

Nina Dethloff

Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin

Unter Mitarbeit von Wiss.Mit. Anja Timmermann

GUTACHTEN



**FRIEDRICH
EBERT
STIFTUNG**
Forum Politik
und Gesellschaft

INHALT*

VORWORT	7
I. KINDERWUNSCH UND VIELFALT FAMILIÄRER LEBENSFORMEN	11
II. RECHTLICHER RAHMEN DER ASSISTIERTEN REPRODUKTION – ZUGANG UND RECHTSFOLGEN	17
1. Rechtslage	17
2. Reformbedarf	18
III. LESBISCHE PAARE UND FAMILIENGRÜNDUNG DURCH SAMENSPENDE	25
1. Rechtliche Elternschaft nach geltendem Recht	25
2. Reformbedarf	28
IV. SCHWULE PAARE UND FAMILIENGRÜNDUNG DURCH LEIHMUTERSCHAFT	41
1. Rechtliche Elternschaft nach geltendem Recht	42
2. Reformbedarf	44
V. MEHRELTERNFAMILIEN	51
1. Rechtslage	51
2. Reformbedarf	52
VI. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	61
LITERATUR	69
ABKÜRZUNGEN	72
ÜBER DIE AUTORINNEN	73

* Für ihre wertvolle Unterstützung danke ich Wiss. Mit. Mirjam Zschoche, LL.M.,
und cand. iur. Laura Bolz.

VORWORT

Wenn es um die Frage der eigenen Lebensgestaltung geht, ist für Paare der Wunsch nach einem Leben mit Kindern oftmals zentral. Auch in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften wird diese Möglichkeit der Familiengründung heute immer häufiger diskutiert und eine dahingehende Gleichstellung hat sich in den vergangenen Jahren weiterentwickelt. Seit 2005 ist die sogenannte Stiefkindadoption – also die Adoption leiblicher Kinder des/der Partner_in – in Deutschland möglich. Weiterführend wurde 2014 ein Gesetz verabschiedet, das auch die Stiefkindadoption adoptierter Kinder erlaubt.

Trotz solcher positiven Entwicklungen stellen wir bei der Gesetzgebung weiterhin eine große Ungleichheit fest. Prof. Dr. Nina Dethloff, Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Universität Bonn, forderte 2015 in einem Gutachten¹ für die Friedrich-Ebert-Stiftung, die gemeinschaftliche Adoption für eingetragene Lebenspartner_innen zu öffnen. Darüber hinaus sehen wir im Bereich der medizinisch assistierten Reproduktion einen grundlegenden Reformbedarf. Für viele gleichgeschlechtliche Paare ist dies der einzige Weg, sich den Wunsch nach einem eigenen Kind zu erfüllen. Hier fehlt jedoch bislang eine umfassende gesetzliche Regelung hinsichtlich aufeinander abgestimmter Voraussetzungen und Rechtsfolgen, wie Prof. Dr. Dethloff – die wir erneut für eine Zusammenarbeit gewinnen konnten – feststellt.

Das vorliegende Gutachten befasst sich mit den Fragen des Zugangs gleichgeschlechtlicher Paare zu den verschiedenen Methoden der assistierten Reproduktion und den Rechtsfolgen. Der Fokus wird auf die rechtliche Stellung von Eltern in Regenbogenfamilien – auch in Mehrelternkonstellationen – gelegt und zeigt dabei geltende Rechtslagen sowie Reformbedarfe auf.

Der Wunsch gleichgeschlechtlicher Paare, ein Leben mit Kindern mittels medizinisch assistierter Reproduktion zu verwirklichen, spiegelt die gesellschaftliche Realität wider und geht einher mit vielfältigen Lebensformen und -entwürfen. Es bedarf eines Gesamtkonzepts, wie es in vielen (außer-)europäischen Ländern bereits heute – auch in Form von Reproduktionsmedizingesetzen – existiert. Dabei wird auch und vor allem der umfassende Schutz von Kindern in den Fokus der Diskussion rücken müssen. Eine moderne Familienpolitik sollte diskriminierungsfrei ausgestaltet sein und Ziele verfolgen, welche die Unterstützung und Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen Paaren und Regenbogenfamilien vorantreiben.

Sarah VespermannForum
Politik und Gesellschaft.

[1] *Dethloff*, Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartner_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2015.

I. KINDERWUNSCH UND VIELFALT

FAMILIÄRER LEBENSFORMEN

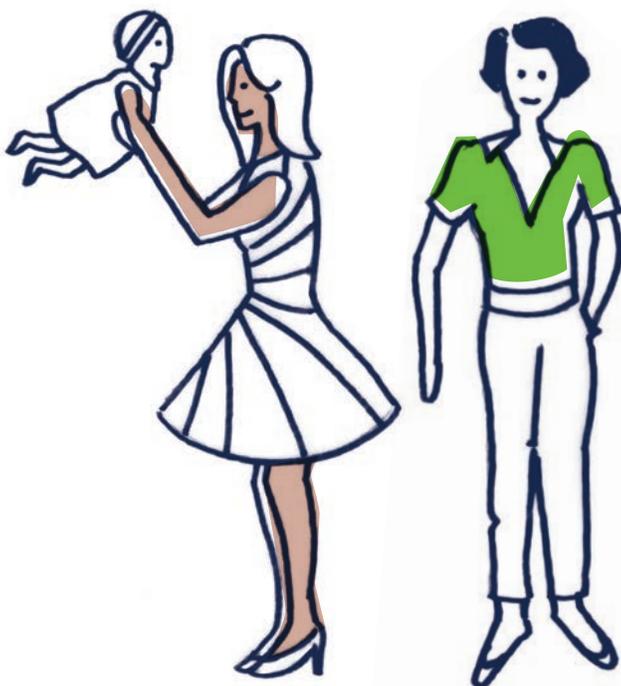
Die Möglichkeit einer Familiengründung ist für gleichgeschlechtliche Paare heute von großer Bedeutung. Einer aktuellen Untersuchung zufolge wünschen sich 36,4 Prozent der kinderlosen homosexuellen Männer ein Kind, während der Anteil bei den lesbischen Frauen mit 41,4 Prozent noch etwas höher liegt.² Ein Leben mit Kindern können gleichgeschlechtliche Paare zwar erreichen durch die Aufnahme eines Pflegekindes oder die Adoption eines fremden Kindes, das zunächst durch eine/n der Partner_innen und dann – im Wege der seit dem 27. Juni 2014 zulässigen sog. Sukzessivadoption – auch durch den/die andere/n Partner_in angenommen werden kann.³ Der verbreitete Wunsch nach einem zumindest mit einem/einer der Partner_innen genetisch verbundenen Kind⁴ kann dadurch aber nicht verwirklicht werden. Er lässt sich vielmehr mithilfe verschiedener Methoden der medizinisch assistierten Reproduktion erfüllen. Dass gleichgeschlechtliche Paare diese daher immer öfter in Anspruch zu nehmen suchen, ist eine gesellschaftliche Entwicklung, der die gesetzlichen Regelungen Rechnung tragen müssen.

Die möglichen Formen der – auch genetischen – Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare sind vielfältig. **Lesbische Paare** können ihren Kinderwunsch mithilfe einer Samenspende eines Dritten verwirklichen. Denkbar ist dabei einerseits die Befruchtung einer Partnerin mit dem Samen eines anonymen Spenders in einer Klinik, andererseits die Selbstbefruchtung mittels einer privat organisierten Samenspende. Zudem ist es medizinisch möglich, dass eine mit Spendersamen befruchtete Eizelle der einen Partnerin der anderen, die das Kind austragen soll, eingepflanzt wird (sog.

[2] Haag, Zum Kinderwunsch homosexueller Männer und Frauen, in: *Maio/Eichinger/Bozarro* (Hrsg.), *Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin*, Freiburg/München 2013, 400, 414.

[3] Der Gesetzgeber ist gefordert, auch die gemeinschaftliche Adoption für eingetragene Lebenspartner_innen zu öffnen, dazu *Dethloff*, *Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartner_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!*, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2015.

[4] 75 Prozent der in einer lesbischen Partnerschaft lebenden Frauen messen einem eigenen Kind große Bedeutung zu, *Gründler/Schiefer*, *Familienleitbilder unter dem Regenbogen – Akzeptanz von Regenbogenfamilien in Deutschland*, *Bevölkerungsforschung Aktuell* 04/2013, 18, 22 f.



reziproke In-vitro-Fertilisation). Eine Partnerin ist dann die genetische, die andere die biologische Mutter – es besteht also eine Verbindung des Kindes zu beiden. **Schwule Paare** können dagegen nur mithilfe einer Leihmutter ein mit einem der Partner genetisch verbundenes Kind bekommen. Die Leihmutter trägt hierbei in der Regel ein Kind aus, das mittels einer gespendeten Eizelle und des Samens eines der Partner gezeugt wurde.

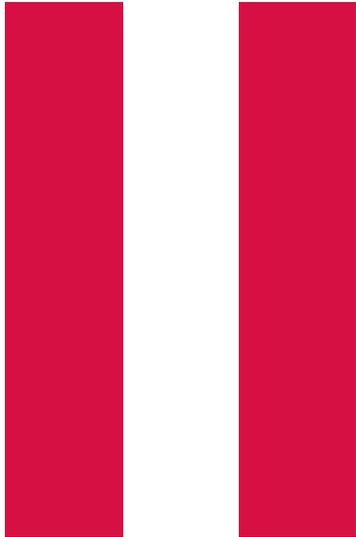
Darüber hinaus kommen verschiedene, auf privater Absprache beruhende Formen von Mehrelternfamilien in Betracht (sog. **Queer Families**). Während jedenfalls bei der anonymen Samenspende eines Dritten oder auch bei einer Leihmutterschaft nach der Vorstellung der Beteiligten die Elternrolle allein von dem lesbischen bzw. schwulen Wunschelternpaar ausgeübt werden soll, wünschen sich die Beteiligten in Mehrelternkonstellationen eine – meist in räumlicher Nähe lebende – soziale Familie, in der mehr als zwei Personen Elternverantwortung wahrnehmen, deren Umfang unterschiedlich sein kann, und diese auch rechtlich absichern wollen. Dass es Zwischenformen geben kann, zeigt der Fall der privaten Samenspende, in dem das Kind seinen biologischen Vater häufig kennenlernen und eventuell auch regelmäßigen Kontakt zu ihm haben soll, dessen Sorgeberechtigung oder Unterhaltsverpflichtung – jedenfalls nach der anfänglichen Vorstellung der Beteiligten – aber gerade nicht gewünscht ist. Eine denkbare Mehrelternkonstellation stellt das Drei-Eltern-Modell dar, bei dem sich ein lesbisches Paar mit einem Mann oder ein schwules Paar mit einer Frau zusammenschließt. Daneben besteht das Modell der **Kleeblattfamilie**⁵ (Vier-Eltern-Modell): Hier finden sich in der Regel ein lesbisches und ein schwules Paar zusammen, um gemeinsam ein oder mehrere Kinder zu zeugen und diese auch gemeinsam zu erziehen.⁶

Das vorliegende Gutachten erläutert zunächst den rechtlichen Rahmen der assistierten Reproduktion allgemein und thematisiert hier vor allem die Frage des Zugangs gleichgeschlechtlicher Paare zu den verschiedenen Methoden (II.). Im Mittelpunkt steht dann die Regelung der Elternschaft in Regenbogenfamilien. Hier wird

der Blick auf die rechtliche Elternstellung bei der Familiengründung sowohl durch lesbische Paare mittels Samenspende (III.) als auch durch schwule Paare mithilfe einer Leihmutter (IV.) gerichtet. Dabei wird jeweils die geltende Rechtslage dargestellt, bevor auf den Reformbedarf eingegangen wird. Schließlich wird erörtert, welche Gestaltungsmöglichkeiten in Mehrelternkonstellationen derzeit bestehen und in Zukunft bestehen sollten (V.). Die sich im Zusammenhang mit der Elternschaft Trans- und Intersexueller stellenden Fragen sind hingegen nicht Gegenstand der Untersuchung.

[5] Der Begriff hat seinen Ursprung im schwedischen Begriff „Fyrklöverfamilj“ (*fyrklöver* = vierblättriges Kleeblatt), vgl. *Irlé*, Das Regenbogen-Experiment – Sind Schwule und Lesben die besseren Eltern?, Weinheim 2014, 29.

[6] *Streib-Brzič/Quadflieg* (Hrsg.), School is Out?! Vergleichende Studie „Erfahrungen von Kindern aus Regenbogenfamilien in der Schule“ durchgeführt in Deutschland, Schweden und Slowenien, Teilstudie Deutschland, Berlin 2011, 9.



**RECHTLICHER RAHMEN
DER ASSISTIERTEN
REPRODUKTION – ZUGANG
UND RECHTSFOLGEN**



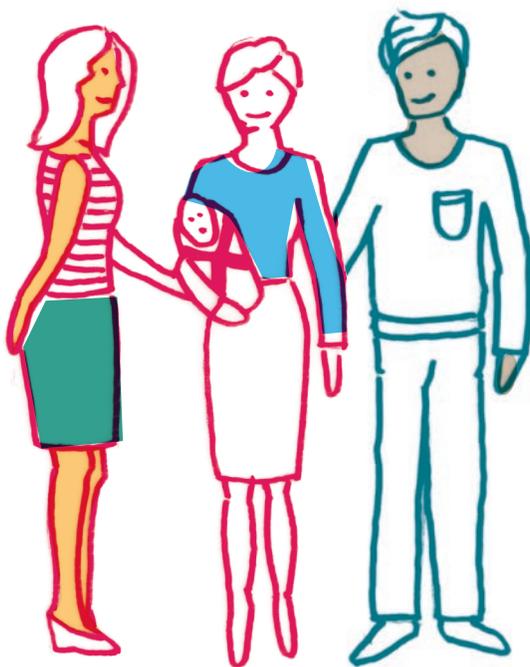
II. RECHTLICHER RAHMEN DER ASSISTIERTEN REPRODUKTION – ZUGANG UND RECHTSFOLGEN

1. Rechtslage

Die Möglichkeiten gleichgeschlechtlicher Paare, ihren Wunsch nach einem genetisch eigenen Kind mittels assistierter Reproduktion zu verwirklichen, sind in Deutschland aufgrund der bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen beschränkt. Regelungen finden sich auf bundesgesetzlicher Ebene im Embryonenschutzgesetz (ESchG) sowie im Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVerMiG).

