

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
**Reinhard Bork · Jochen Taupitz**  
**Gerhard Wagner**

**Franziska Biggel/Beate Ditzen/  
Franziska Frech/Mirjam Lober/  
Katja Patzel-Mattern/Alix Schulz/  
Marc-Philippe Weller**

Elternschaft im Wandel: *From status to contract?*

**Sonja Dieckmann**  
§ 817 S. 2 BGB als Fall zurechenbarer  
Vermögensentscheidung

**Tomas Kuhn**  
Sperrwirkung der §§ 434 ff. BGB  
auch ohne Mangel?

**Clemens Latzel**  
Die Arbeitsschuld ist keine absolute Fixschuld!



221. Band · Heft 6      Dezember 2021

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

---

## Abhandlungen

<i>Franziska Biggel/Beate Ditzen/Franziska Frech/Mirjam Lober/ Katja Patzel-Mattern/Alix Schulz/Marc-Philippe Weller:</i> Elternschaft im Wandel: <i>From status to contract?</i> .....	765
<i>Sonja Dieckmann:</i> § 817 S. 2 BGB als Fall zurechenbarer Vermögensentscheidung .....	809
<i>Tomas Kuhn:</i> Sperrwirkung der §§ 434 ff. BGB auch ohne Mangel? Überlegungen zur Reichweite im BGB nicht geregelter Ausnahmen von der freien Anspruchskonkurrenz .....	845
<i>Clemens Latzel:</i> Die Arbeitsschuld ist keine absolute Fixschuld! Zum Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht .....	881

## Literatur

<i>Corinna Coupette:</i> Juristische Netzwerkforschung Referent: <i>Moritz Renner</i> .....	923
Stichwortverzeichnis .....	929

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

221. Band (2021)

Zitierweise: AcP

---

*Manuskripte und redaktionelle Anfragen* werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Reinhard Bork* (verantwortlicher Redakteur), Seminar für Zivilprozessrecht, Fakultät Rechtswissenschaft, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, bork@uni-hamburg.de
- *Professor Dr. Jochen Taupitz*, Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Schloß Turm Mittelbau West, 68131 Mannheim, taupitz@jura.uni-mannheim.de
- *Professor Dr. Gerhard Wagner*, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 9, 10099 Berlin, sekretariat.wagner@rewi.hu-berlin.de

*Rezensionsexemplare* werden an den Verlag erbeten.

*Hinweise für Autoren:* Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter [www.mohrsiebeck.com/AcP](http://www.mohrsiebeck.com/AcP) in der Rubrik „Manuskripte“.

*Erscheinungsweise:* Pro Jahr erscheint ein Band zu je sechs Heften.

*Abonnements:* Informationen zu Abonnements finden Sie unter [www.mohrsiebeck.com/AcP](http://www.mohrsiebeck.com/AcP) in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an [journals@mohrsiebeck.com](mailto:journals@mohrsiebeck.com).

*Onlinezugang:* Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: [www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen](http://www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen).

© 2021 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie an [rights@mohrsiebeck.com](mailto:rights@mohrsiebeck.com).

*Verlag:* Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com).

*Anzeigenservice:* Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, [tilman.gaebler@t-online.de](mailto:tilman.gaebler@t-online.de). *V.i.S.d.P.:* Kendra Mäschke, [maeschke@mohrsiebeck.com](mailto:maeschke@mohrsiebeck.com).

*Satz:* Computersatz Staiger, Rottenburg/N.; *Druck:* Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Dieser Ausgabe des AcP ist ein Prospekt des Verlags C.H. Beck, München, beigelegt.

ISSN 0003-8997 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7113 (Online-Ausgabe)



# Elternschaft im Wandel: *From status to contract?*

von Franziska Biggel/Beate Ditzen/Franziska Frech/  
Mirjam Lober/Katja Patzel-Mattern/Alix Schulz/  
Marc-Philippe Weller, Universität Heidelberg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einführung	766
1. Pluralisierung der Familienformen	767
2. Kindeswohl	768
3. Gang der Untersuchung	769
4. These: Vertragsmodell der Elternschaft	769
II. Formen von Elternschaft	770
1. Genetische und biologische Elternschaft	770
2. Soziale Elternschaft	770
3. Rechtliche Elternschaft	771
a) Grundkonzeption der §§ 1591 f. BGB	771
b) Adoption	771
4. Neue Elternschaftsformen kraft Reproduktionsmedizin	772
a) Überblick: Entwicklung der Reproduktionsmedizin	772
b) Reproduktionsmedizin als Ausweg aus der Kinderlosigkeit	773
c) Reproduktionsmedizin als Instrument zur Überwindung biologischer Grenzen	773
III. Elternschaftsmodelle in der historischen Entwicklung	775
1. Elternschaft im 18. und 19. Jahrhundert	775
2. Elternschaft im Nationalsozialismus	776
3. Elternschaft in der Nachkriegszeit	777
IV. Elternschaft aus der psychologischen Perspektive	778
1. Bindung als entscheidende Konstante der Eltern-Kind-Beziehung	778
2. Entwicklung des Attachment Parenting	779
3. Sichere Bindung als Basis gesunder Entwicklung	780
4. Psychobiologische Befunde zur Bindung	781
V. Pluralisierungstendenzen im Recht der Elternschaft	783
1. Von der biolegalen zur soziolegalen Elternschaft?	783
2. Postmoderne Elternschaftsmodelle	786

---

\* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Franziska Biggel und Alix Schulz, M.Jur. (Oxford) forschen am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Beate Ditzen und Franziska Frech am Institut für medizinische Psychologie und Prof. Dr. Katja Patzel-Mattern und Mirjam Lober am Historischen Seminar der Universität Heidelberg. Der Beitrag geht auf ein drittmittelgefördertes Projekt im Rahmen des Heidelberger Exzellenzstrategie-Flagships „*Transforming Cultural Heritage*“ zurück; das Projekt beschäftigt sich mit Formen der Elternschaft als Ausprägung des immateriellen kulturellen Erbes der Menschheit.

a) Leihmutterchaft .....	786
b) Gleichgeschlechtliche Elternschaft .....	789
c) Geschlechtsunabhängige Elternschaft .....	793
d) Partnerschaftsunabhängiges Co-Parenting .....	794
e) Multiparentale Modelle .....	795
f) Monoparentale Modelle .....	797
VI. Konstruktion moderner Elternschaft: From status to contract? .....	798
1. Rechtspolitische Reformvorschläge .....	798
2. Elternschaft auf vertraglicher Grundlage? .....	801
3. Adoptionsäquivalente Statusbegründung und vertragliche Befugnisverteilung .....	802
a) Adoptionsäquivalente Statusbegründung ex ante .....	802
aa) Adoptionsäquivalente Statusbegründung in Leihmutterchaftsfällen .....	803
bb) Adoptionsäquivalentes Modell für andere Elternschaftsformen? .....	804
b) Vertragsbasierte Elternverantwortung .....	805
aa) Sorgerecht .....	805
bb) Unterhalt .....	806
4. Fazit .....	806
VII. Zusammenfassung in Thesenform .....	807

### Abstract

„From status to contract“<sup>1</sup>. Diese berühmte Formel beschreibt die Entwicklung des 18./19. Jahrhunderts von der unterdrückenden Feudal- hin zu einer aufgeklärten Industriegesellschaft, von einem Status (als unfreie Person) zu einem Vertragsmodell, dem die autonome Person als Leitbild zugrunde liegt. Ist es heute an der Zeit, das überkommene Statusdenken im Familienrecht zu hinterfragen und um ein autonomes, vertragsbasiertes Modell der Elternschaft zu ergänzen? Die rasante gesellschaftspolitische Entwicklung, der medizinische Fortschritt und die globale Mobilität legen dies nahe.

### I. Einführung

Familie und Elternschaft befinden sich in einem tiefgreifenden Transformationsprozess. Während die Familie historisch insbesondere sozioökonomischen Zwecken diene, hat sich ihre Funktion in den industrialisierten Staaten des globalen Westens in den letzten 150 Jahren erheblich gewandelt.<sup>2</sup> Die sich

<sup>1</sup> Sumner Maine, *Ancient Law*, Chapter V, Cambridge 1861, 139 ff.

<sup>2</sup> Reuß, *Theorie eines Elternschaftsrechts*, 2018, S. 40.

beginnend mit der Industrialisierung verändernde Arbeitswelt, der stetig steigende Wohlstand und die – wenn auch in ihrer konkreten Ausgestaltung unterschiedliche – Implementierung des Sozialstaatsprinzips in die politischen Grundordnungen Europas haben dazu geführt, dass sich die Familie von ihrer traditionellen Rolle als gesellschaftstragende Arbeits- und Produktionsgemeinschaft verabschiedet hat.<sup>3</sup>

### 1. Pluralisierung der Familienformen

Mit dem Funktionswandel der Familie geht auch ein Wandel familiärer Lebensformen einher.<sup>4</sup> Das einst geltende Ideal der Kernfamilie (Mutter, Vater, Kinder) wurde bereits historisch durch vielfältige Formen familiären Zusammenlebens ergänzt, die aber erst aktuell gesellschaftliche Anerkennung erlangen.<sup>5</sup> Menschen gleichen und unterschiedlichen Geschlechts gründen heute – mit dem Anspruch öffentlicher Sichtbarkeit – eine Familie, auch unabhängig von einer ehelichen oder romantischen Verbindung.<sup>6</sup> Dies führt nicht nur zu einer offen lebbareren „Pluralisierung der Familienformen“,<sup>7</sup> sondern fast unweigerlich auch zu einer Transformation des Konzepts von Elternschaft: Während letztere früher als unverzichtbare Grundbedingung für die Bestandssicherung der Gesellschaft galt, lassen sich heute Tendenzen erkennen, Elternschaft als individuelles Recht zu begreifen.<sup>8</sup> Daneben erfährt auch das negative Korrelat eines (positiven) Rechts auf Elternschaft, namentlich das Recht, keine Elternschaft zu begründen bzw. keine Elternverantwortung übernehmen zu müssen, normative Anerkennung.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Ramm, Familienrecht, Band 1, 1984, 28 f.

<sup>4</sup> Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 22, [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2019\\_Stellungnahme\\_Fortpflanzungsmedizin\\_web\\_01.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf) (abgerufen am 26.6.21).

<sup>5</sup> Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 41; vgl. ferner zur Toleranz des Familienrechts für verschiedene Familienbeziehungen und diverse kulturelle Erwartungen Dutta, JZ 2021, 321 ff.

<sup>6</sup> Duden, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, FS Basedow, 2018, 89, 90.

<sup>7</sup> Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 41.

<sup>8</sup> Singer, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), Family Law and Culture in Europe, 2014, 137, 138.

<sup>9</sup> Dies kommt u.a. in der Möglichkeit zum legalen Schwangerschaftsabbruch, dem Recht der Mutter auf Anonymität (§§ 21 Abs. 2a PStG, 25 SchKG) und in verschiedenen Optionen zum Ausdruck, sich der Elternverantwortung z.B. durch Freigabe des Kindes zur Adoption oder seine In-Pflege-Gabe dauerhaft oder vorübergehend zu entziehen.

## 2. Kindeswohl

Freilich erschöpft sich der zu verzeichnende Wandel nicht in der rechtlichen Anerkennung der Interessen der (werdenden) Eltern. So hat sich der Schutz von Kindern<sup>10</sup> namentlich unter dem Topos des „Kindeswohls“ in den vergangenen Jahrzehnten auf nationaler<sup>11</sup> und internationaler<sup>12</sup> Ebene zum gesetzgeberischen Leitprinzip entwickelt.<sup>13</sup> Infolge der Anerkennung und Stärkung von Kinderrechten werden Eltern und Kinder nicht länger als rechtliche Einheit betrachtet.<sup>14</sup> Vielmehr nehmen Kinder nunmehr eine eigenständige Position im „Komplex Elternschaft“ ein,<sup>15</sup> welche unter anderem ein Recht auf Eltern<sup>16</sup> und eine am kindlichen Wohl orientierte, elterliche Fürsorge<sup>17</sup> vermittelt. Das Recht eines Kindes auf mindestens einen rechtlichen Eltern teil findet seinen Ausdruck dabei bereits in der Regel der Geburtmutterchaft (§ 1591 BGB), wonach als rechtliche Mutter diejenige Frau gilt, welche das Kind zur Welt gebracht hat,<sup>18</sup> ohne dass es dazu weiterer Rechtshandlungen

<sup>10</sup> Heiß, NZFam 2015, 491 ff.; 532 ff.

<sup>11</sup> Die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern findet in einer Vielzahl europäischer Rechtsordnungen bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene Berücksichtigung. Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 5 GG, Art. 22 bis der belg. Verfassung v. 17.2.1994 i.d.F. v. 24.10.2017; art. 30. 3 u. 31.1 ital. Verfassung v. 22.12.1947; Art. 36.4 port. Verfassung v. 2.4.1979, i.d.F. v. 12.8.2005; Art. 39.3 span. Verfassung v. 31.10.1978; siehe ferner u.a. Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997, BGBl. 1997 I, S. 2942.

<sup>12</sup> Hingewiesen sei nur auf die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes von 1989, welche erstmals die Subjektstellung des Kindes auf einen rechtsverbindlichen Boden stellt und die hieran geknüpften Rechte mit konkretem Gewährleistungsgehalt füllt, *Dethloff/Maschwitz*, FPR 2012, 190, 191 ff.

<sup>13</sup> *Singer*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 137, 138; vgl. ferner die ausführliche und nuancierte Auseinandersetzung mit den sich gegenüberstehenden Kinderrechten und Elternpflichten bei *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, 89 ff.

<sup>14</sup> *Dethloff/Maschwitz*, FPR 2012, 190, 191.

<sup>15</sup> *Singer*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 137, 138.

<sup>16</sup> Siehe nur Art. 7 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention, nach welchem das Kind „(...) soweit möglich, das Recht hat, seine Eltern zu kennen und von diesen betreut zu werden.“ Vgl. dazu *Scheiwe*, in: Richter/Krappmann/Wapler, *Kinderrechte*, 2020, 119, 121 ff.

<sup>17</sup> Symptomatisch hierfür ist bereits der vielfach zu verzeichnende, terminologische Wandel; so z.B. im BGB von der „elterlichen Gewalt“ hin zur „elterlichen Sorge“; in Großbritannien von den „parental rights and duties“ hin zur „parental responsibility“, vgl. dazu *Boele-Woelki et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007, 34 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Singer*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 137, 141.



bedürfte.<sup>19</sup> Aber auch das Recht auf einen Vater hat mittlerweile – einerseits durch die weitreichenden Varianten des § 1592 BGB, andererseits in Gestalt des in § 1598a BGB, § 1 ff. SRegG garantierten Rechts auf Kenntnis der Abstammung – eine normativ verankerte Absicherung erfahren.

### 3. *Gang der Untersuchung*

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen skizziert der vorliegende Beitrag zunächst die in den heutigen Fachdisziplinen unterschiedenen Formen von Elternschaft (genetisch, biologisch, sozial und rechtlich), deren lange Zeit für selbstverständlich erachtete Koinzidenz unter anderem aufgrund des rasanten, reproduktionsmedizinischen Fortschritts mittlerweile zu einer zwanglosen Alternative geworden ist (unter II.). Allerdings lässt sich bereits zuvor ein – wenn auch teils im Verborgenen gebliebenes – Auseinanderfallen verschiedener Elternschaftsformen identifizieren (unter III.). Wichtige Impulse kommen ferner aus der psychologischen Forschung (unter IV.). Diese Entwicklungen schlagen schließlich auf das geltende Recht durch: Dessen ursprüngliches Leitbild der biologischen Elternschaft wird zunehmend um soziologische Konzepte ergänzt und insofern pluralisiert. Postmoderne Phänomene wie die Leihmutterchaft, die gleichgeschlechtliche Elternschaft, die geschlechtsunabhängige Elternschaft, das partnerschaftsunabhängige Co-Parenting oder multiparentale Modelle (Mehr-Elternschaft) werden – teils im Inland, vor allem aber im Ausland – zunehmend auch rechtlich anerkannt (unter V.).

### 4. *These: Vertragsmodell der Elternschaft*

Die Fortschritte der Reproduktionsmedizin, der gesellschaftliche Wandel und die globale Personenmobilität führen dazu, dass sich die deutsche Rechtsordnung zu neuen Formen der Elternschaft verhalten muss. Bisher äußert sich diese Entwicklung allerdings überwiegend in einer am jeweiligen Einzelphänomen ansetzenden Einzelregelung oder Anerkennungsentscheidung. So werden etwa Eltern-Kind-Verhältnisse aufgrund von Leihmutterchaft in Colorado und Kalifornien von der Rechtsprechung anerkannt, in Bezug auf die Ukraine jedoch nicht. Mit Blick auf die postmodernen Entwicklungen erinnert das Recht der Elternschaft an einen inkohärenten Flickenteppich.

