

## LEITARTIKEL

Harry Willekens

## Alle Elternschaft ist sozial

Es tobt eine Debatte über „soziale Elternschaft“. Sie ist verwunderlich. Ist denn nicht jede Elternschaft sozial und die begriffliche Kategorie der „sozialen Elternschaft“ damit überflüssig?

Kinder sind nicht in der Lage selbständig zu überleben. Sie brauchen dazu Schutz und Unterstützung von Älteren. Selbst ältere Kinder, die möglicherweise in der Lage wären sich das materielle Überleben ohne Hilfe von Erwachsenen zu sichern, brauchen diese Unterstützung um die kognitiven und sozialen Fähigkeiten zu erwerben, die erforderlich sind um ein integriertes Leben in der Gesellschaft zu führen. Elternschaft und Verwandtschaft sind die gesellschaftlichen Institutionen, welche die Verantwortung von Älteren für Kinder organisieren. Grundsätzlich könnte man sich zwar vorstellen, dass diese Verantwortung von der Gruppe im Ganzen (oder in unserer Gesellschaft vom Staat) übernommen werden würde, und dass damit die Frage nach der Elternschaft hinfällig werden würde. Es fällt aber schwer ein historisches Beispiel eines solchen gesellschaftlichen Arrangements zu finden, und noch schwerer fällt es, in unserer Gesellschaft das Projekt einer ausschließlich kollektiven Verantwortung für die Sorge für Kinder zu verteidigen. In allen Gesellschaften werden die für das Überleben und Heranwachsen der Kinder notwendigen Schutz- und Unterstützungsleistungen teils von Eltern und Verwandten, teils aber auch kollektiv erbracht.<sup>1</sup> Aber überall dort, wo es individuelle Verantwortungszuweisungen gibt, liegt die *primäre* Verantwortung für das Kind bei den Eltern. Auch wenn das elterliche Handeln, wie heute bei uns, von der Gesellschaft normiert und damit in Schranken verwiesen wird, so wird doch *zuerst* von der elterlichen Verantwortung ausgegangen: Ohne eine Zuordnung eines Kindes zu bestimmten Eltern fehlt den staatlichen Vorschriften über die „richtige“ Sorge und Erziehung der Anknüpfungspunkt, den erforderlich ist um die Regeln sinnvoll anwenden zu können.

Elternschaft ist also *definitionsgemäß* die *soziale Beziehung* zwischen dem Kind und den Personen, die primär für den Lebensunterhalt, die Sorge und die Erziehung des Kindes verantwortlich sind und die darum auch das Elternrecht und Macht über das Kind (als ‚pflichtgebundenes Recht‘) ausüben dürfen. Dieser einfache und m.E. unbestreitbare Ausgangspunkt wird durch einen verwirrenden Sprachgebrauch verschleiert, der „biologische“ und „soziale“ Elternschaft als Kategorien neben- und gegeneinander stellt und gleichzeitig die „soziale“ Elternschaft als Ausnahme von einer allgemeinen Regel darstellt. „Biologische“ und „soziale“ Elternschaft sind keine zwei Varianten desselben Phänomens (so wie Bernhardiner und Collies Varianten der Spezies „Hund“ sind), sondern sie beziehen sich auf zwei völlig unterschiedliche Fragen<sup>2</sup>. Die eine Frage ist, wer sich um die Kinder kümmert, die andere ist, von welcher Frau ein Kind geboren wurde und mit

- 
- 1 Eine quantitativ überwältigende biologische, anthropologische und historische Literatur untermauert diese Behauptung. Exemplarisch: *Gestrich, A., Krause, J. und Mitterauer, M.*, Geschichte der Familie, Stuttgart 2003; *Hrdy, S.*, Mother Nature, New York 1999.
  - 2 Wie ich ausführlicher in *Willekens, H.*, Die rechtliche Gestaltung stiefelterlicher Sorge und Erziehung, in: Pflegefamilien, Stieffamilien, Tagesmütter, Frankfurt am Main, 2000, S. 59, argumentiert habe.

welchem genetischen Material das Kind erzeugt worden ist. Die erste Frage – wer sich um das Kind kümmern soll – muss kollektiv, also in unserer verrechtlichten Gesellschaft vom Recht beantwortet werden, die andere Frage – wer das Kind geboren hat und aus welchem genetischen Material es erzeugt wurde – *kann* das Recht nicht beantworten, weil dies keine Rechtsfrage ist. Es ergibt dann auch keinen Sinn über den „Widerspruch“ zwischen biologischer und sozialer Elternschaft zu sinnieren oder diesen „Widerspruch“ als ein soziales Problem darzustellen. Die Zuordnung der Elternschaft und die Wahl der Anknüpfungspunkte sind eine rechtliche Konstruktion; die Geburt durch eine Frau und die genetischen Beziehungen sind außerrechtliche Tatsachen. Einen Widerspruch kann es nur geben, wenn der eine Term den anderen ausschließt; wenn aber ein Kind A und B als Erzeuger hat, schließt das logisch keineswegs aus, dass C und D in Beziehung zu diesem Kind die elterliche soziale Rolle erfüllen.