Lesbische Paare können ein mit einer der Partnerinnen genetisch verbundenes Kind durch eine **heterologe Insemination**, d. h. eine Übertragung von Spendersamen in den Körper einer der Frauen, bekommen. Die Insemination erfolgt meistens im Zusammenhang mit einer hormonellen Stimulation; als solche ist sie in Deutschland nicht gesetzlich verboten, unterliegt jedoch berufsrechtlichen Regelungen der Landesärztekammern. In der Praxis zeigt sich zwar, dass gleichgeschlechtlichen Paaren zunehmend auch über Samenbanken eine Befruchtung mit Spendersamen ermöglicht wird; die Bestimmungen, die die berufsrechtliche Zulässigkeit der Durchführung einer entsprechenden Behandlung bei einer in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebenden Frau betreffen, sind aber in den Bundesländern uneinheitlich und nicht überall eindeutig. Nicht zuletzt wegen dieser Unsicherheiten begeben sich lesbische Paare zur Durchführung der Befruchtung teilweise ins Ausland oder greifen auf private Samenspender, etwa Bekannte bzw. durch Internet oder Anzeigen hergestellte Kontakte, zurück, ohne dass eine medizinische Kontrolle oder Begleitung stattfindet. Für das Gebrauchmachen von einer privaten Samenspende kann es allerdings auch noch andere Gründe geben, vor allem die Möglichkeit zur Auswahl eines Spenders mit bestimmten Eigenschaften bzw. Erbanlagen, die Erleichterung eines späteren Kennenlernens von Kind und leiblichem Vater sowie die Kostenersparnis.

Schwulen Paaren ist die Gründung einer Familie mit einem Kind, das mit einem der Partner genetisch verbunden ist, aufgrund des generellen Verbots der **Leihmutter-schaft** in Deutschland hingegen gänzlich verwehrt. Dieses Verbot wird abgeleitet



aus § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c, 14b AdVermiG und den dazugehörigen Gesetzesbegründungen.⁷ Aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ESchG ergibt sich, dass die **Eizellspende** ebenfalls verboten ist. Unzulässig ist damit auch die besondere Form der reziproken In-vitro-Fertilisation, bei der eine Partnerin die mit Spendersamen befruchtete Eizelle der anderen Partnerin austrägt. Da in vielen **anderen Ländern** liberalere Regelungen bestehen als in Deutschland, nehmen gleichgeschlechtliche Paare, die sich ihren Kinderwunsch mittels einer Leihmutter oder einer Eizellspende erfüllen möchten, diese Leistungen zunehmend im Ausland in Anspruch.

2. Reformbedarf

Bislang existiert in Deutschland keine umfassende gesetzliche Regelung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der assistierten Fortpflanzung. Die Freiheit, mittels assistierter Reproduktion eine Familie zu gründen, ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und stellt einen elementaren Bereich der Entfaltung der Persönlichkeit dar.⁸ Ein so wesentliches Recht darf nur durch den Gesetzgeber und nicht allein aufgrund berufsrechtlicher Regelungen beschränkt werden. In Deutschland muss daher ein **Reproduktionsmedizinengesetz** geschaffen werden, wie es in vielen europäischen und außereuropäischen Ländern schon existiert.⁹ In einem solchen Gesetz ist zu regeln, **welche Methoden** der medizinisch assistierten Reproduktion zulässig sind und **wer Zugang** zu diesen Methoden hat. Beschränkungen der Reproduktionsfreiheit, also vor allem Verbote bestimmter Maßnahmen, sind – wie andere Grundrechtsbeschränkungen auch – nur dann gerechtfertigt, wenn sie verhältnismäßig sind: Ein Verbot muss daher zum Schutz legitimer Interessen der Allgemeinheit oder der Grundrechte Dritter notwendig sein; insbesondere sind die Aspekte, die für eine Beschränkung sprechen, mit denjenigen, die einer Beschränkung entgegenstehen, bestmöglich in Ausgleich zu bringen.

[7] BT-Drs. 11/4154, 6 f.; BT-Drs. 11/5460, 6, 9.

[8] Siehe nur *Coester-Waltjen*, Elternschaft außerhalb der Ehe – Sechs juristische Prämissen und Folgerungen für die künstliche Befruchtung, in: *Das Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Baden-Baden 2001, 158, 159; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 100.

[9] Siehe dazu *Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth*, Fortpflanzungsmedizin-gesetz Augsburg-Münchner-Entwurf, Tübingen 2013.

Vor diesem Hintergrund sind die derzeit sowohl für heterosexuelle als auch für homosexuelle Paare bestehenden Verbote der Eizellspende und der Leihmutterschaft kritisch zu überprüfen. Hierzu sei an dieser Stelle nur Folgendes angemerkt: Es begegnet Bedenken, dass die weibliche Unfruchtbarkeit nicht durch Spende einer Eizelle überwunden werden kann, während die Überwindung der männlichen Unfruchtbarkeit durch eine Samenspende zulässig ist. Dass bei der Eizellspende ein medizinischer Eingriff erforderlich ist, rechtfertigt diese Ungleichbehandlung nicht, wenn eine ausreichende Information und Aufklärung der Spenderin sichergestellt wird.¹⁰

Für das Verbot der Leihmutterschaft wird immer wieder der Schutz der Menschenwürde ins Feld geführt. Ob die Würde des Kindes, das andernfalls überhaupt nicht gezeugt würde, oder die Würde der Leihmutter ein solches Verbot rechtfertigen, ist jedenfalls insoweit fraglich, als die Leihmutterschaft nicht kommerziell erfolgt und die Selbstbestimmung der Leihmutter – vor allem auch nach der Geburt – gewährleistet ist.¹¹ Ungeachtet dessen muss eine Entscheidung für die Zulassung der einen oder anderen Methode assistierter Fortpflanzung für verschiedengeschlechtliche und gleichgeschlechtliche Paare gleichermaßen gelten. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass Kinder in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft ebenso behütet aufwachsen können wie in einer verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft,¹² und damit die Eignung gleichgeschlechtlicher Partner_innen zur Übernahme von Elternverantwortung anerkannt.¹³ Der Zugang zu den verschiedenen Methoden ist also **diskriminierungsfrei** zu gewähren. In diesem Zusammenhang sind auch die Ungleichbehandlungen hinsichtlich der Übernahme der

[10] Krit. auch *Coester-Waltjen*, Reformüberlegungen unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher und personenstandsrechtlicher Fragen, *Reproduktionsmedizin* 2002, 183, 193; *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht, ESchG § 1 Rn. 7*, 2. Aufl., München 2014.

[11] Krit. gegenüber dem Verbot der Leihmutterschaft auch *Günther/Taupitz/Kaiser/Taupitz*, *ESchG § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 9 ff.*, 2. Aufl., Stuttgart 2014; *Schumann*, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: *Rosenau* (Hrsg.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland*, Baden-Baden 2012, 155, 192 f.

[12] BVerfGE 131, 239, 264; 133, 59, 89.

[13] Zusammenfassend zu Studienergebnissen bezüglich der Entwicklung von Kindern, die in lesbischen bzw. schwulen Paarbeziehungen leben, *Golombok*, *Modern Families – Parents and Children in New Family Forms*, Cambridge 2015, 66 ff., 191; *Rupp/Bergold*, Zusammenfassung, in: *Rupp* (Hrsg.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Köln 2009, 281, 305 ff.

Kosten für reproduktionsmedizinische Maßnahmen durch die gesetzliche Krankenversicherung zu beseitigen.¹⁴

Neben den Voraussetzungen müssen die **Rechtsfolgen** des Gebrauchmachens von Maßnahmen der assistierten Reproduktion umfassend neu geregelt werden.¹⁵ Dies gilt für gleich- wie auch für verschiedengeschlechtliche Paare – es muss ein stimmiges Gesamtkonzept der rechtlichen Elternschaft geschaffen werden. Zudem müssen Voraussetzungen und Rechtsfolgen aufeinander abgestimmt sein.

Zu regeln ist vor allem die Frage, wer die **rechtlichen Eltern** der mithilfe reproduktionsmedizinischer Maßnahmen gezeugten Kinder sind. Unter rechtlicher Elternschaft versteht man diejenige Position, mit der insbesondere das Recht und die Pflicht zur elterlichen Sorge sowie die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind verbunden sind. Die Frage der rechtlichen Elternschaft stellt sich bei jedem auf die Welt gekommenen Kind, und zwar unabhängig davon, ob dieses mithilfe einer im Inland zulässigen Methode gezeugt oder geboren wurde. Eine Regelung ist deshalb auch für den Fall des Fortbestehens eines Verbots zu treffen. Das geborene Kind ist ein eigener Rechtsträger und das Ziel, seine Geburt zu verhindern, darf keine Rolle für die Zuordnung zu seinen rechtlichen Eltern spielen.¹⁶

In den Fällen der Verwendung von Spendergameten (Samen- oder Eizellspende) ist weiterhin regelungsbedürftig, wie das Kind Auskunft über die Identität des Spenders erlangen kann. Denn als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG) steht ihm ein verfassungsrechtlich gewährleistetes **Recht auf Kenntnis seiner Abstammung** zu.¹⁷ Da der regelmäßig bestehende Anspruch des Kindes gegen die Klinik bzw. den behandelnden Arzt¹⁸ an die Grenzen der Durchsetzbarkeit gerät, wenn und soweit die Spenderdaten nicht (mehr) vorliegen, ist eine Dokumentation der Daten in einem zentralen Register

vorzusehen und dem Kind ein Anspruch auf Einsicht einzuräumen.¹⁹ Ferner sollte die Einführung eines Verfahrens erwogen werden, das dem Kind unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, seine leibliche Abstammung von einer anderen Person isoliert, also ohne Auswirkungen auf die rechtliche Elternschaft, klären zu lassen.²⁰ Dies ist vor allem für die mittels einer privaten Samenspende gezeugten Kinder von Bedeutung, da hier nicht sichergestellt werden kann, dass die Identität des Spenders dokumentiert wird.

[14] Siehe dazu die Beschlussvorlage für den LSVD-Verbandstag 2016, 7, abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Verbandstage/VT-2016/AG_Regenbogenfamilien_Gesamtentwurf_22022016.pdf.

[15] Die diesbezüglichen Regelungsoptionen werden auch Gegenstand der Beratungen in der familienrechtlichen Abteilung zum Thema „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen“ auf dem 71. Deutschen Juristentag sein.

[16] So auch *BGH*, NJW 2015, 479, 482.

[17] Zur erstmaligen Anerkennung dieses Grundrechts *BVerfGE* 79, 256, 268 f.

[18] Dazu *BGH*, FamRZ 2015, 642; *OLG Hamm*, FamRZ 2013, 637 m. Anm. *Kingreen*.

[19] Auch ein Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/7655, 2, 4 f., fordert die Errichtung eines sog. elektronischen Melde- und Auskunftssystems für Spenderdaten; dass das Kind überhaupt erfährt, dass es mittels Samenspende gezeugt wurde, soll durch einen Vermerk im Geburtenregister (der allerdings keine Angaben zur Identität des Spenders enthält) sichergestellt werden.

[20] Die Bereitstellung eines solchen Verfahrens wäre dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich möglich, *BVerfGE*, FamRZ 2016, 877, 884; für die Einführung einer isolierten gerichtlichen Feststellung der biologischen Vaterschaft des (von der Samenbank genannten) Samenspenders auch der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/7655, 2, 5.



LESBISCHE PAARE UND FAMILIENGRÜNDUNG DURCH SAMENSPENDE



III. LESBISCHE PAARE UND FAMILIENGRÜNDUNG DURCH SAMENSPENDE

Lesbische Paare können ihren Kinderwunsch vor allem mittels einer Samenspende verwirklichen. Nach der Geburt eines so gezeugten Kindes gilt es zu bestimmen, wer seine rechtlichen Eltern sind.

1. Rechtliche Elternschaft nach geltendem Recht

Rechtliche Mutter des Kindes ist stets und unmittelbar mit der Geburt ausschließlich die Frau, die das Kind zur Welt gebracht hat (§ 1591 BGB). Damit stellt sich die Frage, ob und wie die Partnerin der Gebärenden ebenfalls eine rechtliche Elternstellung erlangen kann. Von Bedeutung ist auch, welche Rechtsposition der Samenspender im Verhältnis zu dem gezeugten Kind einnimmt.

a) Rechtsstellung der Partnerin der Mutter

Unabhängig davon, ob die Partnerinnen eine eingetragene Lebenspartnerschaft miteinander eingegangen sind oder in einer rein faktischen Lebensgemeinschaft leben, kann zwischen der Partnerin der Mutter und dem Kind **nicht bereits mit der Geburt** eine rechtlich gesicherte Beziehung entstehen. Im Gegensatz zum Ehemann der Mutter, der gemäß § 1592 Nr. 1 BGB automatisch rechtlicher Vater des während der Ehe geborenen Kindes wird, rückt die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter nicht kraft Gesetzes in eine rechtliche Elternstellung ein. Die faktische Partnerin der Mutter hat – anders als ein männlicher Partner gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594, 1595 Abs. 1 BGB – nicht die Möglichkeit, die rechtliche Elternschaft dadurch zu erlangen, dass sie das Kind mit Zustimmung der Mutter anerkennt. Mangels Elternschaft hat die Partnerin keine elterlichen Rechte oder Pflichten; insbesondere erlangt sie kein Sorgerecht. Dem Kind stehen gegenüber der Partnerin folglich auch keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche oder Erbrechte zu. Dies gilt gleichermaßen bei der reziproken In-vitro-Fertilisation, obwohl hier die Eizelle von der Partnerin stammte. Sie ist dann zwar genetische Mutter des Kindes, aber nicht unmittelbar auch dessen rechtliche Mutter.



