

zu lenken, sei es, dass Stiefkinder bedacht oder Kinder aus erster Ehe durch die Änderung der Quote im Pflichtteilsrecht geringer bedacht werden sollen. Denn insbesondere im Rahmen der Beratung sogenannter Patchworkfamilien ist festzustellen, dass sich Kinder aus früheren Ehen von einem Elternteil – trotz Bemühungen – abwenden. Das aktuelle Pflichtteilsrecht ist in diesen Fällen kaum vermittelbar.

Mit seiner Entscheidung vom 19. April 2005⁶ hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsrechtlichen Grenzen mit Blick auf das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass vorgegeben. Das BVerfG hat im Einzelnen ausgeführt, dass grundsätzlich die **unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligungsgarantie** und der Schutz der Familie nach Maßgabe des Grundgesetzes gewährleistet sein muss. Zwar wurde aus der Praxis schon zuvor die Abschaffung des Pflichtteilsrechts gefordert. Die Umsetzung war jedoch aufgrund der Entscheidung des BVerfG nicht (mehr) möglich.

Die **Reform des Pflichtteilsrechts** durch Gesetz vom 24. September 2009⁷ hat die gesellschaftliche Entwicklung und veränderte Wertvorstellungen berücksichtigt und – nach den Gründen – die Persönlichkeitsrechte des Individuums sowie die Akzeptanz nicht traditionell vorgegebener Lebensentwürfe gestärkt, aber eben nur einen punktuellen Änderungsbedarf gesehen.

Die daraus folgende pro rata Lösung hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs bei Schenkungen (§ 2325 Abs. 3 BGB), also die Abschmelzung in 10 Jahren, eröffnet zwar Gestaltungsspielraum, wird aber von den Betroffenen weder als interessens- noch als bedarfsgerecht empfunden. Die gesetzliche Regelung zur Entziehung des Pflichtteils (§ 2333 BGB) ist keine Alternative und wird nicht selten als unangemessen oder unzureichend angesehen, insbesondere in den Fällen, in denen kein Kontakt zum Kind

mehr besteht. Hinzu kommt, dass die heute 60-Jährigen von den 80-Jährigen erben und somit der ursprüngliche Gedanke, der dem Pflichtteilsrecht zu Grunde liegt, nämlich die Existenzsicherung der Kinder, entfällt.

Patchworkfamilien – dies zusammenfassend – sind heute gelebte Realität. Die Vorschriften des gesetzlichen Erbrechts genügen den Anforderungen neuer Lebensformen und Lebenszuschnitten nicht (mehr). Werden keine testamentarischen Regelungen, d.h. Verfügungen von Todes wegen (§§ 2247 ff. BGB) getroffen, kann dies zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen, weil die Erbfolge – wenn beispielsweise Kinder aus mehreren Ehen und außerdem (noch) gemeinsame Kinder vorhanden sind – davon abhängt, welcher der Beteiligten zuerst verstirbt. Um den Bedürfnissen von Patchworkfamilien und Familien nach Scheidungen gerecht zu werden bleibt nur, testamentarische Gestaltungsmöglichkeiten auszunutzen, wie etwa Vor- und Nacherbfolge (§§ 2100 ff.), die Anordnung von Vermächtnissen (§§ 2147 ff. BGB) oder das gemeinsame Testament (§§ 2265 ff. BGB).

Im Fall einer Scheidung ist – bei minderjährigen Kindern – an die Regelungen der §§ 1638 f. BGB zu denken. Wenn der Erblasser beziehungsweise die Erblasserin im Fall der Scheidung nicht möchte, dass der andere Elternteil über das ererbte Vermögen des Kindes verfügen kann, ist eine Beschränkung der Vermögenssorge notwendig. Dies gilt auch für Zuwendungen unter Lebenden.

Fazit aus der Praxis: Den gesellschaftlichen Änderungen des Familienlebens ist Rechnung zu tragen. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf ist unübersehbar.

6 BVerfG, 1 BvR 1644/00; BVerfG, 1 BvR 188/03.

7 S. BGBl. I S. 3142.

DOI: 10.5771/1866-377X-2019-1-14

Ehe für alle – und die Kinder?

Birgit Kemming

djb-Mitglied, Rechtsanwältin und Notarin, Hannover

Die Geschichte der „gleichgeschlechtlichen Ehe“ im deutschen Recht ist wechsellvoll und war zweimal mit großen Überraschungen verbunden: Zum ersten Mal als gut drei Jahre nach Einführung der Lebenspartnerschaft (eben noch keine Ehe, auch „Homo-Ehe“ genannt) zum 1. Januar ziemlich heimlich und unbemerkt die Regeln für die Ehe auf die Lebenspartnerschaft im Wesentlichen angewendet werden sollten. Zum zweiten Mal 2017, als fünf Tage nach dem Interview der Kanzlerin Angela Merkel in der „Frauenzeitschrift“ BRIGITTE am 30. Juni 2017 vollkommen unerwartet eine Mehrheit im Bundestag für die Einführung der „Ehe für alle“ votierte¹, die nun mit Wirkung seit dem Inkrafttreten am 1. Oktober 2017 von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen wird².

