



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XII ZB 459/16

vom

29. November 2017

in der Personenstandssache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 1591, 1592; TSG § 11 Satz 1

- a) Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren konserviertem Spendersamen ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, kann abstammungsrechtlich nur die Vater- und nicht die Mutterstellung erlangen (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 6. September 2017 - XII ZB 660/14 - FamRZ 2017, 1855).
- b) Eine von ihr gleichwohl erklärte Mutterschaftsanerkennung ist unwirksam.

BGH, Beschluss vom 29. November 2017 - XII ZB 459/16 - Kammergericht Berlin  
AG Schöneberg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. November 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Prof. Dr. Klinkhammer, Schilling, Dr. Nedden-Boeger und Guhling

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerden des betroffenen Kindes und der weiteren Beteiligten zu 1 und 2 gegen den Beschluss des 1. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. September 2016 werden zurückgewiesen.

Das Verfahren der Rechtsbeschwerde ist gerichtskostenfrei.

Wert: 5.000 €

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Beteiligten streiten über den Geburtseintrag des betroffenen Kindes.
- 2 Das Kind wurde im Juni 2015 von der Beteiligten zu 2 geboren. Die Beteiligte zu 1 ist Mann-zu-Frau-Transsexuelle und deutsche Staatsangehörige. Nach ihrem von den Vorinstanzen nicht geprüften Vortrag ist das Kind mit ihrem Samen gezeugt worden. Der Beschluss über die Feststellung ihrer Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht ist seit August 2012 rechtskräftig. In einer notariellen Urkunde ihres zweitinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten erkannte sie mit Zustimmung der Beteiligten zu 2 vorgeburtlich an, Mutter des Kindes zu sein. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben im September 2015 eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet.

3            Das Standesamt hat die Geburt des Kindes mit dem Inhalt beurkundet, dass die Beteiligte zu 2 dessen Mutter ist. Die Eintragung der Beteiligten zu 1, die ebenfalls als Mutter eingetragen werden will, hat es abgelehnt.

4            Der Antrag der Beteiligten zu 1 und 2 sowie des durch sie vertretenen Kindes, das Standesamt nach § 49 PStG dazu anzuweisen, auch die Beteiligte zu 1 - mit ihrem weiblichen Vornamen - als Mutter einzutragen, ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihren Rechtsbeschwerden verfolgen sie ihr Begehren weiter.

## II.

5            Die nach § 70 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 FamFG iVm § 51 Abs. 1 PStG statthaften und auch sonst zulässigen Rechtsbeschwerden haben in der Sache keinen Erfolg.

6            1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Beteiligte zu 1 gemäß § 1591 BGB nicht die Mutter des Kindes sei, weil sie es nicht geboren habe. Eine Anerkennung der Mutterschaft sehe das anwendbare deutsche Recht nicht vor. Eine analoge Anwendung von § 1592 Nr. 2 BGB sei mangels einer bestehenden Gesetzeslücke nicht zulässig. Der Gesetzgeber habe die Feststellung der Mutterschaft an das objektiv feststellbare und unabänderliche Merkmal geknüpft, wer das Kind geboren habe. Eine neben der Adoption bestehende Möglichkeit, die Mutterschaft durch Rechtsakt zu begründen, habe er bewusst verneint. Dem liege der Gedanke zugrunde, dass die rechtliche Abstammung nicht im Widerspruch zu den Erfordernissen der biologischen Zeugung auf zwei Mütter oder zwei Väter verweisen solle.

- 7 Eine Gesetzeslücke liege auch dann nicht vor, wenn die anerkennende Frau vor oder nach gerichtlicher Feststellung ihres weiblichen Geschlechts an der Zeugung des Kindes als Spender des Samens und damit biologisch als Vater beteiligt gewesen sei. Der Gesetzgeber habe diese Konstellation ebenfalls bedacht und die Zuordnung von leiblichen Kindern in § 11 TSG dahin gehend geregelt, dass die Entscheidung, der Antragsteller sei als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen, dessen Rechtsverhältnis zu seinen Kindern unberührt lasse. Das gelte ausweislich der Gesetzesmaterialien auch für nach Rechtskraft der Entscheidung nach §§ 8, 10 TSG geborene Kinder. Die Regelung zur Angabe des Vornamens in § 5 Abs. 2 TSG führe ebenfalls nicht zu einem Widerspruch innerhalb des Gesetzes und damit zu einer Unklarheit.
- 8 Schließlich erfordere auch das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht, die Beteiligte zu 1 mit weiblichem Geschlecht und unter ihrem geänderten Namen als (weitere) Mutter in den Geburtseintrag aufzunehmen. Das Personenstandsrecht beziehe sich auf die rechtliche Elternschaft, die zu der Beteiligten zu 1 jedenfalls nicht als Mutter begründet werde. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung richte sich auf Kenntnisverschaffung von Tatsachen und sei nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten.
- 9 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Der vom Standesamt vorgenommene Geburtseintrag entspricht § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG.
- 10 a) Nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG sind die Vornamen und Namen der Eltern des Kindes im Geburtenregister zu beurkunden. Die Vorschrift bezieht sich übereinstimmend mit der Definition des Personenstands (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PStG) auf die rechtliche Elternschaft (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 63).