Sind die Mutter und ihre Partnerin verpartnert, so steht dieser immerhin das sog. **kleine Sorgerecht** gemäß § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG zu. Danach hat sie gewisse Mitwirkungs- und Mitentscheidungsbefugnisse in Bezug auf das Kind. Jedoch ist der Wille des/der Hauptsorgeberechtigten, also der Mutter (§§ 1626 Abs. 1, 1591 BGB), nach dem Gesetz vorrangig, sodass keinesfalls von gleichstufigen Sorgeberechtigungen die Rede sein kann.²¹

Eine rechtliche Elternschaft der Partnerin der Mutter kann nach geltendem Recht ausschließlich im Wege der **Stiefkindadoption** gem. § 9 Abs. 7 LPartG begründet werden. Diese Möglichkeit steht allerdings nur der eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter offen, nicht hingegen der bloß faktischen Partnerin. Zwischen dieser und dem Kind kann daher keinerlei rechtliche Verwandtschaftsbeziehung entstehen.

Eine Stiefkindadoption erfordert die Durchführung eines **gerichtlichen Verfahrens**. Wie bei jeder Annahme eines Kindes ist auch hier zu prüfen, ob diese dem **Kindeswohl** förderlich und das Entstehen eines **Eltern-Kind-Verhältnisses** zu erwarten ist (§ 1741 Abs. 1 S. 1 BGB). Die zuständige Adoptionsvermittlungsstelle führt gemäß § 7 Abs. 1 AdVerMiG zudem eine umfassende Eignungsprüfung der Annehmenden durch.²² Vorgesehen ist grundsätzlich eine Adoptionspflegezeit von regelmäßig einem Jahr (§ 1744 BGB). Deren Einhaltung wird teilweise auch bei der Annahme eines durch eine heterologe Insemination gezeugten Wunschkindes für notwendig erachtet.²³ In Fällen der gerade unter gleichgeschlechtlichen Paaren verbreiteten privaten Samenspende ist der Spender ferner vom Adoptionsverfahren zu unterrichten; wenn er sich für eine Mitwirkung am Verfahren entscheidet, ist seine Einwilligung in die Adoption erforderlich.²⁴ Bei Fehlen einer der genannten zahlreichen Voraussetzungen scheidet die Adoption. Auch die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter hat dann keine Möglichkeit mehr, eine rechtliche Elternstellung zum Kind zu begründen.

[21] Der/die eingetragene Lebenspartner_in übt das „kleine Sorgerecht“ nur im *Einvernehmen* mit dem sorgeberechtigten Elternteil aus, § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG.

[22] Näher zum Umfang der Prüfung *Reinhardt*, in: *Reinhardt/Kemper/Weitzel* (Hrsg.), *Adoptionsrecht Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, AdVerMiG § 7 Rn. 5 ff.

[23] MünchKomm/Maurer, BGB § 1744 Rn. 8, 14; a. A. *AG Elmshorn*, NJW 2011, 1085; krit. zum möglichen Verzicht auf die Pflegezeit bei Verwandten- und Stiefkindadoptionen allgemein *Staudinger/Frank*, BGB § 1744 Rn. 6; auch in der Praxis der Jugendämter wird nicht auf das Pflegejahr verzichtet, dazu *Jansen/Bruns/Greib/Herbertz-Floßdorf*, *Regenbogenfamilien – alltäglich und doch anders*, 2. Aufl., Köln 2014, 124 f.

[24] Näher dazu unter III. 1. b).

b) Rechtsstellung des Spenders

Der Spender als biologischer Vater ist generell, also ebenso bei verschiedengeschlechtlichen Paaren, nicht automatisch schon kraft Gesetzes auch rechtlicher Vater. Er kann die rechtliche Vaterschaft jedoch unter den Voraussetzungen des § 1592 BGB erlangen. Dies kann einerseits durch Anerkennung der Vaterschaft (§§ 1592 Nr. 2, 1594 BGB) erfolgen, sofern eine entsprechende Erklärung des Spenders und die Zustimmung der Mutter (§ 1595 Abs. 1 BGB) vorliegen. Andererseits kann die rechtliche Vaterschaft des Spenders auch – anknüpfend an seine genetische Vaterschaft – durch gerichtliche Feststellung (§§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB) begründet werden. Diese beiden Möglichkeiten existieren immer, solange nicht die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes besteht.

Bei verschiedengeschlechtlichen Paaren wird Letzteres oft der Fall sein: Ist die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet, wird ihr Ehemann automatisch rechtlicher Vater des Kindes; ist sie nicht verheiratet, wird meist ihr Partner mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft anerkennen. In lesbischen Partnerschaften bleibt die Position des rechtlichen Vaters hingegen frei, sodass hier die Gefahr größer ist, dass der Spender gerichtlich als Vater festgestellt wird. Ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft des Spenders kann von ihm selbst, von der Mutter und vor allem vom Kind gestellt werden,²⁵ sofern ihm die Identität des Spenders bekannt ist. Als rechtlichen Vater würden den Spender nun die allgemeinen Rechte und Pflichten eines Elternteils treffen. Er könnte gemeinsam mit der Mutter das Sorge- und Umgangsrecht ausüben, wäre zum Unterhalt verpflichtet und nach der gesetzlichen Erbfolge bestünden wechselseitige Erbrechte zwischen ihm und dem Kind.

Unklar ist in den Konstellationen, in denen die Partnerin der Mutter das Kind annehmen will, inwieweit der **Spender** am Adoptionsverfahren zu **beteiligen** ist. Zur Adoption ist die Einwilligung des rechtlichen Vaters, bei Nichtbestehen einer rechtlichen Vaterschaft die des vermuteten leiblichen Vaters erforderlich, wenn dieser die Möglichkeit seiner leiblichen Vaterschaft glaubhaft macht (§ 1747 Abs. 1 BGB). Jedem (nur) leiblichen Vater kommt ein grundrechtlich geschütztes Interesse zu, auch die rechtliche Vaterstellung einzunehmen.²⁶ Damit der Samenspender als leiblicher Vater aber überhaupt eine Chance hat, dieses Interesse wahrzunehmen, ist

[25] MünchKomm/Wellenhofer, BGB § 1600d Rn. 14; Palandt/Brudermüller, BGB § 1600d Rn. 3.

[26] BVerfGE 108, 82, 104 f.

er von der Geburt und der Durchführung des Adoptionsverfahrens zu unterrichten.²⁷ Das Familiengericht muss also regelmäßig die Identität des Spenders ermitteln. Eine Unterrichtung des Spenders ist allerdings nicht erforderlich, wenn dieser von vornherein auf die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft verzichtet hat. Ein solcher Verzicht liegt vor allem im Fall einer anonymen Samenspende in einer reproduktionsmedizinischen Einrichtung vor.²⁸ Inwieweit ein derart eindeutiger Verzicht auch im Fall einer privaten Samenspende durch eine Erklärung des Spenders bzw. eine Vereinbarung zwischen ihm und den Wunscheltern begründet werden kann, ist derzeit noch ungeklärt.²⁹ Darüber hinaus ist eine Benachrichtigung des Spenders vom Adoptionsverfahren auch dann entbehrlich, wenn sein Aufenthaltsort dauerhaft unbekannt ist (§ 1747 Abs. 4 S. 1 BGB). Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn die Mutter und ihre Partnerin die Identität des Spenders kennen, aber die Auskunft verweigern. Kann das Familiengericht die Identität des Spenders nicht feststellen oder besinnt sich dieser später eines anderen und will nun doch rechtlicher Vater werden, so ist der Adoptionsantrag zurückzuweisen.

2. Reformbedarf

a) Co-Mutterschaft statt Stiefkindadoption

Reformbedarf besteht zunächst hinsichtlich der Elternstellung der Partnerin der Mutter. Denn – so wird in einem ersten Schritt gezeigt – die Notwendigkeit der Durchführung des mit der Stiefkindadoption verbundenen **gerichtlichen Verfahrens** erschwert und verzögert die Begründung ihrer rechtlichen Elternschaft in problematischer Weise. In einem zweiten Schritt werden konkrete Reformvorschläge unterbreitet.

aa) Defizite der Stiefkindadoption

Handelt es sich um die Annahme eines Kindes, das aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses der beiden Partnerinnen durch eine Insemination mittels Spendersamen

gezeugt wurde, so erscheint das Adoptionsverfahren **überflüssig**. Das Kindeswohl erfordert die vorgesehenen Überprüfungen nicht. An der Existenz eines **Eltern-Kind-Verhältnisses** wird man nicht zweifeln können, wenn das Kind von Geburt an in der gemeinsamen Familie unter der Obhut der beiden Partnerinnen aufwächst. Beide Elternteile – die Mutter und ihre Lebenspartnerin – nehmen wie leibliche Eltern von Beginn an die soziale Elternrolle wahr. Auch die erforderliche **Kindeswohldienlichkeit** lässt sich unschwer feststellen: Durch eine Stiefkindadoption verliert das Kind für gewöhnlich die rechtliche Verwandtschaft zu einem leiblichen Elternteil und damit zugleich Unterhalts- und Erbrechte. Bei einem mittels einer Samenspende gezeugten und in eine lesbische Partnerschaft hineingeborenen Kind ist die Lage hingegen anders. Denn es hat von vornherein nur einen rechtlichen Elternteil, die Mutter; der Spender, der auf die rechtliche Elternstellung verzichtet hat, kommt nicht als rechtlicher Vater in Betracht.³⁰ Damit bewirkt die Stiefkindadoption durch die Partnerin der Mutter keinen Rechtsverlust, sondern dadurch, dass das Kind einen zweiten rechtlichen Elternteil hinzugewinnt, gerade einen Zugewinn an Rechten und damit in jedem Fall eine Verbesserung seiner Situation. Da das Kind ohnehin weiter in der Partnerschaft der beiden Frauen aufwachsen wird, wäre die Alternative nur, dass es ohne rechtliche Absicherung zu seiner sozialen – und im Fall der reziproken In-vitro-Fertilisation auch genetischen – Mutter in dieser Familie bleibt. Bestehen demzufolge keine Zweifel an der Kindeswohldienlichkeit und am Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung, ist aber auch die Einhaltung einer **Pflegezeit**, die gerade den Zweck hat, die Prognose hinsichtlich dieser beiden Adoptionsvoraussetzungen zu erleichtern, unnötig.³¹ Bedenklich ist außerdem, dass die Lebenspartnerinnen, anders als verschiedengeschlechtliche Paare, ihre Eignung als Eltern nachweisen müssen – das Verfahren kann für sie sehr belastend sein.³² Allein die Gleichgeschlechtlichkeit des Paares kann diese unterschiedliche Behandlung jedenfalls nicht rechtfertigen. Vielmehr sind, wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat, gleichgeschlechtliche Paare grundsätzlich gleichermaßen als Eltern

[27] *BGH*, NJW 2015, 1820, 1821.

[28] *BGH*, NJW 2015, 1820, 1821.

[29] Für die Möglichkeit eines Verzichts auf die Vaterstellung auch bei privater Samenspende *Dethloff*, Familienrecht, 31. Aufl., München 2015, § 10 Rn. 88; näher demnächst *Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, F 25 f.; offengelassen von *BGH*, NJW 2015, 1820, 1821.

[30] Dies gilt erst recht, wenn man – wie hier vorgeschlagen – auch die gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft ausschließt; dazu noch unter III. 2. b).

[31] So auch *AG Elmshorn*, NJW 2011, 1085; vgl. auch *DJJuF-Rechtsgutachten*, JAmt 2012, 576, 578; a. A. MünchKomm/*Maurer*; BGB § 1744 Rn. 14; *Wilke*, Die Adoption minderjähriger Kinder durch den Stiefelternteil, Tübingen 2014, 153.

