

## Jan Harrer: Meine Mutter ist mein rechtlicher Vater

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Urteile kritisch lesen“ bei Prof. Dr. Michael Grünberger LL.M. (NYU) (Lehrstuhl für Zivilrecht X) entstanden.*

### A. Einleitung

Am 26. Juni 2017 stellte Angela Merkel im „Brigitte Talk“ in Aussicht, die Frage zur „Ehe für alle“ als Gewissensfrage zur Debatte freizugeben. Am 30. Juni 2017 beriet der Bundestag zum Eheöffnungsgesetz. Seit dem 1. Oktober 2017 steht es auch homosexuellen Partnern frei, die Ehe zu schließen. Nicht nur gesellschaftspolitisch folgten emotional geführte Debatten, sondern auch innerhalb der Rechtswissenschaft begann eine tiefgehende Auseinandersetzung zu verschiedensten Fragen bzgl. der ehelichen Gleichstellung. Damals wie heute stellen sich Fragen nach den Auswirkungen des Eheöffnungsgesetzes auf das bestehende Rechtssystem. Insbesondere hinsichtlich des (bisher) unverändert gelassenen Abstammungsrechts ergeben sich neue Fragen zur gesetzlichen Elternschaft innerhalb gleichgeschlechtlicher Ehen.

### B. Die Entscheidungsproblematik

Über eine solche aus dem Eheöffnungsgesetz resultierende Problemstellung entschied der zwölfte Senat des Bundesgerichtshofs (BGH) in seinem Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18<sup>1</sup>.

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde. Die Frauen A und B (Antragstellerinnen) schlossen am 12. Oktober 2017 durch Umwandlung ihrer Lebenspartnerschaft die Ehe. Aufgrund ihres gemeinsamen Entschlusses gebar die Beteiligte A, nach Zuhilfenahme medizinisch assistierter künstlicher Befruchtung mit dem unbekanntem Spendersamen einer Samenbank, am 3. November 2017 ein Kind. A wurde durch das Standesamt als Mutter des Kindes in das Geburtenregister eingetragen, B hingegen nicht. Mit der Begründung, das Kind sei innerhalb einer Ehe geboren worden, beantragte B die Berichtigung des Registers gem. § 48 PStG dahingehend, dass sie als weitere Mutter eingetragen werden solle. Das Standesamt lehnte eine solche Eintragung ab.

Der Aufhänger dieses Falls war vorliegend die Frage, ob B rechtlicher Elternteil ist und die Eintragung in das Geburtenregister mithin unrichtig bzw. unvollständig i.S.d.

§ 48 PStG ist. Die Problematik greift allerdings tiefer. Durch Inkrafttreten des Eheöffnungsgesetzes existieren nunmehr gleichgeschlechtliche Ehen, während das bestehende Rechtssystem allerdings auf verschiedengeschlechtliche Ehen ausgelegt ist. Dies zeigt sich u.a. in § 1592 Nr. 1 BGB: Vater ist grds. der Ehemann der Mutter. Problematisch gestalten sich insofern vom Gesetzeswortlaut nicht erfasste Sachverhalte wie der vorliegende, bei dem letztendlich die Elterneigenschaft der Ehefrau der Mutter des Kindes streitig ist. In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB als Folge des Eheöffnungsgesetzes. Außerdem sind mögliche verfassungsrechtliche Probleme zu ergründen; vor allem in Bezug auf eine mögliche Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG. Dies sollte nun gerichtlich geprüft werden.

Das AG Chemnitz wies das Standesamt zunächst auf Antrag der B an, eine entsprechende Eintragung „als weiteres Elternteil bzw. als weitere Mutter“ vorzunehmen.<sup>2</sup> Als Folge der in der Rechtssache eingelegten Rechtsbeschwerden von Standesamt und Standesamtsaufsicht hob das OLG Dresden den amtsgerichtlichen Beschluss auf und wies den Antrag auf Anweisung zur Berichtigung zurück; B sei kein gesetzlicher Elternteil geworden.<sup>3</sup> Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Standesamtsaufsicht.

Der BGH stellte fest, Mutter sei nur die gebärende Ehefrau A, was in § 1591 BGB abschließend geregelt werde.<sup>4</sup> Eine direkte Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB sei aufgrund des klaren Wortlauts nicht möglich. Zudem ließen die Regelungen im Abstammungsrecht darauf schließen, dass einem Kind in direkter Anwendung des Gesetzes nur eine Mutter und ein Vater zugeordnet werden sollten.<sup>5</sup>

Bzgl. einer potenziellen Analogiebildung und der hierzu zunächst erforderlichen Regelungslücke wird ausgeführt, der Gesetzgeber habe es nicht versäumt, das Abstammungsrecht zu ändern. Ziel der Eheöffnung sei gewesen, die konkrete und symbolische Diskriminierung bzgl. Ehezugang und Benachteiligungen im Adoptionsrecht zu beseitigen; die

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68.

<sup>2</sup> AG Chemnitz Beschl. v. 21.2.2018 – 8 UR III 38/17, BeckRS 2018, 29888, beck-online.

<sup>3</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 27.4.2018 – 3 W 292/18.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 10.

<sup>5</sup> Ibid., Rn. 12 f.

