

Henrike von Scheliha

Familiäre Autonomie und autonome Familie

Die Selbstbestimmung bei der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung im deutsch-französischen Vergleich



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Elisabeth Koch, Universität Jena

Prof. Dr. Volker Lipp, Universität Göttingen

Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Universität Bochum

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Universität Basel

Band 23

Henrike von Scheliha

Familiäre Autonomie und autonome Familie

Die Selbstbestimmung bei der rechtlichen
Eltern-Kind-Zuordnung im deutsch-französischen Vergleich



Nomos



Stämpfli Verlag



Gedruckt mit Unterstützung der Johanna-und-Fritz-Buch-Gedächtnisstiftung, der Studienstiftung Ius vivum und dem Deutschen Akademikerinnenbund e.V.



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6075-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-0204-1 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-8905-7 (Stämpfli Verlag AG, Print)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2019 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Mai 2019.

Ich bin sehr glücklich, dass ich von so vielen Seiten bei der Arbeit an meiner Dissertation unterstützt wurde.

Von ganzem Herzen danken möchte ich zunächst meiner Doktormutter, *Professor Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb*. Sie hat mich von Anfang an in meiner ungewöhnlichen Themenidee bestärkt, die Entwicklung der Arbeit intensiv begleitet und mich die ganze Zeit fachlich und persönlich außerordentlich unterstützt. Danken möchte ich auch *Professor Dr. Heinz-Peter Mansel* für die rasche Anfertigung des Zweitgutachtens und die inspirierenden weiterführenden Anregungen bei meiner Disputation.

Nicht genug danken kann ich *Paula Fischer* und *Dr. Bernd Scholl*. Ohne den konstanten inhaltlichen Austausch mit ihnen über meine Ideen, ihre wertvolle Kritik, ihre hilfreichen Korrekturen und ihre uneingeschränkte Ermutigung zu allen erdenklichen Tages- und Nachtzeiten wäre dieses Buch so nie entstanden.

Dankbar bin ich *Professor Dr. Anne Sanders* und *Professor Dr. Dr. h.c. Gerd Brudermüller* für die erhellenden Gespräche in den ersten Zügen meines Forschens. Ihr jeweiliges sofortiges Interesse an der Thematik hat mir sehr geholfen, meine Ideen mutiger zu Papier zu bringen. Ich bedaure zutiefst, dass ich *Professor Dr. Dr. h.c. Gerd Brudermüller* nicht mehr von der Fertigstellung meiner Arbeit berichten konnte.

Milles mercis à la famille *de Corta* qui a soutenu mon séjour de recherche à Paris pendant l'été 2018 avec un enthousiasme incroyable. C'est aussi grâce à elle que Paris est mon deuxième chez moi.

Anregende und motivierende Diskussionen hatte ich mit *Dr. Ann-Marie Kaulbach*, *Dr. Peter Tettinger*, *Maximilian Rudolphi* und *Dr. Lukas Rademacher*. Dank ihrer wertvollen Hinweise haben meine Gedanken neue Kreise gezogen.

Alle Mitarbeiter am Lehrstuhl von Professor Dauner-Lieb haben die Entstehung der Arbeit mit unermüdlichem Interesse unterstützt – diesem wunderbaren Kollegenteam gilt ebenfalls großer Dank.

Vorwort

Für das Korrekturlesen von Teilen der Arbeit danke ich neben bereits erwähnten Personen *Julie Barrailler, Maren Rimbach, Rasmus Wittekind* und *Jakob Fleischmann*.

Der *Johanna-und-Fritz-Buch-Gedächtnisstiftung*, der *Studienstiftung Ius vivum*, dem *Deutschen Akademikerinnenbund e.V.* und meinen Großeltern *Sigrun* und *Dr. Kurt-Friedrich von Scheliha* danke ich für die großzügigen Druckkostenzuschüsse.

