

Nina Dethloff

Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht*

Changing family forms – Challenges for family law

Zusammenfassung

Familienformen unterliegen einem stetigen Wandel. Neben Patchworkfamilien und Kindern, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen, stellen neue Techniken der Kinderwunschmedizin den Gesetzgeber vor besondere Herausforderungen. Das geltende Recht berücksichtigt die Vielfalt der Familienformen nur unzureichend. Der folgende Beitrag beginnt mit einer kurzen Darstellung der gesellschaftlichen Veränderungen. Darauf folgt ein Überblick über die rechtlichen Auswirkungen verschiedener Familienformen. Es werden die aktuelle Rechtslage sowie ihre Defizite und die Möglichkeiten einer Neuregelung, vor allem im Bereich aktueller Reformdebatten, analysiert. Erstens werden die Veränderungen betrachtet, die sich durch das Hinzutreten eines Partners oder einer Partnerin als neuer Elternteil ergeben. Zweitens werden die Möglichkeiten aufgezeigt, die das Recht für gleichgeschlechtliche Paare mit Kinderwunsch eröffnet. Drittens werden Kinder im Fokus stehen, die mittels assistierter Reproduktion gezeugt wurden. Hier wird sowohl auf die Folgen einer Fremd-

Abstract

Family forms are subject to constant change. Apart from the rise in reconstituted families and children growing up in same-sex partnerships, artificial reproduction has led to particular challenges for law. The current legal situation does not correspond to the existing diversity of family forms. The following contribution starts with a brief outline of the societal changes. Subsequently, the legal impact of different family forms will be pointed out. The current legal situation as well as its deficits and options for reform will be analyzed, in particular where the current provisions are under debate. Firstly, the changes resulting from the appearance of new partners as potential new parents will be considered. Secondly, the options for same-sex couples to realize their desire to have children are presented. Thirdly, the focus will be on children conceived through medically assisted reproduction. Here, both the legal consequences of donor insemination as well as the problems resulting from children born by surrogate mothers will be addressed.

* Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, und des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die Schriftfassung des am 24. Oktober 2014 anlässlich des Fachtags des Staatsinstituts für Familienforschung an der Universität Bamberg zum Thema „Familie und Recht“ gehaltenen Vortrags „Familialer Wandel und Herausforderungen für das Familienrecht, v.a. neue Familienformen“, dessen Ausführungen zu Patchworkfamilien auf meinem Vortrag „From separation to stepfamily. A legal perspective“, veröffentlicht in Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research (ZfF/JFR), Sonderheft/Special Issue 10/2015, S. 205ff., beruhen.



fruchtung als auch die Probleme eingegangen, die sich ergeben, wenn Paare ihren Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter realisieren.

Schlagwörter: Patchworkfamilien, gleichgeschlechtliche Partnerschaft, Stiefkindadoption, assistierte Reproduktion, Leihmutterchaft

Key words: reconstituted families, same-sex couples, stepchild adoption, artificial reproduction, surrogate motherhood

1. Einleitung

Die Familie hat sich gewandelt. Familie ist dort, wo Kinder sind, heißt es. Aber wer sind die Eltern dieser Kinder? Wer trägt rechtlich für sie Verantwortung? In den letzten Jahrzehnten haben sich die gesellschaftlichen Verhältnisse und mit ihnen die Familien grundlegend verändert: Nichteheliches Zusammenleben und Scheidung sind nicht länger verpönt, sondern Normalität. Gleichgeschlechtliche Partnerschaften – ob durch die Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft formalisiert, oder nicht – können frei gelebt werden. Dieser Wandel hat Folgen für das Leben von Kindern: Mehr als 800.000 Kinder wachsen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften auf¹, über 10% aller Kinder unter achtzehn Jahren in Stief- oder Patchworkfamilien². Zum Teil leben sie auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren, von denen manche eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, die Mehrzahl allerdings nicht³. Auch der Einsatz reproduktionsmedizinischer Maßnahmen ist längst keine Seltenheit mehr, zumal derzeit in Deutschland mehr als etwa zwei Millionen Paare von ungewollter Kinderlosigkeit betroffen sind⁴.

Jährlich unterziehen sich daher etwa 200.000 Paare einer Behandlung im Inland⁵, eine wachsende Zahl nimmt zudem eine Maßnahme assistierter Reproduktion im Ausland in Anspruch. Vor allem für homosexuelle Paare ist eine solche Behandlung oft der einzige Weg, um ein zumindest mit einem der Partner genetisch verbundenes Kind zu bekommen.

Diese gesellschaftlichen Veränderungen bedeuten eine Abkehr von dem traditionellen Familienbild, das dem Familienrecht des BGB ursprünglich zugrunde lag. Entstanden ist eine große Vielfalt familiärer Lebensformen. Daher stellt sich die Frage, ob das geltende Familienrecht diesen neuen Familienformen gerecht wird.