Neuregelung sollte nicht jede rechtliche Ungleichbehandlung beenden.<sup>6</sup>

Änderungen bezögen sich auf den Abschnitt zur Ehwirkung, während das Abstammungsrecht dem Verwandtschaftsrecht zugeordnet sei.<sup>7</sup>

Zudem sei zu beachten, dass am 4. Juli 2017, kurz vor der Entscheidung zum Eheöffnungsgesetz am 20. Juli 2017, ein Arbeitskreis des BMJV seine Ergebnisse zu einer möglichen Neuregelung des Abstammungsrechts im Plenum vorstellte. Dieser habe sich auch mit Fragen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften auseinandergesetzt. Mit Blick auf den zeitlichen Zusammenhang sei es nicht denkbar, dass die Regelung der abstammungsrechtlichen Folgen vergessen wurde.<sup>8</sup>

Ohnehin liege mittlerweile ein Gesetzesentwurf zur Anpassung der abstammungsrechtlichen Folgen der „Ehe für alle“ vor, der auch den vorliegenden streitigen Fall zu lösen versuche.<sup>9</sup> Bzgl. einer analogen Anwendung fehle folglich bereits eine planwidrige Regelungslücke.<sup>10</sup>

Hinsichtlich des zusätzlichen Erfordernisses der vergleichbaren Interessenlage wird erörtert, § 1592 Nr. 1 BGB gründe auf der Vermutung, der Ehemann der Mutter sei auch der genetische Vater des Kindes; Ausnahmen würden dies nicht widerlegen. Die Vermutung sei nicht auf die Ehefrau der Mutter übertragbar.<sup>11</sup>

Gegen eine Vergleichbarkeit spreche weiterhin, dass eine Analogie gesetzlich unregelte Folgeprobleme bzgl. der Anfechtung der Zweitmutterschaft, der Elternschaft zweier Ehemänner und der Rechtsposition des Erzeugers (falls § 1600d BGB nicht einschlägig ist) mit sich brächte.<sup>12</sup>

Die Sachverhalte seien demnach nicht vergleichbar.<sup>13</sup>

Im Rahmen einer verfassungs- und völkerrechtlichen Wertung ging das Gericht auf die Art. 6, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I und Art. 3 GG sowie auf die Art. 8 und 14 EMRK ein.

Eintragungen in das Geburtenregister kämen lediglich beurkundende Wirkung, keine rechtserzeugende zu. Hierdurch

werde das Familienverhältnis nicht berührt. Der sachliche Schutzbereich des Familiengrundrechts, Art. 6 I GG, sei nicht eröffnet.<sup>14</sup>

Der persönliche Schutzbereich des Elterngrundrechts, Art. 6 II GG, sei aufgrund der fehlenden Elterneigenschaft der B nicht eröffnet. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, des Kindes folge keine Notwendigkeit der Zuordnung eines zweiten nicht verwandten Elternteils.<sup>15</sup>

Die Ehefrau könne nicht leiblicher Elternteil sein, während der Gesetzgeber dies für den Ehemann vermute, was die unterschiedliche Behandlung rechtfertige.<sup>16</sup> Es bestehe mithin auch kein Verstoß gegen Art. 3 I GG.

Aus den aufgeführten Gründen ergebe sich auch kein Verstoß gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art. 8 EMRK, oder bzw. i.V.m. dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK.<sup>17</sup>

Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme ergäben sich somit nicht.

Der BGH schließt sich somit der Beurteilung des OLG Dresden an. Das Geburtenregister sei nicht unrichtig i.S.d. § 48 PStG, weil B nicht rechtlicher Elternteil sei. Eine Elternstellung ergebe sich insbesondere nicht aus einer analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB,<sup>18</sup> d.h. aus der bei Geburt bestehenden Ehe zwischen A und B. Dies sei zudem weder verfassungs- noch völkerrechtlich bedenklich.<sup>19</sup>

## C. Analyse

### I. Weitere Lösungsansätze

In der wissenschaftlichen Diskussion sind grob zwei Lager zu unterscheiden: Teile, die dem BGH zustimmen und weitere Argumente gegen eine Analogie vorbringen und Teile, die eine Analogie für möglich, teilweise auch für verfassungsrechtlich geboten, halten. Erstere gehen überwiegend wie der BGH von einer dem § 1592 Nr. 1 BGB innewohnenden Vermutung aus

<sup>6</sup> Ibid., Rn. 18.

<sup>7</sup> Ibid., Rn. 19.

<sup>8</sup> Ibid., Rn. 20.

<sup>9</sup> Ibid., Rn. 20.

<sup>10</sup> Ibid., Rn. 17.

<sup>11</sup> Ibid., Rn. 22.

<sup>12</sup> Ibid., Rn. 23.

<sup>13</sup> Ibid., Rn. 21.

<sup>14</sup> Ibid., Rn. 25.

<sup>15</sup> Ibid., Rn. 26 f.

<sup>16</sup> Ibid., Rn. 28.

<sup>17</sup> Ibid., Rn. 30.

<sup>18</sup> Ibid. Rn. 9.

<sup>19</sup> Ibid., Rn. 24.

und sehen keine vergleichbare Interessenlage.<sup>20</sup> Die gegenteilige Ansicht sieht entweder keine gesetzliche Vermutung oder gewichtet diese anders; außerdem wird vom Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen<sup>21</sup>. Zudem werden Bedenken an der Vereinbarkeit mit Art. 3 GG geäußert.<sup>22</sup>

## II. Analyse und Kritik der Entscheidung

Zunächst geht der BGH überzeugend darauf ein, weshalb eine unmittelbare Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB ausscheidet. Der Wortlaut spricht unmissverständlich von der Zuordnung der Vaterschaft an eine männliche Person.

