

# Queere Elternschaft im Rechtsvergleich

## Hannah Findenegg

djb-Mitglied in der Kommission Zivil-, Familien- und Erbrecht, Recht anderer Lebensgemeinschaften und Rechtsanwältin in Freiburg

Im Folgenden geht es um die Frage, wie die Elternschaft einer Mitmutter in den EU-Mitgliedsstaaten entsteht und wie queere Elternschaft in den EU-Mitgliedsstaaten geregelt ist.

Vorab sei angemerkt, dass Rechtslage und Rechtsprechung zu diesen Fragen in allen EU-Mitgliedsstaaten einem andauernden Änderungsprozess unterworfen sind und die Quellen aus diesem Grund schnell überholt sind. Außerdem gibt es im Bereich des „queeren Familienrechts“ (noch) kaum Literatur.

Eine etwas ältere, aber hilfreiche Quelle ist der Länderbericht „The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons“<sup>1</sup> aus dem Jahr 2015. Darin werden unter anderem die Voraussetzungen und rechtlichen Konsequenzen der Geschlechtsangleichung in vierzehn verschiedenen Ländern dargestellt und miteinander verglichen.

Mithilfe der interaktiven Datenbank „Laws and Families“<sup>2</sup> kann man sich außerdem über die Rechtsfolgen, die in 20 europäischen Ländern mit der Eheschließung, einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und/oder Lebensgemeinschaft einhergehen, informieren. Dazu haben Rechtsexpert\*innen in den Ländern einen ausführlichen Fragebogen hinsichtlich der rechtlichen Aspekte der unterschiedlichen Familienformate beantwortet. Die Datenbank bietet den Vorteil, dass die rechtliche Situation stets mit Verweis auf die gesetzliche Normierung dargestellt wird.

Die folgende Darstellung widmet sich zunächst der Frage, unter welchen Voraussetzungen in den EU-Mitgliedsstaaten einer Frau, deren Partnerin ein Kind zur Welt bringt, die zweite Elternstelle zugeordnet wird – oder anders ausgedrückt, wie die Elternschaft als sog. „Mitmutter“ entsteht. Dabei gehe ich zunächst auf die Mitmutterschaft „kraft“ Ehe ein. Daran anschließend beleuchte ich die Voraussetzungen der Mitmutterschaft in nicht ehelichen Verbindungen – einen besonderen Schwerpunkt lege ich hier auf die Frage, ob die Mitmutterschaft voraussetzt, dass das Kind mit medizinischer Unterstützung gezeugt wurde.

Anschließend daran geht es um die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Zuordnung der Elternstelle bei trans\*, nicht-binärer oder intergeschlechtlicher Elternschaft in den EU-Mitgliedsstaaten erfolgt. Unterschieden werden müssen dabei zwei Konstellationen: Zum einen der Fall, in dem die Korrektur des Geschlechtseintrags erfolgt, nachdem die Person als Mutter bzw. Vater eines Kindes eingetragen wurde. Zum anderen der Fall, in dem zum Zeitpunkt der Geburt eines Kindes die Korrektur des Geschlechtseintrages bereits rechtskräftig war.

## A. Mitmutterschaft

Zunächst ist zu konstatieren, dass beinahe alle Mitgliedsstaaten der EU, in denen die Eheschließung auch lesbischen Paaren mög-

lich ist, auch die Mitmutterschaft kraft Ehe zulassen. Deutschland ist somit einer der wenigen EU-Mitgliedsstaaten, in denen lesbische Paare zwar heiraten dürfen, die gleichgeschlechtliche Elternschaft zweier Frauen aber nur durch Adoption erreicht werden kann.

In der EU besteht die Möglichkeit der Mit- bzw. Co-Mutterschaft in Belgien, Dänemark, Irland, Schweden, Spanien und Österreich. Doch welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit die Partnerin einer Frau, die ein Kind zur Welt bringt, als Mitmutter zugeordnet wird? Im Folgenden wird zunächst betrachtet, ob es in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten, in denen die Mitmutterschaft rechtlich anerkannt ist, für die Zuordnung der Mitmutterschaft kraft Ehe genügt, wenn die Mütter miteinander verheiratet sind. Anschließend werden die verschiedenen Rechtsordnungen darauf untersucht, ob für die Zuordnung der Mitmutterschaft nachgewiesen werden muss, dass das Kind mit medizinischer Unterstützung gezeugt wurde oder ob eine Mitmutterschaft auch bei privater Samenspende zugeordnet wird.