Auf manche Veränderungen, wie die zunehmende Zahl nichtehelicher Geburten und Familien, hat der Gesetzgeber bereits mit Neuregelungen, reagiert. So hat er jüngst, veranlasst durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁶ und das Bundes-

1 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Haushalte und Familien, Ergebnisse des Mikrozensus 2012, Tabelle 3.1. Für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags danke ich Frau Dr. Britta Nietfeld.

2 BMFSFJ, Familien Report 2012, S. 20.

3 Rupp (Hrsg.), Die Situation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln (2009), S. 281f.

4 Hüsing/Revermann, Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen, Baden-Baden (2011), S. 22.

5 Hüsing/Revermann, Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen, Baden-Baden (2011), S. 22.

6 EGMR, NJW 2010, 501 – Zaunegger; siehe auch Coester, NJW 2010, 482.

verfassungsgericht⁷, mit der Sorgerechtsreform⁸ dem Vater eines nichtehelichen Kindes den Weg zur gemeinsamen Sorge eröffnet, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Auch wenn diese Regelung, vor allem aufgrund der Einführung des beschleunigten Verfahrens ohne Anhörung, nicht ohne Kritik geblieben ist⁹, so hat sie doch zu einer Verbesserung nicht nur der Rechte der Väter, sondern grundsätzlich auch der nichtehelich geborenen Kinder geführt.

In vielen anderen Bereichen stehen dagegen Reformen noch aus. Im Folgenden werden drei verschiedene Familienformen aufgezeigt, bei denen aktuell, auch mit Blick auf die Entwicklung in anderen Ländern, Reformbedarf besteht: Patchworkfamilien, Regenbogenfamilien und schließlich die mittels Kinderwunschmedizin gegründeten Familien. Im Mittelpunkt steht hierbei stets die Frage, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind bzw. wie die übernommene Elternverantwortung rechtlich abgesichert ist.

2. Patchworkfamilien¹⁰

Steigende Scheidungs- und Trennungsraten führen dazu, dass durch das Eingehen neuer Beziehungen Stief- oder Patchworkfamilien entstehen, in denen leibliche Kinder eines Partners in einem Haushalt mit dessen neuem Ehegatten oder Partner leben. Die neue Partnerschaft kann auch eine gleichgeschlechtliche sein, so dass das aus einer vorangegangenen Beziehung stammende Kind in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder einer nicht formalisierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft aufwächst¹¹. Wie eng die Beziehung des Kindes zum Stiefelternteil ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab, so vor allem der Dauer des Zusammenlebens und dem Alter des Kindes zu dem Zeitpunkt, in dem die neue Beziehung begründet worden ist. Sehr unterschiedlich ist auch die Intensität der Beziehung zum anderen leiblichen und rechtlichen Elternteil: Auf der einen Seite des Spektrums sind Fälle, in denen dieser verstorben, unbekannt oder völlig desinteressiert ist und praktisch kein Kontakt besteht. Insbesondere dann, wenn das Umgangsrecht intensiv wahrgenommen oder sogar ein Wechselmodell praktiziert wird, kann die Beziehung aber auch sehr eng sein, so dass das Kind faktisch mit drei Elternteilen aufwächst. Unterschiede bestehen zudem nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht: So können die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben, was mittlerweile bei mehr als 90% der Scheidungen der Fall ist¹². Dem betreuenden Elternteil kann aber auch die Alleinsorge zustehen.

7 BVerfG, NJW 2010, 3008; Peschel-Gutzeit, NJW 2010, 2990.

8 Näher auch schon Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 206ff.

9 Siehe dazu Heilmann, NJW 2013, 1473ff.; Lack, FamRZ 2014, 1337ff.

10 Siehe dazu auch Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213ff.

11 Siehe dazu Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 10f.

12 Vgl. Statistisches Bundesamt, Familiengerichte 2010 – Fachserie 10, Reihe 2.2, S. 46ff., Tabelle 2.8.

2.1 Stiefkindadoption

Derzeit stellt eine Adoption die einzige Möglichkeit dar, ein volles Sorgerecht des Stiefelternteils zu begründen. Die Stiefkindadoption steht Ehegatten und seit 2005 auch eingetragenen Lebenspartnern offen. Sie entspricht aber in der Regel nicht den tatsächlichen in Stieffamilien bestehenden Verhältnissen und dem Wohl des Kindes¹³. Zum einen erlöschen mit der Adoption die verwandtschaftlichen Beziehungen zum anderen Elternteil wie auch regelmäßig zu dessen Familie, also den Großeltern oder auch den Halbgeschwistern. Selbst wenn nur noch wenig Kontakt besteht, widerspricht dies oftmals den emotionalen Bindungen des Kindes. Zum anderen sind auch die Motive für die Stiefkindadoption keineswegs immer am Kindeswohl ausgerichtet. Problematisch ist vor allem, dass das Adoptionsverhältnis eine lebenslange rechtliche Beziehung begründet, die auch dann fortbesteht, wenn die Ehe zwischen Stiefelternteil und leiblichem Elternteil scheitern sollte¹⁴. Auch Unterhaltsansprüche können so deren Scheidung überdauern. Dies ist oft nicht wirklich gewollt. Ein bloßes Sorgerecht ohne Begründung verwandtschaftlicher Beziehungen, wie es sich in einer wachsenden Zahl von ausländischen Rechtsordnungen findet, würde der tatsächlichen Eltern-Kind-Beziehung oft besser gerecht¹⁵.

