

Mehr Freiheit wagen im Familienrecht

Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht

Konrad Duden

I. Einleitung.....	89
II. Freiheit im Abstammungsrecht.....	90
1. Gleichstellung nichtehelicher Kinder.....	90
2. Soziale Elternschaft im geltenden Abstammungsrecht.....	92
3. Internationale und rechtsvergleichende Einflüsse.....	94
4. Weitere Öffnung aufgrund von Reformvorhaben.....	96
5. Bedeutung der Freiheit.....	98
III. Verantwortung als Gegenpol zur Freiheit.....	100
1. Bedeutung der Verantwortung.....	100
2. Verantwortungsdefizite im geltenden Recht.....	101
3. Ursachen fehlender Verantwortung.....	106
IV. Fazit.....	108

Ein Blick in diesen Band verrät es: Die akademische Familie von Jürgen Basedow ist wahrlich eine Großfamilie. In dieser Familie bin ich das Nesthäkchen. Die Geschwister stehen schon lange auf eigenen Beinen oder sind kurz vor dem Absprung. Nur ich wohne noch jahrelang in meinem Kinderzimmer und verhindere, dass Herr Basedow in den Genuss der großen Freiheit kommt, die Eltern angeblich erleben, wenn die Kinder aus dem Haus sind. Es passt daher gut, dass sich mein Beitrag mit dem Eltern-Kind-Verhältnis befasst – konkret mit Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht.

I. Einleitung

Lange war die eheliche Familie klares Leitbild der Familienpolitik und des Familienrechts. Immer häufiger weichen jedoch die tatsächlich gelebten Familien von diesem Bild ab. Schon lange betrifft dies Kinder, die außerhalb einer Ehe geboren werden. Ihre Anzahl nimmt seit Jahrzehnten stetig zu.¹

¹ Vgl. *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Familienreport 2017 – Leistungen, Wirkungen, Trends (Berlin 2017) 12; *Statistisches Bundesamt*, Geburten

Aktuell ergibt sich eine wachsende Vielfalt an Familienformen und Arten der Familiengründung jedoch vor allem unter zwei Aspekten: der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und der Reproduktionsmedizin (insbesondere Samenspende, Eizellspende und Leihmutterchaft).² Eizellspende und Leihmutterchaft sind zwar hierzulande verboten (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 ESchG). Im Ausland sind sie jedoch mitunter zulässig, weshalb dort auch deutsche Paare auf diese Verfahren zurückgreifen und nach ihrer Rückkehr das deutsche Recht mit entsprechenden Sachverhalten konfrontieren.

Für das Abstammungsrecht ist die wachsende Vielfalt der Familienformen eine Herausforderung. Das hiesige Recht reagiert auf sie, indem es sich zunehmend den neuen Familienformen öffnet und sie rechtlich anerkennt. Neuartige Familienformen werden möglich, obwohl sie vom traditionellen Familienbild abweichen. Das Abstammungsrecht gewährt so immer mehr Freiheit in der Familiengründung (dazu unter II.). Ein derart steigendes Maß an Freiheit erfordert jedoch als Gegengewicht auch mehr Verantwortung. Wer die Zeugung eines Kindes anstößt, sollte sich später nicht der Verantwortung entziehen können, indem er darauf verweist, kein genetischer Elternteil zu sein. Bislang kommt dieser Gedanke im geltenden Recht vielfach zu kurz (dazu unter III.).

II. Freiheit im Abstammungsrecht

1. Gleichstellung nichtehelicher Kinder

Die erste große Herausforderung für das Abstammungsrecht war die zunehmende Anzahl von Kindern, die außerhalb einer Ehe geboren werden. Das ursprüngliche BGB war schließlich klar auf eine natürliche Zeugung innerhalb der Ehe ausgerichtet.³ Der Umgang des Rechts mit nichtehelichen Kindern ist symptomatisch dafür, wie das Recht heute auf gleichgeschlechtliche

in Deutschland (Wiesbaden 2012) 18 f.; *Statistisches Bundesamt*, Datenreport 2016 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland (Bonn 2016) 51.

² Von Bedeutung für das Abstammungsrecht sind nur solche reproduktionsmedizinische Verfahren, bei denen zusätzliche Akteure bei der Familiengründung mitwirken, die als mögliche Eltern in Frage kommen können. Nur derartige Verfahren sollen im Folgenden thematisiert werden. Ohne Auswirkungen auf das Abstammungsrecht sind demgegenüber Verfahren, die lediglich die natürliche Zeugung eines Paares unterstützen (z.B. Hormonbehandlung) oder den Zeugungsakt an sich künstlich vollziehen (z.B. In-vitro-Fertilisation).

³ Vgl. §§ 1589 ff. BGB-1900; Motive nach Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – Familienrecht, Bd. IV (Berlin 1899) 343 ff.; *Thomas Rauscher*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2011) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 1 ff.

Elternschaft und Reproduktionsmedizin reagiert: Es öffnet sich diesen Familienformen zwar, geht dabei jedoch sehr langsam und nur schrittweise vor.

Gerade seit den 1980er Jahren nahm im damaligen Bundesgebiet die Zahl nichtehelich geborener Kinder stetig zu, in den neuen Ländern schon seit den 1960er Jahren. Insgesamt war in den neuen Bundesländern der Anteil nichtehelicher Kinder deutlich höher. Im Jahre 1990 betrug der Anteil nichtehelicher Kinder in den alten Ländern ca. 10 %, in den neuen Ländern bereits 35 %.⁴ Bei der Wiedervereinigung und somit bei Inkrafttreten des BGB auf dem Gebiet der früheren DDR im Jahre 1990⁵ wurde somit in den neuen Ländern schon ungefähr jedes dritte Kind außerhalb einer Ehe geboren.

Das vorrangige Regelungsziel des BGB in seiner Ursprungsfassung war es, zu bestimmen, ob ein Kind ehelich war oder nicht.⁶ Dieser Status begründete sehr unterschiedliche Rechtsfolgen. So galt ein nichteheliches Kind als nicht mit seinem Vater verwandt, § 1589 Abs. 2 BGB-1900⁷. Die Abstammung an sich trat hinter der Bestimmung der (Un-)Ehelichkeit in den Hintergrund und wurde mit der leiblichen Herkunft gleichgesetzt.⁸ Der Fokus lag auf den Rechtsfolgen der Elternschaft und weniger darauf, die Eltern zu identifizieren.

Obwohl das Grundgesetz bereits seit 1949 eine Gleichstellung nichtehelicher Kinder verlangte, kam es erst im Jahre 1970 zu einer Verbesserung der Stellung nichtehelicher Kinder. Erstmals wurde damals etwa eine volle rechtliche Verwandtschaft zu dem nichtehelichen Vater eingeführt.⁹ Geregelt waren eheliche und nichteheliche Abstammung indes weiterhin in unterschiedlichen Vorschriften (§ 1591 bzw. § 1600a BGB-1970). Insgesamt waren nichteheliche Kinder noch immer systematisch schlechter gestellt als eheliche Kinder.¹⁰ Unterschiede bestanden etwa im Sorge- oder Namensrecht.¹¹ Erst 1998 wurde durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz¹² der Status der Ehelichkeit abgeschafft und die Abstammung ehelicher und nichtehelicher Kinder einem einheitlichen Regelungsregime unterstellt.¹³

⁴ 2010 lag der Anteil in den alten Ländern bei 27 %, in den neuen bei 61% (bei Erstgeborenen sogar 74 %); *Statistisches Bundesamt*, Geburten in Deutschland (Fn. 1) 19.

⁵ Vgl. Art. 230 EGBGB; *Franz Jürgen Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁴ (München 2006) Art. 230 EGBGB Rn. 1.

⁶ Vgl. *Staudinger/Rauscher* (Fn. 3) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 1 ff.

⁷ Eine Jahreszahl hinter der Gesetzesabkürzung bezeichnet den in Bezug genommenen Gesetzesstand.

⁸ Vgl. §§ 1591 und 1717 BGB-1900.

⁹ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, BGBl. 1969 I 1243.

¹⁰ *Staudinger/Rauscher* (Fn. 3) Vorbemerkungen zu §§ 1591–1600d Rn. 11.

¹¹ BT-Drucks. 13/4899 vom 13.6.1996, S. 30 ff.