[32] Vgl. *Bruns/Jansen/Jansen/Aichele Frölich/Lüttig*, Antrag an den LSVD-Verbandstag 2016, 1 f.; abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Verbandstage/VT-2016/Antrag-M. Bruns-u.a.pdf.

geeignet.³³ Handelt es sich – wie im Sonderfall der reziproken In-vitro-Fertilisation – bei der Annehmenden sogar um die genetische Mutter des Kindes, so erscheint eine Eignungsprüfung erst recht befremdlich.³⁴

Die Durchführung eines Adoptionsverfahrens ist aber nicht nur unnötig, sondern aufgrund der Dauer des Verfahrens sogar **nachteilig** für das Kind. Erst mit Wirksamkeit des Adoptionsbeschlusses, bis zu dem – wie dargestellt – einige Zeit vergehen kann, wird die rechtliche Elternschaft der Partnerin der Mutter begründet. In der Zwischenzeit ist das Kind nur der Mutter, und damit nur einem rechtlichen Elternteil, zugeordnet. Es besteht praktisch keine rechtliche Absicherung des Kindes gegenüber der Partnerin der Mutter.³⁵ Das Kind verfügt lediglich über gesetzliche Unterhaltsansprüche und Erbrechte gegenüber der Mutter, nicht jedoch gegenüber deren Lebenspartnerin. Dieser wiederum steht nur das sog. kleine Sorgerecht nach § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG zu. Das hat zur Konsequenz, dass vor allem im Fall einer etwaigen **Trennung** der beiden Frauen eine am Kindeswohl ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung ausgeschlossen ist. Das Sorgerecht steht einzig und allein der Mutter zu (§ 1626 Abs. 1 BGB); ihre Partnerin hat nach der Trennung keine Möglichkeit, das Sorgerecht zu erlangen. Falls die **Mutter stirbt**, hätte das Kind gar keinen rechtlichen Elternteil mehr und der Partnerin stünde nicht einmal dann ein Sorgerecht zu. Doch auch schon **während des Bestehens** der Partnerschaft ist das Fehlen einer rechtlichen Beziehung zwischen Partnerin und Kind von Nachteil. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits betont, dass gerade die doppelte rechtliche Elternschaft das gemeinsame Verantwortungsgefühl der Eltern und das Zugehörigkeitsgefühl des Kindes stärkt.³⁶

Besonders gravierend ist das Fehlen einer rechtlichen Elternstellung von Geburt an, wenn zwischen den Partnerinnen keine eingetragene Lebenspartnerschaft besteht

und eine rechtliche Absicherung der Elternstellung der sozialen – und unter Umständen auch genetischen – Mutter deshalb dauerhaft ausgeschlossen ist.

bb) Anerkennung einer rechtlichen Co-Mutterschaft

Zur Beantwortung der Frage, wie die Rechtsposition der Partnerin der Mutter durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden sollte, ist der Blick zunächst auf die Rechtslage bei verschiedengeschlechtlichen Paaren zu richten: Ist die Befruchtung der Mutter mit Spendersamen mit **Einwilligung** ihres Ehemannes oder Partners erfolgt, so können diese ihre aufgrund der Ehe bestehende bzw. durch Anerkennung begründete rechtliche Vaterschaft **nicht anfechten** (§ 1600 Abs. 5 BGB).³⁷ Sie haben keine genetische Beziehung zum Kind, können sich aber trotzdem nicht von der Elternschaft lossagen. Es kommt hier für die rechtliche Elternstellung also **nicht** auf die **genetische Abstammung** an. Entscheidend ist vielmehr, wer sich gemeinsam mit der Mutter für die Befruchtung entschieden hat und damit die **Verantwortung** für die **Entstehung** des Kindes trägt (**intentionale Elternschaft**).

Dieser Gedanke sollte das grundlegende Prinzip auch für die Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften sein: Wurde ein Kind aufgrund eines gemeinsamen Willensentchlusses der Wunscheltern durch eine künstliche Befruchtung mittels Spendersamen gezeugt, so ist es grundsätzlich sachgerecht, die Elternschaft den intentionalen Eltern zuzuordnen. Eine klare rechtliche Zuordnung des Kindes zu beiden Partnerinnen entspricht nicht nur regelmäßig deren Willen, gemeinsam Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Sie dient auch den Interessen des Kindes, das von Geburt an eine rechtlich gesicherte Beziehung zum künftigen sozialen – und im Fall der reziproken In-vitro-Fertilisation auch genetischen – Elternteil erhält.³⁸ Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zum Kindeswohl „die verlässliche rechtliche Zuordnung zu den Eltern als den Personen, die für sein Wohl und Wehe kontinuierlich Verantwortung übernehmen“.³⁹ Kinder bedürfen des Schutzes – unabhängig davon, ob die Personen, die für seine Zeugung

[33] BVerfGE 133, 59, 89; vgl. bereits BVerfGE 131, 239, 264; siehe auch oben unter II. 2.

[34] Näher zur Entbehrlichkeit des Adoptionsverfahrens bei der Annahme durch die genetische Mutter *Dethloff*, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, in: *Hilbig-Lugani/Jakob/Mäsch/Reuß/Schmid* (Hrsg.), *Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 2015, 41, 46 f.

[35] Zu den Nachteilen der fehlenden rechtlichen Absicherung schon *Dethloff*, Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare in Europa, in: *Ackermann/Köndgen* (Hrsg.), *Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München 2015, 51, 61.

[36] BVerfGE 133, 59, 91.

[37] Zu den auch hier bestehenden Defiziten siehe *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, 7, 21 ff.

[38] So schon *Dethloff*, Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare in Europa, in: *Ackermann/Köndgen* (Hrsg.), *Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München 2015, 51, 61.

[39] *BGH*, NJW 2015, 479, 484.

verantwortlich sind, in einer verschieden- oder gleichgeschlechtlichen Beziehung leben.

Mittlerweile sieht eine wachsende Zahl von Ländern Regelungen vor, die der Partnerin der Mutter mit der Geburt die Stellung einer Co-Mutter und damit eine unmittelbare rechtliche Elternschaft einräumen.⁴⁰ Derartige Regelungen wurden in Spanien und im Vereinigten Königreich bereits in den Jahren 2006 bzw. 2008 eingeführt,⁴¹ sind seither aber auch in den nordischen Staaten, zuletzt 2013 in Dänemark,⁴² und 2014 in den Niederlanden⁴³ geschaffen worden. Ausgangspunkt der Ermöglichung einer rechtlichen Co-Mutterstellung der Partnerin ist in allen Ländern, dass die Zeugung des Kindes in der Regel auf einem gemeinsamen Entschluss beruht und daher auch die Partnerin Elternverantwortung übernehmen wird. Im Einzelnen ist die Ausgestaltung dann recht unterschiedlich: So kommt es in vielen Ländern für die automatische Zuordnung des Kindes zur Partnerin darauf an, ob zwischen dieser und der Gebärenden eine Statusbeziehung, d. h. eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft, besteht.⁴⁴ Zudem kann es von Bedeutung sein, ob eine medizinisch assistierte Befruchtung oder eine Selbstbefruchtung vorliegt sowie ob die Samenspende anonym erfolgte oder nicht.⁴⁵ In anderen Rechtsordnungen, etwa in Katalonien und Dänemark, spielt das Bestehen einer Statusbeziehung keine Rolle; die Elternstellung wird vielmehr immer unmittelbar an das Vorliegen der

Zustimmung zur heterologen Befruchtung der Partnerin geknüpft.⁴⁶ In allen Rechtsordnungen ist die Co-Mutterschaft indes unabhängig vom Bestehen einer genetischen Verbindung. Sie greift somit in sämtlichen Fällen einer heterologen Insemination und nicht nur bei einer reziproken In-vitro-Fertilisation.

Wie in der weit überwiegenden Zahl anderer Länder sollte auch im deutschen Recht die Begründung einer rechtlichen Co-Mutterschaft der Partnerin ermöglicht werden – und zwar sowohl bei Bestehen einer Statusbeziehung als auch ohne eine solche.⁴⁷ Bei Kindern, die während des Bestehens einer **eingetragenen Lebenspartnerschaft** geboren werden, könnte – ebenso wie in zahlreichen anderen Rechtsordnungen – die **Mutterschaft** der Lebenspartnerin **vermutet** werden.⁴⁸ Das Kind hätte dann bei Bestehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft schon unmittelbar bei Geburt zwei rechtliche Elternteile. Die unter Umständen schwierige Feststellung des Vorliegens einer Einwilligung der Partnerin in die Fremdbefruchtung, an das – wie die rechtsvergleichenden Ausführungen gezeigt haben – alternativ angeknüpft wird, wäre in Fällen des (leicht ermittelbaren) Bestehens einer Statusbeziehung entbehrlich. Zudem entspricht es der Systematik des deutschen Abstammungsrechts, die Begründung der rechtlichen Elternschaft des zweiten Elternteils vom Bestehen einer Statusbeziehung abhängig zu machen (vgl. § 1592 Nr. 1 BGB). Anders als bei der rechtlichen Vaterstellung des Ehemannes, die in erster Linie darauf beruht, dass die genetische Abstammung des Kindes von ihm wahrscheinlich ist, wäre das maßgebliche Kriterium bei der Co-Mutterschaft allerdings nicht die Vermutung der genetischen Verbindung, sondern die Vermutung der Zustimmung zur

[40] Lebt das lesbische Paar bei und nach der Geburt des Kindes zunächst in einem dieser Länder, ist eine dort kraft Gesetzes begründete Co-Mutterstellung der Lebenspartnerin der Gebärenden auch in Deutschland anzuerkennen, *BGH*, NJW 2016, 2322.

[41] Für Spanien Ley 14/2006 vom 26.5.2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; für das Vereinigte Königreich Human Fertilization and Embryology Act 2008.

[42] Gesetz Nr. 652 vom 12.6.2013; siehe auch *Fötschl*, Die neue Mitmutterschaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445.

[43] 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, Stb. 2013/480; dazu *Reuß*, Neue Wege zur Mutterschaft – Die neue Duo-Mutterschaft nach niederländischem Recht, StAZ 2015, 139.

[44] So in Spanien (Art. 7.3 Ley 14/2006 vom 26.5.2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida), wo es eine Co-Mutterschaft generell nur bei Bestehen einer Statusbeziehung geben kann, im Vereinigten Königreich (Sec. 42 Human Fertilization and Embryology Act 2008) und in den Niederlanden (Art. 1:198(1) lit. b Burgerlijk Wetboek), wo die Co-Mutterschaft jeweils stets möglich ist, die Art und Weise ihrer Begründung aber vom Bestehen einer Statusbeziehung abhängt.

[45] So in den Niederlanden gemäß Art. 1:198(1) lit. b Burgerlijk Wetboek.

[46] Für Katalonien Art. 235-8 und Art. 235-13.1 Código Civil Catalán; für Dänemark §§ 27, 27a Kindergesetz.

[47] Zu denkbaren Varianten der Ausgestaltung siehe auch *Dethloff*, Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, im Erscheinen, 19, 25 f.

[48] Dafür *Heiderhoff*, Anmerkung zu *BGH*, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, FamRZ 2013, 1212, 1214; demnächst *Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, F 35; *Remus/Liebscher*, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558, 2561; zur Frage, ob eine Vermutung noch an weitere Voraussetzungen geknüpft werden sollte, siehe die Beschlussvorlage für den LSVD-Verbandstag 2016, 5, abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Verbandstage/VT-2016/AG_Regenbogenfamilien_Gesamtentwurf_22022016.pdf, sowie *Bruns/Jansen/Jansen/Aichele Frölich/Lüttig*, Antrag an den LSVD-Verbandstag 2016, 2 f.; abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Verbandstage/VT-2016/Antrag-M.Bruns-u.a.pdf.

künstlichen Befruchtung und der Bereitschaft zur Übernahme der Elternverantwortung.⁴⁹

Knüpft man in dieser Weise an das Bestehen einer Statusbeziehung an, so müsste der Partnerin bei Fehlen einer solchen Beziehung ermöglicht werden, die Co-Mutterstellung zu erlangen, indem sie die **Elternschaft anerkennt** – wie dies auch ein faktischer männlicher Partner kann. Eine **Anfechtung** der durch das Bestehen einer Statusbeziehung oder durch Anerkennung begründeten Co-Mutterschaft sollte sowohl der Mutter als auch der Partnerin **verwehrt** sein, es sei denn, die Partnerin hat in die heterologe Befruchtung nicht eingewilligt (vgl. § 1600 Abs. 5 BGB).⁵⁰ Liegt eine solche Einwilligung vor, müsste daran anknüpfend zudem auch eine **gerichtliche Feststellung der Elternschaft** der Partnerin ermöglicht werden. Dies ist insbesondere notwendig, um zu verhindern, dass sie sich, falls sie sich eines anderen besinnt, ihrer durch die Entscheidung für die Zeugung begründeten Verantwortung entziehen kann.⁵¹

Die **Anerkennung** der Co-Mutterschaft sollte schon **vor der Zeugung (präkonzeptionell)** zulässig sein,⁵² um den Willen zur Elternschaft möglichst frühzeitig rechtsverbindlich machen zu können. Eine einmal erfolgte Anerkennung würde beide Partnerinnen an ihre anfängliche Entscheidung binden. Sie würde so zum einen verhindern, dass sich die konsentierende Partnerin ihrer Verantwortung doch noch zu entziehen sucht und die Gebärende für diesen Fall darauf angewiesen wäre, eine gerichtliche Feststellung der Elternschaft zu beantragen. Zum anderen würde die Zulassung eines präkonzeptionellen Anerkennnisses es auch der einwilligenden

[49] Hierzu schon *Dethloff*, Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, im Erscheinen, 19, 25.

[50] Auch eine Anfechtung durch das Kind ist auszuschließen; insoweit besteht bei verschiedengeschlechtlichen Paaren ebenfalls Reformbedarf.

[51] Bei verschiedengeschlechtlichen Paaren bedarf es hier gleichfalls einer Neuregelung, da nach geltendem Recht ein der Fremdbefruchtung seiner faktischen Partnerin zustimmender Mann, der das Kind später doch nicht anerkennen will, nicht gerichtlich als Vater festgestellt werden kann.

[52] Ob eine präkonzeptionelle Anerkennung der Vaterschaft durch den in die heterologe Befruchtung seiner Partnerin einwilligenden Mann nach geltendem Recht zulässig ist, ist streitig, dazu *Palandt/Brudermüller*, BGB § 1594 Rn. 8; für ein präkonzeptionelles Elternschaftsankennungsrecht der eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter auch *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825, 830.