Es stellt sich daher die Frage, ob das bisherige biologische Prinzip der Elternschaft nicht durch ein zweites Prinzip der Elternschaftsbegründung *grundlegend* zu ergänzen ist. Wir möchten dabei die These zur Diskussion stellen,

---

<sup>19</sup> Anders beispielsweise nach französischem Recht, hier ist eine ausdrückliche Erklärung auch seitens der Geburtsmutter erforderlich.

dass sich die postmodernen Entwicklungen – so divers sie auch sind – rechtlich unter einen Nenner bringen lassen: Die (Privat-) *Autonomie* der beteiligten Individuen. Erkennt man dies an, liegt ein *Vertragsmodell* der Elternschaft nahe. Dieses müsste freilich zugunsten des Kindes ausgestaltet und von gewissen Eingangsvoraussetzungen abhängig gemacht werden (unter VI.)

## II. Formen von Elternschaft

Je nach disziplinärer Perspektive, können verschiedene Formen von Elternschaft unterschieden werden, die regelmäßig in einer Person zusammenfallen. Die Errungenschaften der Reproduktionsmedizin haben jedoch zu neuen Konstellationen von Elternschaft geführt.

### 1. Genetische und biologische Elternschaft

Genetische Eltern sind diejenigen Personen, aus deren Eizelle(n) und Samenzelle(n) das Kind entstanden ist,<sup>20</sup> von welchen das Kind also genetisch abstammt. Für die Frau gilt es des Weiteren zwischen der genetischen und der biologischen oder präziser „gestationalen Mutterschaft“<sup>21</sup> zu unterscheiden. Letztere wird durch die Schwangerschaft und den Geburtsvorgang begründet.

### 2. Soziale Elternschaft

Soziale Eltern sind Personen, welche die tatsächliche Verantwortung für ein Kind übernehmen und eine verfestigte sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind haben, ohne dabei abstammungsrechtlich Mutter oder Vater des Kindes zu sein.<sup>22</sup> Dies trifft häufig auf entferntere Verwandte (z.B. Großeltern) oder Pflegeeltern zu.

---

<sup>20</sup> Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 272 ff.

<sup>21</sup> Teilweise wird mit dem Begriff der biologischen Elternschaft sowohl die gestationale Mutterschaft als auch die genetische Elternschaft beschrieben, vgl. Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 75.

<sup>22</sup> OLG Hamm – 8 UF 36/11, juris, Rn. 4; Arbeitskreis Abstammungsrecht – Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, S. 22, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017\\_AK\\_Abstammung\\_Abschlussbericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/07042017_AK_Abstammung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (abgerufen am 26.6.21); Helms, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. 9.

### 3. Rechtliche Elternschaft

Elternschaft im Rechtssinne bedeutet, einer Person den rechtlichen Status als Elternteil zuzuweisen, sie also nach den Vorschriften des geltenden Rechts insoweit zu berechtigen und zu verpflichten.<sup>23</sup> Der einmal begründete Status als rechtlicher Elternteil löst eine Reihe wesentlicher Rechtsfolgen aus und wirkt gegenüber jedermann (absolute Wirkung).<sup>24</sup>

#### a) Grundkonzeption der §§ 1591 f. BGB

Im geltenden deutschen Recht sind Eltern zunächst diejenigen Personen, die in einem abstammungsrechtlichen Verhältnis (§§ 1589 ff. BGB) zu einem Kind stehen.<sup>25</sup> Dies ist einerseits die Frau, die das Kind geboren hat (sog. *Geburtsmutter*<sup>26</sup>, § 1591 BGB), andererseits der Ehemann der Mutter (Vermutung des § 1592 Nr. 1 BGB) oder der Mann, welcher die Vaterschaft anerkannt hat (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde (§ 1592 Nr. 3 BGB). Die Entscheidung, wem der rechtliche Elternstatus zugewiesen werden soll, wird insbesondere durch gesellschaftliche und medizinische Entwicklungen geprägt. Lange Zeit gaben beide Faktoren geradezu selbstverständlich eine Koinzidenz von biologischer und rechtlicher Elternschaft (im Folgenden *biologische Elternschaft*) vor: Die genetische Mutter war zwingend identisch mit der gestationalen Mutter, die genetisch-biologische Beziehung zum Kind bildete mithin das einzig maßgebende Kriterium für die rechtliche Statuszuweisung.

#### b) Adoption

Wenngleich verschiedene Vorschriften des deutschen Rechts auch weiterhin an diesem Elternschaftsmodell festhalten, ist es ebenso denkbar, für die Statuszuweisung die soziale Elternrolle, d.h. die tatsächliche Verantwortungsübernahme und Sorge für das Kind, als maßgebliches Zuweisungskriterium zu erachten (im Folgenden *soziolegale Elternschaft*). So liegt es beispielsweise bei der Adoption welche gemäß § 1754 BGB ein abstammungsrechtliches El-

<sup>23</sup> Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 6.

<sup>24</sup> Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist u.a. relevant für das Sorgerecht (§§ 1626 ff. BGB), Umgangsrecht (§§ 1684 ff. BGB), Namensrecht (§§ 1616 ff. BGB), Unterhaltsrecht (§§ 1601 ff. BGB), Erbrecht (§§ 1924 ff., §§ 2303 ff. BGB), Staatsangehörigkeitsrecht (§ 4 StAG), Steuerrecht (§§ 15 ff. ErbStG), Zivilprozessrecht (§ 383 ZPO), Strafprozessrecht (§ 52 StPO).

<sup>25</sup> Helms, in: Hilbig-Lugani/Huber (Hrsg.), Moderne Familienformen: Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, 2019, 125.

<sup>26</sup> Dethloff, Familienrecht, 2018, 283.

tern-Kind-Verhältnis begründet. Hier fallen genetische und rechtliche Elternschaft typischerweise auseinander.

#### 4. Neue Elternschaftsformen kraft Reproduktionsmedizin

Der rasante reproduktionsmedizinische Fortschritt hat neue Konstellationen von Elternschaft hervorgebracht und damit zugleich die medizinische Grundlage für den Abschied vom biologischen Elternschaftsmodell bereitet.

##### a) Überblick: Entwicklung der Reproduktionsmedizin

Wenngleich die erste erfolgreiche intravaginale Insemination, also die Übertragung von Spermien in den weiblichen Genitaltrakt, bereits 1770 von *John Hunter* beschrieben wurde,<sup>27</sup> etablierte sich die sog. *In-vitro-Fertilisation* (IVF) erst deutlich später. Dabei werden Spermien und Eizelle im Reagenzglas zusammengebracht, wo eine spontane Befruchtung erfolgt. Die Geburt von *Louise Joy Brown* im Jahr 1978 gilt als die erste Geburt durch IVF.<sup>28</sup> Weitere Meilensteine der Reproduktionsmedizin sind die ersten Kryokonservierungen von Embryonen<sup>29</sup> und Eizellen<sup>30</sup>, also das Gefrieren bei  $-200^{\circ}\text{C}$  in flüssigem Stickstoff sowie die sog. *intrazytoplasmatische Spermieninjektion* (ICSI), bei der das Spermium direkt in die Eizelle injiziert wird.<sup>31</sup> Die ersten Geburten durch Eizell- und Embryonenspende erfolgten 1984.<sup>32</sup> Die erste Geburt eines Kindes durch eine Leihmutter nach IVF fand 1985 statt.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> *Diedrich/Ludwig/Griesinger* (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, 2. Aufl. 2020, 15.

<sup>28</sup> *Steptoe/Edwards*, *Birth after the reimplantation of a human embryo* [letter], *Lancet* 1978, 366.

<sup>29</sup> *Trounson/Mohr*, *Human pregnancy following cryopreservation, thawing and transfer of an eight-cell embryo*, *Nat.* 1983, 707 ff.

<sup>30</sup> *Chen*, *Pregnancy after human oocyte cryopreservation*, *Lancet* 1986, 884 ff.

<sup>31</sup> *Palermo/Joris/Devroey/Van Steirteghem*, *Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte*, *Lancet* 1992, 17 f.

<sup>32</sup> *Lutjen/Trounson/Leeton/Findlay/Wood/Renou*, *The establishment and maintenance of pregnancy using in vitro fertilization and embryo donation in a patient with primary ovarian failure*, *Nat.* 1984, 174 f.; *Zeilmaker/Alberda/van Gent/Rijkemans/Drogendijk*, *Two pregnancies following transfer of intact frozen-thawed embryos*, *Fertil Steril* 1984, 293 ff.; *Trounson/Leeton/Besanko/Wood/Conti*, *Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised in vitro*, *BMJ* 1983, 835 ff.

<sup>33</sup> *Utian/Sheean/Goldfarb/Kiwi*, *Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate*, *N Engl J Med* 1985, 1351 f.

*b) Reproduktionsmedizin als Ausweg aus der Kinderlosigkeit*

Wesentliche Motivation für den zunehmenden reproduktionsmedizinischen Fortschritt war die Behandlung ungewollter Kinderlosigkeit. Letztere ist kein neues Problem: bereits im Alten Testament finden sich Geschichten dazu; heute sind schätzungsweise 9% der erwachsenen Paare ungewollt kinderlos.<sup>34</sup> Neu sind allerdings die beschriebenen gegenregulierenden medizinischen Maßnahmen. Weltweit wurden bis 2018 acht Millionen Kinder nach IVF und Embryonentransfer geboren.<sup>35</sup> In Europa werden jährlich 900.000 IVF-Zyklen praktiziert, woraus ca. 200.000 Kinder entstehen. Nach Russland und Spanien werden in Deutschland im Verhältnis zur Bevölkerung die meisten Eingriffe durchgeführt.<sup>36</sup> Das Deutsche IVF-Register (DIR) wertet seit 1992 kontinuierlich die Daten reproduktionsmedizinischer Behandlungen von nahezu allen entsprechenden Einrichtungen in Deutschland aus. Im Jahr 2018 wurden an DIR-Zentren über 61.000 Frauen behandelt. Die extrakorporalen Befruchtungen führten 2018 zur Geburt von 21.385 Kindern,<sup>37</sup> was fast 3% der in diesem Jahr verzeichneten Geburten ausmacht.<sup>38</sup> Insgesamt wurden bei steigender Anzahl der Behandlungszyklen von 1997 bis 2018 in Deutschland 319.119 Kinder nach außerkörperlicher Befruchtung geboren.<sup>39</sup>

*c) Reproduktionsmedizin als Instrument zur Überwindung biologischer Grenzen*

Der Begründung von genetischer bzw. biologischer Elternschaft ist damit dank moderner reproduktionsmedizinischer Methoden auch bei bestehender Infertilität möglich. So erlauben der Einsatz von Samen- und Eizellenspenden bzw. die Hinzuziehung einer Leihmutter solchen Paaren die Realisierung ihres Kinderwunsches, die selbst zur Zeugung bzw. Austragung eines Kindes nicht in der Lage wären. Die Verwendung von Samenspenden gehört dabei

---

<sup>34</sup> *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 22 (o. Fn. 4).

<sup>35</sup> *Diedrich/Ludwig/Griesinger* (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, 2. Aufl. 2020, V.

<sup>36</sup> *Czeromin/Krüssel/Tandler-Schneider* (Hrsg.), *Jahrbuch 2019 – D. I. R. (Deutsches IVF-Register)*, 2020, 8.

<sup>37</sup> *Czeromin/Krüssel/Tandler-Schneider* (Hrsg.), *Jahrbuch 2019 – D. I. R. (Deutsches IVF-Register)*, 2020, 39.

<sup>38</sup> *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 22 (o. Fn. 4).

<sup>39</sup> *Czeromin/Krüssel/Tandler-Schneider* (Hrsg.), *Jahrbuch 2019 – D. I. R. (Deutsches IVF-Register)*, 2020, 39.

bereits seit den 1970er Jahren zur gängigen, reproduktionsmedizinischen Praxis. Seither sind schätzungsweise über 100.000 Kinder durch sog. *donogene Insemination* geboren.<sup>40</sup> Der Samen kann dabei sowohl vom Wunschvater gespendet und seiner Partnerin eingesetzt werden (*homologe Samenspende*) als auch von einem anonymen Spender stammen, wobei der Spendervater hier nur der genetische Vater ist, ohne dass er in die rechtliche oder soziale Vaterstellung eintreten soll (*heterologe Samenspende*). Letztere Methode eröffnet auch lesbischen Paaren die Möglichkeit, in der Partnerschaft ein Kind zur Welt zu bringen. Ebenso können alleinstehende Frauen auf diesem Wege ihren Kinderwunsch erfüllen. Allein 2018 wurden 345 Behandlungen bei lesbischen Paaren und 261 bei alleinstehenden Frauen durchgeführt.<sup>41</sup>

Bei der Eizellenspende wird einer Frau wiederum ein Ei entnommen und einer anderen Frau befruchtet eingesetzt. Dies ermöglicht nicht nur einer unfruchtbaren Frau, biologische Mutter eines Kindes zu werden, sondern auch einem lesbischen Paar die Aufspaltung der biologischen Mutterschaft. So führt die sog. *reziproke In-vitro-Fertilisation*, bei der die durch einen Spendersamen befruchtete Eizelle einer Partnerin in den Uterus der anderen Partnerin eingesetzt wird,<sup>42</sup> dazu, dass die eine Partnerin die genetische und die andere Partnerin die biologische Mutter des Kindes ist und somit eine Verbindung des Kindes zu beiden Müttern besteht.<sup>43</sup> Ebenfalls möglich ist die Generierung von Embryonen zur Spende bzw. die Weitergabe überzähliger Embryonen aus der reproduktionsmedizinischen Behandlung eines Paares an Dritte.<sup>44</sup>

In Bezug auf die Leihmutterschaft, bei der eine Frau (*Leihmutter*) ein Kind austrägt und dieses nach der Geburt an die Wunscheltern übergibt,<sup>45</sup> kann man wiederum zwischen *genetischer* und *gestationaler Leihmutterschaft* unterscheiden. Während bei ersterer die Eizelle der Leihmutter verwendet wird, stammt die Eizelle bei letzterer von der Wunschmutter oder einer Spenderin. Demzufolge können genetische, biologische und intendierte Mutter auseinanderfallen (multiple Mutterschaft); bei Verwendung einer Fremdsamenspende fallen zu-

<sup>40</sup> Katzorke, *Donogene Insemination*, *Der Gynäkologe* 2007, 807.

<sup>41</sup> Czeromin/Krüssel/Tandler-Schneider (Hrsg.), *Jahrbuch 2019 – D. I. R.* (Deutsches IVF-Register), 2020, 8.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Dethloff/Timmermann, *Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin*, Gutachten FES, 2016, S. 11 f., <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21); siehe ferner Sanders, *Mehr-elternschaft*, 2018, S. 241 f.

<sup>43</sup> Dethloff/Timmermann, *Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin*, Gutachten FES, 2016, S. 12, <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>44</sup> Diedrich/Ludwig/Griesinger (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, 2. Aufl. 2020, 289.

<sup>45</sup> Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 2015, S. 12; Trimmings/Beaumont, *Journal of Private International Law*, 2011, 627 ff.

dem genetischer und intendierter Vater auseinander.<sup>46</sup> Dies belegt eindrücklich, dass der Einsatz reproduktionsmedizinischer Maßnahmen mittlerweile zu einer vollständigen Entkopplung der verschiedenen Elternschaftsformen führen kann. Insofern wird das überkommene Statusmodell der Elternschaft der Lebenswirklichkeit nicht mehr gerecht und ist daher ergänzungsbedürftig.

### *III. Elternschaftsmodelle in der historischen Entwicklung*

Die Aufspaltung der Elternschaft ist indes nicht ausschließlich Folgephänomen des reproduktionsmedizinischen Fortschritts. Vielmehr zeigt eine historische Analyse, dass biologische und soziale Elternschaft schon vor Anbruch des reproduktionsmedizinischen „Zeitaltes“ in einem wechselseitigen Spannungsverhältnis standen.