### 1. Mitmutterschaft kraft Ehe

Wenden wir uns der Frage zu, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen andere EU-Mitgliedsstaaten Frauen, die mit der Geburtsmutter verheiratet sind, die Mutterschaft zuordnen.

Für die Länder, in denen die Mitmutterschaft kraft Ehe geregelt ist, wird die Zuordnung ganz überwiegend von der medizinisch unterstützten Zeugung des Kindes abhängig gemacht. Innerhalb der EU ist Belgien derzeit der einzige Mitgliedsstaat, in dem es genügt, dass die Frauen miteinander verheiratet sind, damit die Ehefrau Mitmutter des Kindes wird.

Die Abstammungsregeln, die für verschiedengeschlechtliche Paare angewendet werden, gelten in Belgien seit 2014 für lesbische Paare.<sup>3</sup> Die Mitmutterschaft kann nur dann festgestellt werden, wenn rechtlich nicht die Vaterschaft einer anderen Person besteht.<sup>4</sup> Es besteht außerdem ein Anfechtungsrecht der Person, die die genetische Vaterschaft für sich in Anspruch nimmt, wobei dies keine Aussicht auf Erfolg hat, wenn das Kind eine sog. „possession d'état“<sup>5</sup> im Verhältnis zur Zweitmutter

- 1 Scherpe, Jens M. (Hg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Cambridge, United Kingdom; Antwerp; Portland 2015.
- 2 Siehe online: <https://lawsandfamilies-database.site.ined.fr/en/legal-project/interactive-database/> (Zugriff: 19.12.2022).
- 3 Vgl. Pintens, Walter, in: Bergmann, Alexander / Ferid, Murad / Henrich, Dieter, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Landesteil Belgien, S. 63; Weber, Philipp, *Gleichgeschlechtliche Elternschaft im Internationalen Privatrecht*, S. 35.
- 4 Art. 325/ 1 ZGB, vgl. Übersetzung bei Pintens (Fn. 3), S. 131.
- 5 Possession d'état entspricht der sozial-familiären Beziehung nach § 1600 BGB, vgl. Sieberichs, Wolf, *StAZ* 2015, 1, 3.

hat<sup>6</sup> oder wenn das Kind durch ärztlich assistierte Insemination gezeugt wurde und die Ehefrau dieser zugestimmt hat.<sup>7</sup>

Auch in Österreich wird die Elternschaft der Ehepartnerin der Mutter neuerdings nicht mehr von der medizinisch unterstützten Zeugung des Kindes abhängig gemacht, nachdem der Verfassungsgerichtshof die entsprechenden Bestimmungen im ABGB aufgehoben hat.<sup>8</sup> Die gesetzliche Neuregelung steht jedoch noch aus.<sup>9</sup>

## II. Zuordnung der Mitmutterchaft unter der Voraussetzung einer medizinisch unterstützten Zeugung

Überwiegend wird die Mitmutterchaft der Partnerin der Geburtmutter nur dann zugeordnet, wenn das Kind in einer anerkannten Klinik und mit medizinischer Unterstützung gezeugt wurde.

In Schweden setzt die Vermutung der Mitmutterchaft voraus, dass die ärztlich assistierte Insemination in einer öffentlichen Klinik in Schweden vorgenommen wurde.<sup>10</sup> Gleiches gilt für die Niederlande, wo die Zweitmutterchaft nicht vermutet wird, wenn die Zeugung durch die sog. private Becherspende erfolgt ist.<sup>11</sup> Schließlich unterscheidet auch Irland zwischen medizinisch assistierter Fortpflanzung (DAHR-Verfahren = donor assisted human reproduction) und anderen Formen der künstlichen Befruchtung (bspw. der sog. Becherspende): Nur bei ersterer wird die Ehepartnerin / zivile Partnerin oder Lebensgefährtin Mitmutter, wohingegen bei letzterer nur die Person, die das Kind zur Welt bringt, Mutter wird.<sup>12</sup>