2.2 Kleines Sorgerecht

Einen ersten, wenn auch kleinen Schritt hin zur Anerkennung der sozialen Elternschaft des Stiefelternteils stellt das so genannte kleine Sorgerecht des neuen Ehegatten oder Lebenspartners dar. Ihm stehen im Einverständnis mit dem rechtlichen Elternteil Mitentscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu, wenn dieser allein sorgeberechtigt ist.

Diese Regelung greift allerdings zu kurz: Dass sie die Alleinsorge des Elternteils voraussetzt, lässt sie weitgehend leerlaufen. Nach der Scheidung steht nämlich, wie erwähnt, in der Mehrzahl der Fälle die Sorge beiden Elternteilen gemeinsam zu. Auch bei nichtehelicher Geburt werden Eltern heute, vor allem nach der Sorgerechtsreform, zunehmend gemeinsam sorgeberechtigt sein. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Regelung nicht auch bei gemeinsamer Sorge beider Elternteile eingreifen sollte. Da sich die sorgerechtlichen Befugnisse des Stiefelternteils vom Elternteil ableiten und auf alltägliche Angelegenheiten beschränkt sind, braucht man keine Konflikte mit dem anderen sorgeberechtigten Elternteil oder gar Blockadesituationen zu befürchten. Denn für diese Angelegenheiten braucht kein Einvernehmen zwischen getrennt lebenden gemeinsam sorgebe-

13 Siehe dazu Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213.

14 Hierzu ausführlich auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 13ff.

15 Für einen Überblick auch Dethloff, ZKJ 2009, 141, 143ff.

rechtigten Elternteilen zu bestehen¹⁶. Schließlich ist der Anwendungsbereich der Regelung auch deshalb zu eng, weil sie nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner gilt. Viele Stieffamilien beruhen aber nicht auf einer Ehe, da nach einer Scheidung oder Trennung eingegangene Beziehungen oft nicht formalisiert werden. Dieser Umstand bedeutet aber nicht notwendig, dass die Beziehung zwischen Stiefelternteil und Kind weniger eng ist.

2.3 *Auflösung der Stiefelternbeziehung*

Besonders problematisch ist die Rechtslage bei Auflösung der Stiefelternbeziehung, sei es weil sich der leibliche und der Stiefelternteil trennen oder aber der leibliche Elternteil stirbt. In diesen Fällen kann keine am Wohl des Kindes ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung getroffen werden. Stirbt der leibliche Elternteil, so ist nun der andere Elternteil allein sorgeberechtigt, soweit den Eltern, wie meist, zuvor die Sorge gemeinsam zustand. Der andere Elternteil kann daher grundsätzlich Herausgabe des Kindes vom Stiefelternteil verlangen. Dies gilt selbst dann, wenn zwischen Kind und Stiefelternteil eine enge Beziehung besteht, es zum anderen Elternteil hingegen keinerlei emotionale Beziehungen hat, etwa weil sich die Eltern schon kurz nach seiner Geburt getrennt haben. Das Gericht kann allenfalls anordnen, dass das Kind vorübergehend beim Stiefelternteil verbleibt. Die Hürde ist freilich hoch: Eine Verbleibensanordnung setzt voraus, dass die Wegnahme des Kindes dessen Wohl gefährden würde. Auf Dauer kann das Kind aber selbst unter dieser Voraussetzung nicht beim Stiefelternteil bleiben. Gleiches gilt, wenn der leibliche Elternteil nicht stirbt, sondern ihm die Sorge entzogen wurde.

Noch deutlich nachteiliger ist die Situation, wenn zwischen rechtlichem und sozialem Elternteil lediglich eine faktische Beziehung bestanden hat. Hier kann nicht einmal eine Verbleibensanordnung zugunsten des sozialen Elternteils getroffen werden¹⁷. Das Kind muss unmittelbar an den anderen Elternteil herausgegeben werden. Es bleibt lediglich das Umgangsrecht, das enge Bezugspersonen bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung haben.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Gesetzgeber bestehende Bindungen zwischen sozialem Elternteil und Kind nur sehr unzureichend schützt¹⁸. Hier besteht dringender Reformbedarf. Der faktischen Eltern-Kind-Beziehung ist am besten durch ein Sorgerecht Rechnung zu tragen. Eine wachsende Zahl von Rechten ermöglicht einen solchen Sorgerechtserwerb des Stiefelternteils oder generell einer mit dem Kind in enger Beziehung

16 Kritisch auch Muscheler, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Auflage 2004, Rn. 444; Veit, FPR 2004, 67, 70; für eine einschränkende Auslegung des Merkmals der Alleinsorge dagegen Motzer, FamRZ 2001, 1034, 1040; demgegenüber ablehnend aber Löhnig, FPR 2008, 157, 158.

