliche Hilfe leisten wird.²⁴

Zudem gilt die Geburt als „Publizitätsmerkmal“²⁵ und ermöglicht eine klare Zuordnung des Kindes zu seiner Mutter von Anfang an.²⁶ Dies schafft Statusklarheit und Statussicherheit.²⁷ Das Kind ist direkt nach der Geburt auf Hilfe angewiesen.²⁸ Diese notwendige Fürsorge könnte durch die genetische Mutter nicht sichergestellt werden, da diese teilweise nur durch zeitintensive wissenschaftliche

¹⁹ Vgl. Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 17; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 1.

²⁰ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 2; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 5.

²¹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019).

²² Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019); Edenfeld, FuR 1996, 190 (191 f.).

²³ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019).

²⁴ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 5.

²⁵ Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 5.

²⁶ Vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230 (232); Edenfeld, FuR 1996, 190 (191); Helms, FuR 1996, 178 (187).

²⁷ Vgl. Coester-Waltjen, Jura 1987, 629 (633); Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 5.

²⁸ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 5.

Untersuchungen ermittelt werden kann und damit Mutterlosigkeit für das Kind bedeuten würde.²⁹

2.3 Aktuelle Regelung einzelner Sonderfälle

2.3.1 Mit-Mutterschaft

Als Mit-Mutter wird die Frau bezeichnet, die als Partnerin der rechtlichen Mutter zweites rechtliches Elternteil werden möchte.³⁰

Der § 1592 Nr. 1 BGB, welcher regelt, dass Vater eines Kindes der Mann ist, welcher „zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist“, kann nach einem Beschluss des BGH nicht analog für eine Mit-Mutter angewandt werden, da keine planwidrige Regelungslücke vorliegt und der Wortlaut die Vaterschaft ausdrücklich einem Mann zuweist.³¹ Aus den gleichen Gründen besteht für die Partnerin der Mutter keine Möglichkeit der Anerkennung analog § 1592 Nr. 2 BGB.³²

Um rechtliches Elternteil zu werden, bleibt der eingetragenen Lebenspartnerin bzw. der Ehefrau der Mutter damit allein die Möglichkeit der Stiefkindadoption nach § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB ggf. i.V.m. § 9 Abs. 7 LPartG.³³

2.3.2 Eizellspende

Die Eizellspende mit einer fremden Eizelle dient als künstliches Fortpflanzungsmedium, wenn die Wunschmutter zwar zur Austragung des Kindes, allerdings nicht zur Erzeugung geeigneter Eizellen in der Lage ist.³⁴ Dabei erfolgt eine Entnahme der Eizellen bei der Eizellspenderin nach deren Eisprung.³⁵ Bei der darauffolgenden In-vitro-Fertilisation werden die Eizellen extrakorporal, also

²⁹ Vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230 (232); Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463); Luh, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, 2008, S. 133.

³⁰ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 2.

³¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 – zitiert nach Juris, Rn. 9, 12, 17.

³² Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 – zitiert nach Juris, Rn. 12.

³³ Vgl. Gutzeit, in: Kaiser/Schnitzler/u.a., Familienrecht, 3. Aufl. 2014, BGB § 1591 Rn. 5; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 10.

³⁴ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 14.

³⁵ Vgl. Lehmann, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, S. 3; Voigt, Abstammungsrecht 2.0, 2015, S. 12.

außerhalb des Körpers, befruchtet.³⁶ Falls die Befruchtung erfolgreich war, wird der so entstandene Embryo auf die Wunschmutter übertragen, welche im besten Fall schwanger wird.³⁷

Im Fall einer Eizellspende kommt es zu einer gespaltenen Mutterschaft.³⁸ Die nicht-genetische Wunschmutter als Gebärende ist die rechtliche Mutter.³⁹ Die Zuordnung erfolgt also zu der Frau, die das Kind gewollt hat und darüber hinaus aufgrund ihrer Entscheidung für eine Eizellspende verursacht hat, dass das Kind gezeugt wurde und existiert.⁴⁰ Zwischen Eizellspenderin und Kind bestehen keinerlei Rechte und Pflichten.⁴¹

Eine Eizellspende wird nach deutschem Recht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, und Abs. 2 ESchG unter Strafe gestellt.⁴² Danach macht sich strafbar, wer „auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG), „es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG) und wer „künstlich bewirkt, daß [sic!] eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle eindringt, oder [...] eine menschliche Samenzelle in eine menschliche Eizelle künstlich verbringt, ohne eine Schwangerschaft der Frau herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle stammt“ (§ 1 Abs. 2 ESchG). Die Wunschmutter sowie die Eizellspenderin sind hingegen gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 ESchG von einer Strafe befreit.