¹² Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997, BGBl. 1997 I 2942.

¹³ Dazu BT-Drucks. 13/4899, S. 29 ff.

2. Soziale Elternschaft im geltenden Abstammungsrecht

Während die Öffnung gegenüber nichtehelichen Kindern konzeptionell den Abschied vom Status der Ehelichkeit bedeutete, geht die Öffnung gegenüber gleichgeschlechtlichen Eltern und Reproduktionsmedizin einher mit einer Aufwertung der sozialen gegenüber der leiblichen Elternschaft. Damit gewinnt an Bedeutung, wer als soziale Eltern die tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt.

Fälle der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin zeichnen sich gerade dadurch aus, dass mindestens ein Elternteil zwar sozialer Elternteil ist, nicht aber leiblicher. So ist es etwa der Samenspende immanent, dass nicht der Samenspender, sondern der Partner oder die Partnerin der Gebärenden der zweite Elternteil werden soll. Die Berücksichtigung der sozialen Elternschaft ermöglicht daher ein neues Maß an Freiheit, solche Familien zu gründen. Schon im geltenden Recht kommt der sozialen Elternschaft eine zunehmende Bedeutung zu.

Bei der Reform des Kindschaftsrechts im Jahre 1998, die zur Beseitigung des Status der Ehelichkeit führte, änderte sich das Abstammungsrecht erheblich. Während vorher die Bestimmung der Ehelichkeit im Vordergrund stand, trat nun die Abstammung an sich, also die Identifizierung der rechtlichen Eltern, in den Vordergrund. Die Geburt in der Ehe wandelte sich von der Voraussetzung der ehelichen Abstammung (§ 1591 BGB bis 1998) zur Voraussetzung der Vaterschaft (§ 1592 BGB seit 1998). Mit der Vaterschaftsanerkennung wurde ein Tatbestand zum Erwerb der nichtehelichen Vaterschaft mit Wirkung gegenüber jedermann eingeführt (zunächst § 1600a BGB-1969, seit 1998 § 1592 BGB). Erstmals wurde 1998 auch ein Tatbestand zur Bestimmung der Mutterschaft eingeführt (§ 1591 BGB). Dieser war angesichts des Aufkommens der In-vitro-Fertilisation und damit der Möglichkeit des Austragens fremder Eizellen notwendig geworden.¹⁴ Davor war eine Mutterschaft einer anderen Person als der Gebärenden nicht denkbar gewesen.

Die Tatbestände, welche die rechtliche Mutterschaft und Vaterschaft definieren, orientieren sich grundsätzlich an der leiblichen Herkunft¹⁵ und haben sich seit ihrer Einführung inhaltlich nicht verändert. Mutter ist gemäß § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Es entscheidet zwar die Schwangerschaft und nicht die genetische Herkunft. Dennoch ist die leibliche – im Gegensatz zur sozialen – Mutterschaft die alleinige Grundlage der rechtlichen Mutterschaft. Die Mutterschaft der Gebärenden ist auch endgültig. Es besteht keine Möglichkeit der Anfechtung etwa bei einer Eizellspende oder einer Leihmutterschaft.¹⁶ Für Freiheit jenseits der leiblichen Mutterschaft besteht kein Raum.

¹⁴ BT-Drucks. 13/4899, S. 51 f.

¹⁵ Marina Wellenhofer, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (München 2017) Vorb. § 1591 ff. BGB Rn. 24.

Eine gewisse Lockerung besteht dahingehend, dass bei einer Eizellspende die Gebärende die rechtliche Mutter wird, obwohl sie nicht die genetische Mutter ist. Eine lesbische Partnerin der Gebärenden muss das Kind jedoch stets adoptieren, um ebenfalls Elternteil zu werden. Dasselbe gilt für die Wunschmutter bei einer Leihmutterschaft.¹⁷ Bezieht man das Adoptionsrecht in ein weites, funktionales Verständnis des Abstammungsrechts mit ein, so liegt hier eine gewisse Freiheit, da zumindest über den Umweg einer Adoption die Familie auch rechtlich anerkannt wird.

Auch bei der Vaterschaft steht vom Grundgedanken des Gesetzgebers her die leibliche Abstammung im Vordergrund.¹⁸ Doch besteht gegenüber der Mutterschaft rechtlich mehr Spielraum. Das BGB bestimmt die Vaterschaft nämlich indirekt: über die Ehe mit der Mutter (§ 1592 Nr. 1 BGB) bzw. die Vaterschaftsanerkennung (§§ 1592 Nr. 2, 1594 ff. BGB). Diese Tatbestände sollen auf eine leibliche Vaterschaft schließen lassen.¹⁹ So sei zu vermuten, dass der Ehemann bzw. der Anerkennende der genetische Vater ist.²⁰ Direkt berücksichtigt wird die genetische Vaterschaft nur bei einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (§§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB). Auf sie wird dann zurückgegriffen, wenn die Mutter unverheiratet ist und der vermeintliche Vater die Vaterschaft nicht anerkennt.

Die indirekte Bestimmung der Vaterschaft ermöglicht zahlreiche Abweichungen von der genetischen Abstammung. So ist etwa die Vaterschaftsanerkennung unabhängig von der genetischen Abstammung möglich.²¹ Auch eine sogenannte genetische Lüge führt zu einer wirksamen rechtlichen Vaterschaft.²² So kann auch im Rahmen einer Leihmutterschaft der Wunschvater die Vaterschaft problemlos anerkennen, wenn die Leihmutter unverheiratet ist.

Auch bei der Samenspende erkennt das Abstammungsrecht die Freiheit zur Familiengründung jenseits der genetischen Abstammung an. Es gilt das übliche Abstammungsrecht. Der Ehemann bzw. Anerkennende wird rechtlicher Vater, obwohl klar ist, dass das Kind körperlich nicht von ihm stammt.²³

¹⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 82 f.

¹⁷ Konrad Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Abstammung und *ordre public* im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts (Tübingen 2015) 23; MüKo BGB/Wellenhofer (Fn. 15) § 1591 BGB Rn. 17.

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52 f.

¹⁹ Wird nach diesen Merkmalen keine Vaterschaft begründet werden, kann gerichtlich die Vaterschaft festgestellt werden, §§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB.

²⁰ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52 f.

²¹ Vgl. MüKo BGB/Wellenhofer (Fn. 15) Vorb. § 1591 ff. BGB Rn. 25.

²² Eine Ausnahme bildet der neue § 1597a BGB, der eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile verhindern soll. Siehe BT-Drucks. 18/12415 vom 17.5.2017, S. 9 f. und 16; dazu Anne Sanders, Vater werden wird nun schwer: Das neue „Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft“, FamRZ 2017, 1189–1194, 1189.

²³ MüKo BGB/Wellenhofer (Fn. 15) § 1592 BGB Rn. 18 f.

Die soziale Vaterschaft des Ehemanns bzw. Partners der Gebärenden setzt sich durch.

Gerade bei der Samenspende und Leihmutterschaft zeigt sich: Die Tatbestände, die zur rechtlichen Vaterschaft führen (§ 1592 BGB), sollen zwar primär auf die genetische Vaterschaft hinweisen,²⁴ sind jedoch ebenso ein Indiz für die soziale Vaterschaft.²⁵ Denn die Ehe mit der Mutter und die Vaterschaftsanerkennung sprechen nicht nur für eine genetische Vaterschaft, sondern vielmehr auch dafür, dass der Mann tatsächlich die Verantwortung für das Kind übernehmen wird. Hier hat die soziale Vaterschaft somit einen wichtigen Rückhalt.

Die soziale Vaterschaft kann selbst im geltenden Vaterschaftsrecht die letztlich ausschlaggebende Grundlage der rechtlichen Vaterschaft sein.²⁶ Sie kann sogar eine Sperrwirkung entfalten gegenüber der genetischen Vaterschaft. So ist eine Anfechtung des genetischen Vaters ausgeschlossen, wenn das Kind eine sozial-familiäre Beziehung zu dem rechtlichen Vater aufgebaut hat (§ 1600 Abs. 2 BGB).

3. Internationale und rechtsvergleichende Einflüsse

Ergänzt wird das materielle deutsche Recht durch internationale Einflüsse, die mehr Freiheit ins hiesige Recht hineinbringen. Dies hat einen einfachen Hintergrund: Manche ausländische Rechtsordnungen öffnen sich weiter als das deutsche Recht gegenüber der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und der Reproduktionsmedizin.