Mein größter Dank geht schließlich an meine Eltern und Geschwister, die *Schelischar*. Euer stetiger Rückenwind ist einfach ein unfassbares Glück. Euch ist dieses Buch gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis	17
I. Gang der Untersuchung und methodische Hinweise	23
II. Klärung der Begrifflichkeiten	25
III. Gesetzliche Grundlagen im Überblick	27
1. Die Grund- und Menschenrechte	27
a) Die verfassungsrechtliche Gewährleistung	28
aa) Die unterschiedliche Verfassungstradition	28
bb) Familienbezogene Grund- und Menschenrechte in den Verfassungen	31
b) Die völkerrechtliche Gewährleistung	32
aa) Die EMRK und die UN-KRK nach der Rechtsprechung des EGMR	32
bb) Die Integration des Völkerrechts in die nationale Rechtsordnung	34
c) Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeiten	38
aa) Die materielle Kontrolldichte	38
bb) Die prozessualen Instrumentarien	42
2. Das einfache Gesetz	44
IV. Konkrete Rechtsfolgen des familienrechtlichen Status	47
1. Entstehung einer Familie	48
2. Sorgerecht	49
a) Vertretung	52
b) Name	53
3. Umgangsrecht	54
4. Staatsangehörigkeit	55
5. Erbrecht	57
6. Steuerrecht	57
7. Verantwortung für den Unterhalt	58
8. Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht	60
9. Sonstige subjektive Rechte	60

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Die aktuelle gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung in Deutschland und Frankreich	62
A. Gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung: Die Konkurrenz von Privatautonomie und Biologie im „klassischen“ Fall von Vater, Mutter, Kind	62
I. Mutter	62
1. Mutter durch Geburt	62
a) Das Persönlichkeitsrecht der Eltern: Die rechtliche Zuordnung des Kindes zu einem transsexuellen Elternteil	64
b) Die Rechte der Geburtsmutter: Mutterschaft bei anonymer Geburt	69
c) Die Rechte des anonym geborenen Kindes	74
d) Die Rechte des genetischen Vaters bei der anonymen Geburt	80
2. Mutter durch Anerkennung	84
3. Mutter durch gerichtliche Feststellung	85
4. Mutter durch possession d'état	86
5. Zusammenfassung und Zwischenergebnis zur Mutterschaft	87
II. Vater	89
1. Vater durch Ehe	89
a) Dogmatische Grundlage	89
b) Ausschluss der Wirkung der Vaterschaft kraft Ehe	90
2. Vater durch Anerkennung	93
a) Gemeinsame Voraussetzungen	93
b) Besonderheit des deutschen Rechts: Zustimmung der Mutter	95
c) Besonderheit des französischen Rechts: Interventionsmöglichkeit des Staatsanwalts	98
3. Vater durch gerichtliche Feststellung	100
a) Antragsberechtigung	101
b) Historische Zusammenhänge	105
c) Feststellung der genetischen Verbindung	109
d) Vaterschaftsfeststellung post mortem	114
4. Vater durch possession d'état	116
a) Feststellung der possession d'état	118
b) Beweis der possession d'état	119
5. Zusammenfassung und Zwischenergebnis zur Vaterschaft	121

B. Gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung: Die Konkurrenz von Privatautonomie und Biologie bei Beteiligung eines Dritten	130
I. Vater	131
1. Anfechtung der Vaterschaft	131
a) Anfechtungsberechtigung	133
aa) Anfechtungsberechtigung nach deutschem Recht	133
bb) Anfechtungsberechtigung nach französischem Recht	140
b) Rechtsfolgen der Anfechtung	142
c) Anfechtungsfrist	143
d) Die Beurteilung des Vorliegens der „possession d'état“ und der „sozial-familiären Beziehung“	147
e) Staatliche Interventionsmöglichkeit	149
f) Die jeweiligen Anfechtungsvoraussetzungen im Lichte der EMRK	151
2. Medizinisch assistierte Fortpflanzung: Samenspende	154
a) homolog	159
b) heterolog	160
aa) Voraussetzungen für die medizinisch assistierte Fortpflanzung	161
(1) Vorgaben hinsichtlich der Wunscheltern	161
(2) Vorgaben hinsichtlich der Einwilligung der Wunscheltern	167
(3) Exkurs: Problematik der Insemination post mortem	170
bb) Position der Wunscheltern	174
(1) Etablierung der rechtlichen Elternschaft	174
(2) Ausschluss der Beseitigung der rechtlichen Elternschaft	177
cc) Position des Samenspenders	181
(1) Besonderheit des französischen Rechts: Anonymität des Samenspenders	182
(2) Besonderheit des deutschen Rechts: Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	184
(3) Vergleich dieser unterschiedlichen Gewichtungen in den beiden Rechtsordnungen	187
(4) Exkurs: Problematik des Inzests	189
3. Statusunabhängige Feststellung der Vaterschaft	193