#### *1. Elternschaft im 18. und 19. Jahrhundert*

Bereits im 18. Jahrhundert gehörten als Folge von Trennung, Verwitwung und Nichtehelichkeit vielfältige Elternschaftsmodelle, wie Einelternfamilien, nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern (vornehmlich in den Armutsschichten), Stief- und Adoptionseleternschaft, Pflegeelternschaft und Geschwisterfamilien ohne Eltern oder Großeltern, zur gesellschaftlichen Realität.<sup>47</sup> Im 19. Jahrhundert und im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts beförderten die Trennung von Wohn- und Arbeitsstätte infolge der Industrialisierung, der Urbanisierung und der frühen Sterblichkeit, gestützt von der christlich-bürgerlichen Vorstellung einer Eltern-Kind-Einheit<sup>48</sup> und der Kodifizierung derselben im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 einerseits die Kernfamilie ohne (inter-)generationellen Zusammenhalt. Andererseits deuten Einelternschaft, offene Wohnformen mit Gemeinschaftsküchen und nachbarschaftliche Sorgebeziehungen auf den Fortbestand von vielfältigen, auch sozialen Elternschaftsmodellen hin. Zudem machte die Arbeitsrealität der Menschen, die eine Erwerbstätigkeit beider Elternteile notwendig machte, um eine Familie ernähren zu können, flexible Sorgekonstellationen erforderlich. Insbesondere während und nach dem Ersten Weltkrieg ist eine Mannigfaltigkeit der Lebensformen beobachtbar. Das Zusammenleben von nur einem Elternteil mit seinen Kindern und neuen Partner\_Innen wurde aufgrund des Verlustes des anderen Elternteils infolge der Kampfhandlungen sowie aus wirt-

<sup>46</sup> *Diedrich/Ludwig/Griesinger* (Hrsg.), *Reproduktionsmedizin*, 2. Aufl. 2020, 297.

<sup>47</sup> *Rosenbaum*, in: *Steinbach/Hennig/Becker* (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*, 2014, 28 ff.

<sup>48</sup> Vgl. *Neumaier*, *Familie im 20. Jahrhundert*, 2019, 509.

schaftlichen Gründen zur gängigen Praxis. Die Veränderung der politischen Rahmenbedingungen durch die Revolution 1918/19 und die Etablierung einer Demokratie in Deutschland ermöglichte überdies, dass auch weltanschauliche Gründe oder sexuelle Orientierung als Motive für heute sogenannte Patchworkfamilien denkbar wurden. Die aus dem Sprachgebrauch der 1920er Jahre überlieferten Begriffe „Onkel-Ehe“<sup>49</sup>, „Bratkartoffelverhältnis“<sup>50</sup> und die „Freundinnen-Ehe“<sup>51</sup> belegen diese Formen des partnerschaftlichen Zusammenlebens und der daraus erwachsenden, sozialen Elternschaft. Gelebt wurde sie allerdings vornehmlich im Verborgenen, da gesellschaftliche oder materielle Nachteile befürchtet wurden. Gesellschaftlich drohte Stigmatisierung, da die ehelich legitimierte Kernfamilie weiterhin als anzustrebende Norm galt. Materiell drohten mit der erneuten Eheschließung – was zu einer offiziellen Anerkennung solcher Patchwork-Konstellationen geführt hätte – oder mit der Adoption finanzielle Einbußen aufgrund des Verlusts staatlicher Versorgungsansprüche wie der Witwenrente.<sup>52</sup>

## 2. Elternschaft im Nationalsozialismus

Zur Zeit des Nationalsozialismus wurde durch die gezielte Förderung der ehebasierten Kernfamilie (u.a. durch Ehestandsdarlehen und Kinderbeihilfen) versucht, der gesellschaftlich gelebten Parallelität von biologischer und sozialer Elternschaft entgegenzuwirken.<sup>53</sup> In den Mittelpunkt rückte die biologische Elternschaft derjenigen, die ideologisch und eugenisch begründet als „arisch“ und „wertvoll für die Volksgemeinschaft“ klassifiziert wurden. Das zeigt sich deutlich im Familienrecht. Während Familien jenseits der propagierten „Volksgemeinschaft“ ausgegrenzt, verfolgt und im schlimmsten Fall liquidiert wurden, erhielten „arische“ unverheiratete Frauen finanzielle Un-

<sup>49</sup> Vgl. „Onkelehe“, bereitgestellt durch das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Onkelehe> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>50</sup> Vgl. „Bratkartoffelverhältnis“, bereitgestellt durch das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Bratkartoffelverhältnis> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>51</sup> Vgl. *Vollmer-Heitmann*, *Wir sind von Kopf bis Fuß auf Liebe eingestellt*, 1993, S. 98.

<sup>52</sup> *Nave-Herz*, in: Faulbaum, Frank/Wolf, Christof (Hrsg.), *Gesellschaftliche Entwicklungen im Spiegel der empirischen Sozialforschung*, 2010, 47 f.

<sup>53</sup> Dazu wurde der staatlich geförderte Verein Lebensborn e.V. gegründet, welcher gemäß seiner Satzung „rassisch und erbbiologisch wertvolle, kinderreiche Familien“ unterstützte und „rassisch und erbbiologisch wertvolle ledige Mütter“ sowie deren Kinder versorgte, *Lilienthal*, *Der „Lebensborn e.V.“: ein Instrument nationalsozialistischer Rassenpolitik*, 2003, 43 f.



terstützung, ihre unehelichen Kinder auszutragen.<sup>54</sup> Die Alleinerziehenden, deren Zahl durch die kriegsbedingte Abwesenheit von Vätern oder deren Tod konstant hoch war, lebten ein vom Ideal zwar abweichendes, aber akzeptiertes monoparentales Familienmodell.

### 3. Elternschaft in der Nachkriegszeit

Auch in der Nachkriegszeit blieb die Zahl der Alleinerziehenden auf einem beständig hohen Niveau, ebenso wie die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit und ohne Kinder. Außereheliche Beziehungen wurden, wie bereits nach dem Ersten Weltkrieg, erneut gelebt, um einerseits die eigene ebenso wie die materielle Versorgung und emotionale Stabilität der Kinder zu gewährleisten und andererseits den Verlust der Witwenrente zu vermeiden.<sup>55</sup> Wieder etablierten sich an die Lebensumstände angepasste, vielfältige Sorgebeziehungen. Die damit verbundene soziale Elternschaft trat in eine Koexistenz mit der in der Gesetzgebung der 1950er und 1960er Jahre<sup>56</sup> vorgegebenen, ehebasierten, biologischen Elternschaft.<sup>57</sup> Zudem entwickelte sich die Großelternschaft angesichts früherer Renteneintrittsalter und steigender Lebenserwartung sowie fehlender staatlicher Kinderbetreuungsangebote – zumindest in der Bundesrepublik – zu einer festen Größe im Versorgungsverbund.<sup>58</sup> Ab den späten 1960er Jahren begann langsam – in der Diktion des Historikers *Christopher Neumaier* gesprochen – eine Umkehrung des Verhältnisses von Diskurs und Praxis.<sup>59</sup> So fanden „alternative“ Familienstrukturen, die die Lebenswelt der Menschen prägten, ab den 1970er Jahren eine zunehmende Reflexion im öffentlichen Diskurs. Dies galt auch für die soziale Elternschaft, deren tatsächliche Existenz und eigenständige Bedeutung erst mit der Zeit

<sup>54</sup> *Lilienthal*, Der „Lebensborn e.V.“: ein Instrument nationalsozialistischer Rassenpolitik, 2003, 43 f.

<sup>55</sup> *Plötz*, Als fehle die bessere Hälfte: „alleinstehende“ Frauen in der frühen BRD 1949–1969. 2005.

<sup>56</sup> BRD: 1952 Mutterschutzgesetz, 1954 Familienausgleichskassen, Kindergeldgesetz, 1957 Gleichberechtigungsgesetz, 1957 Rentenreform (Sicherung im Sozialsystem statt durch Kinder im Alter), DDR: 1950 Gesetz über den Mutter- und Kinderschutz und die Rechte der Frau, 1965 Familiengesetzbuch (FGG).

<sup>57</sup> *Nave-Herz*, in: Faulbaum/Wolf (Hrsg.), Gesellschaftliche Entwicklungen im Spiegel der empirischen Sozialforschung, 2010, 48.

<sup>58</sup> Vgl. *Schneider*, in: Schneider/Matthias-Bleck (Hrsg.), Elternschaft heute. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen und individuelle Gestaltungsaufgaben, 2002, 16; vgl. *Nave-Herz*, in: Böllert/Peter (Hrsg.), Mutter + Vater = Eltern?, 2012, 37; vgl. *Beck-Gernsheim*, Was kommt nach der Familie? Alte Leitbilder und neue Lebensformen, 3. Aufl. 2010, 93 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Neumaier*, Familie im 20. Jahrhundert, 2019, 511.

auch eine normative Reflexion erfahren sollte. Überkommene Ideale wurden kritisch hinterfragt und die Möglichkeiten gesellschaftlicher Veränderungen und normativer Neubestimmungen wurden sichtbar.

An dieser Stelle zeigt sich, wie Lebensrealitäten und normative Setzung wechselwirken. Teilgruppen, die nach Anerkennung und Teilhabe streben, üben mit ihren Lebensformen und vermittelt durch den öffentlichen Diskurs Druck auf staatliche Institutionen aus. Infolgedessen passen diese die Normsetzungen an, beispielsweise durch die Inklusion der Lebensformen in die Gesetzgebung. Die veränderte Gesetzgebung und die damit einhergehende rechtliche Gleichstellung befördert gesamtgesellschaftlich die „Normalisierung“ der Lebensformen der Teilgruppen, was wiederum verändernd auf deren gesellschaftliche Akzeptanz einwirkt. Auf diese Weise konnten historisch plurale Elternschaftsmodelle Anerkennung erlangen, auch wenn die biologischen Grundlagen von Elternschaft lange Zeit unverändert blieben.

#### *IV. Elternschaft aus der psychologischen Perspektive*

Der historische Befund belegt, dass die (gesellschafts)normativ lange vorherrschende, eindimensionale Konzeption von Elternschaft der jeweiligen Lebensrealität schon früher nicht gerecht geworden ist. Dies gilt mit Blick auf die neuen, reproduktionsmedizinischen Möglichkeiten freilich erst recht für die Gegenwart. Aus psychologischer Perspektive stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, welche (anderen) Kriterien bei der Zuschreibung der Elternschaft maßstabbildend bzw. berücksichtigungsfähig sind.

##### *1. Bindung als entscheidende Konstante der Eltern-Kind-Beziehung*

Aus psychologischer Sicht ist die Bindung zwischen einem Elternteil und dem Kind die entscheidende Konstante. Auch *Anne-Kristin Kubnt* und *Anja Steinbach*<sup>60</sup> nehmen bei ihrer Definition von Familie und der Systematisierung von Familienformen die Elternschaftsbeziehung in den Fokus. Hiermit ist die soziale Beziehung zwischen dem Kind und einem Elternteil gemeint, bei der die genetische Verwandtschaft keine notwendige Bedingung mehr darstellt.<sup>61</sup> Damit werden auch soziale Formen von Elternschaft wie bei den beschriebenen reproduktionsmedizinischen Maßnahmen der Samen-, Eizell-, Embryonenspende und Leihmutterchaft oder die durch zunehmende Tren-

<sup>60</sup> *Kubnt/Steinbach*, in: Steinbach/Hennig/Becker (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*, 2014, 41.

<sup>61</sup> *Huinink/Konietzka*, *Familiensoziologie: Eine Einführung*, 2007, 31.

nungen und Scheidungen entstehenden Stiefelternschaften sowie Adoptiv- und Pflegeelternschaften in den Familienbegriff integriert.<sup>62</sup>

Die World Vision Kinderstudien untersuchen seit 2007 regelmäßig in repräsentativen deutschen Stichproben unter anderem die Lebenszufriedenheit und das Wohlbefinden von über 2500 Kindern im Alter von sechs bis elf Jahren. Hierbei ergab sich wiederholt ein Zusammenhang mit dem erlebten Schutz sowie der Fürsorge und aktiver Zuwendung durch die Eltern und dem kindlichen Wohlbefinden.<sup>63</sup>

## 2. *Entwicklung des Attachment Parenting*

Der neue Fokus auf die Eltern-Kind-Beziehung spiegelt sich auch in der Weiterentwicklung von Erziehungsformen in Deutschland wider. Im späten 18. und beginnenden 19. Jahrhundert wuchsen Kinder aus Handwerker- und Bauernfamilien in kinderreichen Familien auf, deren intime Beziehungen sich nicht innerhalb der Kernfamilie organisierten, sondern wechselnde Bezugspersonen einschlossen; sie wurden als Arbeitskräfte eingesetzt und anstelle von individueller Förderung und Zärtlichkeiten dominierte in der Eltern-Kind-Beziehung in der Regel eine distanzierte, strenge Erziehung aus Befehl und Gehorsam inklusive körperlicher Züchtigung.<sup>64</sup>

Vom Bürgertum ausgehend entwickelten sich liberalere Erziehungsmethoden mit stärkerem Fokus auf das Wohlergehen des Kindes sowie dessen Zukunftsgestaltung und Bildung, entsprechend der Verzicht von körperlicher Züchtigung und einer aus Fürsorge und Zuneigung geprägten Haltung zum Kind, die sich zunehmend auf andere gesellschaftliche Schichten in Deutschland ausbreiteten.<sup>65</sup> Etwa zeitgleich entwickelte sich durch erste entwicklungspsychologische Studien ein neuer Blick auf die kognitive und emotionale Entwicklung des Kindes. Durch neue Möglichkeiten der Empfängnisverhütung ab den 1960ern konnten Kinder bewusst geplant werden. Das daraus entstandene Konzept der verantwortungsvollen Elternschaft be-

<sup>62</sup> *Kubnt/Steinbach*, in: Steinbach/Hennig/Becker (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*, 2014, 41 f.

<sup>63</sup> *Waffenschmidt/Andresen*, Zusammenfassung der 4. World Vision Kinderstudie, 2018, <https://www.worldvision.de/sites/worldvision.de/files/pdf/World-Vision-Zusammenfassung-vierte-Kinderstudie.pdf> (abgerufen am 26.6.21), 2 f.; *Hurrelmann/Andresen/Schneekloth/Pupeter*, *Die Lebensqualität der Kinder in Deutschland: Ergebnisse der 3. World Vision Kinderstudie, Diskurs Kindheits- und Jugendforschung* 2014, 383 ff.

<sup>64</sup> *Rosenbaum*, in: Steinbach/Hennig/Becker (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*, 2014, 28 ff.

<sup>65</sup> *Rosenbaum*, in: Jergus/Krüger/Roch (Hrsg.), *Elternschaft zwischen Projekt und Projektion: Aktuelle Perspektiven der Elternforschung*, 2018, 48 ff.

inhalte, den Kindern etwas bieten zu wollen sowie Bindung als wichtigen Bestandteil der Elternpflichten zu sehen und bedeutete ab den 1970ern auch eine zunehmend stärkere Beteiligung der Väter bei der Kinderversorgung und -erziehung.<sup>66</sup>

Bis heute haben sich die Erwartungen an „gute Eltern“ weiter erhöht.<sup>67</sup> Die Erziehung entwickelte sich zu der sogenannten intensiven Elternschaft („*Attachment Parenting*“) weiter, die sich durch eine hohe Kindzentrierung, also einer ausgeprägten Orientierung an den kindlichen Bedürfnissen sowie durch Intimität und Liebe auszeichnet und auf *John Bowlbys* Bindungstheorie basiert.<sup>68</sup>

### 3. Sichere Bindung als Basis gesunder Entwicklung

Bindung wird von psychischer Seite als so bedeutend für das gesamte Leben gesehen, dass *John Bowlby* sie als menschliches Grundbedürfnis konzeptualisiert hat, vergleichbar mit dem Bedürfnis nach Nahrungsaufnahme.<sup>69</sup> Erstmals formulierte er seine universelle Bindungstheorie 1969 in seinem Buch „*Attachment and loss*“<sup>70</sup> und postulierte darin die Existenz eines biologisch fundierten Bindungssystems als ein instinktiv-motivationales Kontrollsystem zur Initiierung und Aufrechterhaltung zwischenmenschlicher Nähe. Bindung als emotionales Band zwischen Personen entwickelt sich bereits in den ersten Lebensmonaten des Kindes zu seinen nahen Bezugspersonen und erhöht evolutionär betrachtet die Überlebenschancen menschlicher Kleinkinder.<sup>71</sup>

Das Bindungssystem des Kindes wird bei Irritation, Verunsicherung oder Angst aktiviert und führt zu Bindungsverhalten (Weinen, Schreien), welches die Nähe zur Bezugsperson sichern soll. Dieses wiederum aktiviert das Fürsorgesystem der Bezugsperson, welche durch Fürsorgeverhalten (auf den Arm nehmen, Wiegen, Beruhigen) versucht, die Bedürfnisse des Kindes nach sozialer und emotionaler Nähe zu befriedigen. Die Sicherheit und der Schutz der

---

<sup>66</sup> *Rosenbaum*, in: Jergus/Krüger/Roch (Hrsg.), *Elternschaft zwischen Projekt und Projektion: Aktuelle Perspektiven der Elternforschung*, 2018, 61.

<sup>67</sup> *Nave-Herz*, in: Böllert/Peter (Hrsg.), *Mutter + Vater = Eltern? – Sozialer Wandel, Elternrollen und Soziale Arbeit*, 2012, 44 f.