In Europa ermöglichen etwa das britische,²⁷ das niederländische²⁸ und das österreichische²⁹ Recht eine gemeinsame Mutterschaft lesbischer Partnerinnen. Die entsprechenden Vorschriften sind denjenigen zum Erwerb der Vaterschaft nachempfunden. Die Partnerin erwirbt die Mutterschaft aufgrund einer Ehe bzw. Lebenspartnerschaft mit der Gebärenden oder durch eine Anerkennung. Trotz der inhaltlichen Öffnung gegenüber einer gleichgeschlechtlichen

²⁴ Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ (München 2010) 589.

²⁵ Vgl. etwa MüKo BGB/Wellenhofer (Fn. 15) § 1594 BGB Rn. 2. Sie beschreibt die Vaterschaftsanerkennung als „von der Bereitschaft des Vaters getragen, die Verantwortung für sein Kind zu übernehmen“.

²⁶ Siehe ausführlich Duden, Leihmutterschaft (Fn. 17) 56 ff.

²⁷ Sec. 42 ff. Human Fertilisation and Embryology Act 2008; Jens M. Scherpe, Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales, in: Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich et al. (Bielefeld 2015) 295–325, 309 f.

²⁸ Art. 1:198(1) lit. b und c Burgerlijk Wetboek; Philipp M. Reuß, Künstliche Fortpflanzung im niederländischen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 127–149, 142 ff.

²⁹ § 144 Abs. 2 ABGB; Susanne Ferrari, Künstliche Fortpflanzung im österreichischen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 181–203, 193.

Elternschaft merkt man mitunter verbleibende Bedenken in der verwendeten Terminologie. So spricht das britische Recht nur von „parent“ und nicht „mother“,³⁰ das österreichische vom „anderen Elternteil“³¹.

Auch gegenüber der Leihmutterschaft öffnen sich manche Rechtsordnungen. Zulässig ist die Leihmutterschaft in der EU etwa im Vereinigten Königreich³² und in Griechenland³³; außerhalb der EU etwa in Kalifornien³⁴, Russland³⁵ und Indien^{36,37}. In einigen Rechtsordnungen ist die Leihmutterschaft nur heterosexuellen Paaren erlaubt,³⁸ in anderen auch homosexuellen.³⁹ Auch hier weicht die rechtliche Elternschaft von der leiblichen ab⁴⁰ und es kann zu einer gleichgeschlechtlichen Elternschaft kommen. Wo Leihmutterschaft zulässig ist, wird nicht die Leihmutter die rechtliche Mutter, sondern die Wunschmutter.⁴¹ Bei homosexuellen Paaren werden beide Wunscheltern – meist Wunschväter – die rechtlichen Eltern.⁴²

³⁰ Sec. 42 ff. Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

³¹ § 144 Abs. 2 ABGB.

³² Sec. 1 ff. Surrogacy Arrangements Act 1985.

³³ Art. 1458, 1464 griechisches Zivilgesetzbuch, Übersetzung: *Eleftherios J. Kastrissios*, Griechenland, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht (Frankfurt am Main, Stand 1.1.2016) 70 ff.

³⁴ Vgl. Sec. 7962 California Family Code.

³⁵ Art. 51 Abs. 4 russ. Familiengesetzbuch. Vgl. *Moritz Lorenz*, Russische Föderation, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht (Frankfurt am Main, Stand 1.1.2017) 40. Übersetzung dort auf S. 55.

³⁶ Vgl. Supreme Court of India 29.9.2008 – Writ Petition (C) No. 369/2008 (*Baby Manji Yamada ./. Union of India (UOI) and Anr.*), Rn. 9. Klare gesetzliche Regeln existieren in Indien noch immer nicht, auch wenn seit Jahren Gesetzesvorschläge vorliegen. So etwa verschiedene Versionen eines Assisted Reproductive Technology (Regulation) (Regulation) Bill und aktuell der Surrogacy (Regulation) Bill 2016; siehe dazu <<http://www.prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2016-4470/>>.

³⁷ Für einen Überblick siehe etwa *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 8 f.; *Tobias Helms*, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114–119.

³⁸ So in Russland (vgl. Art. 51 Abs. 4 russ. Familiengesetzbuch; Übersetzungsnachweis siehe Fn. 35).

³⁹ So in Kalifornien (vgl. Sec. 7960, 7962 California Family Code) und dem Vereinigten Königreich (vgl. Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008).

⁴⁰ Wird eine Eizelle der Wunschmutter verwendet, so weicht ihre rechtliche Mutterschaft nur von der biologischen, nicht der genetischen Mutterschaft ab.

⁴¹ Siehe etwa zu Kalifornien: Sec. 7962(f) California Family Code; zu Griechenland: Art. 1464 griechisches ZGB, Übersetzung bei Bergmann/Ferid/Henrich/*Kastrissios* (Fn. 33) 71 f.; in Großbritannien wird die Leihmutter zunächst die Mutter. Die Wunscheltern werden erst durch eine gerichtliche *parental order* zu den Eltern, Sec. 54 Human Fertilisation and Embryology Act 2008; zudem ausführlich *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 74 ff.; *Helms*, StAZ 2013, 114, 116 ff.

⁴² Die Vorschriften zur Zulässigkeit der Leihmutterschaft und zum Erwerb der Elternschaft sind etwa in Kalifornien und im Vereinigten Königreich geschlechtsneutral formuliert.

Über das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht können solche weniger restriktiven ausländischen Regeln in Deutschland Wirkung entfalten. So erkannte der BGH im Jahre 2014 eine kalifornische Entscheidung an, die nach einer Leihmutterschaft zwei Männer als Väter feststellte.⁴³ Kurze Zeit später hat der BGH auch eine südafrikanische Entscheidung anerkannt, die nach einer Samenspende zwei Frauen eine sogenannte Co-Mutterschaft zusprach.⁴⁴

In beiden Fällen hat der BGH einen *ordre public*-Verstoß abgelehnt. Dabei hat er sich umfangreich damit auseinandergesetzt, dass das Kind von einer Leihmutter geboren wurde.⁴⁵ Trotz des hiesigen Leihmutterschaftsverbots lehnte er einen *ordre public*-Verstoß vor allem aufgrund von Kindeswohlerwägungen ab.⁴⁶ Mit dem zweiten Umstand, dass beide Wunscheltern das gleiche Geschlecht haben, tat sich der BGH deutlich leichter, obwohl im deutschen Recht eine gleichgeschlechtliche Elternschaft nur nach einer Adoption möglich ist.⁴⁷ Der BGH stützte sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die davon ausgeht, dass Kinder in einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft ebenso gut aufwachsen können wie in einer heterosexuellen Ehe.⁴⁸

Das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht trägt somit Ergebnisse ins Inland, die hierzulande bisher nicht vorgesehen sind.

4. Weitere Öffnung aufgrund von Reformvorhaben

Auch das materielle deutsche Recht könnte sich der Familienvielfalt bald weiter öffnen. Eine umfassende Reform des Abstammungsrechts liegt in der Luft.

Im September 2016 war das Abstammungsrecht Thema der familienrechtlichen Sektion des 71. Deutschen Juristentages (DJT).⁴⁹ Im Juli 2017 hat zudem der Arbeitskreis Abstammungsrecht des Bundesjustizministeriums seinen

⁴³ BGH 10.12.2014 – XII ZB 463/13, NJW 2015, 479.

⁴⁴ BGH 20.4.2016 – XII ZB 15/15, NJW 2016, 2322. Die Co-Mutterschaft nach südafrikanischem Recht: Sec. 40(1)(a) Children's Act 2005 in Verbindung mit Sec. 13(1) Civil Union Act 2006.

⁴⁵ BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 32 ff.

⁴⁶ BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 44 ff.

⁴⁷ BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 43; BGH 20.4.2016, NJW 2016, 2322, Rn. 50.

⁴⁸ BVerfG 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847, Rn. 80 ff.

⁴⁹ Vgl. Tobias Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen – Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (München 2016) F1–F103; dazu Bettina Heiderhoff, Herausforderungen durch neue Familienformen – Zeit für ein Umdenken, NJW 2016, 2629–2634.