### 1. Planwidrige Regelungslücke

Zu beurteilen sind folglich die Ausführungen zur analogen Anwendbarkeit der Norm; zunächst zu einer möglicherweise vorliegenden planwidrigen Regelungslücke. Gemessen an der Rechtsordnung müsste das Gesetz folglich planwidrig unvollständig sein,<sup>23</sup> d.h. vom Wertungsplan der Gesetzgebung ausgehend müsste es an einer erforderlichen Regelung fehlen.<sup>24</sup> Zwar besteht für die Ehefrau der Mutter die Möglichkeit der Stiefkindadoption gem. § 1741 II 3 BGB, um gesetzlicher Elternteil des Kindes zu werden. Zu der Frage, ob die Ehefrau aufgrund bei Geburt bestehender Ehe wie ein Ehemann automatisch gesetzlicher Elternteil wird, besteht allerdings keine Regelung.

Fraglich bleibt weiterhin, inwiefern diese Lücke planwidrig ist. Bei der Beurteilung der Frage nach einer planwidrigen Regelungslücke stellt der BGH anfangs auf den Zeitpunkt der Einführung des Eheöffnungsgesetzes ab. Entgegen der Annahme, es komme lediglich auf § 1592 Nr. 1 BGB und die

gesetzgeberische Intention an,<sup>25</sup> ist dem BGH hier zuzustimmen. Erst durch die Einführung des neuen § 1353 BGB kam es zum Spannungsverhältnis zu § 1592 Nr. 1 BGB und dem Bedarf zur Regelung des Konflikts; es entstand eine nachträgliche/sekundäre Regelungslücke.<sup>26</sup> Insofern kann es nicht auf den Entstehungszeitpunkt der streitigen Norm § 1592 Nr. 1 BGB ankommen, die Lücke bestand zu diesem Zeitpunkt noch nicht.<sup>27</sup> Der BGH knüpft somit nachvollziehbar an den relevanten Änderungszeitpunkt an, um das Bestehen einer planwidrigen Lücke zu beurteilen.

Daraufhin wird auf die mangelnde Intention des Gesetzgebers im Bezug auf Änderungen des Abstammungsrechts im Rahmen des Eheöffnungsgesetzes eingegangen. Weder den Gesetzesmaterialien<sup>28</sup> noch dem Plenarprotokoll<sup>29</sup> lasse sich entnehmen, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der „Ehe für alle“ auch das Abstammungsrecht und mithin die Eltern-Kind-Zuordnung ändern wollte. Im Vordergrund stünden hauptsächlich der Zugang zur Ehe sowie dessen Auswirkungen auf das Adoptionsrecht.<sup>30</sup> Allerdings kann mit dieser Begründung nicht auf eine fehlende Intention bzgl. möglicher Auswirkungen auf das Abstammungsrecht geschlossen werden. In den vom BGH aufgegriffenen Gesetzesmaterialien ist zwar nur von Auswirkungen und Diskriminierung im Bereich des Adoptionsrechts die Rede, allerdings ist hier die lediglich beispielhafte Verwendung zu beachten.<sup>31</sup> In dem zitierten Entwurf zum Eheöffnungsgesetz wird das Adoptionsrecht nur als ein Beispiel für weitere gesetzliche Ungleichbehandlungen aufgeführt, auf die das Eheöffnungsgesetz einwirken soll.<sup>32</sup> Zwar wird die Auswirkung auf das Adoptionsrecht dadurch besonders

<sup>20</sup> S. u.a. *Balzer* in: BeckOGK BGB, Stand: 1.5.2023, § 1592 Rn. 66, 46; *Britz*, Gleichgeschlechtliche Elternschaft, StAZ 2016, 8 (12 f.) [zur LPart]; *Coester-Waltjen*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 10. Oktober 2018 - XII ZB 231/18, FamRZ 2018, 1919; DNotIReport 3/2018, 19; *Hammer*, Anm. zu OLG Hamburg, Beschl. v. 14.3.2017 – 2 UF 160/16, FamRZ 2017, 1234; *Helms*, Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts – Auswirkungen auf das Familien- und Personenstandsrecht, StAZ 2018, 33; *Henjes* in: Prütting BGB-Kommentar, 15. Auflage 2020, § 1592 Rn. 1; *Kaiser*, Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, 1889; *Salzmann*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18, MittBayNot 2019, 351; *Schmidt*, Anm. zu KG, Beschl. v. 09. Februar 2018 – 3 UF 146/17, NZFam 2018, 908; *Wapler*, Die Öffnung der Ehe und ihre Folgen - Hinweise für eine erfolgreiche Begleitung ihrer Umsetzung, Hintergrundpapier Friedrich Ebert Stiftung 2019, S. 10 f.; *Wellenhofer*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18, JuS 2019, 393.

<sup>21</sup> S. u.a. *Binder/Kiehnle*, „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, NZFam 2017, 742; *Engelhardt*, Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder, NZFam 2017, 1042; *Kemper*, Neues aus dem Abstammungsrecht - Von Samenspenden, missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen, Kindern aus Kinderehen und aus gleichgeschlechtlichen Ehen, FamRB 2017, 438; *Kiehnle*, Anm. zu OLG Dresden, Beschl. v. 27. April 2018 – 3 W 292/18, NZFam 2018, 759; *Lies-Benachib/Chebout/Richarz*, „Ehe für alle“ oder doch nur „Ehe light“? Zur Bedeutung der Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare, AnwBl Berlin 2018, 53; *Löhnig*, Gemeinsame Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare kraft Gesetzes?, NJW 2019, 122; *Zschiebsch*, Welche Auswirkungen hat das Gesetz „Ehe für alle“ auf das Adoptionsrecht?, notar 2017, 363.

<sup>22</sup> *Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha*, Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768.