Inhaltsverzeichnis

a) Das Verfahren nach § 1598a BGB	193
b) Das Verfahren nach Art. 342 ff. CC	198
c) Vergleich der beiden rechtsfolgenlosen Abstammungskklärungsverfahren	200
4. Zusammenfassung und Zwischenergebnis zur Konkurrenz von Privatautonomie und Biologie bei Beteiligung eines Dritten in Bezug auf den Status des Vaters	202
II. Mutter	207
1. Anfechtung der Mutterschaft	207
2. Medizinisch assistierte Fortpflanzung; Leihmutterschaft	209
a) Das Konzept der deutschen und der französischen Rechtsordnung	211
b) Behandlung im Ausland durchgeführter Leihmutterschaftsvereinbarungen	216
aa) Fragen des internationalen Privatrechts	216
bb) Ursprüngliche Rechtsprechung zur Anerkennung einer im Ausland etablierten Eltern-Kind-Zuordnung zugunsten der Wunscheltern	218
cc) Rechtsprechungsänderung nach Verurteilung durch den EGMR	222
dd) Analyse der jeweiligen Argumentation der deutschen und französischen Gerichte	228
c) Kritik und Reformvorschläge	233
3. Medizinisch assistierte Fortpflanzung; Eizell- und Embryonenspende	241
a) Eizellspende	242
b) Embryonenspende	246
4. Statusunabhängige Feststellung der Mutterschaft	249
5. Zusammenfassung und Zwischenergebnis zur Konkurrenz von Privatautonomie und Biologie bei Beteiligung eines Dritten in Bezug auf den Status der Mutter	251
III. Exkurs: Die Zuordnung des Kindes bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft	256
1. Die Zuordnung des Kindes zu beiden Partnern eines homosexuellen Paares	258
a) Die Zuordnung des Kindes über die Stiefkindadoption	258

b) Andere mögliche Zuordnungen: Reformvorschläge	263
2. Besonderheiten bei Regenbogenfamilien	267
IV. Zwischenergebnis zur Konkurrenz von Privatautonomie und Biologie bei Beteiligung eines Dritten insgesamt	271
1. Die verschiedenen möglichen Anknüpfungskriterien	271
2. Deutsche genetische und französische voluntative Elternschaft: ein Trugschluss	274
3. Ausblick auf den zweiten Teil der Untersuchung	276
C. Adoption	277
I. Grundlagen und Entwicklung	278
II. Gesetzliche Voraussetzungen	281
1. Allgemeine Voraussetzungen in Bezug auf die Beteiligten	281
2. Anknüpfung an die Einwilligungen aller Beteiligten	283
3. Außerachtlassung des voluntativen Elements als Grundlage für die Adoption	285
III. Rechtsfolgen	287
IV. Adoption simple und die Volljährigenadoption	291
V. Die sogenannte „offene Adoption“	294
D. Was ist Verwandtschaft?	299
Teil 2: Die Autonomie bei der Eltern-Kind-Zuordnung und ihre Grenzen	305
A. Privatautonomie: Definition und rechtliche Verankerung	305
I. Definition und Ausprägungen	305
II. Verfassungsrechtliche Grundlage	309
III. Ausgestaltung durch den Gesetzgeber	312
1. Garantie von Rechtsmacht durch Rechtsrahmen	312
2. Garantie von innerer und äußerer Freiheit	314
IV. Privatautonomie in BGB und Code civil	318
1. Vorteile der Privatautonomie für die Privatrechtsordnung	318
2. Umsetzung durch die Gesetzgeber von Code civil und BGB	320
B. Allgemeine Einschränkungen der Privatautonomie	324
I. Das Scheitern der Idealvorstellung	324
II. Die Unterscheidung zwischen der formellen und der materiellen Komponente	327