17 Gegen eine analoge Anwendung von § 1682 BGB auf Partner faktischer Lebensgemeinschaften MüKo/Hennemann, § 1682 Rn. 10f.; BeckOK/Veit, § 1682 Rn. 2; anderer Ansicht Staudinger/Salgo, § 1682 Rn. 21; Salgo, FPR 2004, 76, 77.

18 Kritisch schon Dethloff, in: Scherpe/Yassari, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Tübingen (2005), S. 137, 146f.; zustimmend auch Löhnig, FPR 2008, 157, 159.

stehenden Person. Verschiedene Modelle sind denkbar, um den sehr unterschiedlichen familiären Konstellationen in Stieffamilien gerecht zu werden¹⁹.

3. Regenbogenfamilien

Die gesellschaftliche Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften und ihre rechtliche Absicherung durch das bereits 2001 in Kraft getretene Lebenspartnerschaftsgesetz haben dazu geführt, dass immer mehr Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen. Soweit dies Kinder aus vorangegangenen heterosexuellen Partnerschaften sind, spricht man von einer Patchworkfamilie. Sie unterscheidet sich weder im Rechtlichen, noch, jedenfalls grundlegend, im Tatsächlichen von der heterosexuellen Stieffamilie, so dass die eben aufgezeigten Defizite hier in gleicher Weise gelten. Im Folgenden werden Möglichkeiten aufgezeigt, die gleichgeschlechtliche Paare haben, um ihren Kinderwunsch gemeinsam zu erfüllen: die Adoption eines fremden Kindes und die assistierte Reproduktion.

3.1 *Adoption eines fremden Kindes*

Zunächst zur Adoption: Ein fremdes Kind kann nach wie vor nur von einem Lebenspartner allein, nicht aber von beiden Partnern oder Partnerinnen gemeinsam angenommen werden. Eine gemeinschaftliche Adoption ist Eheleuten vorbehalten. Dies gilt auch nach der jüngst in Kraft getretenen Neuregelung, mit der der Gesetzgeber auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2013²⁰ reagiert hat. Das Gericht hatte die zuvor bestehende Beschränkung der Adoption auf leibliche Kinder des Partners, also das Verbot, ein vom anderen Partner zuvor allein adoptiertes Kind anzunehmen, für verfassungswidrig erklärt. Der Ausschluss dieser so genannten Sukzessivadoption stelle eine Ungleichbehandlung sowohl der betroffenen Kinder als auch der Lebenspartner dar, die nicht etwa damit zu rechtfertigen sei, dass dem Kind das Aufwachsen mit gleichgeschlechtlichen Eltern schade. Vielmehr könnten, so das Gericht, die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern wie die innerhalb einer Ehe.

Statt daraufhin auch eingetragenen Lebenspartnern eine gemeinsame Adoption zu ermöglichen, ist der Gesetzgeber lediglich den Beanstandungen im konkreten Fall nachgekommen und hat mit der Neuregelung im vergangenen Jahr die Sukzessivadoption auch eingetragenen Lebenspartnern und -partnerinnen eröffnet. Auf diese Weise wird aber de facto genau das ermöglicht, was im Wege der gemeinsamen Adoption verboten bleibt: dass das Kind rechtlich gemeinsames Kind der Lebenspartner bzw. -partnerinnen wird. Nur muss es zunächst von einem Lebenspartner und im unmittelbaren Anschluss auch vom anderen im Wege der sukzessiven Adoption angenommen werden, so dass zwei Adoptionsverfahren durchgeführt werden müssen. Das überzeugt nicht: Denn bereits der