<sup>23</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage 1983, S. 39.

<sup>24</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Auflage 2020, Rn. 832.

<sup>25</sup> *Wapler* (Fn. 20), S. 11.

<sup>26</sup> Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 3. Auflage 2020, Rn. 101; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2020, Rn. 571; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 24), Rn. 861 f.

<sup>27</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 24), Rn. 871.

<sup>28</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 13; BR-Drucks. 274/15; BT-Drucks. 18/6665.

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 18; Plenarprotokoll 18/234, S. 23825 ff.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 18; BT-Drucks. 18/6665, S. 1.

<sup>31</sup> *Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha* (Fn. 22), 768, (769).

<sup>32</sup> BT-Drucks. 18/6665, S. 1, 9.

hervorgehoben, Auswirkungen auf weitere Rechtsbereiche werden aber nicht ausgeschlossen.

Mit der anknüpfenden Argumentation, das Abstammungsrecht als Teil des Verwandtschaftsrechts sei kein Teil der Ehwirkung, auf den das Gesetz abziele, widerspricht sich das Gericht selbst. Während zwar lediglich Normen aus dem Abschnitt des BGB zur Ehwirkung verändert wurden (und solche des LPartG), erstreckte sich der gesetzgeberische Wille allerdings auch darauf, dass dies Auswirkungen z.B. auf das Adoptionsrecht haben sollte.<sup>33</sup> Dass das Adoptionsrecht ebenso wie das Abstammungsrecht Teil des Verwandtschaftsrechts und nicht der Ehwirkung sind, fand keine Beachtung.

Weiterhin argumentiert der BGH mit dem Arbeitskreis des BMJV zur Neuregelung des Abstammungsrechts und dem zeitlichen Zusammenhang zwischen der Bekanntgabe von dessen Ergebnissen und dem Beschluss zum Eheöffnungsgesetz. Der Arbeitskreis wurde bereits im Jahr 2015 eingesetzt und befasste sich folglich nicht konkret mit den Wirkungen einer Eheöffnung auf das Abstammungsrecht.<sup>34</sup> Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass man sich dennoch mit Fragestellungen zu Abstammung und verschieden- und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften auseinandergesetzt hat. Der Arbeitskreis sprach sich u.a. gegen eine Diskriminierung lesbischer Partner aus und empfahl dahingehend, neben der gebärenden Frau solle es auch eine weitere „Co-Mutter“ geben können.<sup>35</sup> Dennoch wurde der Entwurf des Eheöffnungsgesetzes kurze Zeit später unverändert angenommen. Der Gesetzgeber muss sich der Regelungsbedürftigkeit bewusst gewesen sein, es kann schwerlich von einem schlichten Versäumnis<sup>36</sup> gesprochen werden. Überzeugender erscheint es, dass dem Gesetzgeber das Problem bekannt war, er sich aber bewusst gegen die Regelung entschied.

Dies wird insb. durch die Entstehungsgeschichte des Eheöffnungsgesetzes untermauert, die vom BGH nicht aufgegriffen wurde. Nachdem der Bundesrat in den Jahren 2013<sup>37</sup> und 2015<sup>38</sup> bereits Gesetzesinitiativen zur Eheöffnung angestrengt hatte, war es die damalige Bundeskanzlerin selbst, die im Juni 2017 in Folge eines Interviews neue Bewegung in die Debatte brachte. Eine mögliche Abstimmung im Bundestag zum Eheöffnungsgesetz erklärte sie zur Gewissensfrage und hob damit den Fraktionszwang der Unionsfraktion auf. Eine

parlamentarische Mehrheit für die Eheöffnung schien nun wahrscheinlich. Ein halbes Jahr vor Ablauf der Legislaturperiode war den politischen Befürwortern der Eheöffnung sehr daran gelegen, diese Chance zu nutzen und – möglicherweise auch mit Blick auf den laufenden Wahlkampf – das Öffnungsgesetz möglichst rasch zu verabschieden. Das Gesetzgebungsverfahren wurde mithin eilig umgesetzt.

Die Umstände der Einführung der „Ehe für alle“ streiten somit dafür, dass der Gesetzgeber die Auswirkungen auf das Abstammungsrecht nicht einfach übersehen hat. Wahrscheinlicher erscheint es, dass man sich (spätestens nach den Empfehlungen des Arbeitskreises) der Folgefragen durchaus bewusst war. Viele dieser Fragen hinsichtlich der Auswirkungen des Eheöffnungsgesetzes, u.a. auf das Abstammungsrecht, blieben durch das Gesetz unbeantwortet. Zunächst musste sichergestellt werden, dass zumindest der zentrale Punkt des Ehezugangs noch vor Ende der Legislaturperiode beschlossen wird. Eine mutmaßliche Intention dahingehend, auftretende Folgefragen im Nachhinein zu regeln, ist irrelevant. Die überzeugenderen Argumente sprechen dafür, dass der Gesetzgeber durch das Eheöffnungsgesetz (noch) keine abstammungsrechtlichen Fragen regeln wollte. Für die Annahme einer bewussten Lücke zur Regelung im Rechtsverkehr<sup>39</sup> existieren keine Anhaltspunkte; die Intention zur Aufrechterhaltung des Status quo erscheint aus den genannten Gründen nachvollziehbarer.