Wenn die samenspendende Person bei einer privaten Samenspende bekannt ist, gilt in Dänemark, dass die Elternschaft der Partnerin der leiblichen Mutter nur dann besteht, wenn zwischen allen drei beteiligten Personen (leiblicher Mutter, Partnerin und der samenspendenden Person) eine Vereinbarung geschlossen wird, nach der die Partnerin Zweitmutter sein soll (sog. Dreier-Erklärung).<sup>13</sup>

Größtenteils wird für die Mitmutterchaft überdies vorausgesetzt, dass die Lebenspartnerin / Ehegattin / Partnerin der Geburtmutter zuvor zu der künstlichen Befruchtung sowie zur zukünftigen Elternschaft ihre Einwilligung erteilt hat,<sup>14</sup> dies gilt jedoch nicht in Belgien und in Spanien.<sup>15</sup> In Schweden muss überdies auch die leibliche Mutter der Elternschaft der Partnerin zustimmen.

## B. Zuordnung der Elternstelle bei trans\*, nicht-binärer oder intergeschlechtlicher Elternschaft.

Für die Frage, ob trans\*, nicht-binäre oder intergeschlechtliche Personen als Eltern eingetragen werden, ist zu unterscheiden nach der zeitlichen Reihenfolge, in der die Korrektur des Geschlechtseintrags und die Eintragung dieser Person als Mutter bzw. Vater eines Kindes erfolgt.

### I. Die Korrektur des Geschlechtseintrags bei bereits erfolgter Zuordnung der Elternstelle

Erfolgt eine Korrektur des Geschlechtseintrags zu einem Zeitpunkt, in dem eine trans\* Person bereits als Mutter bzw. Vater eines Kindes in die Geburtsurkunde eingetragen wurde, hat dies

in Deutschland keine Auswirkungen auf die Zuordnung: Ein trans\* Mann bleibt daher als Mutter des Kindes eingetragen, eine trans\* Frau als Vater. Dies wird in § 11 TSG<sup>16</sup> bestimmt.

Genauso verhält es sich in beinahe allen EU-Mitgliedsstaaten.<sup>17</sup> Malta ist der einzige EU-Mitgliedsstaat, in dem das Gesetz seit 2017 geschlechtsneutrale Begriffe verwendet und somit auch die Fälle von nicht-binären oder intergeschlechtlichen Personen regelt; anstelle des Begriffs „Mutter“ lautet der Gesetzestext „Elternteil, das ein Kind gebiert“.<sup>18</sup>

In Frankreich kann die Geburtsurkunde nach einer rechtskräftigen Geschlechtsangleichung angepasst werden; nötig ist dafür die Zustimmung des Kindes, beziehungsweise (wenn das Kind minderjährig ist) die Zustimmung beider Elternteile.<sup>19</sup>

### II. Die erste Elternstelle bei rechtskräftiger Korrektur des Geschlechtseintrags zum Zeitpunkt der Geburt

Positivrechtliche Regelungen für den Fall der Elternschaft einer trans\*, nicht-binären oder intergeschlechtlichen Person, die nach der Korrektur des Geschlechtseintrags ein Kind zur Welt bringt, hält das deutsche Recht nicht bereit.

Der BGH hat im Jahr 2017 lediglich festgehalten, dass ein trans\* Mann, der nach „Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit“ ein Kind zur Welt bringt, im Geburtenregister und den Geburtsurkunden als „Mutter“ unter seinem abgelegten Vornamen einzutragen ist.<sup>20</sup>

6 Weber (Fn. 3), S. 35.

7 Art. 325-3 § 3 belgischer Code Civil; vgl. auch Sieberichs, (Fn. 5) ebd.

8 VfGH-Erkenntnis G 230/2021 30.06.2022.

9 Auch die eingetragene Partnerin der Mutter ist Elternteil des Kindes, Pressemitteilung vom 05.08.2022, online: [https://www.vfgh.gv.at/medien/Begruendung\\_von\\_Elternschaft.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Begruendung_von_Elternschaft.php), Stand: 11.09.2022.