- 11           aa) Mutter des Kindes ist nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Das deutsche bürgerliche Recht kennt nur die Zuordnung einer einzigen Mutter kraft Gesetzes. Damit hat der Gesetzgeber andere mögliche Formen der abstammungsrechtlichen Mutter-Kind-Zuordnung, insbesondere die Mutterschaft der Eizellspenderin im Fall der Leihmutterschaft, bewusst ausgeschlossen (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 203, 350 = FamRZ 2015, 240 Rn. 35 ff.). Eine Mutterschaftsanerkennung sieht das geltende Recht nicht vor. Weitere Formen der Entstehung einer beiderseits weiblichen Elternschaft kraft Abstammung, etwa die Mit- oder Co-Mutterschaft bei konsentierter heterologer Insemination (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 30 ff.), sind im deutschen Recht ebenfalls nicht vorgesehen.
- 12           bb) Aufgrund des - rechtsbeschwerderechtlich zu unterstellenden - Fortpflanzungsbeitrags der Beteiligten zu 1 durch Samenspende ist mithin nur die Begründung der Vaterschaft möglich. Dass diese ungeachtet der Zugehörigkeit der Beteiligten zu 1 zum weiblichen Geschlecht möglich ist, ergibt sich aus § 11 Satz 1 TSG. Das Beschwerdegericht hat mit Recht und im Einklang mit der inzwischen ergangenen Senatsrechtsprechung (Senatsbeschluss vom 6. September 2017 - XII ZB 660/14 - FamRZ 2017, 1855 Rn. 15) darauf hingewiesen, dass § 11 Satz 1 TSG auch Sachverhalte erfasst, in denen das leibliche Kind eines Transsexuellen - wie hier - zeitlich erst nach der gerichtlichen Entscheidung über die Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit geboren wird (vgl. auch BT-Drucks. 8/2947 S. 16). Nach § 11 Satz 1 TSG sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Status des Transsexuellen als Vater oder als Mutter unberührt bleiben, und zwar insbesondere für die Vaterschaftsfeststellung und die Ehelichkeitsanfechtung (vgl. Senatsbeschluss vom 6. September 2017 - XII ZB 660/14 - FamRZ 2017, 1855 Rn. 15 ff.; BT-Drucks. 8/2947 S. 16).

- 13 Die Beteiligte zu 1 könnte mithin abstammungsrechtlich übereinstimmend mit dem von ihr geleisteten Fortpflanzungsbeitrag nur die Stellung eines rechtlichen Vaters einnehmen (vgl. OLG Köln FamRZ 2010, 741, 742 f.). Die Vaterschaft hat die anwaltlich beratene Beteiligte zu 1 indessen nicht anerkannt. Dass sie stattdessen eine ausdrückliche Mutterschaftsanerkennung erklärt hat, beruht auf dem damit bewusst verfolgten Ziel ihrer abstammungsrechtlichen Etablierung als weitere Mutter. Schon weil die mit der Mutterschaft verbundenen statusrechtlichen Rechtsfolgen gegenüber denen der Vaterschaft grundverschieden sind, kann die Erklärung der Beteiligten zu 1 auch nicht in eine Vaterschaftsanerkennung umgedeutet werden (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Juli 2016 - XII ZB 609/14 - FamRZ 2016, 1761 Rn. 8, 14).
- 14 b) Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung.
- 15 aa) Wie der Senat bereits für den umgekehrten Fall der Geburt des Kindes durch einen Frau-zu-Mann-Transsexuellen ausgeführt hat, verstößt es nicht gegen Grundrechte der transsexuellen Person, dass ihr das geltende Abstammungsrecht ungeachtet des Umstands, dass sie nunmehr als dem anderen Geschlecht zugehörig gilt, den sich aus dem früheren Geschlecht und dem diesem entsprechenden spezifischen Fortpflanzungsbeitrag ergebenden rechtlichen Elternstatus zuweist. Die gesetzliche Regelung verletzt die transsexuelle Person nicht in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG. Auch wenn es die Anerkennung der geschlechtlichen Identität eines transsexuellen Elternteils beeinträchtigen kann, wenn ihm im Verhältnis zu einem nach der Entscheidung gemäß § 8 Abs. 1 TSG geborenen oder gezeugten Kind ein rechtlicher Status - Vater oder Mutter - zugewiesen ist, welcher der geschlechterbezogenen Elternrolle seines selbstempfundenen und rechtlich zugewiesenen Geschlechts nicht entspricht, ist die Persönlichkeits-