<sup>68</sup> *Knauf*, *Die intensive Elternschaft als neues Paradigma für die Erziehung in Familien?*, *Soziale Passagen* 2019, 175 ff.

<sup>69</sup> *Bowlby*, in: Spangler/Zimmermann (Hrsg.), *Die Bindungstheorie: Grundlagen, Forschung und Anwendung*, 3. Aufl. 1989, 17 ff.

<sup>70</sup> *Bowlby*, *Attachment and Loss*, Volume 1 *Attachment*, 1969.

<sup>71</sup> *Ainsworth/Bowlby*, *An ethological approach to personality development*, *Am. Psychol.* 1991, 333 f.

Bezugsperson ermöglichen dem Kind seine Gefühle zu stabilisieren, sodass das Bindungssystem deaktiviert und die Umwelt neugierig exploriert werden kann.<sup>72</sup>

Anhand der frühen Bindungserfahrungen entwickelt sich beim Kind ein internes Arbeitsmodell, das sogenannte *Internal Working Model* (IWM), welches intrapsychische Repräsentationen der bindungsbezogenen Lernerfahrungen sowie daraus abgeleitete Beziehungserwartungen als auch Kenntnis über eigene Handlungsmöglichkeiten beinhaltet.<sup>73</sup> Die frühen sozialen Erfahrungen mit Bezugspersonen prägen Bindungsmuster in Form von Grundeinstellungen des Individuums zur Umwelt. Sie beeinflussen, wie gut sich Menschen selbst helfen, aber auch Hilfe suchen und annehmen können und sind somit maßgeblich an der Persönlichkeitsentwicklung und Ausbildung sozialer Kompetenzen beteiligt.<sup>74</sup>

#### 4. Psychobiologische Befunde zur Bindung

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit sich die Eltern-Kind-Bindung empirisch abbilden lässt. Präsentiert man Erwachsenen auditive, visuelle oder multimodale Stimuli des Säuglings wie z.B. Bilder, Filme oder Geräusche von Säuglingsschreien und beobachtet z.B. in bildgebenden Verfahren (sog. funktionelle Magnetresonanztomographie, fMRT) ihre Hirnaktivierung in vor-definierten Zielarealen, zeigt sich nicht nur ein einzelnes für die Bindung spezifisches Hirnareal aktiv. Stattdessen konnte gezeigt werden, dass mehrere Hirnareale bei Erwachsenen wiederholt als Reaktion auf diese Hinweise des Säuglings aktiviert werden. Die drei kritischen Knotenpunkte des menschlichen subkortikalen-limbischen „Elternnetzwerks“ sind die Amygdala, der Oxytocin-produzierende Hypothalamus und das dopaminerge Belohnungssystem, das sowohl die mesolimbischen (Nucleus accumbens (NAcc), ventrales tegmentales Areal (VTA)) als auch die

---

<sup>72</sup> Ahnert/Spangler, in: Ahnert (Hrsg.), *Theorien in der Entwicklungspsychologie*, 2014, 404 ff.; Lobaus/Vierhaus, in: Lobaus/Vierhaus (Hrsg.), *Entwicklungspsychologie*, 2013, 96.

<sup>73</sup> Ainsworth/Blehar/Waters/Wall, *Patterns of attachment: A psychological study of the strange situation*, 1978; Bolten, in: Schneider/Margraf (Hrsg.), *Lehrbuch der Verhaltenstherapie: Band 3: Störungen im Kindes- und Jugendalter*, 2009, 62 f.

<sup>74</sup> Fearon/Roisman, *Attachment theory: Progress and future directions*, *Curr Opin Psychol* 2017, 131 ff.; Feldman, *The neurobiology of mammalian parenting and the bi-social context of human caregiving*, *Horm Behav* 2016, 3 ff.; Trommsdorff, in: Walper/Pekrun (Hrsg.), *Familie und Entwicklung – Aktuelle Perspektiven der Familienpsychologie*, 2001, 36 ff.

nigrostriatalen (Striatum, Substantia nigra (SN)) Bahnen einschließt.<sup>75</sup> Gemeinsam unterstützen diese Netzwerke die elterliche Wachsamkeit und Annäherungsorientierung an das Kind, sie motivieren zu Bindungsverhalten und belohnen Bindung über die Ausschüttung der Neurotransmitter Dopamin und Oxytocin, sodass Bindungserfahrungen Gefühle der Freude auslösen.<sup>76</sup>

In ihrer Metaanalyse stellte *Ruth Feldman*<sup>77</sup> eine bemerkenswerte Ähnlichkeit in der Hirnaktivierung bei Müttern, Vätern und Nicht-Eltern auf kindliche Reize hin fest. In allen Studien mit visuellen Bildern von Säuglingen wurde eine Aktivierung des limbischen Netzwerks gefunden, die für Motivation und Belohnung spricht. Der Anblick von Säuglingen scheint generell bei erwachsenen Menschen über sog. Bottom-up-Prozesse eine Motivation zur Fürsorge auszulösen, weshalb *Feldman* ein globales „elterliches Betreuungsnetzwerk“ postuliert. Entsprechend ergab die Studie von *Abraham et al.*<sup>78</sup> eine Aktivierung von Strukturen in den genannten Netzwerken durch Stimuli des Säuglings und zwar in allen drei untersuchten Gruppen von Erstellern: Mütter (primäre Betreuungspersonen), heterosexuelle Väter (sekundäre Betreuungspersonen) und primär betreuende homosexuelle Väter, die Säuglinge innerhalb einer Partnerschaft ohne mütterliche Beteiligung aufziehen. Das Gehirn des primär versorgenden Adoptivvaters unterscheidet sich also in seiner Aktivierung auf kindliche Reize hin *nicht* von dem des primär versorgenden biologischen Vaters. Auch zwischen primären und sekundären Bezugspersonen ergaben sich größtenteils keine Unterschiede.

Zusammenfassend lassen die beschriebenen empirischen und neurobiologischen Befunde annehmen, dass das Bindungsverhalten des Kindes im Sinne von *Bowlbys* Bindungstheorie das Fürsorgesystem der Bezugsperson aktiviert, welches sich neurobiologisch im „elterlichen Betreuungsnetzwerk“ abbildet und die Bezugsperson für ihr Fürsorgeverhalten belohnt. Das Geschlecht der Bezugsperson sowie biologische oder genetische Elternschaft scheinen hierbei eine untergeordnete Rolle zu spielen.<sup>79</sup>

Da die genetische Verwandtschaft für die psychische Bindungsfähigkeit an das Kind keine notwendige Bedingung darstellt, sollte die Eltern-Kind-Bin-

---

<sup>75</sup> *Feldman*, The adaptive human parental brain: implications for children's social development, *Trends Neurosci.* 2015, 389 f.

<sup>76</sup> *Zietlow/Heinrichs/Ditzen*, Psychobiologie sozialer Nähe – Zusammenhänge mit Stress und Gesundheit im Entwicklungsverlauf, *PiD* 2016, 82 f.

<sup>77</sup> *Feldman*, The adaptive human parental brain: implications for children's social development, *Trends Neurosci.* 2015, 387 ff.

<sup>78</sup> *Abraham/Hendler/Shapira-Lichter/Kanat-Maymon/Zagoory-Sharon/Feldman*, Father's brain is sensitive to childcare experiences, *PNAS* 2014, 9792 ff.

<sup>79</sup> *Patzel-Mattern/Ditzen/Weller*, Der gemietete Bauch: von Bestelleltern, Wunschkindern und Leihmüttern, *Ruperto Carola* 2017, 91.

derung als psychologisch bedeutsame Variable bei der Zuschreibung von Elternschaft berücksichtigt werden.

### V. *Pluralisierungstendenzen im Recht der Elternschaft*

Statistisch sind in der überwiegenden Zahl der Fälle heutzutage noch alle Aspekte der Elternschaft (genetisch, biologisch, sozial, rechtlich) in einer Person vereint. Wie gezeigt, ist jedoch ein Anstieg bei den Geburten von Kindern infolge des Einsatzes reproduktionsmedizinischer Behandlungsmethoden zu verzeichnen, was zu einer Potenzierung der historisch verfestigten Pluralität der Elternschaft führt.<sup>80</sup> Dies spiegelt sich nunmehr auch im Recht der Elternschaft wider: Hier kann eine steigende normative Anerkennung der verschiedenen Individualinteressen und eine Verteilung der einzelnen Komponenten der Elternschaft auf unterschiedliche Personen festgestellt werden.<sup>81</sup> Postmoderne Lebensformen, globale Mobilität und internationaler Medizintourismus wirken als beschleunigender Katalysator dieser normativen Pluralisierungstendenzen und stellen das Recht der Elternschaft zugleich vor immer neue Herausforderungen.<sup>82</sup> Im Einzelnen:

#### 1. *Von der biolegalen zur soziolegalen Elternschaft?*

In den letzten Jahrzehnten hat sich in verschiedenen Staaten zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass die *rechtliche* Eltern-Kind-Zuordnung nicht zwingend eine *genetische* Verbindung zwischen Kind und Eltern voraussetzt, was zu einer normativen Aufwertung der sozialen gegenüber der genetisch-biologischen Elternschaft geführt hat.<sup>83</sup> Entsprechend wurde auch beim 71. Deutschen Juristentag im Jahr 2016 der Beschluss gefasst, dass „die rechtliche Position sozialer Eltern zu stärken [ist]“<sup>84</sup>. Die Aufwertung der soziolegalen Elternschaft steht dabei im Einklang mit den Erkenntnissen aus der Psychologie, wonach es für die persönlichkeitsprägende Eltern-Kind-Bin-

<sup>80</sup> Siehe zur modernen Reproduktionsmedizin und hierdurch aufgeworfenen Rechtsfragen *Spranger*, FamRZ 2017, 257 ff.

<sup>81</sup> *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 72.

<sup>82</sup> *Scheiwe*, in: Richter/Krappmann/Wapler, Kinderrechte, 2020, S. 119, bezeichnet das Familienrecht unter Bezugnahme auf zahlreiche, neue Elternschaftsmodelle plastisch als „derzeitige Großbaustelle“; vgl. ferner *Dutta*, JZ 2016, 845.

<sup>83</sup> *Duden*, in: Anatol Dutta, Christian Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, FS Basedow, 2018, 89, 92.

<sup>84</sup> *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II/1, Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), 2017, Teil P, Beschluss 18.

dung gerade nicht auf genetische, sondern vielmehr auf tatsächlich-soziale Faktoren ankommt.

In dieser Entwicklung nimmt seit den 1980er Jahren außerdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine besondere Rolle ein. Letzterer hat in einer Reihe von Urteilen betont, dass rechtliche Eltern auch solche Personen sein könnten, die – unabhängig von einer biologisch-genetischen Verbindung zu einem Kind – zu diesem in einer engen, sozialen Beziehung stehen und für dieses Verantwortung übernehmen.<sup>85</sup> Umgekehrt hat der EGMR darauf hingewiesen, dass allein eine biologisch-genetische Verbindung zwischen einer Person und einem Kind nicht ausreicht, um ein Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK zu begründen.<sup>86</sup>

Dieser menschenrechtlich vorgezeichnete Paradigmenwechsel von einer *biologischen* hin zu einer *soziolegalen* Elternschaft scheint sich nunmehr zunehmend auch im nationalen Recht zu etablieren.<sup>87</sup> So macht beispielsweise § 1600d Abs. 4 BGB eine Ausnahme vom Prinzip der vaterschaftsbezogenen Biolegalität für heterologe Samenspende, indem er den Status des Spenders als rechtlicher Vater trotz genetischer Beziehung verneint.<sup>88</sup> Eine Priorisierung der soziolegalen gegenüber der biologischen Vaterschaft postuliert ferner § 1600 Abs. 2 BGB, der das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters bei bestehender Sozialbeziehung zwischen rechtl. Vater und Kind ausschließt.

Mit einer Aufwertung der sozialen Elternschaft geht indes nicht zwingend eine schwindende Bedeutung der genetischen Elternschaft einher.<sup>89</sup> Vielmehr wird es meist der Regelfall bleiben, dass biologische und soziale Elternschaft in einer Person zusammenfallen.<sup>90</sup> Relevant wird die Unterscheidung freilich, wenn verschiedene Personen unterschiedliche Arten von Elternschaft inne-

---

<sup>85</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 18.8.2006; Urt. v. 5.11.2002, *Yussef/Niederlande*; Urt. v. 27.10.1994, *Kroon u.a./Niederlande*; vgl. ferner *Fenton-Glynn*, Children and the European Court of Human Rights, 2021, S. 235 ff.

<sup>86</sup> EGMR, Urt. v. 21.12.2010, 20578/07, *Anayo/Deutschland*, NJW 2011, 3565 ff., Rn. 59; EGMR, Urt. v. 15.9.2011, 17080/07, *Schneider/Deutschland*, NJW 2012, 2782 ff., Ls. 1, Rn. 30.

<sup>87</sup> *Scheiwe*, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 205 ff.

<sup>88</sup> § 1600 Abs. 4 BGB: „Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter ausgeschlossen.“

<sup>89</sup> *Duden*, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, FS Basedow, 2018, 89, 99.

<sup>90</sup> *Duden*, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, FS Basedow, 2018, 89, 99.



haben.<sup>91</sup> Ein Parallelismus von biologischer und sozialer Elternschaft, wie er bereits im 18. und 19. Jahrhundert tatsächlich existierte, ist dabei auch auf rechtlicher Ebene durch die Aufteilung entsprechender Rechte und Pflichten durchaus denkbar. Man denke beispielsweise an die Pflegschaft, bei welcher unbeschadet des Elternstatus der (genetisch-biologischen) Eltern andere Personen – temporär oder längerfristig – *substitutiv* insofern die Verantwortung für das jeweilige Kind übernehmen, als ihnen hierfür durch das Gesetz *sorgebezogene Befugnisse* übertragen werden.<sup>92</sup>

Ein weiteres Beispiel ist die Stiefelternschaft.<sup>93</sup> Hier zeigt sich das deutsche Recht zwar noch recht zurückhaltend, indem es dem Stiefelternteil, welcher mit dem leiblichen Kind seines Partners oder seiner Partnerin in häuslicher Gemeinschaft lebt, ein *kumulativ* zu dem den biologischen Eltern gemeinschaftlich zustehenden Sorgerecht ein „kleines“, in seiner Bedeutung aber eher symbolisches<sup>94</sup> Sorgerecht zubilligt. Andere europäische Rechtsordnungen gehen dagegen deutlich weiter und räumen dem Stiefelternteil ein (weitgehend) gleichberechtigtes Sorgerecht ein.<sup>95</sup>

Dem Spektrum der parallelen bio- und soziolegalen Elternschaft zuordenbar sind schließlich auch die offenen Adoptionen.<sup>96</sup> Hierbei wird den biologischen Eltern – je nach konkreter Vereinbarung – ein regelmäßiger Umgang mit dem Kind und die Möglichkeit eingeräumt, auch eine soziale Elternrolle zu übernehmen.

---

<sup>91</sup> *Duden*, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), *Mehr Freiheit wagen*, FS Basedow, 2018, 89, 99.

<sup>92</sup> *Sanders*, *Mehrelternschaft*, 2018, S. 262.

<sup>93</sup> Beachte insoweit den in Umsetzung von BVerfG, Beschl. v. 26.3.2019, 1 BvR 673/17, NZFam 2019, 473 im März 2020 neu erlassenen § 1766a BGB, welchen nunmehr die Möglichkeit der Stiefkindadoption auch dem nichtehelichen Partner eines Elternteils eröffnet; vgl. zu den rechtspraktischen Folgen dieser Neuregelung *Teklote*, NZFam 2020, 409 ff.

<sup>94</sup> Vgl. *Helms*, NJW-Beil. 2016, 49, 52.

<sup>95</sup> Siehe zu verschiedenen Modellen sorgerechtlicher Teilung *D'Angelo*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 217, 221 ff.

<sup>96</sup> *Helms*, NJW-Beil. 2016, 49, 52. *Maurer*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, Vorb. § 1741, Rn. 81. Der EGMR hat diese, die leiblichen Eltern bei Mitwirkungsverweigerung durch die Adoptiveltern auch hinsichtlich Umgang und Auskunft zu dem angenommenen Kind weitgehend rechtlos stellende Ausgestaltung des Adoptionsrechts als menschenrechtskonform bestätigt, vgl. EGMR, Urt. v. 5.6.2014, 31021/08, *I. S./Deutschland*, NJW 2015, 2319 ff.