Partnerin ermöglichen, die Erlangung ihrer Co-Mutterstellung frühzeitig so weit wie möglich abzusichern. Das ist vor allem für die genetische Mutter im Fall der reziproken In-vitro-Fertilisation bedeutsam. Eine präkonzeptionelle Anerkennung liegt zudem im Interesse des Kindes, da sie sicherstellt, dass das Kind auch bei Fehlen einer Statusbeziehung unmittelbar bei Geburt zwei rechtliche Elternteile hat.

b) Verzicht des Samenspenders auf die rechtliche Vaterstellung und Folgen

Dass bei Bestehen einer lesbischen Partnerschaft der Samenspender nach geltendem Recht in vielen Fällen, insbesondere durch gerichtliche Feststellung auf Antrag des Kindes, rechtlicher Vater werden kann, entspricht regelmäßig nicht dem Willen der Beteiligten.⁵³ Erfolgt die Befruchtung in einer reproduktionsmedizinischen Einrichtung, möchten die Partnerinnen nicht, dass der Spender als Fremder am gemeinsamen Familienleben teilhat und die Erziehung des Kindes beeinflusst. Auch der Spender möchte jegliche Verpflichtungen vermeiden und in der Regel nur die unbedingt notwendigen Angaben zu seiner Person machen. Die gleiche Interessenlage kann jedoch auch bei privaten Spenden bestehen. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn es sich um eine Spende aufgrund eines bloß flüchtigen Kontakts über das Internet oder eine Anzeige handelt. Aber auch bei einem Spender aus dem Bekanntenkreis können sich die Beteiligten von vornherein darüber einig sein, dass den Spender keinerlei Verpflichtungen eines rechtlichen Vaters treffen sollen. Da in Bezug auf private Spenden bisher ungeklärt ist, unter welchen Voraussetzungen ein wirksamer Verzicht des Spenders auf seine rechtliche Elternstellung möglich ist,⁵⁴ ist dazu eine ausdrückliche Regelung zu treffen. Um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu gewährleisten, sollte hierfür die Einhaltung einer gewissen Form erforderlich sein, die dem Spender einerseits die Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung deutlich macht, andererseits aber nicht zu hohe Hürden aufstellt, um zu vermeiden, dass eine solche Erklärung nichtig ist, weil die Form nicht eingehalten wurde.⁵⁵ Hat der **Spender** – durch die Abgabe von Spermien an eine Samenbank oder durch eine förmliche Erklärung bei privater Spende – auf die rechtliche Vaterstellung

[53] Anders im Fall der Queer Family, siehe dazu unter V.

[54] Bei anonymen Samenspenden geht der Bundesgerichtshof dagegen ohne Weiteres von einem solchen Verzicht aus, *BGH*, NJW 2013, 2589, 2591; 2015, 1820, 1821; siehe schon oben III. 1. b).

[55] Für eine öffentliche Beurkundung beim Jugendamt oder Notar statt bloßer Schriftform demnächst *Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, F 26.

verzichtet, sollte es **ausgeschlossen** sein, dass er gerichtlich als **Vater** festgestellt werden kann.⁵⁶ Dies entspricht auch der nahezu einheitlichen Rechtslage in den anderen europäischen Ländern.⁵⁷ Ferner sollte ein wirksamer Verzicht zur Folge haben, dass der Spender die Co-Mutterschaft der Partnerin nicht anfechten kann.

c) Erklärungen vor der Zeugung

Dem Wunsch vieler lesbischer Paare, bereits vor Zeugung die rechtliche Co-Mutterschaft der Partnerin der Gebärenden verbindlich abzusichern, ist Rechnung zu tragen. Um einerseits möglichst frühzeitig sicherzustellen, dass die Partnerin die rechtliche Elternstellung erlangt, und andererseits rechtssicher auszuschließen, dass sich der Spender später doch noch in die Familie hineindrängen kann, sollten verbindliche präkonzeptionelle Erklärungen zur Elternschaft zugelassen werden. In einer Elternvereinbarung könnten dann die Einwilligung der Geburtsmutter und ihrer Partnerin in die Fremdbefruchtung sowie der ausdrückliche Verzicht des Spenders auf die rechtliche Elternstellung erklärt werden. Zugleich könnten – für den Fall, dass die notarielle Form für eine solche Vereinbarung vorgesehen würde – ein präkonzeptionelles Anerkenntnis der Partnerin und die Zustimmung der Gebärenden⁵⁸ oder jedenfalls Absichtserklärungen hinsichtlich der Anerkennung abgegeben werden.⁵⁹

[56] Dies sollte auch für den Spender gelten, der leiblicher Vater eines in eine verschiedenen-geschlechtliche Paarbeziehung hineingeborenen Kindes ist; dort besteht ein entsprechender Regelungsbedarf.

[57] Rechtsvergleichend zur Stellung des Samenspenders siehe *Helms*, Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht: Probleme und Perspektiven, in: *Röthel/Löhnig/Helms* (Hrsg.), Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, Frankfurt a. M. 2010, 49, 59 ff.

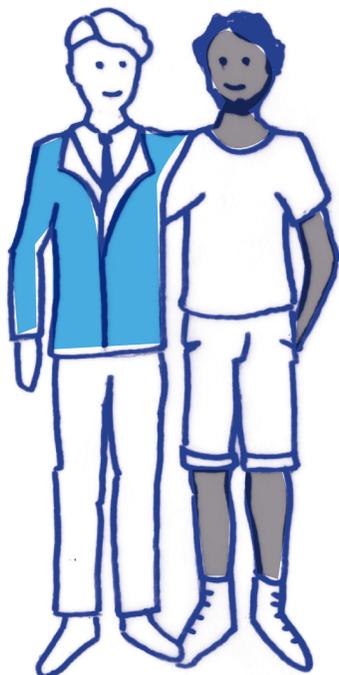
[58] Eine Anerkennung der Elternschaft sowie die Zustimmung dazu können nur in Form der öffentlichen Beurkundung erfolgen, vgl. § 1597 Abs. 1 BGB.

[59] Siehe zum Ganzen auch den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 18/7655, 2, 5, in dem die Einführung einer präkonzeptionellen verbindlichen Elternschaftsvereinbarung zwischen den beiden Wunscheltern und dem (verzichtenden) Samenspender gefordert wird.

IV. SCHWULE PAARE UND FAMILIENGRÜNDUNG DURCH LEIHMUTTERSCHAFT

Schwule Paare können ihren Wunsch nach einem genetisch mit einem der Partner verbundenen Kind nur mithilfe einer Leihmutter verwirklichen. Da die Leihmutter-schaft in Deutschland vollständig verboten ist, suchen sie häufig eine Leihmutter in solchen Ländern, in denen diese Methode assistierter Fortpflanzung erlaubt und auch gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich ist – wie etwa in Teilen der USA. Dabei wird die Leihmutter-schaft regelmäßig mit einer Eizellspende verbunden.⁶⁰ Die Eizelle einer dritten Frau wird also mit dem Spermium eines der Wunschväter befruchtet und anschließend der Leihmutter eingesetzt, die das Kind in ihrem Heimat-staat zur Welt bringt.

Die Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland ist jedoch nicht nur mit großem Aufwand und erheblichen Kosten verbunden. Vielmehr stellen sich sowohl im Vorfeld der Einreise der Wunschväter mit dem Kind nach Deutschland als auch nach einer gemeinsamen Rückkehr abstammungsrechtliche Fragen. Ein deutscher Reisepass wird für das Kind nur ausgestellt, wenn es die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Deren Erwerb hängt wiederum davon ab, ob das Kind zumindest einen deutschen rechtlichen Elternteil hat (Abstammungsprinzip; *ius sanguinis*),⁶¹ was hier aber gerade problematisch ist. Die ausländische Staatsangehörigkeit, die ebenfalls die Einreise nach Deutschland ermöglichen würde, erlangt das Kind in der Regel nur dann, wenn der Geburtsstaat diese an alle Kinder verleiht, die auf seinem Staatsgebiet geboren werden (Geburtsortsprinzip; *ius soli*). Hat das Kind keine Staatsangehörigkeit erworben, bleibt den Wunscheltern nur zu versuchen, das Kind heimlich nach Deutschland zu bringen. Ist ihnen die Einreise gelungen, wird die Frage nach der rechtlichen Elternschaft z. B. bei der Nachbeurkundung der Auslands-geburt im Inland (§ 36 Abs. 1 S. 1 PStG) und in sorge- oder unterhaltsrechtlichen Verfahren relevant.



[60] *Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 923.

[61] §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 S. 1 StAG.

1. Rechtliche Elternschaft nach geltendem Recht

Hinsichtlich der rechtlichen Elternschaft ist in grenzüberschreitenden Leihmutter-schaftsfällen zwischen der Rechtslage aus der Sicht des (ausländischen) Rechts des Geburtsorts einerseits und der Rechtslage nach deutschem Recht andererseits zu differenzieren.

Rechtsordnungen, die die **Leihmutterschaft zulassen** und auch für gleichgeschlechtliche Paare öffnen, ordnen die **rechtliche Elternschaft** konsequenterweise den **Wunscheltern** zu. Sofern die Voraussetzungen eingehalten wurden, die das jeweilige ausländische Recht für die Zulässigkeit der Leihmutterschaft vorsieht, sind aus dessen Sicht somit die Wunscheltern auch rechtliche Eltern des Kindes.⁶² Eine rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zwischen der Leihmutter und dem Kind besteht hingegen nicht. Die ausländischen Rechtsordnungen unterscheiden sich aber in einem wichtigen Punkt: Manche ordnen den Wunscheltern die rechtliche Elternstellung unmittelbar durch Gesetz zu, andere dagegen durch Gerichtsurteil.

Aus Sicht des deutschen Rechts ist gerade dieser Punkt von entscheidender Bedeutung: Wenn die rechtliche Elternschaft der Wunschväter im Ausland durch ein **Gerichtsurteil** – und nicht unmittelbar durch Gesetz – begründet wurde, ergibt sich eine rechtliche Vaterschaft beider Partner auch nach deutschem Recht eher unproblematisch. Denn ausländische Entscheidungen werden nach § 108 Abs. 1 FamFG grundsätzlich anerkannt. Der Anerkennung kann zwar im Einzelfall ein Hindernis entgegenstehen – so kommt sie insbesondere dann nicht in Betracht, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, vor allem den Grundrechten, unvereinbar ist (sog. *ordre public*-Verstoß, § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs steht der *ordre public* einer Anerkennung aber jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Kind mit einem der Wunschväter – nicht aber mit der Leihmutter – genetisch verwandt ist und die Leihmutter sowohl die Leihmutterschaftsvereinbarung freiwillig getroffen als auch das Kind nach der Geburt freiwillig herausgegeben hat.⁶³ Somit

ist die ausländische Entscheidung zumindest in diesen Fällen von deutschen Gerichten anzuerkennen. Die Wunschväter sind dann auch in Deutschland beide rechtliche Väter.

Anders ist die Lage, wenn die rechtliche Elternschaft beider Wunschväter im Ausland **kraft Gesetzes** begründet wurde. In diesem Fall liegt schon kein im Inland anerkennungsfähiges Urteil vor, sodass der Weg über § 108 Abs. 1 FamFG versperrt ist. Vielmehr muss eine deutsche Behörde oder ein deutsches Gericht, wenn sich – etwa bei der Ausstellung eines Reisepasses – die Frage stellt, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind, zunächst ermitteln, welche Rechtsordnung aus deutscher Sicht überhaupt zur Anwendung gelangt, d. h. das Recht welchen Staates zur Beantwortung der Frage nach der Elternstellung berufen ist. Dies richtet sich nach Art. 19 EGBGB, der auf das Recht des Staates verweist, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁶⁴ Wo dieser liegt, hängt wiederum davon ab, ob das Kind nach der Geburt zeitnah nach Deutschland einreist oder noch längere Zeit im Ausland bleibt bzw. bleiben muss.

Gelingt es den Wunschvätern, das Kind innerhalb weniger Monate mit nach Deutschland zu bringen, liegt sein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland.⁶⁵ Somit ist deutsches Recht anwendbar und es bleibt bei den allgemeinen abstammungsrechtlichen Grundsätzen.⁶⁶ Die Leihmutter ist als Gebärende nach § 1591 BGB rechtliche Mutter. Vater ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist oder die Vaterschaft anerkennt, § 1592 Nr. 1, 2 BGB. Ist also die Leihmutter nicht verheiratet oder wurde die Vaterschaft ihres Ehemannes durch Anfechtung beseitigt, so kann jedenfalls einer der Wunschväter stets die rechtliche Vaterschaft durch **Anerkennung** erlangen. Der andere Partner kann das Kind anschließend im Wege der **Stiefkindadoption** (§ 9 Abs. 7 LPartG) annehmen. Dies ist

[64] Im Verhältnis zu jedem Elternteil kann die Elternstellung auch nach dem Recht desjenigen Staates bestimmt werden, dem der jeweilige Elternteil angehört; ist die Mutter verheiratet, kann zudem das Recht des Staates angewandt werden, nach dem sich die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe richten.

[65] So die Rechtsprechung; siehe KG, IPRax 2014, 72, 76; OLG Celle, StAZ 2011, 150, 151; OLG Stuttgart, FamRZ 2012, 1740; für eine andere Auslegung des Kriteriums des gewöhnlichen Aufenthalts Coester-Waltjen, Ausländische Leihmütter – Deutsche Wunscheltern, FF 2015, 186, 189; Heiderhoff, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPRax 2012, 523, 525.

[66] Ausführlich dazu oben unter III. 1.

[62] Für einen rechtsvergleichenden Überblick zur Leihmutterschaft siehe Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 923 ff.; Helms, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114, 115 ff.

[63] BGH, NJW 2015, 479, 482 f.; siehe auch schon Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 923, 926 ff.

allerdings nur möglich, wenn die Wunschwäter in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben – andernfalls hat das Kind nur einen rechtlichen Vater. Zudem gilt für die Adoption nach verbreiteter Ansicht ein strengerer Maßstab als üblich, weil in Fällen der Inanspruchnahme einer ausländischen Leihmutter § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB anwendbar sein soll.⁶⁷ Danach müsste die Adoption dem Wohl des Kindes nicht nur *dienen*, sondern zu seinem Wohl sogar *erforderlich* sein.

Bleibt das Kind hingegen noch längere Zeit im Geburtsland – etwa wegen Schwierigkeiten bei der Erlangung der notwendigen Reisedokumente –, wird ausländisches Recht angewendet, das die Wunschwäter als rechtliche Eltern ansieht. Ob ihre so begründete Elternstellung in Deutschland anerkannt wird, richtet sich letztlich erneut danach, ob sie mit dem deutschen *ordre public* vereinbar ist. Die oben erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofs bezieht sich nicht auf diese Konstellationen. Auch wenn es naheliegt, hier zu einem vergleichbaren Ergebnis zu kommen,⁶⁸ besteht insoweit noch keine Rechtssicherheit.