Allerdings konnten die Lebenspartner auch nach der Überarbeitung und Erweiterung des Lebenspartnerschaftsrechts nicht gemeinsam ein Kind adoptieren. Ein in der Lebenspartnerschaft geborenes Kind wurde nicht gemeinsames Kind der Lebenspartner*innen. Vielmehr musste der „dornige“ und insbesondere für das Kind rechtsunsichere Weg der Stiefkindadoption beschritten werden, um die Lebenspartnerin der Mutter zum anderen rechtlichen Elternteil werden zu lassen.

Aus dem BRIGITTE-Interview wird Merkel mit einem Schlüsselerlebnis zitiert, als sie eine lesbische Frau kennenlernte, die sich mit ihrer Partnerin um acht Pflegekinder kümmerte. „**Wenn der Staat einem homosexuellen Paar Kinder zur Pflege gibt,**

1 Erhältlich im Internet: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-ehe-fuer-alle/513682,aw/pst/vom/30.06.2017> (Zugriff 12. Dezember 2018).

2 Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts durch das Gesetz vom 28.7.2017 (BGBl. I, S. 2787).

kann ich nicht mehr mit dem Kindeswohl argumentieren“, räumt die Kanzlerin ein. Sie sprach davon, die „Ehe für alle“ in kommenden Gesprächen zu einer Gewissensfrage zu machen³.

Gerade diese Frage löst aber die „Ehe für alle“ trotz anderer Erwartungen und Annahmen nach herrschender Meinung bisher nicht: Zwar gab es zunächst Standesämter, die eine Geburtsurkunde für ein in einer gleichgeschlechtlichen Ehe geborenes Kind ausstellten, in der die Frau, die das Kind geboren hatte, als Mutter, und, unter der Überschrift „Vater“, deren Ehepartnerin eintrugen⁴. In einem Fall, der dem OLG Dresden zur Entscheidung vorlag⁵, sollte das Standesamt die Ehepartnerin der Mutter auf Weisung des Amtsgerichts als weiterer Elternteil bzw. als weitere Mutter eintragen.

§ 1592 BGB spricht nach wie vor von „Mann“ und „Vater“. Regelt § 1592 Nr. 1 BGB nun ausschließlich die Vaterschaft des Kindes? Steht dies der Elternschaft und Eintragung der Ehefrau der Mutter als weiterer Elternteil entgegen? Oder ist lediglich das Eheschließungsrecht neu und für alle geregelt worden, nicht aber das Abstammungsrecht?

Im Zusammenhang mit der Einführung der „Ehe für alle“, ist keine umfassende Änderung der familienrechtlichen Vorschriften, die auf Ehegatten Bezug nehmen, erfolgt⁶.

Der Wortlaut im Abstammungsrecht ist jedoch nicht angepasst worden. Die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs⁷ enthält zudem keinerlei Hinweise auf die Intention, auch abstammungsrechtliche Fragen in Zukunft zu klären.

Die Literatur ging gleichwohl teilweise davon aus, dass die Norm nach dem Willen des Gesetzgebers auszulegen sei. Demzufolge wäre ein Kind, das während der Ehe von einer Ehefrau geboren wird, gemeinsames Kind beider Ehegattinnen, ohne dass hierzu noch eine Adoption erforderlich sei.⁸ Andere Stimmen in der Literatur lehnten das aber ab⁹: Die unterschiedliche rechtliche Regelung der Elternstellung in der Ehe zwischen Mann und Frau und in der gleichgeschlechtlichen Ehe bestehe bis zu einer Änderung des Abstammungsrechts fort. Keinesfalls könne § 1592 Nr. 1 BGB analog angewendet werden. Es fehle sowohl an einer Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage¹⁰. Das Grundgesetz (Art. 6 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG) gebiete ebenfalls keine Analogie.¹¹ Gegen eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB spreche außerdem, dass es für diese Zurechnung der Elternschaft kein geregeltes Anfechtungsverfahren gäbe; eine analoge Anwendung der Vaterschaftsanfechtungsvorschriften wäre – schon wegen des zwingenden Auseinanderfallens der vermuteten und der genetischen Verwandtschaft – nicht möglich.¹²