## 2. Postmoderne Elternschaftsmodelle

Darüber hinaus lässt sich die zunehmende Pluralisierung der Elternschaft auch anhand einzelner postmoderner Phänomene veranschaulichen:

### a) Leihmutterschaft

Prominentes Beispiel für eine wachsende Pluralisierung der Elternschaft ist zunächst die Leihmutterschaft. Dem deutschen Recht ist eine solche Disposition über die Mutterschaft bislang fremd.<sup>97</sup> So enthalten §§ 1 ff. ESchG ein umfassendes Verbot für jegliche Form der Leihmutterschaft, welches seine privatrechtliche Absicherung in der Geburtmutterregel des § 1591 BGB gefunden hat.<sup>98</sup> Auch international existiert bislang noch kein einheitlicher rechtlicher Ansatz im Umgang mit Leihmutterschaft.<sup>99</sup> Während Deutschland und zahlreiche weitere Staaten Leihmutterschaft verbieten, gestatten andere Länder zumindest Fälle sog. altruistischer, d.h. nicht kommerzieller, Leihmutterschaft.<sup>100</sup> In manchen Staaten ist darüber hinaus sogar die kommerzielle Leihmutterschaft zulässig.<sup>101</sup> Für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht stellt diese unterschiedliche rechtliche Bewertung freilich eine große Herausforderung dar.<sup>102</sup> Denn gerade mit Blick auf leihmutter-

<sup>97</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE\\_Reform\\_Abstammungsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_Reform_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (abgerufen am 26.6.21).

<sup>98</sup> Löhring, NJW 2019, 122, 124; Patzel-Mattern/Ditzen/Weller, Ruperto Carola 2017, 87, 92; Thomale, Mietmutterschaft, 2015.

<sup>99</sup> Dethloff, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 55 ff.; Fenton-Glynn, Journal of Private International Law, 2017, 546 ff.; Mulligan, Medical Law Review, 2018, 449 ff.; Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 433.

<sup>100</sup> Dethloff, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 55, 58; Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 8 ff.; Fenton-Glynn, Journal of Private International Law, 2017, 546; Helms, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. 54; Trimmings/Beaumont, Journal of Private International Law, 2011, 627, 629.

<sup>101</sup> Dethloff, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, 55, 57; Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 8 ff.

<sup>102</sup> Siehe dazu Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, kritisch ferner Thomale, Mietmutterschaft, 2015; siehe auch die Länderberichte von Engelhardt, Gummersbach, Schwind und Engelhardt, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018; zu den menschenrechtlichen Herausforderungen vgl. Tobin, The International and Comparative Law Quarterly, 2014, 317 ff.

schaftsfreundliche Staaten innerhalb der EU<sup>103</sup> liegt es auf der Hand, dass Paare ins nahe Ausland reisen könnten, um dort ihren Kinderwunsch zu erfüllen.<sup>104</sup> Kehrt ein Paar im Anschluss mit dem von einer Leihmutter ausgetragenen Kind nach Deutschland zurück, stellt sich unweigerlich die Frage, ob die Wunscheltern aus Sicht des deutschen Rechts als rechtliche Eltern anzusehen sind.<sup>105</sup> Aus rein psychologischer Perspektive wäre dies regelmäßig begrüßenswert, da eine Eltern-Kind-Bindung im Sinne *Bowlbys* Bindungstheorie meist nur zu diesen bestehen wird.

Aus rechtlicher Perspektive ist hingegen zunächst zu fragen, welches Recht auf die Elternschaft Anwendung findet. Dies richtet sich nach Art. 19 EGBGB, wonach sich die Abstammung eines Kindes nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltes bestimmt. Ist danach deutsches Recht anwendbar, so ist gem. § 1591 BGB nur die Geburtsmutter (d.h. die Leihmutter) rechtliche Mutter des Kindes.<sup>106</sup>

Bestimmt sich die Zuordnung der Elternschaft hingegen nach einer ausländischen Rechtsordnung, welche die Leihmutterchaft gestattet und eine Statuszuweisung zugunsten der Wunscheltern vornimmt, stellt sich die Frage, ob das deutsche Recht dieses ausländische Ergebnis anerkennt.<sup>107</sup> Ein ähnliches Problem ergibt sich auch, wenn im Ausland eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, welche die Wunscheltern als rechtliche Eltern bestimmt und die Anerkennung dieser Entscheidung im Inland beantragt wird.<sup>108</sup> In zwei Leitentscheidungen zu Kalifornien und Colorado hat der *Bundesgerichtshof*<sup>109</sup> die letztgenannte Frage zugunsten der Wunscheltern entschieden: Eine ausländische Gerichtsentscheidung, die den Wunscheltern die Elternstellung mit Blick auf ein von der Leihmutter ausgetragenes Kindes zuerkennt, verstößt

---

<sup>103</sup> Überblick bei *Helms*, StAZ 2013, 114 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 2057; *Fenton-Glynn*, Journal of Private International Law, 2017, 546; *Patzel-Mattern/Ditzen/Weller*, Ruperto Carola 2017, 87, 92.

<sup>105</sup> *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 233; verneinend *Thomale*, Mietmutterchaft, 2015.

<sup>106</sup> So im Ergebnis BGH, Beschl. v. 20.3.2019 – XII ZB 530/17, NJW 2019, 1605; siehe ferner *Helms*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. 55; *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 233.

<sup>107</sup> *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 232 ff.; allgemein zur Anerkennungslehre als Teil des IPR *Weller*, RabelsZ 2017, 747, 774 f.; offengelassen in BGH, Beschl. v. 20.3.2019 – XII ZB 530/17, NJW 2019, 1605.

<sup>108</sup> *Duden*, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 111 ff.

<sup>109</sup> BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, DNotZ 2015, 296; BGH, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17, DNotZ 2019, 54.

jedenfalls dann nicht gegen den *ordre public atténué*, wenn das Kind mit einem Wunschelternteil genetisch verwandt sei.<sup>110</sup> Dies gebiete das Kindeswohl.<sup>111</sup>

Zwar ist den Urteilen weder ein verallgemeinerungsfähiges Postulat zugunsten der Vereinbarkeit ausländischer Leihmutterschaft mit dem inländischen *ordre public* zu entnehmen,<sup>112</sup> noch ändern sie etwas daran, dass in Fällen, die einer verfahrensrechtlichen Anerkennung nicht zugänglich sind, Art. 19 Abs. 1 EGBGB und § 1591 BGB weiterhin der Leihmutter als der gestationalen Mutter den rechtlichen Elternstatus zuweisen werden.<sup>113</sup> Insgesamt lassen die Urteile jedoch eine gewisse Tendenz des BGH erkennen, im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR<sup>114</sup> das Kindeswohl als maßgebliches Kriterium bei der Eltern-Kind-Zuordnung zu berücksichtigen.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> BGH, BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, DNotZ 2015, 296; Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17, DNotZ 2019, 54, unter Bezugnahme auf EGMR, Urt. v. 26.6.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*; Urt. v. 27.1.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*; zur Rechtsprechung des EGMR und ihrem Einfluss auf das nationale Recht siehe *Fenton-Glynn*, Journal of Private International Law, 2017, 546, 563 f.; *Mulligan*, Medical Law Review, 2018, 44, 457 ff.; a.A. *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015.

<sup>111</sup> BGH, Beschl. v. 5.9.2018 – XII ZB 224/17, DNotZ 2019, 54; siehe ferner *Duden*, in: Dutta/Heinze (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen, FS Basedow, 2018, 89, 96.

<sup>112</sup> So stellte der BGH in der soeben zitierten Entscheidung im Rahmen der *ordre public*-Prüfung vor allem auf die Besonderheit ab, dass die Leihmutter im Gegensatz zu einem der Wunscheltern keine genetische Beziehung zu dem Kind aufwies.

<sup>113</sup> So erklärte der BGH, Beschl. v. 20.3.2019, XII ZB 330/17, NJW 2019, 1505, in einem Fall, in dem die genetischen Eltern eines von einer ukrainischen Leihmutter zur Welt gebrachten Kindes dieses kurz nach der Geburt nach Deutschland verbrachten, infolge seines in Deutschland zu verortenden gewöhnlichen Aufenthaltes zur Bestimmung der abstammungsrechtlichen Beziehungen das deutsche Recht für maßgeblich; hierzu *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 1057, 2059 ff.; *Lugani*, in: Kanzleiter/Schwab (Hrsg.), Familienrecht zwischen Tradition und Innovation, Festschrift für Elisabeth Koch, 2019, 635, 641.

<sup>114</sup> EGMR, Urt. v. 26.6.2014, Nr. 65192/11 – *Mennesson gegen Frankreich*; Urt. v. 27.1.2015, Nr. 25358/12 – *Paradiso und Campanelli gegen Italien*; vgl. dazu auch *Fenton-Glynn*, Children and the European Court of Human Rights, 2021, S. 251 ff.

<sup>115</sup> In diese Richtung auch *Fenton-Glynn*, Journal of Private International Law, 2017, 546, 564: „As such, we can see that the developments in ECtHR jurisprudence have had a direct impact on the recognition of international surrogacy arrangements in Europe. While this is to be expected, the more subtle effect will be in the longer term on their impact on domestic regulation.“

b) *Gleichgeschlechtliche Elternschaft*

Darüber hinaus führt eine wachsende Zahl gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Kombination mit den neuen Möglichkeiten moderner Reproduktionsmedizin zu einer zunehmenden Pluralisierung der Elternschaft.<sup>116</sup> So ist das Aufwachsen von Kindern in gleichgeschlechtlichen Beziehungen zwar in Deutschland noch kein Massenphänomen, aber doch längst gesellschaftliche Realität geworden.<sup>117</sup>

Bereits vor Einführung der „Ehe für alle“ hatte das Bundesverfassungsgericht die Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare verfassungsrechtlich anerkannt.<sup>118</sup> Seit 2017 steht die Ehe in Deutschland nun auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen.<sup>119</sup> Gleichwohl wurden noch nicht alle Rechtsbereiche an die neue Rechtslage angepasst. Insbesondere eine Anpassung des Abstammungsrechts hat bislang noch nicht stattgefunden.<sup>120</sup> So erlangt die gleichgeschlechtliche Ehefrau der Mutter, anders als der Ehemann in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe, mit der Geburt des Kindes (noch) nicht *ipso iure* die rechtliche Elternstellung.<sup>121</sup> Die Vermutungsregelung des § 1592 Nr. 1 BGB kommt ihr insofern nicht zugute.<sup>122</sup> Vielmehr kann die Ehefrau der Mutter nach geltendem Recht nur durch eine Stiefkindadoption rechtlicher Eltern-

<sup>116</sup> Vgl. dazu *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten FES, 2016, <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21); *Duden*, in: Anatol Dutta, Christian Heinze (Hrsg.), *Mehr Freiheit wagen*, FS Basedow, 2018, 89 ff.

<sup>117</sup> *Helms*, NJW-Beil. 2016, 49, 50.

<sup>118</sup> BVerfG, Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, NJW 2013, 849, Rn. 51: „Das Grundgesetz spricht in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht von Mutter und Vater, sondern von geschlechtlich nicht spezifizierten Eltern. Damit richtet das Grundgesetz den Blick zwar auf mehrere Elternteile. Eine begriffliche Festlegung auf verschiedengeschlechtliche Elterngemeinschaften folgt daraus jedoch nicht. Träger des Elternrechts des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind nicht die Eltern als (verschiedengeschlechtliche) Gemeinschaft, sondern – unabhängig vom Geschlecht – jeder Elternteil für sich.“

<sup>119</sup> BGBl. 2017 I, Nr. 52, S. 2787.

<sup>120</sup> Ausführlich dazu *Reuß*, FamRZ 2021, 824; *Richarz/Mangold*, in: Krüger-Kirn/Tichy (Hrsg.), *Elternschaft und Gender Trouble*, 2021, 57 ff.

<sup>121</sup> Erwogen wird seit der Einführung der Ehe für alle im Jahre 2017 jedoch eine analoge Anwendung des § 1592 BGB auf die Ehepartnerin der biologischen Mutter, vgl. *Löhring*, NJW 2019, 122, 123; siehe zu alledem bereits *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II/1, Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), 2017, Teil P, Beschluss 10: „Es ist die Möglichkeit vorzusehen, dass die lesbische Partnerin der Geburtsmutter bereits bei Geburt die rechtliche Elternschaft erlangt.“

<sup>122</sup> Jüngst noch einmal bestätigt durch BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18, NJW 2019, 153; vgl. ferner *Dethloff*, *Abstammung und Verantwortung*, 2017, S. 8.

teil des Kindes werden (§§ 1741 Abs. 2 S. 3, 1754 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB).<sup>123</sup> Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten<sup>124</sup> kennt das deutsche Recht folglich bisher keine sog. „Mit-Mutterschaft“, wonach die Lebenspartnerin oder Ehefrau der biologischen Mutter „automatisch“ als zweite Mutter anerkannt würde.<sup>125</sup>

Probleme wirft dies insbesondere in Fällen der *reziproken In-vitro-Fertilisation* auf.<sup>126</sup> Nach geltender Rechtslage wird die genetische Mutter ohne erfolgte Adoption praktisch rechtlos gestellt.<sup>127</sup> Zwar ist diese Variante der assistierten Reproduktion in Deutschland bislang unzulässig.<sup>128</sup> In anderen Ländern wird sie jedoch praktiziert.<sup>129</sup> Es steht folglich zu erwarten, dass diese Konstellation vergleichbar den Leihmutterchaftsfällen infolge Reproduktionstourismus aktuell werden wird.<sup>130</sup>

Vor diesem Hintergrund sind auch die gegenwärtig geplanten Reformen des Abstammungsrechts zu begrüßen. Ein sog. *Diskussionsteilentwurf* des BMJV zur Reform des Abstammungsrechts sieht vor, die Regelungen zur Vaterschaft eines Mannes in § 1592 BGB künftig auch auf die Frau zu erweitern, die mit der biologischen Mutter eines Kindes verheiratet ist oder mit dieser in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebt (sog. *Mit-Mutter*).<sup>131</sup> Abzuwar-

<sup>123</sup> Helms, NJW-Beil. 2016, 49, 50; Reuß, FamRZ 2021, 824 f.; Richarz/Mangold, in: Krüger-Kirn/Tichy (Hrsg.), Elternschaft und Gender Trouble, 2021, 57, 60 f.

<sup>124</sup> So kennen z.B. die Niederlande die sog. Duo-Mutterschaft, vgl. Art. 1:198(1) lit. e BW; siehe dazu Reuß, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 681, 682; vgl. ferner Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 11.

<sup>125</sup> Siehe dazu Coester-Waltjen, ZfPW 2021, 129, 134 f.; Reuß, FamRZ 2021, 824; Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 240 ff.; vgl. ferner Rentsch, NJW-aktuell, Heft 16/2021.

<sup>126</sup> So auch OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, (juris-) Rn. 95; Reuß, FamRZ 2021, 825; siehe ferner zur *reziproken In-vitro-Fertilisation* bereits unter II. 4. c.

<sup>127</sup> Vgl. zu dieser Problematik Dethloff, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 41 ff.

<sup>128</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG, der sowohl die Übertragung einer unbefruchteten als auch einer befruchteten Eizelle auf eine andere als diejenige Frau, von welcher die Eizelle stammt, unter Strafe stellt.

<sup>129</sup> Dorndorp et al., Shared lesbian motherhood: A challenge of established concepts and framework, 2010, Bd. 25 (Human Reproduction), S. 812 ff.

<sup>130</sup> So hatte sich das OLG Köln 2014 mit dem Antrag einer Frau, welche ihrer Lebenspartnerin eine befruchtete Eizelle spendete und nach der Geburt des Kindes die Eintragung als genetische Mutter in das Geburtenregister begehrte, zu befassen, vgl. (den i.E. ablehnenden) Beschl. v. 27.8.2014, 2 Wx 222/14, Leitsatz und Zusammenfassung in NZFam 2014, 1013.

<sup>131</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3: „Auch eine Frau soll nun, entsprechend den Regelungen zur

ten bleibt, ob die rechtliche Mit-Mutterschaft Fällen (konsentierter) heterologer Samenspenden vorbehalten sein wird<sup>132</sup> oder ob sie auch bei sog. vertrauten Samenspenden in Betracht kommen soll.<sup>133</sup>

Möglicherweise könnte das BVerfG dem Gesetzgeber indes noch zuvorkommen.<sup>134</sup> Denn sowohl das OLG Celle<sup>135</sup> als auch das KG Berlin<sup>136</sup> haben dem BVerfG jüngst gem. Art. 100 Abs. 1 GG die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob § 1592 BGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist.<sup>137</sup> Beide Gerichte sind von der Verfassungswidrigkeit des § 1592 BGB überzeugt. Gewisse Unterschiede existieren hinsichtlich ihrer Begründung: So stützt das OLG Celle seine Argumentation primär auf das grundrechtlich verbürgte Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)<sup>138</sup> und plädiert dafür, den personellen Schutzbereich

---

Vaterschaft eines Mannes, als Mit-Mutter zweiter rechtlicher Elternteil werden, wenn sie bei der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist bzw. in eingetragener Lebenspartnerschaft lebt, die Mit-Mutterschaft anerkannt hat oder diese wie im Entwurf vorgesehen – in Fällen der Einwilligung in eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung – gerichtlich festgestellt werden kann.“

<sup>132</sup> Hierfür plädiert u.a. *Helms*, NJW-Beil. 2016, 49, 50 f., der bei natürlichem Zeugungsvorgang nicht die gesetzlichen Zuordnungsregeln, sondern ein entsprechend ausgestaltetes Anfechtungsrecht als ein geeignetes Instrumentarium zur Wahrung der Vaterrechte hält.