entfaltung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in die Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gestellt. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die sich formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befinden. Dies ist bei den §§ 1591, 1592 BGB und § 11 Satz 1 TSG der Fall, und zwar auch auf der Grundlage der vom Senat für zutreffend befundenen Auslegung von § 11 Satz 1 TSG (Senatsbeschluss vom 6. September 2017 - XII ZB 660/14 - FamRZ 2017, 1855 Rn. 23 f.).

16 Die an der Senatsrechtsprechung geäußerte Kritik (Wapler FamRZ 2017, 1861) verkennt bereits, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner für die bestehende Rechtslage grundlegenden Rechtsprechung von einer klaren, den biologischen Umständen entsprechenden rechtlichen Zuordnung von Kindern zu einem Vater und einer Mutter ausgegangen ist (BVerfGE 128, 109 = NJW 2011, 909 Rn. 77). Das Bundesverfassungsgericht hat es unter Hinweis auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 30. November 2009 (FamRZ 2010, 741), die ebenfalls den Fall eines nach Feststellung der Zugehörigkeit des Elternteils zum anderen Geschlecht (§ 8 TSG) geborenen Kindes betraf, als sichergestellt angesehen, dass den betroffenen Kindern trotz der rechtlichen Geschlechtsänderung eines Elternteils rechtlich immer ein Vater und eine Mutter zugewiesen bleiben bzw. werden (BVerfGE 128, 109 = NJW 2011, 909 Rn. 77). Dem entspricht die gesetzliche Regelung in § 11 TSG und §§ 1591 ff. BGB.

17 bb) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017 (1 BvR 2019/16 - juris) führt zu keiner anderen Bewertung. Die vorliegende Fallkonstellation ist von der dortigen grundlegend verschieden, zumal die Geschlechtszuordnung durch §§ 8 ff. TSG jeweils eindeutig ist. Dass der Gesetzgeber Statuswirkungen trotz rechtlichen Geschlechtswechsels an den früheren Status knüpft, entspricht nicht zuletzt dem vom Gesetz besonders ge-

schützten Interesse des Kindes an einer Abbildung der spezifischen Fortpflanzungsbeteiligung des jeweiligen Elternteils (vgl. BVerfGE 128, 109 = NJW 2011, 909 Rn. 77; BVerfG Beschluss vom 17. Oktober 2017 - 1 BvR 747/17 - juris).

- 18 c) Auch einen Verstoß gegen den aus Art. 8 EMRK hergeleiteten Anspruch transsexueller Personen auf Verwirklichung der rechtlichen Anerkennung ihrer selbstempfundenen geschlechtlichen Identität hat der Senat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und das von diesem den Staaten grundsätzlich eingeräumte weite Ermessen verneint (vgl. auch EGMR FamRZ 2017, 936). Dieses Ermessen hat Deutschland nicht überschritten, indem es die Zuordnung eines von einer transsexuellen Person nach der rechtlichen Geschlechtsänderung geborenen oder gezeugten Kindes entweder als "Vater" oder als "Mutter" an die Fortpflanzungsfunktion und nicht an das rechtlich zugewiesene geänderte Geschlecht des transsexuellen Elternteils anknüpft (Senatsbeschluss vom 6. September 2017 - XII ZB 660/14 - FamRZ 2017, 1855 Rn. 45).

Dose	Klinkhammer	Schilling
Nedden-Boeger		Guhling

Vorinstanzen:

AG Schöneberg, Entscheidung vom 11.01.2016 - 71b III 426/15 -

Kammergericht Berlin, Entscheidung vom 06.09.2016 - 1 W 109/16 -