Weniger nachvollziehen lässt sich der Verweis des BGH auf mittlerweile vorliegende Gesetzesentwürfe<sup>40</sup> zur Regelung des strittigen Sachverhalts. Zum einen lässt sich nicht begründen, inwiefern vom Partikularinteresse einer Bundestagsfraktion auf den Willen des gesamten Gesetzgebungsapparates geschlossen werden kann. Zum anderen ist der zur Beurteilung des gesetzgeberischen Willens maßgebliche Zeitpunkt im vorliegenden Fall einer sekundären Lücke der Entstehungszeitpunkt des Eheöffnungsgesetzes; nachträgliche Ereignisse wie diese sind hierfür nicht berücksichtigungsfähig.<sup>41</sup>

## 2. Vergleichbare Interessenlage

Der BGH verneint eine vergleichbare Interessenlage mit dem Vorliegen einer vermeintlichen gesetzlichen Vermutung.

<sup>33</sup> BT-Drucks. 18/6665, S. 1, 9.

<sup>34</sup> Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, (Fn. 22), 768, (769); Löhnig, (Fn. 21), 122, (123).

<sup>35</sup> Ernst, Abstammungsrecht – Die Reform ist vorbereitet!, NZFam 2018, 443 (446).

<sup>36</sup> So aber Engelhardt, (Fn. 21), 1042 (1047); Löhnig, Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643 (644); Zschiebsch, (Fn. 21), 363.

<sup>37</sup> BR-Drucks. 196/13.

<sup>38</sup> BR-Drucks. 274/15.

<sup>39</sup> So Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, (Fn. 22), 768 (770); zum Begriff vgl. Reimer (Fn. 26), Rn. 572; Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 24), Rn. 851.

<sup>40</sup> BT-Drucks. 19/2665 S. 1, 7.

<sup>41</sup> Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, (Fn. 22), 768 (770).

Ob § 1592 Nr. 1 BGB tatsächlich auf der Prämisse gründet, der Ehemann sei in den überwiegenden Fällen auch der Erzeuger des Kindes, ist in mehrfacher Hinsicht fragwürdig. Immerhin ist eine Eltern-Kind-Zuordnung über § 1592 Nr. 1 BGB auch unabhängig von genetischen Wahrscheinlichkeiten möglich. Der Ehemann wird selbst dann kraft Ehe Vater, wenn eine genetische Abstammung offensichtlich ausgeschlossen ist. Beispielsweise wenn dieser seit über neun Monaten von der Ehefrau getrennt lebt, diese eine Affäre hatte<sup>42</sup> oder das Kind mittels künstlicher Befruchtung mit einem unbekanntem Spendersamen gezeugt wurde.<sup>43</sup> In diesen Fällen ist eine genetische Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter ebenso unmöglich wie von einer möglichen Ehefrau der Mutter; eine Vergleichbarkeit zeigt sich v.a. im letzten Fall. Selbst wenn argumentiert wird, der Ehemann habe wahrscheinlich der heterologen Insemination zugestimmt,<sup>44</sup> ist dies eins zu eins auf eine lesbische Ehe übertragbar.

Systematisch betrachtet kann weiterhin bspw. jeder Mann mit dem Einverständnis der Mutter durch Anerkennung des Kindes Vater i.R.d. § 1592 Nr. 2 BGB werden.<sup>45</sup> Dazu kommen Regelungsinhalte benachbarter Normen, z.B. der §§ 1600 II, IV<sup>46</sup> und 1600d IV BGB. Diese setzen Szenarien voraus, in denen ein Mann Vater ist, obwohl das Kind nicht von ihm abstammt. Es wird zwischen rechtlicher und genetischer Abstammung getrennt.

Die Argumentation, dem heutigen Abstammungsrecht liege eine derartige Vermutung nach den Grundsätzen der römischen Digesten „pater est, quem nuptiae demonstrant“<sup>47</sup> (sinngemäß: „Vater ist, wer mit der Mutter verheiratet ist“) noch immer zugrunde, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht nachvollziehbar.<sup>48</sup> Die genannten Punkte ändern, wie der BGH aufführt, zwar nichts an der Richtigkeit einer solchen grundsätzlichen Vermutung.<sup>49</sup> Das Gesetz müsste aber zunächst überhaupt auf dieser Vermutung gründen, was durch das Genannte ausgeschlossen erscheint.

Naheliegender erscheint es, die Norm als gesetzliche Fiktion bzw. als eine allgemeine Zuordnungsregelung zu sehen.<sup>50</sup> Eine vom BGH aufgeführte Vermutung wird hingegen erst im Vaterschaftsanfechtungsverfahren im Rahmen des § 1600c I BGB relevant. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 1592 Nr. 1 BGB. Im systematischen Vergleich zur Mutterschaftsnorm § 1591 BGB, die eindeutig auf biologische Umstände aufbaut, lässt § 1592 BGB nichts von der Abbildung der tatsächlichen Abstammung verlauten.

Das sog. Prinzip der Statuswahrheit, wonach das Abstammungsrecht u.a. (nicht ausschließlich<sup>51</sup>) versuchen soll, die tatsächliche Herkunft des Kindes wiederzugeben,<sup>52</sup> würde durch die Vermutung zwar gestärkt werden. Dafür müsste diese behauptete gesetzliche Vermutung aber zunächst einmal bestehen, was oben bereits widerlegt wurde. Eine argumentative Fokussierung allein auf die vermeintliche Vermutung, stellt das Statuswahrheitsprinzip als höchstrangig dar. Hierdurch finden die weiteren Prinzipien und Ziele des § 1592 BGB, z.B. Statusklarheit und zeitnahe Zuordnung, zu wenig bis keine Beachtung. Diese sehen eine rasche, unbürokratische Zuordnung der Elternschaft anhand leicht feststellbarer Tatsachen zum Schutze des Familienfriedens u.a. vor Infragestellungen vor.<sup>53</sup> Solch ein suggerierter absoluter Vorrang der Statuswahrheit besteht nicht. Das BVerfG stellte fest, dass die Zuordnung der Elternschaft neben genetisch-biologischen Aspekten auch an rechtliche und soziale Tatbestände geknüpft werden kann;<sup>54</sup> dabei käme der ersten Möglichkeit kein grds. Vorrang zu.<sup>55</sup> Die Ehe stellt einen solchen objektiven Anknüpfungspunkt dar und dient insb. der Statusklarheit und zeitnahen Zuordnung. Weshalb diese Prinzipien nicht auch auf eine Ehe zwischen zwei Frauen übertragbar sein sollten, lässt sich nicht erschließen.