<sup>133</sup> Dies steht *prima facie* im Widerspruch zu der vom BGH vertretenen Auffassung, wonach eine vertraute Samenspende einem natürlichen Zeugungsvorgang gleichkomme, sodass er die Feststellung seiner Vaterschaft im Zweifel gerichtlich durchsetzen könne, BGH, Urt. v. 15.5.2013, XII ZR 49/11, NJW 2013, 2589 f.

<sup>134</sup> *Reentsch*, NJW-aktuell, Heft 16/2021: „Dank zweier Normenkontrollanträge des OLG Celle (...) und des KG (...) könnte das BVerfG den Gesetzgeber allerdings ‚von rechts‘ überholen.“

<sup>135</sup> OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20; siehe ferner die Pressemitteilung des OLG Celle v. 24.3.21, <https://oberlandesgericht-celle.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/verfassungsrechtliche-zweifel-an-fehlerregelung-der-elternstellung-gleichgeschlechtlicher-partner-198821.html> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>136</sup> KG, Beschluss v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, siehe dazu Pressemitteilung des KG v. 25.3.21, <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2021/pressemitteilung.1068978.php> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>137</sup> Siehe dazu auch *Reuß*, FamRZ 2021, 824 ff.

<sup>138</sup> Neben einer Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bejaht das OLG Celle jedoch auch eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; siehe dazu OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, (juris-) Rn. 149: „Die fehlende gesetzliche Regelung zur Begründung der Elternstellung der Antragstellerin zu 2 stellt eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung der Antragstellerin zu 1 als Geburtsmutter, der Antragstellerin zu 2 als deren Ehefrau sowie der Antragstellerin zu 3 als das hiervon betroffene Kind dar. Die partielle Regelung der zweiten Elternstelle in § 1592 BGB für die Vaterschaft begründet zwar bereits eine Verletzung des Elternrechts der Antragstellerin zu 2. Daneben tritt eine Grund-

von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch auf Personen zu erstrecken, die durch ihre Einwilligung oder Zustimmung in eine künstliche Befruchtung oder Embryonenspende zur Entstehung eines Kindes entscheidend beigetragen haben.<sup>139</sup> Im Mittelpunkt des Vorlagebeschlusses des KG Berlin steht demgegenüber der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>140</sup> Nach Ansicht des Gerichts führt die Regelung des § 1592 BGB zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung von Kindern, die durch ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung mit Hilfe eines anonymen Samenspenders gezeugt wurden.<sup>141</sup> Denn abhängig davon, ob ein Kind in eine verschiedengeschlechtliche oder gleichgeschlechtliche Ehe geboren würde, nehme der bzw. die Partner\_in der Mutter *eo ipso* die zweite Elternstelle ein oder eben nicht.

Auffällig ist, dass beide Gerichte von einer Prüfung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG abgesehen haben, obwohl ein Verstoß gegen das Verbot geschlechtspezifischer Diskriminierung eigentlich auf der Hand liegt: Immerhin wird der Ehefrau der Mutter der Status als rechtlicher Elternteil im Falle einer Fremdsamenspende nur deshalb verwehrt, weil sie eine Frau ist.<sup>142</sup> Insgesamt bleibt festzuhalten, dass berechtigte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der geltenden Rechtslage bestehen.<sup>143</sup> Der Gesetzgeber sollte daher alsbald tätig werden.

---

rechtsverletzung der Antragstellerinnen unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.“

<sup>139</sup> OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, (juris-) Rn. 77 ff.

<sup>140</sup> KG, Beschluss v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, siehe dazu Pressemitteilung des KG v. 25.3.21, <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2021/pressemitteilung.1068978.php> (abgerufen am 26.6.21): „Der 3. Zivilsenat als Familiensenat sieht (...) die Grundrechte des Kindes und der Ehefrau aus Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (Gleichheit vor dem Gesetz) verletzt.“; vgl. ferner OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, (juris-) Rn. 149.

<sup>141</sup> KG, Beschluss v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20, siehe dazu Pressemitteilung des KG v. 25.3.21, <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2021/pressemitteilung.1068978.php> (abgerufen am 26.6.21): „Die Ungleichbehandlung von durch ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung mit Hilfe eines anonymen Samenspenders gezeugten Kindern danach, ob sie in einer verschiedengeschlechtlichen oder gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geboren worden seien, sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.“

<sup>142</sup> Vgl. ferner *Völmann*, Mutter, Mutter, Kind?!, VerfBlog, 16.4.2021, <https://verfassungsblog.de/mutter-mutter-kind/> (abgerufen am 26.6.21); *Schulz*, Equal Marriage – Unequal Parenthood, OxHRH Blog, 8.4.2021, <https://ohrh.law.ox.ac.uk/equal-marriage-unequal-parenthood> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>143</sup> Siehe auch: *Reuß*, FamRZ 2021, 824, 826: „Damit ist in der gegenwärtigen Rechtslage ein Verstoß gegen Art. 3 I, III S. 1 GG zu erblicken, der sowohl die Rechte der Ehegattin der Geburtsmutter, als auch die des Kindes betrifft, dem die Zuordnung eines weiteren rechtlichen Elternteils vorenthalten wird.“



### c) *Geschlechtsunabhängige Elternschaft*

Neben den dargestellten Schwierigkeiten für gleichgeschlechtliche Paare, stellt das geltende Abstammungsrecht auch trans- und intergeschlechtliche Personen vor Herausforderungen.<sup>144</sup> Zwar besteht in Deutschland gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 TSG die Möglichkeit, die rechtliche Geschlechtszugehörigkeit im Einklang mit der individuellen Geschlechtsidentität zu ändern. Ferner kann der Geschlechtseintrag offengelassen oder seit 2018 mit der Angabe „divers“ im Geburtenregister eingetragen werden, wenn sich eine Person weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnet.<sup>145</sup> Nichtsdestotrotz geht das geltende Abstammungsrecht in den §§ 1591 ff. BGB nach wie vor von einer binären Geschlechterordnung („Mutter ist die *Frau* [...]“, Vater ist der *Mann* [...]“) aus.<sup>146</sup> Diese geschlechtsspezifischen Voraussetzungen stellen nicht nur Personen mit diversem oder offenem Geschlechtseintrag vor Probleme.<sup>147</sup> Herausforderungen entstehen auch, wenn eine Person<sup>148</sup> oder deren Partner\_in<sup>149</sup> nach geschlechtlicher Transition ein Kind zur Welt bringt.

Der Diskussionsteilentwurf des BMJV zur Reform des Abstammungsrechts<sup>150</sup> löst diese Probleme bislang nur teilweise. Zwar adressiert der Entwurf die Rechtsstellung trans- und intergeschlechtlicher Menschen<sup>151</sup> und

<sup>144</sup> Zur Terminologie siehe *Adamietz/Remus*, in: Arn Sauer (Hrsg.), Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten, 13 ff.

<sup>145</sup> §§ 22 Abs. 3, 45b PStG; vgl. dazu *Schulz*, ZEuP 2021, 64, 66 ff.; siehe ferner zu einer analogen Anwendung der §§ 8, 1 TSG bei sog. „lediglich empfundener Intersexualität“ BGH, Beschluss v. 22.4.2020, XII ZB 383/19, NJW 2020, 1955; *Dutta*, JZ 2021, 321, 325; *Gössl*, LMK 2021, 437149.

<sup>146</sup> *Gössl/Dannecker/Schulz*, NZFam 2020, 145, 148.

<sup>147</sup> Siehe dazu *Gössl/Dannecker/Schulz*, NZFam 2020, 145, 148; vgl. ferner Pressemitteilung der Gesellschaft für Freiheitsrechte v. 13.5.20, <https://freiheitsrechte.org/pm-gleiche-rechte-alle-eltern/> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>148</sup> BGH, Beschluss v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, 3379, Ls. 1: „Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, der nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit ein Kind geboren hat, ist im Rechtssinne Mutter des Kindes.“

<sup>149</sup> BGH, Beschluss v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NZFam 2018, 80, Ls. 1: „Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, mit deren konserviertem Spermien ein Kind gezeugt wurde, das nach rechtskräftiger Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit geboren worden ist, kann abstammungsrechtlich nur die Vater- und nicht die Mutterstellung erlangen.“

<sup>150</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019.

<sup>151</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 4: „Die für Vater und Mit-Mutter geltenden Grundsätze sollen

weist darauf hin, dass die geplanten abstammungsrechtlichen Vorschriften für „Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität“ entsprechend gelten sollen.<sup>152</sup> Die abstammungsrechtliche Einordnung als „Mutter“ und „Vater“ oder „Mit-Mutter“ soll nach den Plänen des BMJV jedoch losgelöst vom personenstandsrechtlichen Geschlecht der jeweiligen Person erfolgen.<sup>153</sup> Auch ist in dem Entwurf weiterhin von „Frauen“ und „Männern“ die Rede, obwohl sich die Begriffe ohne weiteres durch den neutraleren Begriff der „Person“ ersetzen ließen.<sup>154</sup> Möchte man den grundrechtlich geschützten Positionen der betroffenen Personen, insbesondere ihrem Recht auf Achtung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) Rechnung tragen, sollten die Regelungen zur rechtlichen Elternschaft künftig geschlechtsneutral gefasst werden.<sup>155</sup>

#### d) Partnerschaftsunabhängiges Co-Parenting

Ein weiteres Spannungsfeld bildet schließlich die rechtliche Bewertung der sog. Co-Elternschaft (*Co-Parenting*). Darunter lassen sich einerseits Personen fassen, welche sich zur Realisierung ihres Kinderwunsches und zur Übernahme langfristiger gemeinsamer Elternverantwortung zusammenschließen, ohne dabei zugleich in einer Partnerschaft oder Paarbeziehung zu leben. Andererseits können auch Eltern, die kein Paar mehr sind, aber weiterhin gemeinsame Elternverantwortung wahrnehmen, als Co-Eltern bezeichnet werden.

Nach wie vor wird Elternschaft vom Normgeber vornehmlich als „Produkt“ einer Paarbeziehung betrachtet; was in zahlreichen Vorschriften zum Ausdruck kommt. So weist § 1592 Nr. 1 BGB dem Ehemann der Mutter die rechtliche Vaterstellung zu. Als weiterer Ausdruck einer Paarnormativität kann auch § 27a SGB V herangezogen werden, welcher die Krankenkassen-

---

auf Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität übertragen werden. Der Entwurf enthält die Klarstellung, dass Mutter, Vater oder Mit-Mutter auch eine intersexuelle oder transsexuelle Person sein kann.“

<sup>152</sup> § 1600h BGB-E: „Für Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität gelten die Vorschriften dieses Titels entsprechend.“

<sup>153</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 60.

<sup>154</sup> *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 461: „Um Fälle der Trans- und Intersexualität direkt zu erfassen, sollte § 1591 BGB (...) geschlechtsneutral ausgestaltet werden.“

<sup>155</sup> Siehe dazu auch *Coester-Waltjen*, ZfPW 2021, 129, 141; *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 461; vgl. ferner *Richarz/Mangold*, in: Krüger-Kirn/Tichy (Hrsg.), Elternschaft und Gender Trouble, 2021, 57, 66.

rechtliche Erstattungsfähigkeit von Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung nur verheirateten Paaren vorbehalten.<sup>156</sup>

Abgesehen davon, dass es aus psychologischer Sicht für die Konstituierung einer elterlichen Bindung zum Kind einer partnerschaftlichen oder gar verheirateten Elternbeziehung gerade nicht bedarf und das Bestehen einer solchen in ein bindungsbasiertes Elternmodell keinen Eingang finden dürfte, bildet das Recht die Lebenswirklichkeit nur partiell ab. So scheint sich das sog. „Co-Parenting“ zunehmend zu einer attraktiven Alternative zu etablieren. Internetplattformen und Apps, welche die erfolgreiche Suche nach einem geeigneten Vater bzw. einer geeigneten Mutter versprechen, erfreuen sich zunehmender Beliebtheit.<sup>157</sup> Mit Blick auf die rein zweckgebundene Beziehung dieser Eltern und deren regelmäßiges Getrenntleben stellt sich freilich die Frage, wie die elterliche Verantwortungsausübung bestmöglich im Sinne des Kindeswohls geregelt werden kann. Umgekehrt gilt zu bedenken, dass sich solche Fragen regelmäßig auch bei partnerschaftlich verbundenen Eltern stellen können.<sup>158</sup> In jedem Fall sollte das Recht Antworten für Fälle bereithalten, in denen eine „co-parentale“ Beziehung der Eltern endet.

#### e) *Multiparentale Modelle*

Eine rechtliche Elternschaft von mehr als zwei Personen kennt das deutsche Recht bisher nicht,<sup>159</sup> obschon das Bestehen intensiver Bindungen im Sinne von *Bowlby* keinesfalls zwingend auf zwei Personen beschränkt ist. Dem privatrechtlichen Elternschaftsmodell<sup>160</sup> des BGB liegt dagegen ein

<sup>156</sup> Die Verfassungsmäßigkeit dieser Beschränkung wurde im Jahre 2007 vom BVerfG bestätigt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.2.2007, 1 BvL 5/03, NZS 2007, 588; der BFH hat allerdings die Kosten für eine künstliche Befruchtung bei einer in einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft lebenden Frau für als Krankheitskosten berücksichtigungsfähig erklärt, vgl. BFH, Urt. v. 5.10.2017, VI R 47/15, NJW 2018, 492; kritisch zu alledem Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina und Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S.40 ff., [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2019\\_Stellungnahme\\_Fortpflanzungsmedizin\\_web\\_01.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf) (abgerufen am 26.6.21).

<sup>157</sup> Siehe beispielsweise die Angebote bei *familyship*, <https://www.familyship.org/> oder *Co-Eltern*, <https://www.co-eltern.de/> (jeweils abgerufen am 26.6.21).

<sup>158</sup> Vgl. nur die Scheidungsquote in der Bundesrepublik von 1960 bis 2019, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76211/umfrage/scheidungsquote-von-1960-bis-2008/> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>159</sup> *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, S. 51, <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>160</sup> Zu einer Vereinbarkeit von Mehrelternschaft mit dem GG vgl. BVerfG, Be-

Zwei-Eltern-Prinzip (*duales Modell*) zugrunde, welches – wie § 1592 Nr. 3 BGB zeigt – im Zweifel auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Dass dem geltenden Recht *multiparentale Modelle* gleichwohl nicht gänzlich fremd sind, wurde mit Blick auf die mögliche Parallelität von sozio- und biogaler Elternschaft bereits belegt. Fraglich ist, ob sich multiparentale Ansätze künftig auch im Abstammungsrecht niederschlagen könnten.<sup>161</sup> Ein Übergang zu einer multiplen rechtlichen Elternschaft käme insbesondere für *Mehrelternfamilien* in Betracht, in welchen die Zeugung eines Kindes von mehr als zwei Personen mit der Absicht geplant wird, die gemeinschaftliche Verantwortung für das Kind zu tragen.<sup>162</sup> In solchen (häufig infolge eines Zusammenschlusses von einem schwulen mit einem lesbischen Paar auftretenden) Fällen tragen alle Beteiligten an der Existenz des Kindes einen wesentlichen Verantwortungsbeitrag,<sup>163</sup> der bei einer statusrechtlichen Zuweisung unter bloßer Berücksichtigung der biologisch-genetischen Verbindung zum Kind keine sachgerechte Abbildung fände.<sup>164</sup> Dieser Situation trägt das Recht des kanadischen Staates British Columbia bereits Rechnung, indem es in Sec. 30 Family Law Act die Eintragung von drei oder vier Eltern ins Geburtenregister zulässt und somit eine statusrechtliche Mehrelternschaft gestattet.<sup>165</sup> Das deutsche Recht hält eine vergleichbare Lösung derzeit nicht bereit. Erwogen wird jedoch im Falle der Divergenz von rechtlich-sozialem und biologischem Vater ein abgestuftes Nebeneinander beider Väter im Sinne einer kumulativen abstammungsrechtlichen Position des biologischen Vaters,<sup>166</sup> was in der Konsequenz auf eine Form der Mehrelternschaft hinauslaufen dürfte.