Abschlussbericht vorgelegt.⁵⁰ Dieser Arbeitskreis wurde im Februar 2015 vom Bundesjustizministerium eingesetzt mit dem Auftrag, Vorschläge für eine umfassende Reform des Abstammungsrechts zu erarbeiten.⁵¹

DJT und Arbeitskreis schlagen zahlreiche Anpassungen vor, die das deutsche Recht für moderne Familienformen öffnen würden. So soll lesbischen Paaren – wie in den genannten ausländischen Rechtsordnungen – eine gemeinsame Elternschaft ermöglicht werden: Die Tatbestände zum Erwerb der Vaterschaft sollen auch auf die lesbische Partnerin angewendet werden,⁵² eine Mit-Mutterschaft auch hierzulande eingeführt werden.

Für die Leihmutterschaft schlägt der Deutsche Juristentag vor, eine Elternschaft der Wunscheltern nach ausländischem Recht zu akzeptieren, wenn dort legal eine Leihmutterschaft durchgeführt wurde.⁵³ Damit schließt sich der DJT der Leihmutterschaftsentscheidung des BGH an. Er geht jedoch insofern darüber hinaus, als bei einer ausländischen Leihmutterschaft eine Elternschaft der Wunscheltern auch dann ermöglicht werden soll, wenn dies nach bisherigem Internationalen Privat- und Verfahrensrecht nicht der Fall wäre.⁵⁴ Auch unabhängig von der internationalen Dimension soll eine Elternschaft der Wunscheltern erleichtert werden.⁵⁵ Der Arbeitskreis ist zurückhaltender. Er schlägt lediglich vor, zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die im Ausland erworbene Elternschaft erhalten bleiben soll.⁵⁶ Er wendet sich gegen die bestehende Unsicherheit, bleibt inhaltlich aber vage.

Werden die Vorschläge des DJT und des Arbeitskreises umgesetzt, so gewinnt die soziale Elternschaft und damit die Freiheit im deutschen Recht weiter an Bedeutung: Zum einen durch die leichtere Ermöglichung einer gleichgeschlechtlichen Elternschaft, zum andern durch die Öffnung gegenüber verschiedenen Verfahren der Reproduktionsmedizin.

⁵⁰ *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts (Köln 2017).

⁵¹ <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/02092015_AK_Abstammung.html>.

⁵² Beschlüsse – Thema: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II/2: Sitzungsberichte – Diskussion und Beschlussfassung (München 2016) P173–P182, P175, Beschlüsse 10–11; *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 96 f., Thesen 50–55.

⁵³ Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P176, Beschluss 13.

⁵⁴ Vgl. dazu *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F55 f.

⁵⁵ Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P176, Beschluss 14.

⁵⁶ *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 90, These 6.

5. Bedeutung der Freiheit

Grundsätzlich ist die zunehmende Freiheit im geltenden Recht und – aufgrund möglicher Reformen – im womöglich kommenden Recht zu begrüßen. Aufgabe eines modernen Abstammungsrechts sollte es sein, tatsächlich gelebte Familien rechtlich zu fassen – gerade auch in ihrer Vielfalt.⁵⁷ Dafür spricht vor allem das Kindeswohl als vorrangiges Regelungsziel des Abstammungsrechts. Das Kindeswohl – verstanden als das Wohl der konkret betroffenen Kinder⁵⁸ – fordert vor allem eine sichere rechtliche Zuordnung zu den Eltern als den tatsächlichen Bezugspersonen. Immer wieder betont die psychologische Forschung, wie wichtig es ist, dass Kinder in den ersten Monaten und Jahren stabile Beziehungen zu ihren primären Bezugspersonen aufbauen können.⁵⁹

Eine Stärkung der sozialen Elternschaft fördert dieses Ziel, vor allem in den Fällen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin, bei denen wenigstens teilweise die sozialen nicht die leiblichen Eltern sind. Werden dennoch die sozialen Eltern die rechtlichen Eltern, so sind die Kinder in ihrem Umfeld und hinsichtlich der Kontinuität ihrer primären Bezugspersonen geschützt. Die sozialen Eltern tragen schließlich *per definitionem* die tatsächliche Verantwortung für die Kinder und sind somit ihre primären Bezugspersonen.

Auch sonst spricht die psychologische Forschung für eine Öffnung gegenüber gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Reproduktionsmedizin. Über die Jahre hat nämlich nicht nur die gesellschaftliche Akzeptanz dieser Familienformen und Arten der Familiengründung stetig zugenommen. Gleichzeitig hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass diese Familienformen keinen Nachteil für die Kinder bedeuten.⁶⁰ Die Kinder entwickeln sich demnach ebenso gut

⁵⁷ Vgl. etwa die Stellungnahmen von *Coester-Waltjen* und *Helms* in *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 109 ff. und 114 f.

⁵⁸ Abstrakte Erwägungen zum Wohl von Kindern im Allgemeinen müssen bei der Bestimmung der Abstammung zurückstehen. Diese Perspektive spielt auf anderer Ebene eine Rolle, etwa bei der Zulässigkeit bestimmter reproduktionsmedizinischer Verfahren. Sofern es jedoch um die abstammungsrechtliche Zuordnung bereits geborener oder gezeugter Kinder geht, steht ihr Wohlergehen und somit eine konkrete Betrachtung im Vordergrund.

⁵⁹ Einführend s. etwa *Robert Siegler et al.*, *Entwicklungspsychologie im Kindes- und Jugendalter*⁴ (Berlin, Heidelberg 2016) 397 ff., insb. 407; *Arnold Lohaus/Marc Vierhaus*, *Entwicklungspsychologie*³ (Berlin, Heidelberg 2015) 105 ff., insb. 114.

⁶⁰ Zu einer umfangreichen Analyse des Forschungsstandes zu gleichgeschlechtlicher Elternschaft siehe das „What We Know“-Projekt der Columbia Law School, abrufbar unter <<http://whatwewknow.law.columbia.edu/topics/lgbt-equality/what-does-the-scholarly-research-say-about-the-wellbeing-of-children-with-gay-or-lesbian-parents/>>; zu Reproduktionsmedizin allgemein s. etwa die Arbeiten von *Susan Golombok* der University of Cambridge. So etwa *dies. et al.*, *Families Created through Surrogacy: Mother–Child Relationships and Child-*

wie bei natürlicher Zeugung bzw. in entsprechenden heterosexuellen Beziehungen. Entscheidend für die Entwicklung der Kinder ist nicht die Form der Familie oder die Art ihrer Gründung, sondern wie die Eltern ihre Elternrolle ausleben.

Mit einer Stärkung der sozialen Elternschaft verliert zudem die genetische Elternschaft nicht generell an Bedeutung. Grundsätzlich fallen genetische und soziale Elternschaft zusammen. Eine Stärkung der sozialen Elternschaft schlägt sich im Ergebnis nur dann nieder, wenn verschiedene Personen die verschiedenen Arten der Elternschaft innehaben. Nur in solchen Fällen würde die genetische Elternschaft im Ergebnis an Bedeutung verlieren. Neben den Beispielen der gleichgeschlechtlichen Elternschaft und Reproduktionsmedizin betrifft dies etwa Fälle, in denen ein Kind bei einem Seitensprung gezeugt wird, dann aber innerhalb der Beziehung aufgezogen werden soll. In diesen Fällen kann sich jedoch bereits im geltenden Recht die soziale Vaterschaft gegenüber der genetischen behaupten: Der genetische Vater kann zwar grundsätzlich die rechtliche Vaterschaft des Partners der Gebärenden anfechten, die sich aufgrund der Ehe oder einer Anerkennung ergibt. Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, wenn eine soziale Vaterschaft des rechtlichen Vaters besteht, § 1600 Abs. 1 und 2 BGB.⁶¹

Die Öffnung des Abstammungsrechts gegenüber sozialer Elternschaft sollte auch nicht als ein Modell von Beliebigkeit angesehen werden. Es soll dadurch nicht jede Art der Familiengründung befürwortet werden. Strafrechtliche Sanktionen oder andere Hindernisse bleiben unberührt.⁶² So können etwa gefährliche oder kontroverse reproduktionsmedizinische Verfahren weiterhin verboten werden. Auch die Leihmutterschaft kann weiter in Deutschland verboten bleiben und so deren Durchführung im Inland verhindert werden. Wird dennoch – vor allem im Ausland – ein Kind auf diesem Wege gezeugt, so tritt allerdings im Rahmen des Abstammungsrechts das Ziel der Verhinderung der Leihmutterschaft zurück. Stattdessen gewinnt das Wohl des betroffenen Kindes und damit regelmäßig sein Schutz in der gelebten Familie an Bedeutung.⁶³

ren's Psychological Adjustment at Age 7, *Dev. Psychol.* 2011, 1579–1588. Vgl. auch BVerfG 19.2.2013, NJW 2013, 847, Rn. 80 ff.