Letztendlich stellt sich die Frage, wie die Prinzipien heute gewertet werden müssen. Die Auslegung des Abstammungsrechts ist dem gesellschaftlichen Wertewandel unterworfen.<sup>56</sup> Der BGH behandelte in seinem Beschluss lediglich das Prinzip der Statuswahrheit. Der gesellschaftliche

<sup>42</sup> *Gutzeit* in: NK-BGB, Bd. 4: Familienrecht, 4. Auflage 2021, § 1592 Rn. 5; *Schmidt-Recla* in: Soergel BGB, Bd. 19/1: Familienrecht 3, 13. Auflage 2012, § 1592 Rn. 8.

<sup>43</sup> *Zschiebsch*, (Fn. 21), 363.

<sup>44</sup> *Kemper*, (Fn. 21), 438 (443).

<sup>45</sup> *Ernst*, (Fn. 35), 443 (444).

<sup>46</sup> Vgl. *Binder/Kiehnle*, (Fn. 21), 742 (743).

<sup>47</sup> Digesten 2, 4, 5.

<sup>48</sup> A.A. u.a. *Schmidt*, Schriftliche Stellungnahme zu BT-Drucks. 19/2665; *Wellenhofer* in: MüKo BGB, Bd. 10, 8. Auflage 2020, § 1592 Rn. 14.

<sup>49</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 22.

<sup>50</sup> So auch: *Rauscher* in: Staudinger BGB, §§ 1589–1600d (Abstammung), 1. Auflage 2011, § 1592 Rn. 15; *Schmidt-Recla* in: Soergel BGB (Fn. 42), § 1592 Rn. 7.

<sup>51</sup> *Kiehnle*, (Fn. 21), 759.

<sup>52</sup> *Balzer* in: BeckOGK BGB (Fn. 20), § 1592 Rn. 18.

<sup>53</sup> *Hahn* in: Bamberger/Roth BGB, Bd. IV, 4. Auflage 2019, § 1592 Rn. 1; *Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha*, (Fn. 22), 768 (771 f.); *Schmidt-Recla* in: Soergel BGB (Fn. 42), § 1592 Rn. 9; *Wapler* (Fn. 20), S. 11.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 10. August 2009 – 1 BvL 15/09, BVerfGE 16, 118–122, Rn. 14.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschl. v. 09. April 2003 – 1 BvR 1493/96, BVerfGE 108, 82–122.

<sup>56</sup> *Ernst*, (Fn. 35), 443 (444).

Wandel hin zu stetig steigender Toleranz und Akzeptanz in Bezug auf die LGBTQ+ Community und die Forderung nach deren rechtlicher Besserstellung kann bei der Bewertung derartiger Fragestellung aber nicht außer Acht gelassen werden. Auch gesetzlich ist ein dahingehender Wandel, z.B. in Form der Möglichkeit der Sukzessivadoption durch verschieden-/ und gleichgeschlechtliche Paare oder des Eheöffnungsgesetzes, wahrzunehmen. Eltern sind längst nicht mehr zwingend die Erzeuger; mehr Wert wird auf familiär-soziale Bindungen gelegt. Dafür spricht auch die Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB auf Ehemänner, die offensichtlich nicht Erzeuger sein können. Mithin überwiegt aus heutiger Wertung die Statusklarheit die Statuswahrheit. Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgt, scheint zumindest die Durchführung einer derartigen Abwägung geboten.

Im Ergebnis läge daher eine vergleichbare Interessenlage vor. Eventuelle Folgeprobleme einer Analogie sind nicht abzustreiten, ändern an der grds. Vergleichbarkeit aber nichts.

### 3. Verfassungs- und völkerrechtliche Fragestellungen

Der BGH sah keine verfassungs- oder europarechtlichen Probleme und bezog sich dabei auf die Art. 6 I, II, Art. 2 I iVm 1 I und Art. 3 GG sowie auf Art. 8 und 14 EMRK.

#### a) Art. 6 I GG

Das Familiengrundrecht Art. 6 I GG schützt die Familie als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern und Kindern unabhängig von der Abstammung und gewährt ein Recht auf familiäres Zusammenleben und auf Umgang<sup>57</sup>. Der BGH ist der Ansicht, der Schutzbereich bleibe unberührt. Er begründet seine Annahme damit, dass einer Eintragung in das Geburtenregister keine rechtserzeugende Wirkung zu entnehmen sei,<sup>58</sup> sich diese weiterhin auch nicht auf das Familienverhältnis auswirke.<sup>59</sup>