Nicht von der Hand zu weisen sind freilich rechtsfolgenbedingte Belastungen für das Kind von mehr als zwei Eltern. Man denke beispielsweise an das Kind treffende Unterhaltspflichten, welche sich im Falle eines Vier-Eltern-Modells sogar duplizieren würden.<sup>167</sup> Deshalb sieht sich die statusrecht-

---

schluss v. 9. 4. 2003 – 1 BvR 1493/96 u.a., NJW 2003, 2151, 2153; siehe jedoch BVerfG, Urt. v. 19.2.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847, 849, Rn. 51; zu alledem *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2016, S. 54 f., <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>161</sup> *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018.

<sup>162</sup> *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 263 ff.

<sup>163</sup> So auch *Sanders*, NJW 2017, 925, 926 mit Blick auf die Wunscheltern eines von eines mit anonymen Eizellen- und Samenspende gezeugten und von einer Leihmutter ausgetragenen Kindes.

<sup>164</sup> *Heiderhoff*, NJW 2016, 2629, 2631.

<sup>165</sup> *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018, S. 265.

<sup>166</sup> *Heiderhoff*, NJW 2016, 2629, 2632; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 ff.

<sup>167</sup> Hierauf weist *Heiderhoff*, NJW 2016, 2629, 2632 zu Recht hin.

liche Mehrelternschaft nach wie vor erheblicher Skepsis ausgesetzt.<sup>168</sup> Indes: Durch rechtliche Ablehnung der Mehrelternschaft werden die ihr entgegengehaltenen Rechtsfolgenprobleme zwar dem Recht entzogen; dies ändert aber nichts daran, dass sie *de facto* existieren.

#### f) *Monoparentale Modelle*

Das Zwei-Eltern-Prinzip lässt sich schließlich auch in die andere Richtung hinterfragen: Wie soll das Recht mit *Einzel*personen umgehen, die (allein) ein Kind bekommen und großziehen wollen? Die einschlägigen Normen, welche regelmäßig von „Eltern“ als gemeinsame Einheit sprechen,<sup>169</sup> legen nahe, dass ein solcher *monoparentaler Ansatz* als normative Randerscheinung zu qualifizieren sein dürfte. Konkrete Gestalt nimmt das monoparentale Modell beispielsweise in der registerrechtlichen Zulässigkeit der (jedenfalls anfänglichen) Monomaternalität an, wenn der Vater unbekannt ist oder erst später die Vaterschaft anerkennt. Auch die mögliche, alleinige Ausübung des Sorgerechts stellt letztlich eine – wenn auch nur ausnahmsweise – Billigung singulärer Elternverantwortung dar.

Was die rechtstatsächliche Möglichkeit zur *Monoparentalität* angeht, so gilt für alleinstehende Wunschväter mit Blick auf deren Angewiesenheit auf eine (Leih-)Mutter das bereits oben Ausgeführte entsprechend. Und auch die *initiale Monomaternalität*, d.h. die künstliche Befruchtung einer alleinstehenden gebärfähigen Person, steht im deutschen Recht nach wie vor auf einem „wackligen“ Fundament. Ein umfassendes Medizingesetz wurde bislang nicht verabschiedet.<sup>170</sup> Die Zulässigkeit assistierter Reproduktion richtet sich daher nach dem insofern fragmentarischen ESchG.<sup>171</sup> Dieses enthält indes einer Aussage hinsichtlich möglicher Behandlungsempfängerinnen.<sup>172</sup> Ausschlaggebend sind daher die einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer und die Berufsordnungen der Landesärztekammern.<sup>173</sup> Zwar enthält eine im Jahr 2017 von der Bundesärztekammer beschlossene Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen assistierter Repro-

<sup>168</sup> *Stathopoulos*, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 257, 264 ff.

<sup>169</sup> Siehe exemplarisch § 1626 Abs. 1 BGB, § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG.

<sup>170</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 1047, 1048.

<sup>171</sup> Vgl. *Lindner*, ZRP 2019, 171.

<sup>172</sup> Eingang gefunden hat lediglich das in § 4 Abs. 1 Nr. 3 ESchG ausgesprochene Verbot der wissentlichen Verwendung von Samen eines verstorbenen Spenders.

<sup>173</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Hilbig-Lugani et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, FS Coester-Waltjen, 2015, 1047, 1052.

duktion<sup>174</sup> – im Gegensatz zu ihrer Vorgängerin<sup>175</sup> – kein ausdrückliches Verbot zur Vornahme einer künstlichen Befruchtung bei einer alleinstehenden Frau. Die hierdurch gleichwohl nicht ausreichend vermittelte Rechtssicherheit dürfte in der Praxis aber nach wie vor viele Ärzt\_Innen von der Durchführung einer solchen Behandlung abhalten. Viele alleinstehende Betroffene werden daher wohl auch weiterhin ins Ausland reisen,<sup>176</sup> um sich dort ihren Kinderwunsch zu erfüllen.<sup>177</sup>

## *VI. Konstruktion moderner Elternschaft: From status to contract?*

Abschließend soll skizziert werden, ob und inwiefern sich die eben aufgezeigten soziolegalen Elternschaftsmodelle unter einen einheitlichen Regelungsrahmen fassen lassen. Hinweise darauf sind zunächst in rechtspolitischen Reformforderungen und konkreten gesetzlichen Reformvorschlägen zu suchen (unter 1.). Eine sich daran anschließende Frage lautet, ob das Recht der Elternschaft bereit ist für eine neue, vertragsorientierte Ausrichtung, welche anstelle von biologischen Tatsachen *voluntative* Aspekte ins Zentrum rückt und damit *privatautonome* Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet (unter 2.). Dabei gilt es auch zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen das biogegale Grundprinzip durch ein vertragliches Begründungsprinzip ergänzt werden könnte (unter 3.).

### *1. Rechtspolitische Reformvorschläge*

Die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* hat 2019 das rechtliche Verbot von Eizellenspende und Leihmutterchaft in Frage gestellt und den Gesetzgeber zu einer Reform des Kindschafts- und Abstammungsrechts aufgefordert.<sup>178</sup> Zuvor hatte sich bereits der *71. Deutsche Ju-*

<sup>174</sup> Richtlinie der Bundesärztekammer zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, [https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion\\_Richtlinie.pdf](https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/RL/Ass-Reproduktion_Richtlinie.pdf) (abgerufen am 26.6.21).

<sup>175</sup> Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion 2006, dort 3.1.1.

<sup>176</sup> Eine künstliche Befruchtung alleinstehender Frauen gestatten z.B. Belgien, Dänemark, die Niederlande, Portugal, Schweden und Frankreich; keine künstliche Befruchtung erlauben hingegen u.a. Österreich, Litauen, Tschechien, Rumänien, Slowakei und Slowenien.

<sup>177</sup> Siehe auch *Lindner*, ZRP 2019, 171, 172.

<sup>178</sup> Die Verbote werden als Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Fortpflanzungsfreiheit gewertet, vgl. *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina* und

*ristentag* im Jahr 2016 unter der Überschrift „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen“ eingehend mit der Thematik befasst und Reformen des Abstammungsrechts angestoßen.<sup>179</sup>

Aus dem gleichen Jahr stammt eine Forderung von *Nina Dethloff/Anja Timmermanns*, die rechtlichen Voraussetzungen und Folgen assistierter Fortpflanzung zu reformieren.<sup>180</sup> So müsse – wie in anderen europäischen Staaten längst üblich – auch in Deutschland ein Reproduktionsmedizingesetz verabschiedet werden, um verbindliche Regelungen über die Zulässigkeit und den Zugang zu Methoden der assistierten Fortpflanzung zu treffen.<sup>181</sup> Zudem werde eine Beschränkung auf zwei rechtliche Elternteile den gesellschaftlichen Bedürfnissen der durch assistierte Reproduktion entstehenden Familien nicht länger gerecht.<sup>182</sup> Daher müsse im deutschen Recht die Möglichkeit rechtlicher „Mehrelternschaft“ anerkannt werden.<sup>183</sup>

*Dethloff/Timmermann* weisen dabei auf die Möglichkeit hin, den rechtlichen Status als Elternteil und die Rechte und Pflichten der beteiligten Personen bereits vor der Zeugung eines Kindes durch „*Elternvereinbarungen*“ zu regeln.<sup>184</sup> So könne beispielsweise die rechtliche Co-Mutterschaft vor der Zeugung eines Kindes durch die Zulassung verbindlicher, „präkonzeptioneller Erklärungen“ zur Elternschaft abgesichert werden.<sup>185</sup> Allerdings müsse für den wirksamen Abschluss einer solchen Elternvereinbarung gewährleistet sein, dass alle Beteiligten im Vorfeld umfassend informiert und rechtlich beraten würden, was beispielsweise durch eine Beurkundung vor dem Jugendamt oder einem Notar sichergestellt werden könne.<sup>186</sup>

---

Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Fortpflanzungsmedizin Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 32 ff., [https://www.leopoldina.org/uploads/tx\\_leopublication/2019\\_Stellungnahme\\_Fortpflanzungsmedizin\\_web\\_01.pdf](https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf) (abgerufen am 26.6.21).

<sup>179</sup> Siehe dazu ausführlich *Deutscher Juristentag*, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band II/1, Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), 2017, Teil P.

<sup>180</sup> *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten FES, 2016, S. 18, 61 ff., <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>181</sup> *Dethloff/Timmermann*, aaO, S. 18, 61.

<sup>182</sup> *Dethloff/Timmermann*, aaO, S. 63.

<sup>183</sup> *Dethloff/Timmermann*, aaO, S. 51 ff.; 63; ferner *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018.

<sup>184</sup> *Dethloff/Timmermann*, aaO, S. 56, ferner *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 14.

<sup>185</sup> *Dethloff/Timmermann*, aaO, S. 63.

<sup>186</sup> Zu den Formerfordernissen siehe *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 14.

Diesen Reformbestrebungen wird im bereits erwähnten *Diskussionsteilentwurf* zur Anpassung des Abstammungsrechts gerade mit Blick auf das dort postulierte Festhalten am Zwei-Eltern-Prinzip<sup>187</sup> und am Grundsatz der Geburtsmutterschaft<sup>188</sup> nur teilweise Rechnung getragen. Positiv hervorzuheben ist neben der angedachten Einführung der Mit-Mutterschaft jedoch insbesondere folgender Reformvorschlag: Künftig soll die Möglichkeit bestehen, die zweite Elternstelle durch eine *einvernehmliche Erklärung* zu ändern.<sup>189</sup> Wird beispielsweise eine noch verheiratete Frau schwanger, würde grundsätzlich ihr Ehepartner bzw. ihre Ehepartnerin rechtlicher Elternteil des Kindes (vgl. § 1592 Nr. 1 BGB).<sup>190</sup> Zukünftig soll in diesen Fällen jedoch diejenige Person die Elternschaft anerkennen können, welche anstatt des Ehegatten oder der Ehegattin an der Entstehung des Kindes beteiligt war.<sup>191</sup> Voraussetzung dafür ist eine *einvernehmliche Dreier-Erklärung* zwischen den beteiligten Personen.<sup>192</sup> Weiterhin soll künftig eine gerichtliche Feststellung der Person, welche gemeinsam mit der Mutter in eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten eingewilligt hat, als rechtlicher Elternteil möglich sein, sofern der Samenspender auf die Elternrolle verzichtet hat.<sup>193</sup> Die Einwilligungen der intendierten Eltern treten danach verbunden mit dem Verzicht des Spenders auf die Elternrolle

---

<sup>187</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 2: „Am sogenannten Zwei-Eltern-Prinzip, also dem Grundsatz, dass einem Kind rechtlich im Abstammungsrecht immer nicht mehr als zwei Eltern zuzuordnen sind, soll festgehalten werden.“

<sup>188</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 2 f.: „Mutter des Kindes soll wie bisher die Frau sein, die das Kind geboren hat. (...) Die Mutterstellung soll auch weiterhin nicht zur Disposition der Beteiligten gestellt werden. Die sogenannte Geburtsmutter soll mithin auch künftig (...) nicht zugunsten einer anderen Person auf ihre rechtliche Elternschaft verzichten können (...)“

<sup>189</sup> Vgl. Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3: „Die Möglichkeit, einvernehmlich von der Primärzuordnung abzuweichen, soll ausgeweitet werden, weil sich dadurch zeit- und kostenintensive Anfechtungsverfahren vermeiden lassen.“

<sup>190</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3.

<sup>191</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3.

<sup>192</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3.

<sup>193</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3, 21.



an die Stelle des Zeugungsaktes.<sup>194</sup> Der einwilligungshalber manifestierte unbedingte Kinderwunsch des zweiten Elternteiles wird somit in einer absoluten, nicht anfechtbaren Statuszuweisung reflektiert.

## 2. Elternschaft auf vertraglicher Grundlage?

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung kann eine zunehmende Relevanz privatautonomer Elemente bei Begründung und Ausübung postmoderner Formen der Elternschaft kaum noch bestritten werden.<sup>195</sup> Vielmehr rückt mit den Worten *Dagmar Coester-Waltjens* die „Bedeutung des Willens wie auch des Nichtwillens zur Elternschaft und damit zur Verantwortungsübernahme in den Vordergrund“.<sup>196</sup> So erhellen die soeben erläuterten Reformvorschläge, dass auch der Gesetzgeber bei der Begründung rechtlicher Elternschaft neben objektiv-genetischen Elementen vermehrt auch subjektiv-voluntative Elemente in den Fokus rückt. Besonders ausgeprägt ist die Bedeutung vertraglicher Abreden dabei bei der Leihmutterchaft: Hier wird kraft der vertraglichen Verpflichtung der Leihmutter zur Austragung und Übergabe des Kindes der rechtliche Elternstatus zum unmittelbaren Gegenstand einer schuldrechtlichen Vereinbarung.<sup>197</sup> Aber auch Mehrelternfamilien und *Co-Parenting*-Modelle basieren regelmäßig auf einer vor der Geburt des Kindes getroffenen Vereinbarung darüber, wer in welchem Umfang Verantwortung für das Kind übernehmen wird. Schließlich weisen selbst die sog. Dekretadoption mit Blick auf das doppelte Einwilligungserfordernis nach §§ 1747, 1748 BGB und die Elternschaft eines heterosexuellen Paares, welches auf medizinische Assistenz bei der Zeugung des Kindes rekurriert, wegen der zugrundeliegenden Behandlungsvereinbarung eine starke voluntative Prägung und vertragliche Komponente auf.<sup>198</sup>

Die Leistungsfähigkeit des Vertragsrechts sollte u.E. auch für die Konstruktion einer modernen Elternschaft fruchtbar gemacht werden. Ob und inwiefern dies möglich wäre, soll im Folgenden skizziert werden.

<sup>194</sup> Diskussionsteilentwurf des BMJV für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, S. 3, 21.

<sup>195</sup> *Budzikiewicz*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 152; vgl. ferner OLG Celle, Beschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 –, Rn. 107, – juris: „Die Herleitung der Abstammung aus einem *voluntativen* Element, insbes. im Fall der Zeugung eines Kindes im Wege der Reproduktionsmedizin, wird seit Jahren in der Wissenschaft befürwortet.“

<sup>196</sup> *Coester-Waltjen*, *ZfPW* 2021, 129, 141.

<sup>197</sup> *Majer*, *NJW* 2018, 2294, 2295.

<sup>198</sup> *Budzikiewicz*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 152, 155 f.

### 3. Adoptionsäquivalente Statusbegründung und vertragliche Befugnisverteilung

Die Implementierung vertragsrechtlicher Grundsätze in das rechtliche Elternschaftsmodell ist einerseits hinsichtlich der Statusbegründung selbst und andererseits auf Ebene der Ausübung von Elternverantwortung denkbar. Den sensiblen und besonders schützenswerten Interessen des Kindes und dem (auch öffentlichen) Bedürfnis nach Status- und Verantwortungskontinuität kann dabei durch eine interessenangepasste Beschränkung der privaten Gestaltmöglichkeiten Rechnung getragen werden.