⁶¹ Kritisch dazu *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F44 ff.; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P175, Beschluss 15; *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 93, Thesen 29 und 30. Erläuternd dazu S. 52 f.

⁶² Siehe ergänzend bei Fn. 109.

⁶³ Ausführlich *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 227 ff.; BGH 10.12.2014, NJW 2015, 479, Rn. 44 ff.

III. Verantwortung als Gegenpol zur Freiheit

1. Bedeutung der Verantwortung

Auch wenn zunehmende Freiheit in der Familiengründung grundsätzlich zu begrüßen ist, darf sie nicht grenzenlos sein. Insbesondere darf sie nicht auf Kosten der Kinder gehen. Wenn das Recht Freiheit für die Familiengründung schafft, so muss es auch entsprechende Verantwortung einfordern.⁶⁴ Es muss verhindern, dass die Kinder nur einen oder sogar keinen Elternteil haben, weil es sich die potentiellen Eltern anders überlegen. Sonst entschwinden nicht nur tatsächliche Bezugspersonen aus dem Leben des Kindes – eine Gefahr, die jeder Trennung der Eltern innewohnt. Darüber hinaus fällt rechtlicher Schutz des Kindes weg, etwa im Unterhalts- oder Erbrecht. Wenn niemand freiwillig die Elternrolle einnehmen will, muss somit sichergestellt werden, dass das Kind dennoch zwei Elternteile erhält; sei es, weil die Eltern gesetzlich feststehen, sei es, weil sie gerichtlich festgestellt werden können.⁶⁵

Die Frage nach der Verantwortung stellt sich auch dann, wenn heterosexuelle Paare auf natürliche Weise ein Kind zeugen. Dort ist sie jedoch leicht geklärt. Die Verantwortung für das Kind ist gesetzlich gewährleistet und fußt auf der leiblichen Elternschaft.

So ist die Gebärende gemäß § 1591 BGB unanfechtbar die rechtliche Mutter. Wegen der In-vitro-Fertilisation und damit der Möglichkeit, eine fremde Eizelle auszutragen, war hier eine Entscheidung zwischen zwei Teilen der leiblichen Mutterschaft vonnöten. Ausschlaggebend für die Verantwortung ist nicht die genetische Mutterschaft, sondern die biologische, also Schwangerschaft und Geburt.

Eine entsprechende Differenzierung ist bei der Vaterschaft nicht notwendig. Hier trägt der genetische Vater als alleiniger leiblicher Vater die Verantwortung: Ist die Gebärende verheiratet, wird ihr Ehemann der Vater. Wegen seiner genetischen Vaterschaft ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Ist die Mutter unverheiratet, kann der genetische Vater zwar die Anerkennung ver-

⁶⁴ Vgl. *Ingeborg Schwenzer*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 71 (2007) 705–728, 711 f.; *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F13.

⁶⁵ Die Frage der Verantwortung in diesem Sinne stellt sich nur, wenn niemand freiwillig die Elternrolle annehmen will. Die Verantwortung betrifft die Frage, ob dann trotzdem – auch gegen den aktuellen Willen der Betroffenen – eine Elternschaft aufgrund Gesetzes besteht oder durch gerichtliche Feststellung begründet werden kann. Davon unabhängig ist die Frage, ob eine andere Person vorrangig die Elternschaft freiwillig erwerben kann, ob also etwa ein neuer Partner der Gebärenden nach einer Samenspende die Vaterschaft wirksam anerkennen kann. Diese Möglichkeit wäre durchaus mit einer grundsätzlichen Verantwortung des ursprünglichen Partners vereinbar – auf sie kommt es jedoch wegen der Anerkennung dann nicht an. In diesen Fällen wäre die freiwillige Anerkennung des neuen Partners sogar gegenüber einer erzwungenen Vaterschaft des ehemaligen Partners vorzugswürdig; vgl. insoweit *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F18.

weigern. Er kann dann jedoch gerichtlich als Vater festgestellt werden, § 1600d BGB. Die Verantwortung ist somit gesichert.

Bei gleichgeschlechtlichen Eltern und bei Reproduktionsmedizin ist die Situation schwieriger – schon hinsichtlich der angemessenen Verteilung der Verantwortung. In diesen Fällen ist von Anfang an eine Abweichung der rechtlichen von der genetischen Elternschaft beabsichtigt bzw. liegt in der Natur der Sache. Dies sollte bei der Verantwortung für das Kind berücksichtigt werden. Es sollten die Personen Verantwortung tragen, die die Zeugung veranlasst haben, etwa indem sie selbst das reproduktionsmedizinische Verfahren genutzt oder in Auftrag gegeben oder indem sie in die Nutzung durch den Partner bzw. die Partnerin eingewilligt haben.⁶⁶

Hat etwa bei einer Samenspende der Partner der Gebärenden in die Nutzung der Samenspende eingewilligt, so sollte er die Verantwortung für das Kind tragen und sich nicht darauf zurückziehen können, gar nicht genetischer Vater zu sein. Es wäre demgegenüber unangemessen, wenn stattdessen der Samenspender als Vater festgestellt werden könnte und die Verantwortung für das Kind tragen müsste. Es war schließlich nie beabsichtigt, dass er Vater des Kindes werden soll.

Nicht die leibliche Elternschaft, sondern die Veranlassung der Zeugung wird in diesen Fällen zur Grundlage der Verantwortung für das Kind. Ein Rückgriff auf bisherige Regeln zur Verantwortung leiblicher Eltern scheidet damit aus. Wenn man Elternschaft jenseits leiblicher Herkunft zulässt, muss man auch Verantwortung jenseits leiblicher Herkunft begründen. Eine angemessene Verantwortungsverteilung bedarf eigener Regeln. Im geltenden Recht bestehen insoweit noch erhebliche Lücken.

2. Verantwortungsdefizite im geltenden Recht

Bei der Samenspende lässt sich die Verantwortung auf zwei Fragen konkretisieren. Kann der Partner der Gebärenden – erstens – den Erwerb der Vaterschaft verhindern, obwohl er anfangs in die Samenspende eingewilligt hat? Und kann er – zweitens – eine Vaterschaft anfechten mit Verweis auf seine fehlende genetische Vaterschaft?

Nur bei der Frage der Anfechtung ist inzwischen die Verantwortung gesichert. Laut § 1600 Abs. 4 BGB ist bei einer einvernehmlichen Samenspende die Anfechtung ausgeschlossen. Der Ausschluss erfasst sowohl die Vaterschaft des Ehemanns als auch desjenigen, der die Vaterschaft anerkennt.⁶⁷ Bei Erlass der Vorschrift wurde ausdrücklich auf die Verantwortung der Eltern

⁶⁶ Ebenso *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 57 f.; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) Beschluss 1, P173. Dazu *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F13 ff.

⁶⁷ BT-Drucks. 14/2096 vom 11.11.1999, S. 7.

verwiesen.⁶⁸ Davor konnte der Partner der Gebärenden trotz einer Einwilligung in die Samenspende seine Vaterschaft anfechten.⁶⁹ Wiederholt war dies beklagt worden.⁷⁰

Dennoch wurde der Anfechtungsausschluss erst spät – im Jahre 2002 – eingeführt. Samenspenden wurden zu diesem Zeitpunkt bereits länger praktiziert und beschäftigten entsprechend lang Literatur und Rechtsprechung.⁷¹ Schon 1986 befasste sich etwa Coester-Waltjen in ihrem Gutachten für den 56. Deutschen Juristentag umfassend mit der Samenspende.⁷² Sogar in der gesetzgeberischen Begründung des Anfechtungsausschlusses wurde ausdrücklich anerkannt, dass Kinder vorhanden seien, die auf diesem Wege gezeugt wurden und die in rechtlicher und sozialer Hinsicht des Schutzes bedürften.⁷³

Im Gegensatz zur Frage der Anfechtung bestehen bei der Begründung der Vaterschaft noch immer Lücken. Ist die Gebärende unverheiratet, so muss ihr Partner die Vaterschaft anerkennen, § 1592 Nr. 2 BGB. Will er nicht mehr der Vater werden, kann er die Anerkennung verweigern. Mangels genetischer Vaterschaft ist ausgeschlossen, ihn als Vater festzustellen.⁷⁴ Die Vaterschaft des Partners hängt mithin von seiner Bereitschaft ab, die Vaterschaft anzuerkennen.⁷⁵ Er kann sich der Verantwortung entziehen. Kommt es zu einem

⁶⁸ BT-Drucks. 14/2096, S. 7.