2. Reformbedarf

Dass in den Fällen, in denen über Art. 19 EGBGB deutsches Recht zur Anwendung gelangt, der eingetragene Lebenspartner des rechtlichen Vaters nur durch eine Stiefkindadoption ebenfalls in die rechtliche Elternstellung einrücken kann, begegnet – wie bei der Co-Mutterschaft – Bedenken. Zum einen ist das **Adoptionsverfahren** auch hier **überflüssig** und unnötig **aufwendig**. Das Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses ist unzweifelhaft, wenn beide Partner das Kind kurz nach der Geburt mit nach Deutschland nehmen und es fortan mit ihnen zusammenlebt. Die Kindeswohldienlichkeit liegt ebenfalls vor, weil die rechtliche Absicherung einer zweiten Elternstellung gerade derjenigen Person, die faktisch Verantwortung für das Kind trägt, dessen Situation stets verbessert. Die durch die Adoption eintretende Beendigung der rechtlichen Verwandtschaft zur Leihmutter – die ohnehin nur

[67] Benicke, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 2013, 101, 112; Münch Komm/Wellenhofer, BGB § 1591 Rn. 11; Staudinger/Frank, BGB § 1741 Rn. 34 f.; a. A. LG Frankfurt a. M., NJW 2012, 3111 f.; Botthoff/Diel, Voraussetzungen für die (Stiefkind-)Adoption eines Kindes nach Inanspruchnahme einer Leihmutter, StAZ 2013, 211, 215 f.; Dethloff, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 930.

[68] Dazu Dethloff, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, JZ 2016, 207, 210; dies andeutend auch BGH, NJW 2016, 2322, 2327.

aus der Sicht des deutschen Rechts besteht – steht der Kindeswohldienlichkeit nicht entgegen, weil der Leihmutter jede Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung fehlt. Zum anderen ist die Notwendigkeit, zur Erlangung der Co-Vaterschaft ein Adoptionsverfahren durchzuführen, auch **nachteilig** für das Kind, da ihm bis zur Wirksamkeit des Adoptionsbeschlusses keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche und Erbrechte gegenüber dem eingetragenen Lebenspartner seines Vaters zustehen und dieser nur über das sog. kleine Sorgerecht verfügt. Dem faktischen Lebenspartner des rechtlichen Vaters kommen sogar keinerlei sorgerechtliche Befugnisse zu und ihm steht nicht einmal der Weg über die Stiefkindadoption offen.

Die geltende Rechtslage begegnet zudem deshalb Bedenken, weil sie für Fälle, in denen der Elternstellung der Wunschwäter keine ausländische Gerichtsentscheidung zugrunde liegt, zu nicht gerechtfertigten Differenzierungen führt: Kann das Kind kurz nach seiner Geburt nach Deutschland einreisen, bedarf es für seine Zuordnung zum Co-Vater einer Stiefkindadoption. Muss es hingegen noch längere Zeit im Ausland bleiben, wird ausländisches Recht angewendet. Damit kommt es grundsätzlich zur unmittelbaren rechtlichen Elternschaft beider Wunschwäter, die wohl meist auch aus deutscher Sicht anerkannt werden würde. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, die diese dem Kindeswohl abträgliche unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten.

Aus all diesen Erwägungen ergibt sich, dass ein anderer Weg zur Begründung der Co-Vaterschaft geschaffen werden muss. Auch bei Festhalten am – grundsätzlich einer kritischen Überprüfung zu unterziehenden – inländischen Verbot der Leihmutterschaft sind folgende Faktoren bei der Regelung der Elternschaft der auf diese Weise gezeugten Kinder zu berücksichtigen: erstens, dass die Verantwortung für die Entstehung des Kindes, mit der regelmäßig der Wille zur Elternschaft verbunden ist, auch für die rechtliche Elternstellung entscheidend sein sollte; zweitens, dass das Ziel, die Leihmutterschaft zu verhindern, keine Rolle für die Zuordnung des einmal geborenen Kindes zu seinen rechtlichen Eltern spielen darf,⁶⁹ und drittens auch, dass während der Schwangerschaft zwischen Gebärender und Kind grundsätzlich eine enge körperliche und psychosoziale Verbindung entsteht. Daher sollte, auch wenn eine Leihmutterschaft im Inland nicht zugelassen wird, eine **vereinfachte Anerkennung** einer im Ausland nach dortigem Recht wirksam begründeten

[69] Das hat auch der Bundesgerichtshof anerkannt, siehe BGH, NJW 2015, 479, 482.

Elternstellung der Wunscheltern ermöglicht werden.⁷⁰ Eine solche sollte jedenfalls dann ohne Weiteres erfolgen, wenn die Leihmutter sich freiwillig für das Austragen des Kindes entschieden und das Kind auch nach der Geburt freiwillig an die Wunscheltern herausgegeben hat.⁷¹ Zusätzlich könnte die Anerkennung davon abhängig gemacht werden, dass zu einem Wunschelternteil eine genetische Verbindung besteht. Auf diese Weise würde unter Wahrung der Grundrechte aller Beteiligten im Regelfall eine Kongruenz von sozialer sowie im In- und Ausland bestehender rechtlicher Elternschaft hergestellt.

[70] Siehe hierzu schon *Dethloff*, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922, 931; zu dieser Möglichkeit auch *Duden*, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2015, 326 ff., und demnächst *Helms*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, F 56.

[71] Letzteres ist bei einer Leihmutterschaft im Ausland und auch bei der Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen gerade nicht immer gewährleistet, dazu *Dethloff*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, JZ 2016, 207, 209.

V. MEHRELTERNFAMILIEN

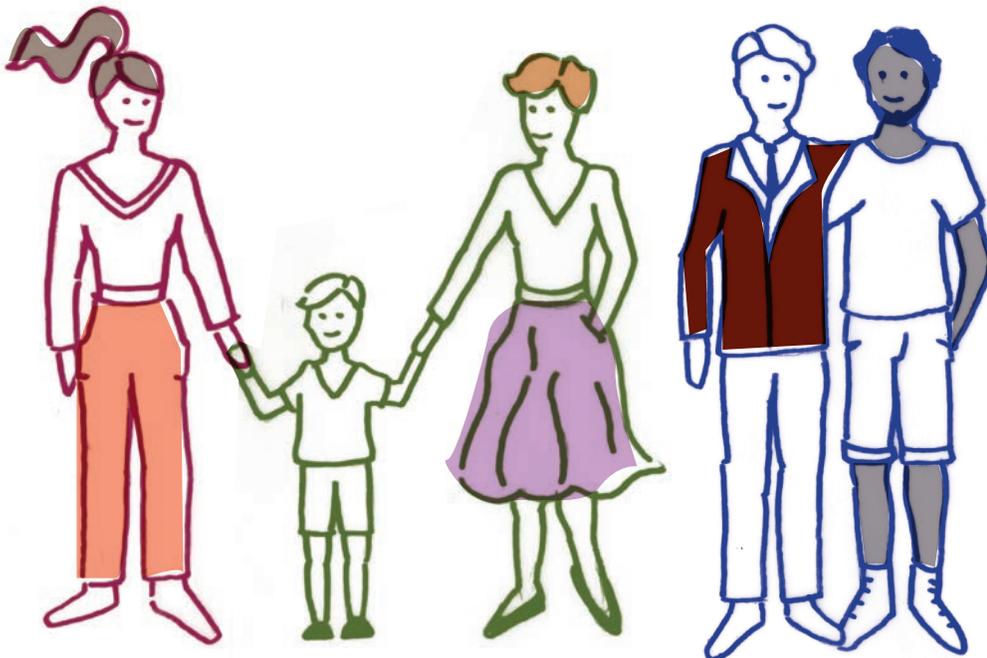
Zunehmend entscheiden sich gleichgeschlechtliche Paare für die Gründung einer Familie, in der mehr als zwei Personen gemeinsam Elternverantwortung für ein oder mehrere Kinder übernehmen wollen. Lesbische Paare wählen dieses Modell, wenn sie nicht nur einen Spender suchen, sondern den Kontakt des Kindes zum leiblichen Vater und dessen Beteiligung an der Erziehung und Fürsorge als Vorteil sehen. Für schwule Paare sind Familienformen, in denen mehrere Personen faktisch Verantwortung für die Kinder übernehmen, oft der einzig sichere Weg zur Gründung einer Familie, in der eine genetische Beziehung zwischen einem oder beiden Partnern und den Kindern besteht.

1. Rechtslage

Eine rechtliche Elternschaft von mehr als **zwei Personen** kennt das deutsche Recht bislang nicht. Auch in einer faktischen Mehrelternfamilie können die mit dem Status der Elternschaft verbundenen Rechte und Pflichten stets nur zwei Personen zustehen.⁷² Rechtliche **Mutter** ist grundsätzlich die Frau, die das Kind zur Welt bringt. Zweiter Elternteil kann der **leibliche Vater** werden, wenn er die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkennt. Die Partnerin der Mutter übernimmt in diesem Fall zwar faktisch Elternverantwortung, rechtlich abgesichert ist diese jedoch nicht.⁷³ Aber auch die eingetragene **Lebenspartnerin** kann zweiter Elternteil mit allen Rechten und Pflichten werden, indem sie das Kind mit Einwilligung der Mutter und des leiblichen Vaters **annimmt**. Dann wird allerdings dessen tatsächliche Verantwortungsübernahme nicht rechtlich anerkannt; ihm steht nach dem Gesetz lediglich ein Umgangsrecht zu. Schließlich kann umgekehrt auch der **Partner** des Vaters das Kind mit Einwilligung der Mutter und des Vaters adoptieren, sodass das schwule Paar das rechtliche Elternpaar wird. Hier ist dann die Wahrnehmung elterlicher Sorge durch die Mutter und ggf. deren Partnerin nicht rechtlich abgesichert.

[72] Siehe dazu ausführlich schon oben unter III. 1.

[73] Zum lediglich „kleinen Sorgerecht“ der eingetragenen Lebenspartnerin oben unter III. 1. a).



Private Vereinbarungen können nur in begrenztem Umfang eine Beteiligung der **nicht rechtlichen Eltern** an der Elternverantwortung vermitteln. Dritten, also dem nur sozialen Elternteil, kann lediglich eine Sorgevollmacht erteilt werden; doch diese muss stets frei widerruflich sein.⁷⁴ Das Sorgerecht selbst ist ein höchstpersönliches Recht der rechtlichen Eltern und als solches unverzichtbar und unübertragbar. Vertragliche Regelungen über Umgangsrechte sind zwar möglich, dürfen aber nicht zulasten vorrangig Umgangsberechtigter, also der rechtlichen Eltern, gehen.⁷⁵ Auch Unterhaltsvereinbarungen, die auf eine (teilweise) Freistellung der rechtlichen Eltern von der Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind durch den nur sozialen Elternteil abzielen, wirken lediglich im Innenverhältnis, d. h. das Kind könnte weiterhin seine rechtlichen Eltern in voller Höhe in Anspruch nehmen.

2. Reformbedarf

a) Defizite

Die geltende Rechtslage wird den Bedürfnissen von Mehrelternfamilien, in denen alle Beteiligten einvernehmlich elterliche Verantwortung tragen wollen, nicht gerecht. Die faktisch übernommene Elternverantwortung wird rechtlich nicht anerkannt und abgesichert. Schon von Anfang an stört diese fehlende Anerkennung das familiäre Gleichgewicht, da sich der bloß soziale, aber nicht rechtliche Elternteil häufig zurückgesetzt fühlen wird.⁷⁶ Im Konfliktfall oder bei Trennung bedeutet die mangelnde rechtliche Absicherung, dass keine Übertragung des Sorgerechts auf den nur sozialen Elternteil erfolgen kann, auch wenn dies dem Kindeswohl am besten entspräche. Private Vereinbarungen können diese Defizite wegen der eng begrenzten Regelungsmöglichkeiten nicht beheben. Letztlich erlaubt das geltende Recht damit keine Gestaltungen, die dem gewünschten und gelebten Familienmodell entsprechen.

[74] 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, 7, 15.

[75] Grziwotz, in: Heckschen/Herrler/Starke (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., München 2015, B.V. Beurkundungen im Kindschaftsrecht, Rn. 41a.

[76] Vgl. BVerfGE 133, 59, 91, wonach das gemeinsame Sorgerecht der Eltern das Verantwortungsgefühl der Eltern stärkt und die gemeinsame Erziehung erleichtert; siehe schon oben unter III. 2. a) aa).

b) Anerkennung einer rechtlichen Mehrelternschaft

Eine faktische Mehrelternschaft, wie sie in Regenbogenfamilien häufig vor der Zeugung intendiert und später verwirklicht wird, sollte durch die Möglichkeit einer rechtlichen Mehrelternschaft anerkannt und abgesichert werden. In anderen Ländern, wie vor allem in Kanada, aber auch in Kalifornien, wo Mehrelternfamilien ebenfalls gelebte Realität sind, ist eine rechtliche **Elternschaft von mehr als zwei** Personen schon möglich. Bereits 2007 hatte der *Ontario Court of Appeal* in einem Fall, in dem ein lesbisches Paar und ein Samenspender zusammen die Elternverantwortung übernehmen wollten, entschieden, dass ein Kind grundsätzlich auch drei rechtliche Eltern haben kann.⁷⁷ Wegweisend ist das in der Folge im Jahr 2013 in British Columbia in Kraft getretene Gesetz, das weltweit erstmals eine rechtlich abgesicherte Mehrelternschaft in Fällen der assistierten Fortpflanzung ermöglicht hat.⁷⁸

Voraussetzung ist eine schriftliche Vereinbarung zwischen allen künftigen Wunscheltern, die vor der Zeugung geschlossen wird. Möglich ist zum einen, dass die Geburtsmutter und ihr Ehepartner bzw. ihre eingetragene Lebenspartnerin eine solche Vereinbarung mit einem Spender treffen. Primär ist hier an lesbische Paare zu denken, die zusammen mit einem Samenspender eine soziale und rechtliche Familie gründen möchten. Erfasst sind aber alle Konstellationen, in denen sich ein lesbisches oder ein heterosexuelles Paar mit einem Samenspender und/oder einer Eizellspenderin zusammenschließt.⁷⁹ Zum anderen kann eine Mehrelternvereinbarung auch von den in einer Partnerschaft lebenden Wunscheltern mit der Geburtsmutter getroffen werden. Auf diese Weise kann etwa ein schwules Paar mit einer Frau, die das Kind nicht als Leihmutter zur Welt bringen, sondern gemeinsam mit ihnen Elternverantwortung übernehmen möchte, eine Familie gründen.⁸⁰ Für die rechtliche Elternschaft ist in all diesen Fällen somit maßgeblich, wer den Entschluss gefasst hat, ein Kind zu zeugen und Elternverantwortung zu übernehmen. Bei assistierter Reproduktion hat die Intention Vorrang vor der genetischen Abstammung.⁸¹

[77] AA v BB (2007), 83 OR (3d) 561 (CA).