Inhaltsverzeichnis

III. Die Mechanismen zum Schutz der materiellen Privatautonomie	329
C. Besonderheiten im Familienrecht	334
I. Die Willensäußerung	338
1. Der fehlende Konsens	338
2. Das fehlende Ziel der Rechtsgestaltung	339
II. Das Statussystem	341
1. Die Dauerhaftigkeit	345
2. Die Dynamik	347
3. Die Gefühle	349
III. Die Betroffenheit Dritter	354
1. Die familiäre Selbstbestimmung als Fremdbestimmung	354
2. Die Asymmetrie des Eltern-Kind-Verhältnisses	356
D. Warum lässt der Gesetzgeber trotzdem Privatautonomie in der Eltern-Kind-Zuordnung zu?	359
I. Einzelne Aspekte der Privatautonomie im geltenden Abstammungsrecht und <i>droit de la filiation</i>	359
II. Mögliche Gründe für Aspekte der Privatautonomie in diesem Bereich	362
III. Vereinigung der Privatautonomie mit weiteren Schutzerwägungen	365
E. Die Grenzen der Privatautonomie in der Eltern-Kind-Zuordnung	366
I. Die Position des Kindes	368
1. „Das Kind“ als zu schützendes Rechtsgut: Ursprünge und Wandel	368
2. Das Kindeswohl und das <i>intérêt de l'enfant</i>	372
a) Gesetzliche Verankerung des Kindeswohls bzw. des <i>intérêt de l'enfant</i>	373
aa) Das Kind im Verfassungs- und Völkerrecht	373
bb) Das Kind im BGB und Code civil	377
b) Problematik des Begriffs	379
aa) Einerseits: Flexibilität und Anpassungsfähigkeit	380
bb) Andererseits: Rechtsunsicherheit und Willkürgefahr	381
3. Das Recht des Kindes auf elterliche Pflege und Erziehung	387
a) Gesetzliche Verankerung	388
aa) Das nationale Recht	388
bb) Das internationale Recht	393

b)	Die Position des Kindes im Verhältnis zu den Eltern	395
aa)	Das Elternrecht als eigenes Recht der Eltern	395
bb)	Die Verknüpfung von Elternrecht und Elternpflicht	397
cc)	Indisponibilität des Elternrechts?	400
4.	Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung	404
a)	Gesetzliche Verankerung	408
aa)	Das nationale Recht	408
bb)	Das internationale Recht	411
b)	Die Reichweite des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	417
aa)	Auskunftsrecht des Kindes	417
bb)	Die Argumentation bei der Frage nach dem Auskunftsrecht	421
II.	Die Familie	424
1.	„Die Familie“ als zu schützendes Rechtsgut: Ursprünge und Wandel	424
a)	Die Familie im einfachen Recht	428
aa)	Die Familie im ursprünglichen Code civil	428
bb)	Die Familie im ursprünglichen BGB	432
b)	Die jüngere Entwicklung des Familienrechts	433
aa)	Ende des uneingeschränkten Patriarchats	433
bb)	Entstehung neuer Familienformen	436
2.	Heutige gesetzliche Verankerung	439
a)	Das nationale Recht	439
aa)	Die Familie im Grundgesetz	440
bb)	Die Familie in der Constitution	443
b)	Das internationale Recht	446
aa)	Das Kriterium der Effektivität	446
bb)	Das Kriterium der biologischen Verbindung	448
cc)	Das Kriterium der rechtlichen Konformität	450
3.	Funktion(en) der Familie	451
a)	Ansatzpunkt: Schutz der Familie wegen ihrer Funktion(en)	451
b)	Konsequenz: Verweis auf ein funktionierendes Familienmodell	453
III.	Auswirkungen der unterschiedlichen Argumentation im Abstammungsrecht und droit de la filiation	457
1.	Das Beispiel des accouchement sous x	457

Inhaltsverzeichnis

a)	Die Argumentation mit der Position des Kindes	458
b)	Die Argumentation mit der Familie	459
2.	Das Beispiel des Anfechtungsrechts	461
a)	Die Anfechtung des Status durch ein Mitglied der gesetzlichen Familie	461
b)	Die Anfechtung des Status durch den außenstehenden biologischen Vater	466
c)	Wandel des tatsächlichen Schutzguts	468
aa)	Ursprünglich: Schutz von Ehe und Familie in beiden Rechtsordnungen	468
bb)	Heute: Aufschwung des Individualrechts?	472
d)	Kritik am Schutz der „Familie“ im Rahmen des Anfechtungsrechts	474
e)	Kritik an der Durchsetzung der Individualrechte im Rahmen des Anfechtungsrechts	478
3.	Das Beispiel heimlicher Vaterschaftstests	481
a)	Verbot und Strafbarkeit in Frankreich	482
b)	Selbstbestimmung und Individualschutz in Deutschland	484
4.	Das Beispiel der Adoption	487
5.	Das Beispiel der medizinisch assistierten Fortpflanzung mithilfe von Gametenspende	490
a)	Disposition über den Status als Elternteil im Fall der Gametenspende	494
aa)	Ausschluss der Anfechtbarkeit des Status seitens der Wunscheltern	494
bb)	Verzicht des Gametenspenders auf seine Elternschaft?	497
cc)	Das Anfechtungsrecht des Kindes im Fall der Gametenspende	501
b)	Das Interesse des Kindes an seinen Wurzeln	505
aa)	Anonymität gegen Informationsanspruch	506
bb)	Reformdiskussionen	508
cc)	Kritik an der Argumentation mit dem Familienfrieden am Beispiel der völligen Anonymität des oder der Gametenspender	511
dd)	Kritik an der Argumentation mit dem Kindeswohl am Beispiel der Fokussierung auf die Kenntnis der eigenen Abstammung	513