⁶⁹ BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, NJW 1983, 2073, 2073 f; *Erwin Deutsch*, Des Menschen Vater und Mutter – Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1971–1975, 1974; BT-Drucks. 14/2096, S. 6.

⁷⁰ Siehe etwa *Deutsch*, NJW 1986, 1971, 1974; *Dieter Giesen*, Anm. zu BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, JZ 1983, 552–554, 553; *Dagmar Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen – 2. Teilgutachten Zivilrechtliche Probleme – Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des sechshundfünfzigsten Deutschen Juristentages, hrsg. von Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten (Berlin 1986) B1–B127, B49. Zu der Diskussion: *Staudinger/Rauscher* (Fn. 3) § 1600 Rn. 55 ff.

⁷¹ Aus der Rechtsprechung etwa BGH 7.4.1983 – IX ZR 24/82, NJW 1983, 2073; OLG Düsseldorf 22.7.1987 – 3 U 62/86, FamRZ 1988, 762; OLG Düsseldorf 29.4.1986 – 6 UF 182/85, FamRZ 1987, 166; LSG Rheinland-Pfalz 20.12.1984 – L 5 K 22/84, MedR 1987, 130. Aus der Literatur etwa *Deutsch*, NJW 1986, 1971, 1973; *Reinhard Zimmermann*, Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht, FamRZ 1981, 929–935.

⁷² *Coester-Waltjen*, Künstliche Befruchtung (Fn. 70) B45 ff. und B73 ff.

⁷³ BT-Drucks. 14/2096, S. 7.

⁷⁴ *Staudinger/Rauscher* (Fn. 3) Anh. § 1592 BGB Rn. 13a.

⁷⁵ *Helms* sehr eindrücklich: „Selbst wenn [der Partner der Gebärenden] vor Aufnahme der Kinderwunschbehandlung die Abgabe einer Vaterschaftsanerkennung ‚hoch und heilig‘ versprochen hat, kann er nach erfolgreicher Befruchtung nicht dazu gezwungen werden“: *ders.*, Gutachten (Fn. 49) F13; *ders.*, Familienrechtliche Aspekte des Samenspendenregistergesetzes, FamRZ 2017, 1537–1542, 1541; s. auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht (Fn. 24) 641; kritisch ebenfalls BGH 23.9.2015 – XII ZR 99/14, FamRZ 2015, 2134 Rn. 21.

Streit mit der Gebärenden, hat sie keine Handhabe, selbst wenn der Partner von Anfang an die künstliche Befruchtung mit betrieben hat.⁷⁶

Auch ein Rückgriff auf den Samenspender ist seit Mitte 2018 ausgeschlossen (§ 1600d Abs. 4 BGB n.F.).⁷⁷ Weder der soziale noch der genetische Vater können nunmehr zur Verantwortung gezogen werden.⁷⁸ Das Recht lässt somit eine Vaterlosigkeit des Kindes zu. Auch wenn es überzeugt, die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders auszuschließen, wäre es sinnvoll gewesen, gleichzeitig eine verbindliche Vaterschaft des Partners der Gebärenden einzuführen, wenn dieser der Befruchtung zugestimmt hat.⁷⁹ Auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht und der Deutsche Juristentag fordern eine derartige Regelung.⁸⁰

Ähnlich ist die Situation, wenn ein lesbisches Paar eine Samenspende nutzt. Dann hat das Kind zunächst nur eine Mutter: die Gebärende. Da kein männlicher Partner vorhanden ist, besteht keine rechtliche Vaterschaft. Einen zweiten Elternteil erhält das Kind erst mit der Partnerin der Gebärenden. Ist die Gebärende mit ihrer Partnerin verheiratet oder verpartnert, so kann und muss die Partnerin dafür das Kind adoptieren, § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB bzw. § 9 Abs. 7 Satz 1 LPartG. Kommt es zwischen den beiden Frauen zu Differenzen, so kann die Partnerin die Adoption verweigern und sich der Verantwortung entziehen.⁸¹ Das Kind hat dann die Gebärende als einzigen Elternteil. Wie bereits dargestellt, kann dann auch eine Vaterschaft des Samenspenders nicht mehr festgestellt werden, § 1600d Abs. 4 BGB n.F. Auch hier nimmt das Recht in Kauf, dass das Kind nur einen rechtlichen Elternteil hat.

Ist das Paar weder verheiratet noch verpartnert, ist die Situation noch schwieriger. Dann wäre nur eine verdrängende Adoption durch die Partnerin

⁷⁶ In der Einwilligung des Partners der Gebärenden in die Samenspende wird jedoch regelmäßig ein Vertrag zur Übernahme von Unterhaltszahlungen für das Kind gesehen: BGH 23.9.2015, FamRZ 2015, 2134; vgl. bereits BGH 3.5.1995 – XII ZR 29/94, FamRZ 1995, 861. Erbrechtliche Absprachen anzunehmen, dürfte demgegenüber ausgeschlossen sein: *Marina Wellenhofer*, Anm. zu BGH 23.9.2015 – XII ZR 99/14, FamRZ 2015, 2137–2138, 2137.

⁷⁷ In Kraft ab 1.7.2018. Vgl. Art. 2 und 4 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17.7.2017, BGBl 2017 I 2513; dazu *Martin Löhnig*, Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643–644, 643. Siehe dazu *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F14 f.

⁷⁸ In der Praxis scheiterte bisher ein Zugriff auf den Samenspender meist auch daran, dass die Identität des Samenspenders nicht bekannt war. Vgl. *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1541.

⁷⁹ Die Verantwortung sollte einer vorrangigen Berücksichtigung einer Anerkennung durch einen neuen Partner der Gebärenden nicht im Wege stehen. Vgl. Fn. 65.

⁸⁰ *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 94, These 41, erläuternd dazu ebd. S. 61; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) Beschluss 1, P173. Dazu *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F13 ff.

⁸¹ *Helms*, FamRZ 2017, 1537, 1541.

der Gebärenden möglich.⁸² Dadurch würde die Gebärende ihre Mutterschaft verlieren, vgl. §§ 1754 f. BGB. Das Kind hat in diesen Fällen daher regelmäßig nur einen rechtlichen Elternteil. Damit ist sogar eine freiwillige gemeinsame Elternschaft ausgeschlossen, ganz zu schweigen von der Gewährleistung einer angemessenen Verantwortung.

Zum Schutz des Kindes ist auch bei lesbischen Paaren eine Regelung notwendig, die eine Verantwortung der Partnerin der Gebärenden begründet, die in die Befruchtung einwilligt.⁸³ Entsprechendes schlagen auch der Deutsche Juristentag und der Arbeitskreis Abstammungsrecht vor.⁸⁴

Auch bei der Leihmutterschaft stellt sich die Frage der Verantwortung. Sie ist dort jedoch besonders problematisch. Das deutsche Abstammungsrecht ignoriert die Leihmutterschaftsvereinbarung. Die Leihmutter ist als Gebärende unumstößlich die rechtliche Mutter. Ist sie verheiratet, so ist ihr Ehemann der Vater. Hat er in die Leihmutterschaft eingewilligt, so kann er seine Vaterschaft nicht anfechten.⁸⁵ In diesem Fall wird das Kind somit rechtlichen Eltern zuverlässig zugeordnet. Eine Verantwortung für das Kind ist zwar in dem Sinne gewährleistet, dass dem Kind zwei Personen als Eltern zugeordnet werden können. Allerdings trifft hier die Verantwortung nicht die Wunscheltern, sondern die Leihmutter mit ihrem Ehemann. Die Wunscheltern können – wenn überhaupt – nur dann Eltern werden, wenn sie sich aktiv darum bemühen.