³⁶ Vgl. Lehmann, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, S. 3; Voigt, Abstammungsrecht 2.0, 2015, S. 11.

³⁷ Vgl. Lehmann, Die In-vitro-Fertilisation und ihre Folgen, 2007, S. 3; Voigt, Abstammungsrecht 2.0, 2015, S. 11.

³⁸ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 2; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 5.

³⁹ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 16.

⁴⁰ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 16; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 94.

⁴¹ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 16.

⁴² Vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 369 (369); Taupitz, NJW 2019, 337 (338).

2.3.3 Leihmutterschaft und Ersatzmutterschaft

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nur von der Ersatzmutter (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, § 13a AdVermiG), die Begriffe der Leihmutter und der Ersatzmutter müssen jedoch differenziert werden.⁴³

Bei der Leihmutterschaft wird die Eizelle der Wunschmutter oder einer Dritten, in vitro, also im Reagenzglas, entweder homolog mit dem Samen des Partners der Wunschmutter oder heterolog mit dem Samen eines Dritten befruchtet und dieser Embryo bei der Leihmutter implantiert, woraufhin die Leihmutter das Kind austrägt und gebärt.⁴⁴ In diesen Fällen ist die Wunschmutter, soweit ihre Eizellen verwendet wurden, genetisch mit dem Kind verwandt.⁴⁵

Beim heutzutage seltenen Fall der Ersatzmutterschaft stammt die Eizelle von der Ersatzmutter selbst und wird ebenfalls homolog oder heterolog befruchtet.⁴⁶

Nachdem das Kind geboren wurde, übergibt die Leih- bzw. die Ersatzmutter es dauerhaft den Wunscheltern.⁴⁷ Im Folgenden wird zur Vereinfachung einheitlich der, wie im Gesetz verwendete, Begriff der Ersatzmutterschaft verwendet.

Gemäß § 1591 BGB ist die Ersatzmutter, welche das Kind gebärt, auch die rechtliche Mutter.⁴⁸ Dies gilt auch dann, wenn die Ersatzmutter das Kind nicht aufziehen möchte oder wenn das Kind genetisch nicht mit ihr verwandt ist.⁴⁹ Die Wunschmutter kann allein durch die Annahme als Kind die rechtliche Mutter werden.⁵⁰

⁴³ Vgl. Schlegel, FuR 1996, 116 (116); Dethloff, JZ 2014, 922 (923); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 74.

⁴⁴ Vgl. Harder, JuS 1986, 505 (505); Schlegel, FuR 1996, 116 (116); Dethloff, JZ 2014, 922 (923); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 74.

⁴⁵ Vgl. Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 74.

⁴⁶ Vgl. Harder, JuS 1986, 505 (505); Schlegel, FuR 1996, 116 (116); Dethloff, JZ 2014, 922 (923); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 74.

⁴⁷ Vgl. Harder, JuS 1986, 505 (505); Schlegel, FuR 1996, 116 (116); Dethloff, JZ 2014, 922 (923); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 74.

⁴⁸ Vgl. Harder, JuS 1986, 505 (510); Schumacher, FamRZ 1987, 313 (321); Schlegel, FuR 1996, 116 (117); Quantius, FamRZ 1998, 1145 (1151); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 95; Hahn, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 01.05.2019, BGB § 1591 Rn. 13; Brudermüller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB Einf. § 1591 Rn. 22.

⁴⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13 – zitiert nach Juris, Rn. 35.

⁵⁰ Vgl. Quantius, FamRZ 1998, 1145 (1151).

§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG und §§ 13c, 14b AdVermiG stellen die Ersatzmutterschaft unter Strafe.⁵¹ Bestraft werden kann jedoch nur der Arzt oder ein sonstiger Dritter, welcher bei einer Ersatzmutter eine künstliche Befruchtung vornimmt oder einen menschlichen Embryo auf sie überträgt (§ 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG) sowie derjenige, welcher eine verbotene Vermittlung vornimmt (§§ 13c, 14b AdVermiG). Die Wunscheltern sowie die Ersatzmutter bleiben straffrei (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 ESchG, § 14b Abs. 3 AdVermiG).⁵²

⁵¹ Vgl. Schlegel, FuR 1996, 116 (116).

⁵² Vgl. Schlegel, FuR 1996, 116 (116).