Während dem grds. nichts zu entgegen ist, wird dadurch allerdings verschleiert, welche grundlegende Frage im Verfahren eigentlich erörtert wird. Zwar wird primär über die beantragte Eintragung der B entschieden, letztlich aber auch grds. über deren rechtliche Beziehung zu dem Kind. Auch ohne genetische oder rechtliche Zuordnung zum Kind ist es möglich, ein Familienleben i.S.d. Art. 6 I GG zu führen. Selbst wenn B

somit kein Elternteil sein sollte, wäre sie persönlich vom Schutzbereich erfasst. Zu beachten bleibt, dass eine Ablehnung der Mutterschaft der B durchaus Folgen etwa auf das Sorge-, Unterhalts- und Erbrecht, aber auch auf das gesetzliche Vertretungsrecht hat. Hieraus resultieren nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Familienleben, die sich u.a. auf die Aufgabenverteilung innerhalb der Familie auswirken und zu entsprechenden Ungleichgewichten führen können.<sup>60</sup> Das Zusammenleben der Familie wird in vielen denkbaren Konstellationen, bspw. beim Arztbesuch der B mit dem Kind, weil die Mutter verhindert ist, erschwert. Dies läuft zumindest der staatlichen Familienförderungspflicht aus Art. 6 I GG<sup>61</sup> zuwider. Der sachliche Schutzbereich wird entgegen der Verweisung des BGH auf die Auswirkungen der Registereintragung trotzdem tangiert. Inwiefern tatsächlich ein Eingriff bzw. eine Rechtfertigung bspw. aufgrund gesetzgeberischer Grundsatzentscheidungen gegeben ist, hätte im Weiteren geprüft werden müssen.

#### b) Art. 6 II GG & Art. 2 I iVm 1 I GG

Hinsichtlich einer potenziellen Schutzbereichseröffnung der Art. 6 II und Art. 2 I iVm 1 I GG kommt das höchste deutsche Gericht zum gleichen Ergebnis. B wolle den Elternstatus erst erreichen und sei insofern nicht vom Schutzbereich des Elterngrundrechts gem. Art. 6 II GG erfasst, gleiches gelte für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der B und der Mutter.<sup>62</sup> Man könnte andedenken, der BGH stütze seine Argumentation auf einen Zirkelschluss. Demnach könnte es widersprüchlich sein, dass der BGH über die Eröffnung des persönlichen Schutzbereiches aufgrund geltenden Rechts entscheidet, gleichzeitig aber selbst festlegt, wer erfasst wird. Dies überzeugt nicht.

Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber ein Typisierungsspielraum anzuerkennen. Dadurch kann in Grenzen bestimmt werden, wer nach geltendem Recht Elternteil und somit Grundrechtsträger sein kann. Vorliegend ist die betroffene Person nicht vom Schutzbereich erfasst. Durch eine analoge Anwendung der einfachen Norm § 1592 Nr. 1 BGB fiel die Person aber unter den Schutzbereich. Entscheidet das Gericht mithin über eine Analogiebildung, entscheidet es in gewisser Weise auch über die Reichweite des persönlichen Schutzbereichs mit. Allerdings ist zu beachten, dass die Erwägungen zu einer möglichen Analogie immer auf dem grds. gesetzgeberischen Willen

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01; BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvL 8/07; BVerfG, Urteil v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 25.

<sup>59</sup> Ibid., Rn. 25.

<sup>60</sup> Vgl. *Richarz*, Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53 (63).

<sup>61</sup> BVerfG, Urteil v. 17.01.1957 – 1 BvL 4/54; BVerfG, Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06, 2 BvR 288/07; *Uhle* in: BeckOK GG, 44. Edition 15.5.2023, Art. 6 Rn. 20.

<sup>62</sup> BGH, Beschl. v. 10.10.2017 – XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58–68, Rn. 26.

gründen. Entsprechende Entscheidungen stammen somit nicht gänzlich originär von der Judikative, sondern müssen mit der Intention der Legislativen übereinstimmen. Vorliegend vertritt der BGH, es existiere keine planwidrige Regelungslücke. Nach dieser Ansicht spiegelt es somit den Willen des Gesetzgebers wider, die Ehefrau der Mutter bewusst vom Schutzbereich auszunehmen. Die Argumentation des BGH zu diesem Punkt ist insofern schlüssig.

Einer genaueren Beleuchtung bedarf allerdings die gerichtliche Beurteilung einer Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 I GG.

### c) Art. 3 I GG

Das Gericht stellt auch hier allein auf die Erzeugervermutung ab. Die Ehefrau der Mutter könne unmöglich weiterer biologischer Elternteil sein, dies rechtfertige die bestehende abweichende Behandlung zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren und deren Kindern.<sup>63</sup> Wie bereits aufgeführt, überzeugt die Prämisse einer solchen Vermutung allein nicht. Die Entscheidung zur Verknüpfung des leicht feststellbaren Merkmals Ehe mit der Elternschaft erfolgt vielmehr vor allem aus Praktikabilitätsgründen zu Gunsten der Prinzipien der Statusklarheit und der zeitnahen Zuordnung.<sup>64</sup> Betroffene Ehefrauen erfüllen heute das Ehemerkmal, eine analoge Anwendung der Norm scheitert trotz Vergleichbarkeit aber an der nicht vorhandenen Planwidrigkeit der Regelungslücke.

Die Ehefrau gebärt mit Hilfe künstlicher Befruchtung und mit dem Spendersamen eines anonymen Dritten ein Kind und der Ehemann wird kraft Ehe Elternteil, § 1592 Nr. 1 BGB. Eine andere Ehefrau gebärt mit Hilfe künstlicher Befruchtung ein Kind und die Ehefrau wird nicht kraft Ehe Elternteil. Die Sachverhalte sind insoweit vergleichbar, keiner der Ehepartner der Mutter kann das Kind in diesen Fällen gezeugt haben. Letztendlich käme es hinsichtlich der „Vermutung“ sodann nicht auf die Erzeugerwahrscheinlichkeit, sondern allein auf das männliche Geschlecht an.