19 Siehe dazu Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213ff.

20 BVerfG, NJW 2013, 847ff.; siehe hierzu auch Brosius-Gersdorf, FamFR 2013, 169.

ersten Adoption geht in der Regel eine Adoptionspflege voraus, die den Aufbau einer Beziehung zwischen dem Kind und dem Adoptionswilligen ermöglichen soll, und es wird im Adoptionsverfahren geprüft, ob die Annahme dem Kindeswohl dient. Schon im Rahmen dieses Verfahrens erfolgt aber die Prüfung auch in Ansehung der Beziehung des Kindes zum Partner bzw. zur Partnerin des Annehmenden. Eine erneute Prüfung in einem zweiten Verfahren ist daher entbehrlich. Die Durchführung eines weiteren Verfahrens kann vielmehr für die Beteiligten, etwa aufgrund einer zweiten Anhörung, belastend sein. Jedenfalls ist sie mit weiteren Kosten verbunden. Vor allem ist aber das Kind bis zum Abschluss des Folgeverfahrens noch nicht – etwa durch gesetzliche Unterhaltsansprüche gegenüber dem zweiten Lebenspartner – rechtlich abgesichert. Der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption begegnet daher denselben verfassungsrechtlichen Bedenken wie zuvor der der Sukzessivadoption. Gleichgeschlechtlichen Paaren sollte daher, der europä- und weltweiten Entwicklung entsprechend, eine gemeinsame Adoption ermöglicht werden, so dass im Einzelfall eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung getroffen werden kann. Nachdem der Gesetzgeber gerade mit der Zulassung der Sukzessivadoption eine Minimallösung gewählt hat, wird man hier wohl ein weiteres Judikat aus Karlsruhe abwarten müssen.

3.2 Stiefkindadoption bei Samenspende

Verbreitet ist bei gleichgeschlechtlichen Paaren auch der Wunsch nach einem zumindest mit einem der Partner bzw. der Partnerinnen genetisch verbundenen Kind. Frauen wird dies durch eine Samenspende eines Dritten ermöglicht, Männer können dagegen nur mithilfe einer Leihmutter ein mit einem Partner verwandtes Kind bekommen.

Wird ein Kind mittels einer Samenspende eines Dritten gezeugt und in die eingetragene Lebenspartnerschaft zweier Frauen hineingeboren, kann die Partnerin lediglich durch eine Stiefkindadoption nach der Geburt rechtliche Mutter des Kindes werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Partnerinnen gemeinsam für die Fremdbefruchtung entschieden haben. Diese Rechtslage begegnet Bedenken: Bei verschiedengeschlechtlichen Paaren hat die auf gemeinsamem Entschluss beruhende Fremdbefruchtung zur Folge, dass eine Anfechtung der Vaterschaft des Mannes grundsätzlich ausgeschlossen ist²¹. Andererseits können auch gleichgeschlechtliche Paare mittels einer Stiefkindadoption rechtlich gemeinsam Eltern werden. Dann ist aber nur schwer nachvollziehbar, warum die intentionale Elternschaft nicht auch bei eingetragenen Lebenspartnerinnen unmittelbar und ohne Durchführung eines Adoptionsverfahrens eine entsprechende rechtliche Elternstellung begründen soll²². Eine klare rechtliche Zuordnung zu beiden Partnerinnen entspricht in diesem Fall regelmäßig dem Willen der Beteiligten, gemeinsam Verantwortung für das

21 Näher Dethloff, *Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – Ein rechtsvergleichender Überblick*, in: Funcke/Thorn (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern – Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform*, Bielefeld (2010), S. 161-192.

22 Dethloff, ZKJ 2009, 141, 146; dies., FPR 2010, 208, 209; für eine rechtliche Elternstellung auch BT-Drs. 17/7030, S. 3f.; siehe zur Eintragung der eingetragenen Lebenspartnerin in die Geburtsurkunde eines von ihrer Partnerin geborenen, aber von ihr noch nicht adoptierten Kindes BVerfG, NJW 2011, 988 (kein Verstoß gegen Art. 3 I GG).

Kind zu übernehmen. Sie dient aber vor allem auch den Interessen des Kindes, das von Geburt an eine rechtlich gesicherte Beziehung zum künftigen sozialen Elternteil erhält. Eine solche Co- oder Mitmutterschaft der Partnerin der Mutter bei einer Samenspende sehen mittlerweile immer mehr ausländische Rechte vor, so in Spanien²³, dem Vereinigten Königreich²⁴, den Niederlanden²⁵ oder den nordischen Staaten²⁶. Hier ist auch in Deutschland der Gesetzgeber gefordert. Der Blick auf andere Rechte zeigt, dass dort in aller Regel die Mitmutterschaft nicht vom Bestehen einer Statusbeziehung abhängig ist. Für das deutsche Recht ist die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung durch eine Co-Mutterstellung gerade dann von besonderer Bedeutung, wenn ein gleichgeschlechtliches Paar in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebt und deshalb auch eine Adoption durch die Partnerin ausscheidet.

4. Familien mittels Kinderwunschmedizin

Besondere Herausforderungen bringt die Familiengründung mithilfe von Maßnahmen der assistierten Reproduktion mit sich. Handlungsbedarf besteht nicht nur hinsichtlich der Situation homosexueller Paare. Auch die Rahmenbedingungen für heterosexuelle Paare weisen Defizite auf.