3 Reformüberlegungen (lege ferenda)

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat einen Diskusstheilenwurf zur Reform des Abstammungsrechts verfasst (siehe Anlage 2). Die darin enthaltenen Vorschläge zur Reform der Regelung der Mutterschaft werden in diesem Kapitel näher beleuchtet. Dabei wird auf die Regelung des § 1591 BGB, die Einführung einer Mit-Mutterschaft und auf die Mutterschaft für trans- und intersexuelle Personen eingegangen. Es werden jeweils die Überlegungen des Diskusstheilenwurfs vorgestellt, diese Überlegungen diskutiert, das Resultat in einem Zwischenfazit dargestellt und bei Bedarf zum Abschluss eigene Reformüberlegungen definiert.

3.1 Die Regelung des § 1591 BGB

3.1.1 Überlegungen des Diskusstheilenwurfs

Der Diskusstheilenwurf sieht keine Änderungen des § 1591 BGB vor.⁵³ Rechtliche Mutter soll weiterhin nur die Gebärende sein.⁵⁴ Zudem soll die Zuordnung der rechtlichen Mutter wie bisher nicht durch die Beteiligten bestimmt werden können.⁵⁵ Die Gebärende darf also nicht auf ihre rechtliche Mutterschaft verzichten und sie einer anderen Person zuweisen.⁵⁶ Auch die Anfechtung der Mutterschaft ist ausgeschlossen.

3.1.2 Kritische Betrachtung des Diskusstheilenwurfs

3.1.2.1 Verbindung Gebärende und Kind

Die Argumente des Diskusstheilenwurfs für eine Beibehaltung des § 1591 BGB sind die bereits in 2.2 aufgeführten Argumente. Diese sind die Sicherstellung einer

⁵³ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 2.

⁵⁴ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 2.

⁵⁵ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 3.

⁵⁶ Vgl. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 3.

„frühe[n], eindeutigen[n] und sicher feststellbare[n] Zuordnung des Kindes“⁵⁷ zur Gebärenden und das damit einhergehende „Wohl des hilfs- und schutzbedürftigen Neugeborenen sowie [der] [...] Schutz der zwischen Kind und Mutter während der Schwangerschaft gewachsenen psychosozialen Beziehung“⁵⁸. Dieser Auffassung folgt auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht.⁵⁹

Das Argument der psychosozialen Beziehung zwischen Schwangerer und Kind mag dabei fraglich erscheinen. Zwar besteht eine physische Beziehung, allerdings ist diese gering zu bewerten, wenn die Gebärende kein Interesse am Kind hat.⁶⁰

Die primäre Zuordnung des Kindes bei der Geburt zur Gebärenden erscheint jedoch aufgrund der Statusklarheit als die beste Lösung, um eine Mutterlosigkeit zu vermeiden. Fraglich ist die Unverrückbarkeit der Regelung.⁶¹

3.1.2.2 Systematik des Abstammungsrechts

Unter dem Begriff der Abstammung versteht man „die biolog[ische] Herkunft des Abkömml[ings] aus der Reihe seiner Vorfahren“⁶². Diese biologische Verwandtschaft dient als Merkmal der Primärzuordnung im Abstammungsrecht, wie unter anderem § 1589 BGB zeigt.⁶³ Auch die Vaterschaft gründet grundsätzlich auf der genetischen Abstammung des Kindes.⁶⁴ So liegt die Begründetheit eines Feststellungsantrags nach § 1592 Nr. 3 BGB vor, wenn die genetische Abstammung des Kindes von seinem Vater feststeht.⁶⁵ § 1591 BGB durchbricht diese Systematik

⁵⁷ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 2.

⁵⁸ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Abruf am 03.07.2019), S. 3.

⁵⁹ Vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht, Abschlussbericht, Juli 2017, S. 34.

⁶⁰ Vgl. Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 12.

⁶¹ Vgl. Ramm, JZ 1996, 987 (993); Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 5.

⁶² Brudermüller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB Einf. § 1591 Rn. 1.

⁶³ Vgl. Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463 f.); Gaul, FamRZ 2000, 1461 (1473); Kaiser, FS Brudermüller 2014, 357 (365); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 51 Rn. 2; Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 11; Luh, Die Prinzipien des Abstammungsrechts, 2008, S. 86; Voigt, Abstammungsrecht 2.0, 2015, S. 181; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 42; Brudermüller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB Einf. § 1591 Rn. 1.