IV. Zwischenergebnis zur Position des Kindes als Einschränkung der Privatautonomie	515
V. Zwischenergebnis zur Berufung auf die Familie als Einschränkung der Privatautonomie	520
VI. Kind und Familie als Rahmen der Autonomie – Limitierung der Selbstbestimmung durch die Verweisung auf das Kind bzw. auf die Familie	523
1. Der Mechanismus	523
a) Die Familie als Maßstab	526
aa) Frankreich: Die Familie als Brücke zwischen Individuum und Kollektiv	528
bb) Deutschland: Die Familie als Treffpunkt individueller Rechte	531
b) Das Kind als Maßstab	534
aa) Deutschland: Das Kind als Orientierungspunkt für die Legitimierung von Selbstbestimmung	534
bb) Frankreich: Das Kind als ein Gesichtspunkt unter vielen für die Legitimierung von Freiheit	540
c) Zwischenergebnis zu den Mechanismen „Kind“ und „Familie“ als Rahmen der Privatautonomie	542
2. Mögliche Gründe	544
a) Die Bedeutung des Verfassungsrechts	544
aa) Das Grundgesetz als Reaktion auf den Nationalsozialismus	544
bb) Die Familie als kleinste Einheit des Staates	551
b) Die symbolische Bedeutung des Rechts	554
aa) Die unmittelbare Intervention durch den Staatsanwalt in Frankreich	556
bb) Die Tabuisierung und Negierung des Inzests in Frankreich	558
cc) Die Behandlung der mithilfe von Dritten entstandenen Wunschfamilie	561
dd) Die Bedeutungslosigkeit atypischer Familienkonstellationen für die die deutsche Rechtsetzung	562
c) Die Bedeutung von Familie und Kind in der Gesellschaft – ein Gedankenspiel	565
aa) Die Familien- und Kinderpolitik	565
(1) Die Ursprünge der jeweiligen Familienpolitik	566

Inhaltsverzeichnis

(2) Konzepte der heutigen Familienpolitik	568
(3) Das unterschiedliche Mutterbild: Ursprung oder Folge der Familienpolitik?	571
bb) Die Dynamik des Familienlebens	573
(1) Das unterschiedliche Bild der Mutter	573
(2) Das unterschiedliche Bild des Kindes	575
cc) Wiederum Individualismus gegen Kollektivismus?	579
3. Zwischenergebnis der möglichen Gründe für die Unterschiede bei der Einrahmung der Privatautonomie bei der Eltern-Kind-Zuordnung	580
Fazit	584
I. Die Eltern-Kind-Zuordnung: Immer eine Konstruktion	584
II. Anknüpfung an den Willen, eine Familie zu sein?	585
III. Anknüpfung an die genetische Verbindung?	588
IV. Der Hintergrund für die jeweils unterschiedliche Anknüpfung	591
V. Ein Blick in die Zukunft	592
VI. Flexibilisierung und Dynamisierung der Eltern-Kind- Zuordnung	595
1. Die Frage nach einer gesetzlichen Mehrelternschaft	595
2. Eine privatautonome Vereinbarung über die Elternschaft und das Elternsein	596
3. Eine gerichtliche Zuordnung bei fehlender Vereinbarung durch Betrachtung der konkreten Situation	600
VII. Ergebnis der Untersuchung	601
Zusammenfassung	605
Literaturverzeichnis	613
Stichwortverzeichnis	669