Die einzige Möglichkeit für die Ehefrau der Mutter, die Elternstellung zu erlangen, wäre der Prozess der Stiefkindadoption, § 1741 II 3 BGB. Dies dauert nicht nur mehrere Monate, sondern ist auch mit weiteren Prüfungs- und Aufklärungspflichten zu persönlichen Belangen gegenüber Behörden verbunden.<sup>65</sup> Während der Ehemann der künstlich befruchteten Mutter somit kraft Ehe Vater wird, muss eine

Ehefrau der Mutter zunächst vor staatlicher Stelle ihre Elternfähigkeit unter Beweis stellen.<sup>66</sup>

Naturwissenschaftliche Rechtfertigungsversuche bzgl. der unterschiedlichen Behandlung finden keinen Halt. Die Ehefrau der Mutter kann genauso wenig Erzeugerin sein wie der offensichtlich getrenntlebende oder zeugungsunfähige Ehemann. Eine Unterscheidung mittels biologischer Gründe ist insofern nur rechtfertigend und die Argumentation des BGH schlüssig, wenn § 1592 Nr. 1 BGB auch nur auf den wahrscheinlichen Erzeuger angewendet werden würde und nicht auch dann, wenn dies offenbar ausgeschlossen ist. Weitere Rechtfertigungsgründe für die aufgeführte Ungleichbehandlung, insbesondere die erörterte „Vermutung“, sind nicht ersichtlich.

Gleiches gilt insoweit auch für die Ansicht, es lägen aufgrund mangelnder Vergleichbarkeit keine völkerrechtlichen Probleme hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 8 und 14 EMRK vor.

### III. Fazit

Grundsätzlich ist dem BGH beizupflichten, dass es an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehlt. Bezüglich dieser ist allerdings die Argumentationsweise zu bemängeln. Weshalb auf nachträglich eingereichte Gesetzesentwürfe eingegangen wird, auf die besonderen Umstände des Gesetzgebungsverfahrens jedoch nicht, ist nicht verständlich. Dem Prinzip der Statuswahrheit wird eine Alleinstellung eingeräumt. Weitere Prinzipien des Abstammungsrechts sowie der gesellschaftliche und rechtliche Wandel, deren Wertung oder eine Abwägung sowie deren rechtliche Konsequenz sind dem Beschluss nicht zu entnehmen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird zu überwiegenden Teilen das BVerfG aus dem Jahr 2010 zum LPartG<sup>67</sup> zitiert und wiederum auf eine Vermutung abgestellt, die in der Rechtsordnung nach der hier vertretenen Ansicht keine Grundlage findet. Die Eheöffnung und die damit einhergehende Ablösung des LPartG stellen eine grundlegende Änderung mit weitreichenden familienrechtlichen Folgen dar. Weshalb keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung trotz der gegebenen Umstände besteht, bedarf insofern einer erneuten verfassungsrechtlichen Beurteilung.

Ein alternativer Lösungsvorschlag erscheint an dieser Stelle wenig geboten. § 1592 Nr. 1 BGB kann auf den vorliegenden Sachverhalt weder direkt noch analog angewendet werden. Wenn die methodischen Grenzen erreicht sind, ist der einzig

<sup>63</sup> Ibid., Rn. 28.

<sup>64</sup> Vgl. *Gutzeit* in: NK-BGB (Fn. 42), § 1592 Rn. 1.

<sup>65</sup> *Richarz*, (Fn. 60), 53 (62).

<sup>66</sup> Vgl. auch *Richarz*, (Fn. 60), 53 (63).

<sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 02. Juli 2010 – 1 BvR 666/10, BVerfGK 17, 368–374.

verbleibende Lösungsvorschlag das Tätigwerden des Gesetzgebers. Hierfür sprechen zudem insbesondere die aufgezeigten systematisch-teleologischen Diskrepanzen, die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 1592 Nr. 1 BGB sowie der gesellschaftliche Wandel. Die entsprechenden Bestrebungen der Ampelkoalition, der Ehefrau der Gebärenden automatisch die Mutterschaft zuzuerkennen,<sup>68</sup> sind daher keineswegs lediglich Ausfluss einer liberalen politischen Grundeinstellung, sondern auch verfassungsmäßig geboten und erstrebenswert.

#### **D. Schluss**

Denkbar wäre es allemal, dass auch gesellschafts- und rechtspolitische Überlegungen in die Entscheidungsfindung

eingeflossen sind. Zum einen hatte das BVerfG noch nicht über das Eheöffnungsgesetz bzw. dessen Folgen zu entscheiden; eine diesbezügliche Entscheidung wird wahrscheinlich auch von gesellschaftlichen Auseinandersetzungen begleitet werden. Zum anderen ist das Eheöffnungsgesetz in vielerlei Hinsicht das Resultat eines hektischen Gesetzgebungsverfahrens, dessen Konsequenzen bis heute teilweise unklar und ungeregelt bleiben. Dem vorliegenden Urteil ist zudem ein gewisses politisches Signal hinsichtlich des weiterhin bestehenden Regelungsbedarfs nicht abzusprechen. Vier Jahre nach dem Beschluss des BGH bleiben die Auswirkungen des Eheöffnungsgesetzes aber dennoch zu großen Teilen ungeregelt.

---

<sup>68</sup> Koalitionsvertrag 2021–2015 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 80.