⁶⁴ Vgl. Dehloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 93; Hahn, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 01.05.2019, BGB § 1591 Rn. 8.

⁶⁵ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1592 Rn. 16.

in den seltenen Fällen, in denen Gebärende und genetische Mutter nicht identisch sind, indem er die rechtliche Mutterschaft per Gesetz ausschließlich der gebärenden Frau zuweist.⁶⁶

Schlegel fordert eine Reform des § 1591 BGB und eine Zuordnung des Kindes zur genetischen Mutter.⁶⁷ Würde die genetische Mutter per Gesetz von Geburt an den Status der rechtlichen Mutter erhalten, wäre jedoch die Statusklarheit nicht gewährleistet.⁶⁸ Als rechtliche Mutter von Geburt an ist sie damit auszuschließen.⁶⁹

Von dem Zuordnungsprinzip nach der genetischen Verwandtschaft gibt es zudem weitere Ausnahmen. Bei der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB wird beispielsweise zunächst ebenfalls nicht zwingend der genetische Vater als rechtlicher Vater zugeordnet.⁷⁰ Schließlich kann der Ehemann der Mutter oder derjenige, der die Vaterschaft anerkennt, auch nicht genetisch mit dem Kind verwandt sein.⁷¹ Falls diese Vaterschaft nicht angefochten wird, bleibt sie bestehen.⁷² Das Verwandtschaftsverhältnis ist also nicht alleine von der leiblichen Abstammung abhängig. In diesen Fällen wird die soziale Elternschaft bevorzugt, um die Statusklarheit zu gewährleisten.

Zuletzt ist zu nennen, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung keine grundsätzliche Abwendung vom genetischen Abstammungsprinzip schaffen will, sondern allein in den seltenen Fällen, in denen eine gespaltene Mutterschaft besteht, eine Ausnahme zulässt.⁷³ Allein aus systematischen Gründen ist damit kein Reformbedarf des § 1591 BGB ersichtlich.

⁶⁶ Vgl. Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463); Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 93; Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 11; Bruder Müller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB § 1591 Rn. 1.

⁶⁷ Vgl. Schlegel, FuR 1996, 116 (117).

⁶⁸ Vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230 (232); Gaul, FamRZ 1997, 1441 (1463); Quantius, FamRZ 1998, 1145 (1150).

⁶⁹ Vgl. Coester-Waltjen, FamRZ 1984, 230 (232).

⁷⁰ Vgl. Schlegel, FuR 1996, 116 (116); Ernst, NZFam 2018, 443 (443 f.).

⁷¹ Vgl. Ernst, NZFam 2018, 443 (443 f.).

⁷² Vgl. Ernst, NZFam 2018, 443 (443).

⁷³ Vgl. Rauscher, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2011, BGB § 1591 Rn. 12.

3.1.2.3 Kindeswohl

Das Kindeswohl gilt als unbestimmter Rechtsbegriff, der einer Konkretisierung bedarf.⁷⁴ Ein wesentlicher Bestandteil des Kindeswohls ist „die Möglichkeit, zu einer selbstständigen und verantwortungsbewussten Person heranwachsen zu können“⁷⁵. Dazu gehört die „Stabilität und Kontinuität der Beziehungen zum Sorgerechtigten“⁷⁶.

Diese „Stabilität und Kontinuität der Beziehung[...]"⁷⁷ zur rechtlichen Mutter als Sorgerechtigte ist im Fall einer im Ausland durchgeführten Ersatzmutterchaft nicht gewährleistet. Hier wird das Kind nach deutschem Recht der Ersatzmutter zugeordnet.⁷⁸ Das deutsche Recht ist gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB meist anwendbar, soweit keine gerichtliche Entscheidung über die rechtliche Elternschaft im Geburtsland des Kindes gefallen ist.⁷⁹ Häufig wird die Ersatzmutter jedoch kein Interesse am Kind haben, da sie lediglich als Tragemutter wirkt und das Kind in den meisten Fällen auch genetisch nicht mit ihr verwandt ist.⁸⁰ Der Wunschmutter, von der das Kind gewollt ist, die die Existenz des Kindes verursacht hat und die häufig auch genetische Mutter des Kindes ist, bleibt allein die Möglichkeit der Adoption nach § 1741 Abs. 2 BGB.⁸¹ Die Adoption muss nach § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB, welcher nach h. M. anwendbar ist, kindeswohldienlich sein.⁸²

⁷⁴ Vgl. AG Daun, Beschluss vom 27. Juni 2007 – 2 F 300/05 – zitiert nach Juris, Rn. 8.