[78] Sec. 30 Family Law Act of British Columbia.

[79] Kelly, Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act, 47 (2014) UBC Law Review, 565, 579.

[80] Zu anderen denkbaren Konstellationen Kelly, Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act, 47 (2014) UBC Law Review, 565, 579.

[81] Kelly, Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act, 47 (2014) UBC Law Review, 565, 578.

Unter bestimmten Voraussetzungen eine **rechtliche Elternschaft** von **mehr als zwei Personen** auch im deutschen Recht zuzulassen, stünde mit der **Verfassung** in Einklang. In seiner bisherigen Rechtsprechung geht das Bundesverfassungsgericht zwar davon aus, dass Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nur zwei Personen sein können.⁸² So stellte es 2003 ausdrücklich fest, dass ein Kind nur *eine Mutter* und *einen Vater* haben könne.⁸³ Die Gründe dieser Entscheidung zeigen jedoch, dass die Anerkennung einer rechtlichen Mehrelternschaft nicht *generell* ausgeschlossen ist.

Zum einen führte das Bundesverfassungsgericht an, der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen könne, lasse darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht habe zuweisen wollen.⁸⁴ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der Verfassungsgeber nicht den Fall der reziproken In-vitro-Fertilisation vor Augen hatte, in dem ein natürliches Band des Kindes zu drei Personen besteht. Zum anderen sei für die Entwicklung des Kindes eine klare Zuweisung der Elternverantwortung sehr bedeutsam; deren Ausübung habe im Interesse des Kindes zu erfolgen.⁸⁵ Eine solche kindeswohl dienliche Wahrnehmung der Elternverantwortung sei bei einem Nebeneinander von zwei Vätern und einer Mutter nicht gewährleistet; vielmehr bestünde die Gefahr von sich negativ auf das Kindeswohl auswirkenden Rollenkonflikten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den drei Personen.⁸⁶ Dem entschiedenen Fall lag allerdings eine Konfliktsituation zwischen einem rechtlichen und einem leiblichen Vater zugrunde. Er unterschied sich damit deutlich von intendierten Mehrelternkonstellationen, in denen zwischen allen drei Beteiligten von Anfang an Einvernehmen über die gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung besteht.

Zudem stellte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2013 fest, dass Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch zwei Personen gleichen Geschlechts sein können. Dabei stützte es sich insbesondere darauf, dass der Verfassungsgeber sich nicht bewusst gegen die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern entschieden habe; diese habe nur schlicht außerhalb des damaligen Vorstellungshorizonts

gelegen.⁸⁷ Bei gleichgeschlechtlicher Elternschaft besteht aber in der Regel nur zu einem Elternteil ein natürliches Band im Sinne einer genetischen Abstammung. Folglich kann der/die Partner_in des genetischen Elternteils auch bei Fehlen einer natürlichen Verbindung zum Kind Träger_in des verfassungsrechtlichen Elternrechts sein.

Unter bestimmten Voraussetzungen könnte der deutsche Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums somit eine rechtliche Elternschaft von mehr als zwei Personen anerkennen. Dies ist zunächst einmal dann der Fall, wenn es sich um drei Personen mit natürlicher Beziehung zum Kind handelt – wie dem genetischen Vater, der Geburtsmutter sowie ihrer Partnerin, die zugleich die genetische Mutter ist. Wollen alle drei gemeinsam die Elternverantwortung übernehmen, so entspricht ihre rechtliche Elternstellung grundsätzlich zumindest dann den Interessen und dem Wohl des Kindes, wenn der Gesetzgeber ihre Kompetenzen in einer Weise ausgestaltet, die potenziellen Kompetenzkonflikten entgegenwirkt. Da aber für die Elternschaft nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein natürliches Band nicht zwingend ist, wäre die Anerkennung einer rechtlichen Mehrelternschaft auch unabhängig vom Bestehen einer solchen körperlichen Verbindung zu allen drei Wunscheltern denkbar, soweit zwischen diesen Einvernehmen besteht und eine entsprechende Absicherung für den Fall späterer Kompetenzkonflikte erfolgt.⁸⁸

c) Rechtliche Absicherung der sozialen Elternschaft von Co-Elternteilen

Unabhängig von der Anerkennung rechtlicher Mehrelternschaft bedarf es einer **Stärkung der einzelnen Rechte und Pflichten nur sozialer Elternteile**. International ist es zunehmend möglich, dass dritte Personen, die faktisch Elternverantwortung wahrnehmen, am Sorgerecht beteiligt werden.

In den Niederlanden kann unter bestimmten Voraussetzungen jeder Person, die eine enge persönliche Beziehung zu dem Kind hat, durch Gerichtsentscheidung ein gemeinsames Sorgerecht mit einem rechtlichen Elternteil eingeräumt werden.⁸⁹ Ein Sorgerechtserwerb der mit der Gebärenden durch eine Statusbeziehung verbundenen

[82] BVerfGE 108, 82, 101; bestätigt von BVerfGE 133, 59, 78.

[83] BVerfGE 108, 82, 101.

[84] BVerfGE 108, 82, 101.

[85] BVerfGE 108, 82, 101.

[86] BVerfGE 108, 82, 103.

[87] Zum Vorhergehenden BVerfGE 133, 59, 77 ff.

[88] Für die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Partner_innen sowie des außerhalb der Paarbeziehung stehenden notwendigen zweiten genetischen Elternteils als drei rechtliche Eltern *Coester*, Reformen im Kindschaftsrecht, in: *Deutscher Familiengerichtstag e. V.* (Hrsg.), *Brühler Schriften zum Familienrecht*, Band 18, Bielefeld 2014, 43, 56.

[89] Siehe Art. 1:253t Burgerlijk Wetboek.

Person erfolgt sogar kraft Gesetzes, ohne dass diese auch die rechtliche Elternschaft erlangt, wenn das Kind in die Lebensgemeinschaft hineingeboren wird und die Gebärende sein einziger rechtlicher Elternteil ist.⁹⁰

In England kann ein Stiefelternteil, also ein Ehegatte oder eingetragener Lebenspartner eines rechtlichen Elternteils, rechtlich anerkannte Elternverantwortung entweder durch eine Vereinbarung⁹¹ oder durch eine gerichtliche Anordnung⁹² erlangen. Diese Elternverantwortung des Stiefelternteils bleibt auch nach einer Trennung oder Scheidung vom rechtlichen Elternteil bestehen, solange das Gericht nicht auf Antrag eine am Kindeswohl orientierte andere Regelung trifft. Dem faktischen Partner eines rechtlichen Elternteils kann ebenfalls durch gerichtliche Anordnung Elternverantwortung übertragen werden, wenn das Kind bei ihm lebt.⁹³

Auch im deutschen Recht sollten Sorgerechte jenseits rechtlicher Elternschaft anerkannt werden, um der einvernehmlichen Übernahme von Elternverantwortung in Mehrelternfamilien gerecht zu werden. Vor allem für den Fall der Auflösung der Partnerschaft oder eines Konflikts zwischen den Beteiligten muss eine kindeswohl-gerechte Regelung ermöglicht werden – beispielsweise die gerichtliche Übertragung des Sorgerechts auch auf einen nicht rechtlichen Elternteil, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

d) Elternvereinbarungen

In jedem Fall erfordert die vielgestaltige Realität von Mehrelternverhältnissen, dass **Vereinbarungen** über Elternschaft und Elternbefugnisse größerer Raum gewährt wird. Um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu erreichen, sollten vorsorgende Regelungen, wie sie schon jetzt häufig getroffen werden, gefördert werden und vor allem rechtsverbindlich sein.⁹⁴ Lässt man eine rechtliche Mehrelternschaft zu, sollte in einer Vereinbarung bereits vor der Zeugung festgelegt werden können,

welche der Beteiligten eine rechtliche Elternstellung erlangen und wie ihre jeweiligen sorgerechtlichen Befugnisse ausgestaltet werden sollen.⁹⁵ Auf diese Weise könnte frühzeitig dem Prinzip der Zeugungsverantwortlichkeit und dem Willen zur Übernahme von Elternverantwortung Rechnung getragen werden. Hält man an der Beschränkung auf zwei rechtliche Elternteile fest, sollte den Beteiligten die Möglichkeit eröffnet werden, ebenfalls schon vor der Zeugung zu regeln, von wem die beiden rechtlichen Elternpositionen eingenommen werden und welche sorgerechtlichen Befugnisse die rechtlichen Eltern einerseits und nur soziale Elternteile andererseits erhalten sollen. Von Bedeutung ist insbesondere die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf die Personen, bei denen das Kind leben soll. Auch Unterhaltsvereinbarungen sollten getroffen werden können.

Um die notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte für eine Elternvereinbarung eine bestimmte Form vorgesehen werden. Würde über die Schriftform hinaus eine notarielle Beurkundung gefordert, so wäre eine umfassende Information und Beratung aller Beteiligten gewährleistet.

[90] Siehe Art. 1:253sa Abs. 1 Burgerlijk Wetboek.

[91] Sec. 4A(1)(a) Children Act 1989; die Vereinbarung ist mit dem Partner oder – wenn auch der andere rechtliche Elternteil Elternverantwortung trägt – mit beiden zu treffen.

[92] Sec. 4A(1)(b) Children Act 1989.

[93] Sog. *residence order* bzw. ab 2014 umbenannt in *child arrangement order*, Sec. 8 Children Act 1989.

[94] Für die Einführung einer rechtsverbindlichen „Kinderwunschvereinbarung“ siehe auch die Beschlussvorlage für den LSVD-Verbandstag 2016, 4 f., abrufbar unter www.lsvd.de/fileadmin/pics/Dokumente/Verbandstage/VT-2016/AG_Regenbogenfamilien_Gesamtentwurf_22022016.pdf.

[95] Zu den für die endgültige Zuordnung rechtlicher Elternschaft erforderlichen Erklärungen siehe im Einzelnen schon oben unter III. 2. c).

VI. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Kinderwunsch und Vielfalt familiärer Lebensformen

1. Der Wunsch gleichgeschlechtlicher Paare, eine Familie zu gründen und Kinder mittels medizinisch assistierter Reproduktion zu bekommen, stellt ebenso wie die Vielfalt der **Lebens- und Familienformen** in Regenbogenfamilien eine gesellschaftliche Realität dar. Das Recht muss dieser Realität Rechnung tragen. Hier besteht grundlegender Reformbedarf.

Rechtlicher Rahmen der assistierten Reproduktion – Zugang und Rechtsfolgen

2. Gleichgeschlechtlichen Paaren ist **diskriminierungsfrei** Zugang zur Fortpflanzungsmedizin zu gewähren. Ihnen müssen dieselben Methoden assistierter Reproduktion erlaubt werden wie verschiedengeschlechtlichen Paaren.

3. Wie in vielen europäischen und außereuropäischen Ländern muss in Deutschland ein **Reproduktionsmedizingesetz** geschaffen werden, in dem geregelt ist, **welche Methoden** der assistierten Fortpflanzung zulässig sind und **wer Zugang** zu diesen Methoden hat. Beschränkungen der Reproduktionsfreiheit sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie zum Schutz legitimer Interessen der Allgemeinheit oder der Grundrechte Dritter notwendig und nicht unverhältnismäßig sind.

4. Die **Verbote** der Eizellspende und der Leihmutterschaft bedürfen daher einer kritischen **Überprüfung**. Dies gilt allgemein, also für heterosexuelle wie homosexuelle Paare. Die Zulassung der Eizellspende würde es lesbischen Paaren erlauben, dass die eine Partnerin das genetische Kind der anderen austrägt; damit hätten beide eine körperliche Verbindung zum Kind. Eine Leihmutterschaft würde schwulen Paaren ermöglichen, ein genetisch mit einem der Partner verbundenes Kind zu bekommen.

5. Bei Verwendung von Spendergameten (Samen- oder Eizellspende) ist sicherzustellen, dass dem verfassungsrechtlich gewährleisteten **Recht** des Kindes **auf Kenntnis** seiner **Abstammung** Rechnung getragen wird. Hierfür ist eine **Dokumentation** der Daten in einem zentralen Register vorzusehen; dem Kind ist ein Einsichtsrecht einzuräumen.

Elternschaft in Regenbogenfamilien

6. Die Regelung der rechtlichen Elternstellung bei assistierter Reproduktion muss den vielfältigen Formen der Übernahme von Elternverantwortung in Regenbogenfamilien gerecht werden, wie sie in lesbischen, schwulen oder Mehrelternfamilien intendiert und gelebt werden. Die rechtliche Elternschaft ist grundsätzlich den Personen zuzuweisen, die aufgrund ihrer **Entscheidung** für die Inanspruchnahme der assistierten Reproduktion für die Entstehung des Kindes **verantwortlich** sind und daher auch bereit sein werden, die elterliche Verantwortung zu übernehmen. Wie in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften entspricht auch in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften die unmittelbar mit der Geburt eintretende rechtliche Anerkennung und Absicherung faktisch übernommener Elternschaft nicht nur den Wünschen der Eltern, sondern wahrt auch am besten die Interessen der auf diese Weise gezeugten Kinder.