10 Jänterä-Jareborg, Maarit, FamRZ 2006, 1329, 1330; Giesen, Reinhard, StAZ 2015, 193, 195. Findet die künstliche Befruchtung dagegen im Ausland oder in einer privaten Klinik statt, kann die Elternschaft der intendierten Zweitmutter allenfalls noch durch eine Stiefkindadoption erreicht werden, die die Gerichte aber meist zulassen, Müller-Götzmann, Christian, Artificielle Reproduktion, S. 188.

11 Weber (Fn. 3), S. 34 Rn. 28.

12 Vgl. Henrich, Dieter, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), Landesteil Irland, S. 28 sowie die Übersetzung auf S. 46.

13 Giesen, Reinhard, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), Landesteil Dänemark, S. 46.

14 Für Dänemark: Fötschl, Andreas, FamRZ 2013, 1445, 1446; Giesen, Reinhard in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), S. 26. Für Irland gem. Sec. 11, vgl. Übersetzung bei Henrich, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), S. 48.

15 Für Schweden vgl. Giesen, Reinhard, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), Landesteil Schweden, S. 32, wobei dort vor oder nach der Geburt noch ein Anerkennungs- oder Feststellungsverfahren nötig ist; vgl. auch Huth, Patricia, Statusrechtliche Zuordnung nach heterologer Insemination, S. 140.

16 Vgl. Weber (Fn. 3) S. 31 mit Verweis auf: Huth (Fn. 14) S. 139 und Ferrer i Riba, Josep, FamRZ 2007, S. 1513.

17 § 11 Transsexuellengesetz in der Fassung vom 10.9.1980.

18 Vgl. dazu bspw. für Dänemark: Ring, Gerhard / Olsen-Ring, Line in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, 4. Aufl. 2020, Dänemark, Fn. 121 zu Rn. 174.

19 Lange, Katrin, Gleichstellung von Regenbogenfamilien – Handlungserfordernisse und Lösungsansätze in Deutschland sowie Einblicke in andere europäische Staaten, September 2022, S. 47.

20 Lange, ebd. S. 46 mit Verweis auf <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F34826> (Zugriff: 27.12.2022).

Innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten müssen auch im Jahr 2022 trans\* Menschen nach wie vor ihre Unfruchtbarkeit nachweisen, bevor ihr rechtliches Geschlecht korrigiert wird (bspw. in Tschechien<sup>21</sup>). In diesen Ländern ist die trans\* Elternschaft nach rechtskräftiger Korrektur des Geschlechtseintrags nicht möglich.

In der Mehrheit der Länder reagiert die Gesetzgebung bzw. die Rechtsprechung auf gebärende trans\*, nicht-binäre oder intergeschlechtliche Personen derweil wie in Deutschland: Die Menschen werden entsprechend ihres ehemaligen (d.h. bei der Geburt zugewiesenen) Geschlechtseintrags eingetragen.<sup>22</sup> Ein gebärender trans\* Mann wird demnach als Mutter eingetragen.

Die schwedische Regierung hat die Eintragung aufgrund „reproduktiver Fähigkeiten“ als problematisch eingestuft, da trans\* Menschen einen Anspruch darauf haben, dass keine Tatsachen über ihre Geschlechtergeschichte öffentlich gemacht werden.<sup>23</sup> Deswegen gibt es mittlerweile Vorschriften, nach denen ein Mann, der ein Kind zur Welt bringt, als Vater anzusehen ist. Da an den Begriff der Mutter bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, gelten diese Vorschriften entsprechend.<sup>24</sup> Die dänische Regierung plant ein entsprechendes Gesetz.<sup>25</sup>

Darüber hinaus haben trans\* Eltern Beschwerden beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht, um die rechtliche Anerkennung ihrer Elternschaft einzuklagen.<sup>26</sup>

### III. Die zweite Elternstelle bei rechtskräftiger Korrektur des Geschlechtseintrags zum Zeitpunkt der Geburt

In fast allen EU-Mitgliedsstaaten (einschließlich Deutschland) werden trans\* Frauen – wenn überhaupt – als Vater des Kindes eingetragen.<sup>27</sup>

Eine Ausnahme zu dieser Zuordnung der Elternstelle entsprechend des ehemaligen Geschlechtseintrags (d.h. dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht) hat das AG Regensburg mit Beschluss vom 4. Februar 2022 gemacht:<sup>28</sup> Das Gericht entschied, dass ein trans\* Mann, der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet war, gem. § 1592 Nr. 1 BGB<sup>29</sup> als Vater einzutragen ist; der Beschluss ist noch nicht rechtskräftig.