4.1 Heterologe Befruchtung

4.1.1 Ehe

Weniger problematisch ist die Lage zunächst, wenn die Mutter bei der Geburt des Kindes verheiratet ist: Ihr Ehemann gilt auch bei einer künstlichen Befruchtung mit Samen eines Dritten ohne weiteres als rechtlicher Vater des Kindes. Erfolgte die Fremdbefruchtung mit dessen Einwilligung, so können Ehemann und Mutter die Vaterschaft des Ehemannes nach § 1600 Abs. 5 BGB nicht anfechten²⁷. Mit dieser Regelung trägt der Gesetzgeber

23 Ley 14/2006 vom 26.5.2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; siehe auch Barber Cárcamo, Reproducción asistida y determinación de la filiación, REDUR 8, 2010, S. 25ff.; Carrasco Perera/Ureña Martínez, Derecho de Familia, 2013, 145f.; Farnós Amorós, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España, Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2011, 153ff.

24 Human Fertilization and Embryology Act 2008; siehe auch Scherpe, Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilization and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, 1513.

25 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Stb.) 2013/480; siehe auch Curry-Sumner/Vonk, Dutch co-motherhood in 2014, in: Atkin (Hrsg.), The international survey of family law, 2014, 361ff.

26 Siehe für Dänemark Kindergesetz Nr. 652 v. 12. 6. 2013; siehe auch Fötschl, Die neue Mitmutterschaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445ff.

27 Siehe auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei

dem Umstand Rechnung, dass der Ehemann mit seiner Entscheidung zur Entstehung des Kindes beigetragen hat und deshalb seine rechtliche Elternverantwortung nicht aufgekündigt werden kann. Möglich bleibt allerdings eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind selbst, in deren Folge der Samenspender als rechtlicher Vater festgestellt werden kann – und damit letztlich auch unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden können. Diese Gefahr lässt sich durch vertragliche Regelungen nicht vollständig ausschließen²⁸. Hier besteht dringender Reformbedarf: Eine Anfechtung der Vaterschaft bzw. eine Inanspruchnahme des Samenspenders sollte ausgeschlossen werden, wie dies auch durchweg in anderen Ländern der Fall ist.

Das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung erfordert es nicht, ihm die Möglichkeit einzuräumen, die statusrechtliche Beziehung zu beseitigen bzw. den Samenspender als Vater feststellen zu lassen. Vielmehr kann heute ohnehin schon im Rahmen eines isolierten Feststellungsverfahrens die genetische Abstammung geklärt werden. Zudem müsste auch gewährleistet werden, dass die Spenderdaten aufbewahrt werden und Zugang zu ihnen gewährt wird.

4.1.2 Unverheiratete Paare

Weit größere Defizite bestehen allerdings, wenn die Eltern des Kindes nicht verheiratet sind: Der Partner wird hier nur dann rechtlicher Vater, wenn er die Vaterschaft anerkennt. Die Anerkennung kann auch schon vor der Geburt erfolgen, ob allerdings bereits vor der Zeugung, ist umstritten²⁹. Hat der Partner die Vaterschaft anerkannt, so gilt auch hier, dass eine Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn die Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten mit Einwilligung des Mannes und der Mutter erfolgt ist. Erkennt der Partner jedoch – aus welchen Gründen auch immer – die Vaterschaft nicht an, so fehlt es an einer rechtlichen Absicherung des Kindes. Der Mann, der durch seine Entscheidung für die Entstehung des Kindes mitverantwortlich ist, kann sich dieser Verantwortung entziehen. Auch eine gerichtliche Feststellung des Partners als Vater scheidet aus, da eine solche nur bei genetischer Abstammung möglich ist. Nur der Samenspender könnte in diesem Fall als rechtlicher Vater festgestellt werden – wiederum mit entsprechenden finanziellen Konsequenzen. Da es hier, anders als bei Bestehen einer Ehe, keiner vorherigen Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes durch das Kind bedarf, ist die Gefahr der Inanspruchnahme des Samenspenders ungleich größer.

Der Blick in andere Länder zeigt hier überzeugendere Lösungen³⁰: In aller Regel wird der Partner aufgrund seiner Zustimmung zur Befruchtung mit Spendersamen rechtlicher Vater oder kann zumindest gerichtlich als Vater festgestellt werden. Der Samenspender aber muss keine Vaterstellung fürchten.

geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 21.

28 Siehe dazu Taupitz, ZRP 2011, 161.

29 Siehe dazu Dethloff, Familienrecht, § 10 Rn. 85.

30 Siehe auch mit Blick auf Neuseeland Dethloff, Changing family forms. Challenges for German law. In: Angelo/McLay/Marten (Hrsg.), Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 46, No. 3, October 2015, Issue in Honour of Professor Bill Atkin. S. 671-682.