Lesbische Paare und Samenspende

7. Wie in zahlreichen ausländischen Rechten sollte eine **rechtliche Co-Mutterschaft der Partnerin** der Gebärenden anerkannt werden. Entschließt sich ein lesbisches Paar, durch Befruchtung der einen Partnerin mittels Samenspende ein Kind zu bekommen, sollte die andere Partnerin ohne Durchführung eines Adoptionsverfahrens unmittelbar mit der Geburt rechtliche Mutter des Kindes werden können. Dies gilt sowohl für eingetragene Lebenspartnerschaften als auch für faktische Partnerschaften und unabhängig davon, ob die Partnerin genetisch mit dem Kind verbunden ist.

8. Bei Kindern, die während des Bestehens einer **eingetragenen Lebenspartnerschaft** geboren werden, kann die **Mutterschaft** der Partnerin – genau wie die Vaterschaft des Ehemannes – **vermutet** werden. Die faktische Partnerin der Mutter sollte die **Mutterschaft anerkennen** können.

9. Ist die Fremdbefruchtung mit **Einwilligung** der (Lebens)Partnerin erfolgt, so sollte eine **Anfechtung** durch die **Mutter** und die (Lebens)**Partnerin** wie bei heterosexuellen Paaren **ausgeschlossen** werden. Bei Einwilligung der Partnerin in die Fremdbefruchtung sollte ihre rechtliche Elternstellung auch gerichtlich festgestellt werden können.

10. Der **Samenspender** sollte die Mutterschaft der Partnerin **nicht anfechten** können, wenn er auf die Erlangung der Elternstellung verzichtet hat. Zugleich sollte dann – wie es der nahezu einheitlichen Rechtslage in den anderen europäischen Ländern entspricht – seine **gerichtliche Feststellung** als Vater **ausgeschlossen** sein. Ein wirksamer **Verzicht** sollte auch jenseits einer Spende bei einer Samenbank möglich sein. Um sowohl Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu gewährleisten als auch dem Spender die Tragweite der Erklärung deutlich zu machen, sollte hierfür die Einhaltung einer gewissen Form erforderlich sein.

11. Um die rechtliche Co-Mutterschaft der Partnerin bereits vor der Zeugung abzusichern, sollten verbindliche **präkonzeptionelle Erklärungen** zur Elternschaft zugelassen werden. Die erforderlichen Erklärungen könnten gemeinsam in einer Vereinbarung abgegeben werden.

Schwule Paare und Leihmütter

12. Verwirklicht ein schwules Paar seinen Wunsch nach einem genetisch mit einem der Partner verbundenen Kind mithilfe einer Leihmutter, sollte der andere Partner ohne Adoptionsverfahren unmittelbar mit der Geburt eine rechtliche Elternstellung erlangen können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Leihmutterschaft im Inland zugelassen wird, da das Ziel, Leihmutterschaften zu verhindern, keine Rolle für die Zuordnung eines einmal geborenen Kindes spielen darf. Vielmehr sollte eine **vereinfachte Anerkennung** der nach ausländischem Recht bestehenden rechtlichen Elternschaft der Wunschväter im Inland vorgesehen werden.

Mehrelternfamilien

13. Die **Beschränkung auf zwei rechtliche Elternteile** entspricht nicht mehr den gesellschaftlichen Verhältnissen und den Bedürfnissen der durch assistierte Reproduktion entstehenden Familien. Die Veränderungen gelebter Realität haben in anderen Ländern, wie etwa zum Teil in Kanada und in Kalifornien, bereits dazu geführt, dass **drei Elternteile** anerkannt werden. Eine faktische Mehrelternschaft, wie sie in Regenbogenfamilien oft vor der Zeugung intendiert und später verwirklicht wird, sollte auch im deutschen Recht durch die Möglichkeit einer rechtlichen Elternschaft von mehr als zwei Personen anerkannt und abgesichert werden.

14. Unabhängig von der Anerkennung einer rechtlichen Mehrelternschaft bedarf es einer **Stärkung der einzelnen Rechte und Pflichten nur sozialer Elternteile**. Soziale Elternschaft ist – wie in einer wachsenden Zahl anderer Rechtsordnungen auch – anzuerkennen, indem dritten Personen, die Elternverantwortung wahrnehmen, Sorgerechte eingeräumt werden. Vor allem müssen Regelungen getroffen werden, die für den Fall der Auflösung der Partnerschaften oder bei Konflikten zwischen den Beteiligten kindeswohlgerichte Lösungen zulassen.

15. **Vereinbarungen** über Elternschaft und Elternbefugnisse ist größerer Raum zu gewähren. Vorsorgende Regelungen der Beteiligten sollten gefördert und mit Rechtsverbindlichkeit versehen werden, um der vielgestaltigen Realität von Mehrelternverhältnissen besser Rechnung zu tragen. Es sollte bereits vor der Zeugung vereinbart werden können, welche der Beteiligten eine rechtliche Elternstellung erlangen und wie ihre jeweiligen sorgerechtlichen Befugnisse ausgestaltet werden sollen.

LITERATUR

- Benicke, Christoph.** Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 2013, 101.
- Botthof, Andreas / Diel, Alexander.** Voraussetzungen für die (Stiefkind-)Adoption eines Kindes nach Inanspruchnahme einer Leihmutter, StAZ 2013, 211.
- Coester, Michael.** Reformen im Kindschaftsrecht, in: Deutscher Familiengerichtstag e. V. (Hrsg.), Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 18, Bielefeld 2014, 43.
- Coester-Waltjen, Dagmar.** Ausländische Leihmütter – Deutsche Wunscheltern, FF 2015, 186.
- dies.** Elternschaft außerhalb der Ehe – Sechs juristische Prämissen und Folgerungen für die künstliche Befruchtung, in: Das Bundesministerium für Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Baden-Baden 2001, 158.
- dies.** Reformüberlegungen unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher und personenstandsrechtlicher Fragen, Reproduktionsmedizin 2002, 183.
- Dethloff, Nina.** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.12.2014 – XII ZB 463/13, JZ 2016, 207.
- dies.** Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Herbert Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg 2012, 7.
- dies.** Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartner_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2015.
- dies.** Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare in Europa, in: Thomas Ackermann / Johannes Köndgen (Hrsg.), Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, München 2015, 51.
- dies.** Familienrecht, 31. Aufl., München 2015.
- dies.** Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, 922.
- dies.** Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft, in: Katharina Hilbig-Lugani / Dominique Jakob / Gerald Mäsch / Philipp M. Reuß / Christoph Schmid (Hrsg.), Zwischenbilanz – Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2015, 41.
- dies.** Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Anne Röthel / Bettina Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, im Erscheinen, 19 ff.
- DIJuF.** DIJuF-Rechtsgutachten 19.10.2012, Ad 1.110 Ho, JAmt 2012, 576.
- Duden.** Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2015.

Fötschl, Andreas. Die neue Mitmutterschaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445.

Gassner, Ulrich / Kersten, Jens / Krüger, Matthias / Lindner, Josef Franz / Rosenau, Henning / Schroth, Ulrich. Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchner-Entwurf, Tübingen 2013.

Golombok, Susan. Modern Families – Parents and Children in New Family Forms, Cambridge 2015.

Gründler, Sabine / Schiefer, Katrin. Familienleitbilder unter dem Regenbogen – Akzeptanz von Regenbogenfamilien in Deutschland, Bevölkerungsforschung Aktuell 04/2013, 18.

Günther, Hans-Ludwig / Taupitz, Jochen / Kaiser, Peter. Embryonenschutzgesetz – Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2014.

Haag, Christian. Zum Kinderwunsch homosexueller Männer und Frauen, in: Giovanni Maio / Tobias Eichinger / Claudia Bozarro (Hrsg.), Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin, Freiburg/München 2013, 400.

Heckschen, Heribert / Herrler, Sebastian / Starke, Timm (Hrsg.). Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., München 2015.

Heiderhoff, Bettina. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.5.2013 – XII ZR 49/11, FamRZ 2013, 1212.

dies. Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPRax 2012, 523.

Helms, Tobias. Die künstliche Befruchtung aus familienrechtlicher Sicht: Probleme und Perspektiven, in: Anne Röthel / Martin Löhnig / Tobias Helms (Hrsg.), Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, Frankfurt a. M. 2010, 49.

ders. Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114.

ders. Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016.

Irlle, Katja. Das Regenbogen-Experiment – Sind Schwule und Lesben die besseren Eltern?, Weinheim 2014.

Jansen, Elke / Bruns, Manfred / Greib, Angela / Herberitz-Floßdorf, Michaela. Regenbogenfamilien – alltäglich und doch anders, 2. Aufl., Köln 2014.

Kelly, Fiona. Multiple-Parent Families under British Columbia's New Family Law Act: A Challenge to the Supremacy of the Nuclear Family or a Method by Which to Preserve Biological Ties and Opposite-Sex Parenting, 47 (2014) UBC Law Review, 565.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Begr.). Grundgesetz, Band I: Texte, Art. 1–5, 76. Lieferung, Dezember 2015, München.

Palandt, Otto (Begr.). Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016.

Reinhardt, Jörg / Kemper, Rainer / Weitzel, Wolfgang (Hrsg.). Adoptionsrecht Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2015.

Remus, Juana / Liebscher, Doris. Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558. Reuß, Philipp M. Neue Wege zur Mutterschaft – Die neue Duo-Mutterschaft nach niederländischem Recht, StAZ 2015, 139.

Rupp, Marina (Hrsg.). Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln 2009.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 6. Aufl., München 2012.

Schumann, Eva. Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, Baden-Baden 2012, 155.

Spickhoff, Andreas (Hrsg.). Medizinrecht, 2. Aufl., München 2014.

Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB, Buch 4: Familienrecht, §§ 1741-1772 (Adoption), Neubearbeitung 2007.

Streib-Brzič, Uli / Quadflieg, Christiane (Hrsg.). School is Out?! Vergleichende Studie „Erfahrungen von Kindern aus Regenbogenfamilien in der Schule“ durchgeführt in Deutschland, Schweden und Slowenien, Teilstudie Deutschland, Berlin 2011 (herausgegeben im Auftrag des Zentrums für transdisziplinäre Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin).

Wellenhofer, Marina. Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825.

Wilke, Christine. Die Adoption minderjähriger Kinder durch den Stiefelternteil, Tübingen 2014.

ABKÜRZUNGEN

a. A.:	andere Auffassung
Abs.:	Absatz
AdVermiG:	Adoptionsvermittlungsgesetz
AG:	Amtsgericht
Art.:	Artikel
Aufl.:	Auflage
Begr.:	Begründer
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH:	Bundesgerichtshof
BT-Drs.:	Bundestagsdrucksache
BVerfG:	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE:	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
DIJuF:	Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V.
EGBGB:	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
ESchG:	Embryonenschutzgesetz
FamFG:	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ:	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF:	Forum Familienrecht (Zeitschrift)
GG:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.:	Herausgeber
IPRax:	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
JAmt:	Das Jugendamt (Zeitschrift)
JZ:	JuristenZeitung
KG:	Kammergericht
krit.:	kritisch
LG:	Landgericht
lit.:	litera (Buchstabe)
LPartG:	Lebenspartnerschaftsgesetz
LSVD:	Lesben- und Schwulenverband in Deutschland e. V.
m. Anm.:	mit Anmerkung
MünchKomm:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
OLG:	Oberlandesgericht
PStG:	Personenstandsgesetz
Rn.:	Randnummer
S.:	Satz
Sec.:	Section
StAG:	Staatsangehörigkeitsgesetz
StAZ:	Das Standesamt (Zeitschrift)

ÜBER DIE AUTORINNEN

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M., Attorney at Law (New York), Bonn

Nina Dethloff ist Universitätsprofessorin in Bonn. Sie hat in Hamburg, Genf, Freiburg und Washington, D.C. Rechtswissenschaften studiert. Seit 1987 ist sie als Rechtsanwältin im Staat New York zugelassen. Nach Promotion und Habilitation in Freiburg ist sie seit 2001 Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht sowie Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Universität Bonn. Seit 2015 ist sie zudem Geschäftsführende Direktorin des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“. Von 2006 bis 2008 war sie Ad-hoc-Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. 2011 wurde sie zum Mitglied des American Law Institute und 2012 der Academia Europaea gewählt. Nina Dethloff ist Mitglied des Vorstands der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, der International Society of Family Law sowie der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. Sie arbeitet außerdem in der Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags sowie der Expertengruppe der Commission on European Family Law.

Anja Timmermann, Bonn

Anja Timmermann ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Universität Bonn. Sie hat in Bonn Rechtswissenschaften studiert und promoviert seit 2014 rechtsvergleichend im Familienrecht.

IMPRESSUM

ISBN 978-3-95861-569-4

Herausgeberin:

Friedrich-Ebert-Stiftung • Forum Politik und Gesellschaft
Hiroshimastraße 17 • 10785 Berlin

Autorinnen: Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M • Anja Timmermann

Redaktion: Sarah Vespermann • Friedrich-Ebert-Stiftung

Redaktionelle Betreuung: Birte Gerstenkorn • Friedrich-Ebert-Stiftung

Gestaltung: Andrea Schmidt • Typografie/im/Kontext

Druck: Druckerei Brandt GmbH, Bonn

Gedruckt auf RecyStar Polar, 100% Recyclingpapier,
ausgezeichnet mit dem blauen Umweltengel.

Eine gewerbliche Nutzung der von der FES herausgegebenen Medien
ist ohne schriftliche Zustimmung durch die FES nicht gestattet.

© 2016 • Friedrich-Ebert-Stiftung

Forum Politik und Gesellschaft • www.fes.de