#### a) Adoptionsäquivalente Statusbegründung *ex ante*

Für den gerade in Leihmutterchaftskonstellationen typischen Fall des vollständigen oder teilweisen Auseinanderfallens von biologischer und intendierter Elternschaft wurden die Defizite der aktuellen Rechtslage bereits skizziert: Selbst wenn Leihmutterchaftsverträge im Inland als wirksam betrachtet würden<sup>199</sup> oder das anwendbare ausländische Recht den Leihmutterchaftsvertrag für gültig erachtet, führt die Nichtanerkennung der beabsichtigten abstammungsrechtlichen Wirkungen jedenfalls zu einer gesetzlich angelegten Zweckverfehlung des Vertrages. Auch stellt die den Wunscheltern verbleibende Möglichkeit einer Adoption, wie auch der BGH anerkennt,<sup>200</sup> insoweit keine adäquate Alternative dar, da sie – abgesehen von der drohenden Zeit- und Kostenintensität – den initial intendierten Status erst *ex post* zu verleihen vermag.<sup>201</sup>

Über diese Nachteile könnte ein vertragliches Begründungsprinzip, welches bereits vor Geburt des Kindes eine verbindliche Klärung der Statusverhältnisse erlaubt, hinweghelfen. Dabei könnte hinsichtlich des zwingenden Inhalts und der Rechtsfolgen entsprechender Verträge ebenso wie bezüglich seiner Wirksamkeitsvoraussetzungen auf die Kautelen des Adoptionsrechts zurückgegriffen werden, welches einer interessengerechten Statusordnung außerhalb des biogalen Grundprinzips dient. Eine solche Anleihe beim Adoptionsrecht zur Regelung von Statusfragen im Kontext der Leihmutterchaft („Antizipiertes Adoptionsverfahren für Auslandsleihmutterchaften“<sup>202</sup>)

<sup>199</sup> Die wohl h.M. geht allerdings nach wie vor von einer Nichtigkeit des Leihmutterchaftsvertrages aus, vgl. dazu *Majer*, NJW 2018, 2294, 2297 m.w.N.

<sup>200</sup> BGH, Beschluss v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13, DNotZ 2015, 296, insbes. Rz. 34 ff.

<sup>201</sup> *Oldenburger*, NZFam 2020, 985, 987.

<sup>202</sup> Siehe bereits *Ditzen/Weller*, Regulierung der Leihmutterchaft, 2018, S. XI ff.

hatte bereits die Haager Konferenz für internationales Recht für das seit dem Jahre 2012 diskutierte Abstammungsprojekt<sup>203</sup> angedacht.<sup>204</sup>

*aa) Adoptionsäquivalente Statusbegründung  
in Leihmutterschaftsfällen*

Mit Blick auf die adoptionsrechtlichen Vorgaben der §§ 1741 ff. BGB wäre eine vertragsbasierte Statusbegründung *ex ante* zugunsten der Wunscheltern etwa wie folgt erwägenswert:

(1.) Die Wirksamkeit eines Vertrages, kraft dessen sich die biologische Mutter zur Austragung und postnatalen Übergabe des Kindes an die Wunscheltern verpflichtet, könnte unter die aufschiebende Bedingung einer positiven behördlichen Entscheidung<sup>205</sup> gestellt werden, welche antizipiert analog der Voraussetzungen in §§ 1741–1743, § 1745 und § 1747 BGB zu ergehen hat.<sup>206</sup> So könnten die adoptionsrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Kindes und der leiblichen Eltern<sup>207</sup> auch in Leihmutterschaftsfällen Bedeutung erlangen und die Wahrung der berechtigten Interessen aller Beteiligten bereits auf Primärebene, das heißt im Rahmen des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses sichergestellt werden.<sup>208</sup> Dadurch könnte zugleich das unerwünschte Auseinanderfallen von vertraglich zwar wirksam begründeten, rechtlich aber nicht anerkannten bzw. durchsetzbaren Rechten und Pflichten verhindert werden.

<sup>203</sup> Kritisch aber *Engel*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 210 f.

<sup>204</sup> Preliminary Report on the issues arising from International Surrogacy Agreements, 10.3.2012, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> (abgerufen am 26.6.21), Rn. 46: „Existing Hague Conventions may also provide sources of ‚inspiration‘ for any future instrument. In particular, the 1996 Hague Child Protection Convention and the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention ‚inspire‘ some of the thoughts which follow concerning possible future approaches to multilateral regulation in this field.“; vgl. ferner *Trimmings/Beaumont*, *Journal of Private International Law*, 2011, 627, 636 ff.

<sup>205</sup> In vergleichbarer Weise funktioniert wohl auch Art. 1464 des griechischen ZGB, wonach der rechtliche Elternstatus unmittelbar in den Personen der Wunscheltern entsteht, sofern der Leihmutterschaftsvertrag gerichtlich bestätigt wurde.

<sup>206</sup> Die im Adoptionsverfahren regelmäßig abzuwartende Probezeit gemäß § 1744 BGB scheidet in einem solchen Modell indes denknotwendig aus.

<sup>207</sup> Sofern man auch das in § 1747 BGB statuierte Einwilligungserfordernis, also die Freiwilligkeit der Entscheidung in Kenntnis aller Umstände, zum Gegenstand des behördlichen Prüfungsverfahrens macht, könnten auch die von den Gegnern der Leihmutterschaft angeführte Argument, die Leihmutter wäre in ihrer Entscheidung wegen finanziellen und sozialen Drucks nicht frei, eingefangen werden.

<sup>208</sup> *Ditzen/Weller*, *Regulierung der Leihmutterschaft*, 2018, S. XI ff.

(2.) Die abstammungsrechtlichen Wirkungen des Vertrages könnten in Anlehnung an § 1755 BGB als zwingende und absolut wirkende Rechtsfolge ausgestaltet werden, die den intendierten Eltern bereits mit Vertragsschluss eine Art Statusanwartschaft vermitteln, welche im Zeitpunkt der Geburt des Kindes zum Vollstatus erstarkt. Der rechtliche Elternstatus würde kraft einer solchen Statusanwartschaft also unmittelbar, d.h. ohne „Umweg“ über die biologische Mutter, in den Personen der Wunscheltern entstehen. Um diesen Status nach einmaliger Begründung auch nachträglich nicht zu gefährden und dafür Sorge zu tragen, dass Statusklarheit im Zeitpunkt der Kindesgeburt besteht, müssten die inhaltlich ohnehin stark zu beschränkenden vertraglichen Lösungsrechte der Parteien überdies temporal begrenzt werden, etwa für die Wunscheltern auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung, für die Leihmutter (für den Fall, dass sie das Kind behalten möchte) auf eine gewisse Frist nach der Geburt.

(3.) Das strukturelle Problem etwaiger Sekundäransprüche dürfte dabei mit Blick auf den Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung eher theoretischer Natur sein. Erblickt man diesen nämlich in dem Erwerb des rechtlichen Vollstatus, so sind Ansprüche wegen „Schlechtleistung“ schon *per definitionem* ausgeschlossen. Regelungsbedürftig wären dagegen Fragen vertraglicher Nebenpflichtverletzungen insbesondere der Leihmutter, wenn diese beispielsweise abredewidrig den *nasciturus* gefährdende Substanzen konsumiert.<sup>209</sup> Außer in Fällen offensichtlich kindesgesundheitsgefährdender Handlungen, erscheint die rechtliche Zulässigkeit solcher Vertragspflichten wegen des intensiven Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit der Leihmutter (Art. 2 Abs. 1 GG) indes eng umrissen (§ 138 BGB). Denkbar wäre aber auch, solche Nebenpflichten von vornherein der privatautonomen Gestaltungsmacht der Parteien zu entziehen und das Risiko der Auswahl einer verantwortungsvollen Leihmutter der Sphäre der Wunscheltern zuzuordnen.

#### *bb) Adoptionsäquivalentes Modell für andere Elternschaftsformen?*

Ein solches adoptionsäquivalentes Modell einer vertraglichen Statusbegründung *ex-ante* ließe sich auf andere Fälle übertragen, in denen biologische und intendierte Elternschaft auseinanderfallen. So könnte eine vertragliche Statusbegründung insbesondere in Mehrelternfamilien ein dogmatisch konsistentes Modell darstellen, um bereits vor der Zeugung eines Kindes verbindlich zu regeln, welche Personen die rechtliche Elternstellung innehaben

---

<sup>209</sup> Denkbar wäre beispielsweise, dass ein Leihmutterchaftsvertrag den Konsum bestimmter Getränke und Lebensmittel oder die Ausübung gewisser gefährlicher Sportarten verbietet.

sollen.<sup>210</sup> Unabhängig von der Anzahl der potenziellen Wunscheltern stellt das Konstrukt einer vertraglich begründeten Statusanwartschaft zugunsten der intendierten Eltern eine taugliche Lösung dar. Grenze der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten ist dabei freilich immer das Kindeswohl. Inwiefern eine Kindeswohlprüfung *vor* Zeugung eines Kindes in Frage kommt bzw. auszugestalten wäre, bleibt einer weiteren Untersuchung vorbehalten.<sup>211</sup> Eine solche staatliche Überprüfung der Zeugungsentscheidung müsste mit den Grundrechten der beteiligten Personen in Einklang zu bringen sein.<sup>212</sup>

### *b) Vertragsbasierte Elternverantwortung*

Neben vertraglichen Abreden hinsichtlich der Begründung des rechtlichen Status als Elternteils, könnten vertragliche Lösungsansätze auch in Hinblick auf die Regelung der Elternverantwortung verfangen.<sup>213</sup> Freilich würde auch hier das Wohl des Kindes die Grenzen der Vertragsfreiheit definieren.

#### *aa) Sorgerecht*

Vereinbarungen zwischen allen an der Kindersorge beteiligten Personen können zu einer größeren Rechtssicherheit beitragen, indem sie die (künftige) sorgerechtlichen Befugnisse bereits im Vorfeld der Geburt regeln.<sup>214</sup> Dies gilt sowohl für verantwortungsaufteilende als auch für verantwortungserweiternde Vereinbarungen; diese dürfen freilich nicht dazu führen, dass die Elternverantwortung trotz der tatsächlichen Verfügbarkeit zweier rechtlicher

---

<sup>210</sup> So bereits *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten FES, S.56 f., <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>211</sup> Näheres hierzu bereits *Coester-Waltjen*, ZfPW 2021, 129, 142 f.

<sup>212</sup> Ausführlich dazu *Coester-Waltjen*, ZfPW 2021, 129, 142 f.: „Abzulehnen wäre allerdings die Forderung nach einer Kindeswohlprüfung vor Zeugung – etwa in Parallele zur Adoption. Eine solche würde einer staatlichen Kontrolle der Zeugungsentscheidung gleichkommen, die mit Art. 2 und Art. 6 GG nicht zu vereinbaren wäre. Insofern ist eine willentliche Verantwortungsübernahme vom Staat ebenso zu akzeptieren wie der Entschluss zu einer Zeugung auf natürlichem Wege. Wie bei der natürlichen Zeugung hat der Staat davon auszugehen, dass die Personen, die dem Kind das Leben geben wollen, ‚bereit und fähig sind‘, die Elternrolle zu übernehmen.“

<sup>213</sup> So bereits *Dethloff/Timmermann*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten FES, S.56 f., <https://library.fes.de/pdf-files/dialog/12770.pdf> (abgerufen am 26.6.21).

<sup>214</sup> Ausführlich *Dethloff/Timmermann*, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling (Hrsg.), Familien mit multipler Elternschaft, 2017, 173, 189.

Eltern letztlich nur von einer Person übernommen wird oder sich ein Elternanteil zu Lasten des Kindes seiner Fürsorgepflicht entzieht.<sup>215</sup>

#### *bb) Unterhalt*

Gemäß § 1601 BGB sind Verwandte in gerader Linie verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Dabei ist zu beachten, dass Vereinbarungen über den Kindesunterhalt wegen § 1614 BGB keinen Verzicht auf zukünftigen Unterhalt beinhalten oder auf einen solchen hinauslaufen dürfen.<sup>216</sup> Elternvereinbarungen, die sich auf die Unterhaltsansprüche eines (künftigen) Kindes negativ auswirken, sind daher unzulässig. Etwas anderes gilt freilich für unterhaltsberechtigende Lösungen, die sich für das Kind positiv auswirken. So besteht beispielsweise die Möglichkeit, im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB), einen Unterhaltsanspruch des künftigen Kindes gegen den Wunschelternteil zu begründen.<sup>217</sup> Auch eine Freistellung von Unterhaltsansprüchen der Eltern untereinander ist grundsätzlich möglich, solange sie den Unterhaltsanspruch des Kindes nicht berührt.<sup>218</sup> Denkbar ist schließlich auch, dass in Mehrelternfamilien eine gesamtschuldnerische Unterhaltshaftung der mehreren Eltern (§ 421 BGB) gegenüber dem Kind vereinbart wird.

#### *4. Fazit*

Es hat sich gezeigt, dass vertragliche Abreden bei Begründung und Ausübung postmoderner Formen der Elternschaft zunehmend an Bedeutung gewinnen. Für die Konstruktion moderner Elternschaft sollten die Erkenntnisse der psychologischen Forschung zur essentiellen Bedeutung der in den ersten Monaten nach der Geburt entstehenden, sozialen Bindung des Kindes zu den Sorge tragenden Personen und der nur untergeordneten Rolle genetischer Verbindungen berücksichtigt werden. Daher empfiehlt sich eine Diskussion darüber, ob die bislang statusfokussierte Elternschaftsbegründung nicht um einen vertragsbasierten Ansatz ergänzt werden könnte.

Für das Recht der Elternschaft könnte sich somit wiederholen, was schon einmal vor 200 Jahren mit dem Übergang von der auf den Status qua Ge-

---

<sup>215</sup> Ähnlich *Budzikiewicz*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart (Hrsg.), *Family Law and Culture in Europe*, 2014, 163 f. mit Bezug auf Fälle vertrauter Samenspende bei Fehlen eines zweiten, intendierten Elternteils.

<sup>216</sup> *Reinken*, in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand: 01.11.2020, § 1614 BGB, Rn. 2; *Raude*, RNotZ 2019, 451, 458.

<sup>217</sup> *Raude*, RNotZ 2019, 451, 458.

<sup>218</sup> *Reinken*, in: BeckOK BGB, 56. Edition, Stand: 01.11.2020, § 1614 BGB, Rn. 6; *Langeheine*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1614 BGB, Rn. 13 ff.

burt fixierten Feudalgesellschaft hin zur bürgerlich-aufgeklärten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft im Bereich des Austauschs von Gütern geschehen ist. Unter dem Eindruck der Aufklärung rückte das Individuum und dessen Freiheit in den Vordergrund. Dabei setzte sich der Konsensualvertrag als (neues) gesellschaftliches Bindeglied immer mehr durch<sup>219</sup>, was *Sir Henry Sumner Maine* im Jahr 1861 prägnant auf die Formel brachte: „(...) the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.“<sup>220</sup>

### VII. Zusammenfassung in Thesenform

(1) Plurale Formen von Elternschaft hat es historisch stets gegeben. Gesellschaftlicher Wandel und die Möglichkeiten moderner Reproduktionsmedizin führen aktuell jedoch zu einer zunehmenden Sichtbarkeit der pluralen Formen von Elternschaft, die sich durch eine Verteilung der einzelnen Komponenten der Elternschaft (biologisch, genetisch, sozial, rechtlich) auf unterschiedliche Personen auszeichnet.

(2) Diese Entwicklungen schlagen auch auf das geltende Recht durch: Desse ursprüngliches Leitbild der biolegalen Elternschaft wird zunehmend um soziokognitive Konzepte ergänzt und insofern pluralisiert. Das Recht vollzieht somit gesellschaftliche Realitäten nach.

(3) Die normative Aufwertung der sozialen Elternschaft steht dabei im Einklang mit den Erkenntnissen aus der Psychologie, wonach es für die persönlichkeitsprägende Eltern-Kind-Bindung gerade nicht auf genetische, sondern vielmehr auf tatsächlich-soziale Faktoren ankommt.

(4) Bislang setzt das deutsche Recht lediglich am jeweiligen Einzelphänomen (z.B. Leihmutterchaft, gleichgeschlechtliche Elternschaft, geschlechtsunabhängige Elternschaft, Co-Parenting, Mehrelternschaft) an. Die verschiedenen postmodernen Entwicklungen lassen sich indes durch ein Vertragsmodell der Elternschaft unter einen einheitlichen Regelungsrahmen fassen.

<sup>219</sup> *Supiot*, *Homo Juridicus*, 2006, S. 79; *HKK/Hofer*, vor § 145, Rn. 16; *Remien*, *Vertragsrecht und Grundfreiheiten*, 2003, S. 6 f.; *Bruns*, *JZ* 2007, 385 ff.

<sup>220</sup> *Maine*, *Ancient Law*, 1861, Chapter V, S. 139 ff.: The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The Individual is steadily substituted for the Family (...). [It is not] difficult to see what is the tie between man and man which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the Family. It is Contract. (...) we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*.“ (Hervorhebung im Original).

(5) Eine Implementierung vertragsrechtlicher Grundsätze in das rechtliche Elternschaftsmodell ist dabei sowohl hinsichtlich der Statusbegründung selbst als auch auf Ebene der Ausübung von Elternverantwortung denkbar.

(6) In Hinblick auf eine vertragsbasierte Statusbegründung *ex ante* kann auf die Kautelen des Adoptionsrechts zurückgegriffen werden (adoptions-äquivalentes Modell).

(7) Den sensiblen und besonders schützenswerten Interessen des Kindes und dem (auch öffentlichen) Bedürfnis nach Status- und Verantwortungskontinuität ist durch eine Beschränkung der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten Rechnung zu tragen.