4.1.3 Gleichgeschlechtliche Paare

Wie schon gesehen, ist die Lage bei gleichgeschlechtlichen Paaren noch unsicherer, da hier für die Partnerin keine Möglichkeit besteht, unmittelbar mit der Geburt eine rechtliche Elternstellung zu erlangen – und selbst eine Adoption ausscheidet, wenn keine eingetragene Lebenspartnerschaft besteht³¹. Folge ist, dass das Kind ein einseitiges Kind der Frau bleibt, die es ausgetragen hat – mit den eingangs dargelegten Konsequenzen, die das Fehlen einer rechtlichen Absicherung der Beziehung zum Stiefelternteil vor allem für den Fall der Auflösung der Stiefelternbeziehung hat.

4.2 Leihmutterschaft

Schließlich sei kurz die Konstellation aufgezeigt, die sich ergibt, wenn ein Paar im Ausland seinen Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter verwirklicht. Dies ist zwar in Deutschland verboten, in einer wachsenden Zahl von Ländern, wie etwa zahlreichen US-Bundesstaaten, in Kanada, Südafrika oder der Ukraine, aber auch in Griechenland oder im Vereinigten Königreich zulässig. Sind die vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt, so ist in diesen Ländern Mutter nicht die Leihmutter, sondern die Wunscheltern sind rechtliche Eltern. Dies kann ein heterosexuelles oder auch ein homosexuelles Paar sein. Kehren die Wunscheltern nach der Geburt nach Deutschland zurück, so ist zu klären, wer aus der Sicht des deutschen Rechts die Eltern des Kindes sind. Hier stellt sich eine Fülle von Fragen, die derzeit hochumstritten sind: Nach welchem Recht richtet sich die Abstammung in solchen Fällen? Ist eine nach dem ausländischen Recht bestehende rechtliche Elternschaft der Wunscheltern anzuerkennen – oder verstößt sie aufgrund des deutschen Verbots der Leihmutterschaft gegen den *ordre public*? Wenn ein Kind einmal geboren ist, können generalpräventive Erwägungen keine Rolle mehr spielen. Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob ein *ordre public*-Verstoß vorliegt ist vielmehr, ob das *Ergebnis* der Anwendung ausländischen Rechts offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts und insbesondere den Grundrechten unvereinbar ist³². Betrachtet man die betroffenen Grundrechtspositionen des Kindes, der Wunscheltern und der Leihmutter, so ist dies bei einer mit Zustimmung der Leihmutter begründeten Elternstellung der Wunscheltern zu verneinen. Muss das Kind bei Versagung der Anerkennung der Elternstellung eltern- und unter Umständen staatenlos im Geburtsland zurückbleiben, so können es die Grundrechte sogar gebieten, die Wunscheltern als rechtliche Eltern anzuerkennen. Auch der BGH hat kürzlich entschieden, dass bei der Beurteilung neben dem generalpräventiv wirkenden Verbot der Leihmutterschaft die Grund- und Menschenrechte des Kindes und der Leihmutter zu berücksichtigen seien³³. Allein aus dem Umstand, dass eine ausländi-

31 Siehe dazu auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin. In: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 25f.

32 Siehe dazu Dethloff, JZ 2014, 926ff.

33 BGH, Beschluss v. 10.12.2014-XII ZB 463/13; siehe hierzu auch Gössl, The recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law, Cuadernos de Derecho Transnacional, volume 7, n°2, 2015, 448-465.

sche Entscheidung den Wunscheltern die rechtliche Elternschaft zuweise, folge jedenfalls dann kein Verstoß gegen den *ordre public*, wenn eine genetische Verbindung des Kindes zu einem Wunschelternteil bestehe. Demzufolge war das Urteil eines kalifornischen Gerichts, wonach die sogenannten Wunscheltern eines von einer Leihmutter geborenen Kindes auch dessen rechtliche Eltern sind, in Deutschland anzuerkennen.

5. Schluss

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das geltende Familienrecht der veränderten Lebenswirklichkeit nicht mehr gerecht wird. Die Vielfalt ist groß: Hetero- oder homosexuelle Paare übernehmen in einer Ehe, Lebenspartnerschaft oder faktischen Gemeinschaft Verantwortung für Kinder, die auf natürlichem Wege oder mittels assistierter Befruchtung gezeugt wurden und genetisch mit beiden, nur einem oder keinem von ihnen verbunden sind. Diese Bandbreite moderner Formen des Familienlebens lässt sich allein durch privatautonome Gestaltungen nicht bewältigen. Notwendig sind vielmehr grundlegende Reformen, die differenzierte Lösungen für die sich wandelnden Lebens- und Familienformen bereithalten. Dies erfordert eine sorgfältige Erforschung der Rechtstatsachen, interdisziplinäres Arbeiten und solide rechtsvergleichende Forschung. Nur so lassen sich überzeugende Antworten auf die Frage geben, wer rechtliche Eltern eines Kindes sein sollen. Sollen dies künftig unter Umständen auch drei Elternteile sein können, wie dies heute schon in manchen Ländern der Fall ist? Und unter welchen Voraussetzungen kann übernommene Elternverantwortung durch ein Sorgerecht abgesichert werden? Ziel dieser Reformen muss sein, Kinder in jedweder Familienform bestmöglich zu schützen.