An der fehlenden Analogiefähigkeit ändere dabei die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Co-Mutterschaft unter Berücksichtigung einer ausländischen Rechtsordnung nichts. Zwar habe der Bundesgerichtshof dort die Co-Mutterschaft aufgrund fehlenden Verstoßes gegen den *ordre public* anerkannt¹³, dies basierte allerdings auf südafrikanischer Rechtslage. So hat im Ergebnis dann auch der Bundesgerichtshof zur Eintragung der Ehefrau in die Geburtsurkunde entschieden, dass die Ehefrau der Kindesmutter nicht aufgrund der Ehe zum rechtlichen Mit-Elternteil des Kindes werde.¹⁴

Der Bundesgerichtshof stellt dazu fest: Zwar hat der Gesetzgeber mit der „Ehe für alle“ bestehende Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität beenden und hierzu Regelungen,

die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechter stellen, beseitigen wollen. Er habe aber bislang von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand genommen. Dies belege zudem der Umstand, dass das Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz einen Arbeitskreis eingesetzt habe. Dieser hat sich dabei umfassende Reform des Abstammungsrechts, insbesondere mit der Frage der gleichgeschlechtlichen Elternschaft, befasst. Die Ergebnisse seines Abschlussberichts hätten schon zeitlich nicht mehr in die Neuregelung der Ehe einfließen können.¹⁵

Der BGH stellt darauf zudem ab, dass die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung die tatsächliche Abstammung regelmäßig abbilde. Schließlich stellt der BGH keinen Verstoß gegen die Verfassung oder die Europäische Menschenrechtskonvention fest¹⁶. Schon vor der Entscheidung des BGH war gleichgeschlechtlichen Eheleuten also aus Gründen der Rechtssicherheit eine Stiefkindadoption zu empfehlen. Nach dieser Entscheidung führt kein Weg mehr daran vorbei.

Es ist also weiterhin ein notarieller Antrag und die Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses. Ausnahmen sind nur unter Anerkennung ausländischer Rechtsordnungen möglich. Für (nur) deutsche Staatsangehörige ist dieser Weg versperrt. Ob andere dafür in Frage kommende Ehefrauen diesen Weg beschreiten, dürfte aufgrund der damit verbunden Kosten und weiterhin bestehenden rechtlichen Risiken eher skeptisch zu beurteilen sein. Denkbar wäre in geeigneten Fällen den Rechtsweg unter Einlegung einer Verfassungsbeschwerde und/oder Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte durchzuführen.¹⁷ Soweit ersichtlich ist gegen die Entscheidung des BGH vom 10. Oktober 2018 indes ein solcher Weg nicht beschritten worden.

Es bleibt also abzuwarten, bis der Gesetzgeber in einem „Ehe-für-alle-Reparatur-Gesetz“ – und da hoffentlich zunächst in „einem kleinen Wurf“ und ohne Abwarten der Reform des Abstammungsrechts in Gänze – die Stiefkindadoptionen endlich überflüssig macht und alle in einer Ehe geborene Kinder als eheliche Kinder ansieht.

3 Erhältlich im Internet: <https://www.britte.de/aktuell/britte-live/ehe-fuer-alle--abstammung-findet-am-freitag-statt-10937354.html>, 27. Juni 2017 (Zugriff: 12. Dezember 2018).

4 Deutsches Notarinstitut (Hrsg.): BGB § 1592, DNotI-Report(03/2018), S. 19 f.

5 OLG Dresden, 3 W 292/28.

6 Schwab, Dieter: Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts – Informationen und Fragen –, FamRZ 2017, 1284.

7 BT-Drucks. 18/6665.

8 Zschiebsch, Matthias: Welche Auswirkungen hat das Gesetz „Ehe für alle“ auf das Adoptionsrecht?, notar 2017, 363; Lönnig, Prof. Dr. Martin: Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643, 644; Binder, Sabrina/Kiehle, Arndt: „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, NZFam 2017, 742, 743.

9 Schmidt, Dr. Christopher: Anwendung von § BGB § 1592 Nr. BGB § 1592 Nummer 1 BGB auf Co-Mütter?, NZFam 2017, 832, 833; Kaiser, Prof. Dr. Dagmar: Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, 1889, 1895 f.

10 Kaiser, Prof. Dr. Dagmar: Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, 1889 (ebd.), 1895.

11 OLG Dresden, 3 W 292/28, Rn. 27ff.

12 Deutsches Notarinstitut (Hrsg.): BGB § 1592, DNotI-Report(03/2018), S. 20.

13 BGH, XII ZB 15/15.

14 BGH, XII ZB 231/18.

15 BGH BGH, XII ZB 231/18, Rn 18 ff.

16 BGH BGH, XII ZB 231/18, Rn. 24 ff., 30.

17 Oldenburger, juris PR-FamR24/218 Anm.3.