Ist die Leihmutter unverheiratet, so teilt sie die Verantwortung mit dem Wunschvater, falls er der genetische Vater ist.⁸⁶ In diesem Fall kann seine Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden.⁸⁷ Die Wunschmutter müsste auch hier das Kind adoptieren.

Je nach Ehestand der Leihmutter tragen im deutschen Recht die Wunscheltern somit keine oder nur teilweise die Verantwortung für das Kind.

⁸² Vgl. *Bettina Heiderhoff*, in: *jurisPK-BGB* (Stand 15.10.2016) § 1741 BGB Rn. 27 ff.

⁸³ Auch hier sollte diese Verantwortung einer vorrangigen Berücksichtigung einer Anerkennung durch einen neue Partnerin der Gebärenden nicht im Wege stehen, sofern man grundsätzlich die Möglichkeit einer solchen Mutterschaftsanerkennung eröffnet; vgl. Fn. 65 und 79.

⁸⁴ *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht (Fn. 50) 96, These 51. Erläuternd dazu S. 70; Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Beschlüsse (Fn. 52) P175.

⁸⁵ *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 25 f.; *Alexander Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus (Frankfurt am Main 2014) 93 f.; a.A. etwa *Normann Witzleb*, „Vater werden ist nicht schwer“? – Begründung der inländischen Vaterschaft für Kinder aus ausländischer Leihmutterschaft, in: *FS Martiny* (Tübingen 2014) 203–240, 212 f.

⁸⁶ Ist der Wunschvater nicht der genetische Vater, können demgegenüber dieselben Probleme auftreten wie bei einer Samenspende, s. oben S. 102 f.

⁸⁷ Der Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung eines Samenspenders gemäß § 1600d Abs. 4 BGB n.F. ist schon deshalb nicht einschlägig, weil der Samen hier nicht von einer Samenbank i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 Samenregistergesetz zur Verfügung gestellt wird. Vgl. *Helms*, *FamRZ* 2017, 1537, 1540 f.

Die Wunschmutter muss das Kind immer adoptieren. Der Wunschvater muss es adoptieren, wenn die Leihmutter verheiratet ist.⁸⁸ Wollen die Wunscheltern doch keine Eltern werden, etwa weil das Kind behindert ist, so steht ihnen diese Option vielfach offen.⁸⁹

Bei der Leihmutterschaft besteht im deutschen Recht zwar eine Verantwortung für das Kind, sie trifft allerdings mit der Leihmutter und ihrem Ehemann die Falschen. Bei Vereinbarung der Leihmutterschaft war vorgesehen, dass nicht sie, sondern die Wunscheltern das Kind aufziehen sollten. Die Wunscheltern sind diejenigen, die die Zeugung des Kindes betrieben und anfangs bekundet haben, für das Kind die Verantwortung tragen zu wollen. Das Gesetz teilt die Verantwortung entgegen dieser Absprache zu.

Bei internationalen Fällen der Leihmutterschaft können sich die Verantwortungsdefizite verschärfen. In Ländern, die Leihmutterschaft erlauben, sind regelmäßig die Wunscheltern als Eltern bestimmt.⁹⁰ Im deutschen Recht sind es die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Ehemann. Dieser Widerspruch zwischen den Rechtsordnungen kann schlimmstenfalls dazu führen, dass in der Praxis niemand zur Verantwortung gezogen werden kann, weil die betreffenden Regelungen die Verantwortung den Personen zuweisen, die nicht vor Ort und somit nicht greifbar sind.⁹¹ Sind die Wunscheltern beispielsweise mit dem Kind nach Deutschland zurückgekehrt und hat das Kind nunmehr dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das deutsche Recht anwendbar.⁹² Damit sind die Leihmutter und gegebenenfalls ihr Ehemann die rechtlichen Eltern.⁹³ Wenden sich die Wunscheltern von dem Kind ab, dürfte es sehr schwierig sein, die Verantwortung einer im Ausland lebenden Leihmutter einzufordern, zumal sie nach dem Recht ihres Heimatlandes nicht die Mutter ist.

⁸⁸ Eine Adoption durch den Wunschvater ist trotz Ehe der Leihmutter ausnahmsweise nicht notwendig, wenn der Wunschvater der genetische Vater ist und der Ehemann der Leihmutter der Befruchtung nicht zugestimmt hat. Dann wäre eine Anfechtung der Vaterschaft des Ehemanns der Leihmutter möglich (§ 1600 BGB), gefolgt von einer Anerkennung durch den Wunschvater (§ 1592 Nr. 2 BGB).

⁸⁹ Mit der Leihmutterschaftsvereinbarung dürften die Wunscheltern sich jedoch zumindest konkludent zu der Unterhaltszahlung an das Kind verpflichten; *Helms*, Gutachten (Fn. 49) F54 m.w.N. Siehe entsprechend zur Samenspende Fn. 76.

⁹⁰ Zum dortigen Abstammungsrecht s. Fn. 41.

⁹¹ Vgl. den Sachverhalt, der der Entscheidung VG Berlin 26.11.2009 – Az. 11 L 396.09 zugrunde liegt; dazu *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 1 f.

⁹² Liegt eine ausländische Entscheidung zur Elternschaft vor, so ist deren Anerkennung gemäß §§ 108 f. FamFG vorrangig gegenüber der Abstammungsbestimmung anhand des anwendbaren Rechts.

⁹³ Handelt es sich bei den Wunscheltern um Deutsche, so kann ihre Elternschaft auch nicht über Art. 19 Abs. 1 Satz 2 oder 3 EGBGB begründet werden; *Duden*, Leihmutterschaft (Fn. 17) 88 und 95.

3. Ursachen fehlender Verantwortung

In den Lücken der Verantwortlichkeit bei der Reproduktionsmedizin und der gleichgeschlechtlichen Elternschaft spiegelt sich der allgemeine Unwille, in diesen Bereichen gesetzgeberisch tätig zu werden. Umfassende Gesetzgebung zur Reproduktionsmedizin und gleichgeschlechtlichen Elternschaft scheidet wohl primär an der gesellschaftlich hochkontroversen Natur der Materie und an Bedenken, dass gleichgeschlechtliche Elternschaft und Reproduktionsmedizin bei der Entwicklung des Kindes Schäden verursachen könnten – eine Befürchtung, die inzwischen durch psychologische Forschung zu einem großen Teil entkräftet wurde.⁹⁴

Umfassende Reformen in diesen Bereichen wären daher manchen zu liberal, manchen nicht liberal genug. Soweit Reformen erfolgten, stellen sie eher ein Stückwerk dar.

Eine gleichgeschlechtliche Elternschaft wurde nur schrittweise ermöglicht und nur über das Adoptionsrecht: Nachdem anfangs eine gemeinsame Elternschaft – auch über eine Adoption – gänzlich ausgeschlossen war, erfolgte die Öffnung über die Stiefkindadoption,⁹⁵ die Sukzessivadoption⁹⁶ und schließlich die gemeinsame Adoption im Rahmen der Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.⁹⁷ Im Abstammungsrecht ist demgegenüber eine gleichgeschlechtliche Elternschaft weiterhin ausgeschlossen. Der Reformprozess scheint indes noch nicht abgeschlossen zu sein.

Dieses zögerliche Vorgehen findet sich auch bezüglich der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft im Allgemeinen. Dort war die Gesetzgebung nach dem Erlass des LPartG geprägt von punktuellen Einzelreformen. Meist wurden dabei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt.⁹⁸ Über die Anpassungen, die zur Umsetzung der jeweiligen Entscheidung notwendig waren, wurde dabei meist nicht hinausgegangen. Schrittweise vollzog sich somit auch hier die Entwicklung, bis hin zu ihrem zumindest vorläufigen Ende:⁹⁹ der Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.¹⁰⁰

⁹⁴ Siehe Fn. 60.

⁹⁵ BGBl. 2004 I 3396.

⁹⁶ BGBl. 2014 I 786 zur Umsetzung der Entscheidung BVerfG 19.2.2013, NJW 2013, 847.