In den Niederlanden können trans\* Frauen, die ein Kind zeugen bzw. mit deren Samen ein Kind gezeugt wird, wenn sie nicht als Vater eingetragen werden wollen, lediglich durch ein Adoptionsverfahren Mutter des Kindes werden.<sup>30</sup>

Lediglich in Schweden haben trans\* Frauen das Recht, als Mutter des Kindes anerkannt zu werden.<sup>31</sup>

In Frankreich erging im Februar 2022 ein Berufungsurteil, in dem entschieden wurde, dass eine trans\* Frau, deren Ehefrau ein Kind geboren hat, als Mutter in die Geburtsurkunde eingetragen werden muss, damit ihre Privatsphäre geschützt wird.<sup>32</sup>

Trans\* Männer, deren Partner\* in ein Kind zur Welt gebracht hat, können in Dänemark als Väter registriert und anerkannt werden.<sup>33</sup>

### E. Fazit

Sofern Regenbogenfamilien rechtlich überhaupt in den Mitgliedsstaaten anerkannt werden, haben die unterschiedlichen Gesetzgeber\*innen der EU-Mitgliedsstaaten die Zuordnung

der Elternschaft unterschiedlich geregelt. Die Spannweite reicht von einer geschlechtsneutralen Sprache, wie sie in maltesischen Gesetzen seit einigen Jahren verwendet wird, bis hin zu eigenen Regelungen, welche die Zuordnung der zweiten Elternstelle zugunsten von Mitmüttern betreffen. Überwiegend setzt die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Elternschaft von Frauen jedoch voraus, dass das Kind durch ärztlich assistierte Insemination gezeugt wurde.

Der möglichen Elternschaft von trans\*, nicht-binären oder intergeschlechtlichen Personen und deren rechtlicher Abbildung wird schließlich nur in den allerwenigsten Rechtsordnungen Rechnung getragen.

21 BGH v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14 – FamRZ 2017, 1855; die Verfassungsbeschwerde, die gegen die entsprechenden Beschlüsse der unteren Instanzen erhoben wurde, wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG, Kammerbeschluss ohne Begründung vom 15. Mai 2018 – 1 BvR 2831/17.

22 Havelková, Barbara, The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in the Czech Republic, in: Scherpe, Jens M. (Hg.) (Fn. 1), S. 125-145, S. 140 f.

23 Videbæk Munkholm, Natalie, Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Denmark, in: Scherpe, Jens M. (Hg.) (Fn. 1), S. 147-181, S. 171.

24 Aus dem engl. nach Garland, Jameson, The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Sweden, in: Scherpe, Jens M. (Hg.) (Fn. 1), S. 281-311, S. 304 f.

25 Kap 1 §§ 11 ElternGB, Übersetzung bei Giesen, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), S. 72.

26 Lange (Fn. 18), S. 45.

27 Lange, ebd.

28 Vgl. für Deutschland: BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 459/16 = NJW 2018, 471.

29 UR III 19/21.

30 Fassung vom 17.12.2008, gültig ab 01.09.2009.

31 Pintens, Walter, The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Belgium and the Netherlands, in: Scherpe, Jens M. (Hg.) (Fn. 1), S. 109-123, S. 122.

32 § 14 Übersetzung bei Giesen, Reinhard, in: Bergmann/Ferid/Henrich, (Fn. 3), S. 33.

33 Parsons, Vic 10.02.2022, Trans woman wins right to be recognised as child's mother in landmark French court ruling, online: <https://www.pinknews.co.uk/2022/02/10/trans-parents-france-court-birth-certificate/> (Zugriff: 27.12.2022).

34 Lange (Fn. 18), S. 47.