⁷⁵ Olzen, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 45.

⁷⁶ Olzen, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 45.

⁷⁷ Olzen, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 45.

⁷⁸ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, 13.06.1996, BT-Drs. 13/4899, S. 82, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/048/1304899.pdf> (Abruf am 29.06.2019); Quantius, FamRZ 1998, 1145 (1151); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 53 Rn. 4-6; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 95; Hahn, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 01.05.2019, BGB § 1591 Rn. 13; Brudermüller, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, BGB Einf. § 1591 Rn. 22.

⁷⁹ Vgl. Campbell, NJW-Spezial 2018, 196 (196).

⁸⁰ Vgl. Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 18.

⁸¹ Vgl. Quantius, FamRZ 1998, 1145 (1151); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 53 Rn. 4-6; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 17.

⁸² Vgl. LG Frankfurt, Beschluss vom 3. August 2012 – 2-09 T 50/11 – zitiert nach Juris, Rn. 17; OLG München, Beschluss vom 19. Februar 2018 – 33 UF 1152/17 – zitiert nach Juris, Rn. 17; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 1 UF 71/18 – zitiert nach Juris, Rn. 23, 29 f.; Maurer, in: BeckOK BGB, 50. Ed. 01.05.2019, BGB § 1741 Rn. 26.

Allerdings wirft auch eine Adoption Probleme auf. Das Adoptionsverfahren ist sehr zeitintensiv.⁸³ Während des Adoptionsverfahrens fehlt es an einer Absicherung des Status des Kindes.⁸⁴ Außerdem besteht die Gefahr, dass sich die Wunschmutter ihrer Verantwortung entzieht, wenn sie plötzlich nicht mehr rechtliches Elternteil werden wollen würde, beispielsweise weil sich eine Behinderung des Kindes aufzeigt.⁸⁵ All dies kann nicht als Kindeswohl dienlich bewertet werden.⁸⁶ Zuletzt erscheint überhaupt die Vornahme einer Adoption und die damit einhergehende Prüfung der Kindeswohl dienlichkeit fragwürdig, wenn die Eltern ihr genetisch eigenes Kind bei sich aufnehmen möchten.⁸⁷

Deshalb ist eine Regelung durch den Gesetzgeber zu definieren, die der genetischen Wunschmutter bei Geburt des Kindes oder zeitnah danach den Status der rechtlichen Mutter zuweist, soweit die Ersatzmutter darin einwilligt.⁸⁸ Eine solche Regelung fördert die „Stabilität und Kontinuität der Beziehungen zum Sorgerechtigten“⁸⁹ und damit das Kindeswohl. Dies fordert auch die Tatsache, dass deutsche Paare trotz des Verbotes und der aktuellen Abstammungsregelung Ersatzmutterchaften im Ausland vornehmen und die Tendenz hierzu steigend ist.⁹⁰ Eine Klärung der Zuordnung des Kindes zur Wunschmutter im Falle der Ersatzmutterchaft durch die Rechtsprechung ist unzureichend. Es muss eine einheitliche, bindende Regelung definiert werden.

Der Diskussionsteilentwurf ordnet die Rolle der rechtlichen Mutter ausschließlich und unveränderbar der Gebärenden und damit der Ersatzmutter zu. In diesem Punkt muss er dringend überarbeitet werden. Eine Ausgestaltung dieser erforderlichen neuen Regelung soll in 3.1.3 näher beleuchtet werden.

⁸³ Vgl. Dethloff, FS Coester-Waltjen 2015, 41 (47).

⁸⁴ Vgl. Wellenhofer, FamRZ 2016, 1333 (1335).

⁸⁵ Vgl. Wellenhofer, FamRZ 2016, 1333 (1334); Löhnig, NZFam 2017, 643 (643); Löhnig, NJW 2019, 122 (123 f.).

⁸⁶ Vgl. Wellenhofer, FamRZ 2016, 1333 (1335).

⁸⁷ Vgl. Helms, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag 2016, S. F 53.

⁸⁸ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. Februar 2019 – 1 UF 71/18 – zitiert nach Juris, Rn. 34; Wellenhofer, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1591 Rn. 59; Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 95; Unger, FamRZ 2018, 663 (663 f.).

⁸⁹ Olzen, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 45.

⁹⁰ Vgl. Kreß, FPR 2013, 240 (243); Dethloff, JZ 2014, 922 (922 f.).