⁹⁷ BGBl. 2017 I 2787; gleichgeschlechtliche Ehepartner fallen seitdem unter § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB.

⁹⁸ *Michael Coester*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Berlin 2010) Einl. LPartG Rn. 30 ff.; *Dieter Hahn*, in: BeckOK BGB (München, Stand 15.6.2017) § 1 LPartG Rn. 2 ff.

⁹⁹ Im Gesetzgebungsverfahren wurden verfassungsrechtliche Bedenken an der Öffnung der Ehe geäußert. Bisher ist jedoch nicht absehbar, dass diese in ein Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht münden werden.

¹⁰⁰ BGBl. 2017 I 2787 ff.

Hinsichtlich der Reproduktionsmedizin ist die Gesetzeslage insgesamt unbefriedigend. Seit langem wird in Deutschland eine umfassende Regelung der Reproduktionsmedizin gefordert,¹⁰¹ wie sie etwa im Vereinigten Königreich seit 1990 und in Österreich seit 1992 existiert.¹⁰² In Deutschland ist das Gebiet nur sehr vereinzelt geregelt. Das Embryonenschutzgesetz (ESchG) enthält strafrechtliche Verbote einzelner Verfahren der Reproduktionsmedizin – von Eizellspenden und Leihmutterschaft (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 7 ESchG) bis hin zu Klonen, Chimären- und Hybridbildung (§§ 6 f. ESchG). Andere Nebengesetze, wie das Adoptionsvermittlungsgesetz (AdoptVermiG), enthalten flankierende Einzelregelungen.¹⁰³ Umfassende Regelungen zu der Zulässigkeit reproduktionsmedizinischer Verfahren finden sich allerdings nicht. Es bleiben erhebliche Lücken und Zweifel. Von praktischer Bedeutung ist etwa die Unklarheit bei der Zulässigkeit der Samenspende. Das Gesetz sieht keine Vorgaben zum Familienstand der zu befruchtenden Frau vor. Die Bundesärztekammer ergänzt die gesetzlichen Vorgaben seit Jahren durch berufsrechtliche Richtlinien, die deutlich restriktiver sind und die Samenspende lange grundsätzlich auf Ehepaare beschränkten.¹⁰⁴ Angesichts der – auch grundrechtlichen – Bedeutung der Familiengründung erscheinen derartige Einschränkungen durch nicht demokratisch legitimierte Stellen sehr fragwürdig.¹⁰⁵

Neben der Zulässigkeit sind auch die abstammungsrechtlichen Folgen der Reproduktionsmedizin nicht besonders geregelt.¹⁰⁶ Sie ergeben sich grundsätzlich aus dem regulären Abstammungsrecht. Nur vereinzelte spezifische Regelungen wurden dabei ergänzt, oft erst nachdem die entsprechenden Verfahren schon lange genutzt wurden. Als Beispiel kann der genannte Anfechtungsausschluss nach der Samenspende dienen, §§ 1600 Abs. 4 BGB n.F. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber den Anfechtungsausschluss gleichzeitig mit der Zulässigkeit der Samenspende regeln.¹⁰⁷ Man wollte durch den Anfechtungsausschluss aber nicht den Eindruck erwecken, dass man die Samen-

¹⁰¹ Statt vieler etwa *Ulrich Gassner et al.*, Fortpflanzungsmedizingesetz – Augsburg-Münchener-Entwurf (Tübingen 2013); *Martin Löhnig/Ina Plettenberg*, Künstliche Fortpflanzung im deutschen Recht, in: Dutta/Schwab/Henrich et al., Künstliche Fortpflanzung (Fn. 27) 11–24, 23 f.

¹⁰² Human Fertilisation and Embryology Act 1990 bzw. Fortpflanzungsmedizingesetz.

¹⁰³ So untersagt § 13c AdVermiG die Vermittlung von Leihmüttern.

¹⁰⁴ Siehe bereits *Bundesärztekammer*, DÄ 1985, A1691, A1691 f; inzwischen sieht die Musterrichtlinie vor, dass auch Frauen in festgefügtter, heterosexueller Partnerschaft eine Samenspende erhalten können: *Bundesärztekammer*, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion – Novelle 2006 –, DÄ 2006, A1392–A1403, A1395 und A1400.

¹⁰⁵ *Löhnig/Plettenberg*, Künstliche Fortpflanzung (Fn. 101) 23.

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 52.

¹⁰⁷ *Staudinger/Rauscher* (Fn. 3) Anh. § 1592 BGB Rn. 2.

spende als reproduktionsmedizinisches Verfahren gutheiße.¹⁰⁸ Da eine umfassende Regelung nicht erreicht werden konnte, wurde letztlich doch der Anfechtungsausschluss isoliert eingeführt, nachdem die Kritik an der vorherigen Rechtslage zu deutlich und die Gefährdung für das Kindeswohl zu offensichtlich wurden.

Soweit es in beiden Gebieten mithin zu Anpassungen kam, dienten sie zwar meist dazu, die rechtliche Anerkennung der Familienvielfalt zu ermöglichen – vor allem bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft aber nur über den zusätzlichen Schritt einer Adoption. Das Motto war dabei somit „Freiheit? Ja! Aber...“

Verantwortung wird so nicht eingefordert. Ohne eine umfassende Regelung bleiben Lücken. Um Verantwortung zu gewährleisten, muss man im Abstammungsrecht die Familienvielfalt akzeptieren. Bedenken gegenüber der Art der Familie oder ihrer Gründung können in anderen Rechtsgebieten behandelt werden. Eine umfassende abstammungsrechtliche Regelung bedeutet nicht zwingend, dass eine bestimmte Art der Familiengründung gebilligt oder gutgeheißen wird. Es bedeutet lediglich, dass ihre Existenz abstammungsrechtlich anerkannt wird und allfällige Bedenken gegen die Art der Familiengründung in anderen Rechtsgebieten behandelt werden: sei es *ex ante*, etwa durch Verbote bestimmter Arten der Reproduktionsmedizin,¹⁰⁹ sei es *ex post* im Rahmen des Sorge- und Umgangsrechts.

Solange man jedoch bestimmten Familien im Abstammungsrecht mit Vorbehalten begegnet und zusätzliche Schritte zum Erwerb einer Elternschaft verlangt, kann man die Betroffenen nicht gleichzeitig zur Verantwortung ziehen, wenn sie diese Schritte nicht mehr gehen wollen. Wenn man die Beteiligten an ihrer Verantwortung festhalten will, muss man ihnen umgekehrt die Freiheit einräumen, ungehindert die Elternschaft zu erwerben.

IV. Fazit

Die Entwicklung hin zu mehr Freiheit im Abstammungsrecht ist insgesamt zu begrüßen. Das Abstammungsrecht hat nicht den Zweck, die Eltern dafür zu sanktionieren, wenn sie mit traditionellen Familienbildern brechen. Vielmehr soll das Abstammungsrecht dem Kind Entwicklungschancen und Geborgenheit im Rahmen einer rechtlich stabilen Familie sichern.

¹⁰⁸ S. zu entsprechenden Vorbehalten bei Erlass des KindRG BT-Drucks. 13/4899, S. 52.

¹⁰⁹ So etwa das Verbot der Leihmutterchaft. Auch wenn deutsche Paare dem Verbot vermehrt entgegen, indem sie im Ausland Leihmütter beauftragen, scheint das Verbot im Inland Leihmutterchaften effektiv zu verhindern.

Dieser Zweck zeigt gleichzeitig auch die Schranken auf: Die Freiheit der Eltern endet dort, wo sie das Wohl des Kindes belastet. Freiheit muss durch Verantwortung ergänzt werden. Wer die Familiengründung anstößt, muss später für das Kind die Verantwortung tragen.

Bei natürlicher Zeugung führt die leibliche Elternschaft dazu, dass man für das Kind auch rechtlich Verantwortung übernehmen muss. Bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft und Reproduktionsmedizin reicht das nicht. Man muss aktiv die Verantwortung der Personen einfordern, die die Zeugung angestoßen haben. Wegen Vorbehalten gegenüber bestimmten Familienformen blieb entsprechende Gesetzgebung meist aus.

Gerade den betroffenen Kindern tut man damit keinen Gefallen. Abschließend gilt somit: Wer Freiheit wagt, muss Verantwortung tragen!