Literatur

- Barber Cárcamo, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista electronica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 8, S. 25-37.
- Brosius-Gersdorf, F. (2013). Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft. *Familienrecht und Familienverfahrensrecht (FamFR)*, 2013, S. 169-172.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (2012). *Familienreport 2012, Leistungen, Wirkungen, Trends*. Berlin: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.
- Carrasco Perera, Á. & Ureña Martínez, M. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Coester, M. (2010). Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2010, S. 482-485.
- Curry-Sumner, I. & Vonk, M. (2014). Dutch co-motherhood in 2014. In: Atkin, B. (Hrsg.). *The international survey of family law*. Bristol: Family Law, S. 361-376.
- Dethloff, N. (2005). Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder. In: Scherpe, J./Yassari, N. (Hrsg.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften/The Legal Status of Cohabitants*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 137-162.
- Dethloff, N. (2009). Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts – Rechtsvergleichung und Zukunftsperspektiven. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ)*, 2009, S. 141-147.
- Dethloff, N. (2010). Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner? *Familie, Partnerschaft, Recht, (FPR)*, 2010, S. 208-210.

- Dethloff, N. (2012). Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin. In: Grziwotz, H. (Hrsg.), *Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien*. Würzburg: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung, S. 7-28.
- Dethloff, N. (2013). Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – Ein rechtsvergleichender Überblick. In: Funcke, D. & Thorn, P. (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern – Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform*. Bielefeld: Transcript-Publishing.
- Dethloff, N. (2014). Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder. *JuristenZeitung (JZ)*, 2014, S. 922-932.
- Dethloff, N. (2015). *Familienrecht*. München: C. H. Beck.
- Dethloff, N. (2015): From separation to stepfamily. A legal perspective. In: Zartler, U., Heintz-Martin, V. & Arranz-Becker, O. (Hrsg.), *Family Dynamics after Separation. A Life Course Perspective on Post-Divorce Families*. Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft/Special Issue 10/2015, S. 65-76.
- Dethloff, N. (2015). Changing family forms – Challenges for German law. In: Angelo, B., McLay, G. & Marten, B. (Hrsg.), *Victoria University of Wellington Law Review*, 46, 3, October 2015. Issue in Honour of Professor Bill Atkin, S. 671-682.
- Farnós Amorós, Ester (2011): Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España. *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2011, S. 153-181.
- Fötschl, Andreas (2013). Die neue Mitmutterchaft nach dänischem Recht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2013, S. 1445-1447.
- Gössl, S. (2015). The recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 7, n^o 2, S. 448-465.
- Heilmann, S. (2013). Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – Das Ende eines Irrwegs? *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, S. 1473-1479.
- Hennemann, H. (2012). § 1682. In: Säcker, F. J. & Rixecker, R. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, S. 936-942.
- Hüsing, B. & Revermann, C. (2011). *Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen*. Baden-Baden: edition sigma.
- Lack, K. (2014). Ein Jahr Gesetz der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2014 (FamRZ)*, S. 1337-1347.
- Löhnig, M. (2008). Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner? *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2008, S. 157-159.
- Motzer, S. (2001). Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2001, S. 1034-1044.
- Muscheler, K. (2004). *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*, Berlin: Erich Schmidt Verlag.
- Peschel-Gutzeit, L. M. (2010). Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2010, S. 2990-2992.
- Rupp, M. (2009). Die Situation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Salgo, L. (2004): Verbleibensanordnung bei Bezugspersonen (§ 1682 BGB). *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2004, S. 76-83.
- Salgo, L. (2009). § 1682. In: Coester, M., Engler, H. & Salgo, L. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel)*. Berlin: Sellier-de Gruyter, S. 476-502.
- Scherpe, J. (2010). Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilization and Embryology Act 2008. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2010, S. 1513-1516.
- Statistisches Bundesamt (2011). *Familiengerichte 2010 – Fachserie 10, Reihe 2.2*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.
- Statistisches Bundesamt (2014). *Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Haushalte und Familien, Ergebnisse des Mikrozensus 2012, Fachserie 1, Reihe 3*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.

- Taupitz, J. (2011). Die Samenspende: Finanzielles Vabanquespiel für den Spender. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2011, S. 161-163.
- Veit, B. (2004). Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB). *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2004, S. 67-73.
- Veit, B. (2011). § 1682. In: Bamberger, H. G. & Roth, H. (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*. München: C. H. Beck, Rn. 1-9.

Eingereicht am/Submitted on: 11.11.2015
Angenommen am/Accepted on 12.02.2016

Anschrift der Autorin/Address of the author:

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Fachbereich Rechtswissenschaft

Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht

Adenauerallee 24-42

53113 Bonn

Deutschland/Germany

E-Mail: dethloff@uni-bonn.de