Die vielen, die von „biologischen“ und „sozialen“ Elternschaft reden *als ob* es sich hier um Subkategorien desselben Begriffs „Elternschaft“ handeln würde, könnten jetzt erwidern, dass mit der „biologischen“ Elternschaft im rechtlichen Sprechen nicht die rein biologischen Abläufe der Zeugung gemeint sind, sondern die biologischen Grundlagen für die Zuordnung der unbestreitbar sozialen Pflichten von Unterhalt, Sorge usw.. Damit wird die Verwirrung aber nicht aufgelöst. *Wieso folgen diese sozialen Pflichten denn aus biologischen Fakten?* Wieso muss das Recht die Natur abbilden? Die Naturgesetze kann das Recht nicht ändern, es muss sie aber auch nicht bestätigen. Es ist natürlich vorgegeben, dass neues Leben nur aus dem genetischen Material existierenden Lebens entstehen kann und dass ein Embryo ohne Einnistung in einer Gebärmutter nicht überleben kann. Es ist aber überhaupt nicht „natürlich“ vorgegeben, dass aus diesen biologischen Tatsachen die Zuweisung von Rechten und Pflichten folgen müsste. Die Zuordnung ist eine gesellschaftliche Entscheidung, und um den Sprung von den biologischen Tatsachen zur juristischen Verantwortung zu begründen reicht es nicht „Natur!“ zu rufen, sondern es müssen *Argumente* her, welche die Bedeutung der biologischen Beziehung für die Begründung elterlicher Rechte und Pflichten darstellen.

*Aber gibt es überhaupt solche Argumente dafür, dass aus einer genetischen Beziehung unbedingt elterliche Rechte und Pflichten folgen sollten?*

Das Argument, wonach die Erzeuger am besten *geeignet* seien um für die von ihnen erzeugten Kinder zu sorgen<sup>3</sup>, ist befremdend. Es fällt schwer einzusehen, was der (manchmal unerwünschte) „Erfolg“ der Erzeugung eines Kindes über den späteren Erfolg bei der Versorgung und Erziehung des Kindes aussagen könnte. Es gibt keinerlei wissenschaftliche Befunde einer positiven Korrelation zwischen der Fruchtbarkeit und der elterlichen Eignung.

Vielversprechender ist ein zweites Argument, dass die Erzeuger eines Kindes stärker als andere Personen motiviert sein dürften sich auch um die Versorgung und Erziehung des Kindes zu kümmern. Hier gilt es aber zwischen der biologischen Mutter und dem männlichen Erzeuger zu differenzieren. Eine Frau, die eine Schwangerschaft durchläuft, entwickelt bereits vor der Geburt eine *soziale* Beziehung zum Kind, die ihr – außer in Ausnahmefällen, in welchen die Beziehung negativ besetzt ist – einen starken Anreiz dazu gibt sich weiter um das Kind zu kümmern<sup>4</sup>. Ein vergleichbarer Anreiz ist für den Mann, der das Kind erzeugt hat, nicht vorhanden (und auch nicht

3 Es gibt eine ganze philosophische Literatur, die dieses Argument entschieden bekämpft. Grundlegend: LaFollette, H., Licensing Parents, in: Philosophy and Public Affairs 9, 1980, S. 182–197.

4 Die biosozialen Mechanismen, welche die Bindung zwischen der Frau und dem Kind fundieren und reproduzieren, werden ausführlich besprochen in: Fox, R., Reproduction and Succession, New Brunswick 1997, S. 68–79; Hrdy, S., Mother Nature, New York 1999.

für die Frau, die eine Eizelle gespendet hat ohne selbst schwanger zu werden). Die unter Biologen allgemein akzeptierten Theorien über elterliche Sorge unterstützen jedenfalls kaum die Annahme, dass eine genetische Beziehung *an sich* schon ausreichen würde als wirksame Triebfeder für elterliche Sorge. Die biologische Theorie bestätigt zwar, dass Menschen – wie andere Tiere – dazu tendieren altruistische Opfer für das Überleben ihrer genetischen Nachkömmlinge zu bringen, spezifiziert aber auch, dass die optimale Reproduktionsstrategie von Männchen darin besteht so viele Weibchen wie möglich zu befruchten und die Nachkommen der elterlichen Sorge der Müttern zu überlassen – eine Strategie, die in der Praxis nur nicht aufgeht, weil die Weibchen versuchen die potenziellen Väter an sich zu binden<sup>5</sup>. Außerdem liefert die biologische Literatur die Erkenntnis, dass eine *Prädisposition* zur elterlichen Sorge zum allgemeinmenschlichen Erbgut gehört. Diese Prädisposition ist also bei Frauen und Männern vorhanden, bei denjenigen, die noch kein Kind erzeugt haben ebenso wie bei Erzeugern. Diese Neigung wird aber nur aktualisiert, d. h. in Sorgeverhalten umgesetzt durch konkrete Erfahrungen, nämlich durch die Beobachtung des Sorgeverhaltens von anderen und durch der Umgang und Körperkontakt mit Kindern<sup>6</sup>. Anders gesagt: Wer sich auf die Biologie als Grundlage für die Festlegung von Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern beruft, sollte wissen, dass nach der wissenschaftlichen biologischen Literatur die Bereitschaft zur elterlichen Sorge nicht automatisch der genetischen Verwandtschaft entspringt, sondern durch Erfahrungen und Nähe zum Kind *getriggert* werden muss. Damit wären wir aber wieder bei der *sozialen* Beziehung als Grundlage für die Rechtsbeziehung.

Es findet sich schließlich noch ein drittes Argument für eine Verbindung zwischen der biogenetischen Herkunft und der Zuweisung elterlicher Pflichten, das die Elternschaft nicht aus der Perspektive der elterlichen Eignung, sondern aus der Perspektive der Unterhaltssicherung betrachtet. In einem Regime, in dem die Kinder nur subsidiär dem Staat zur Last fallen sollen, *muss* es Individuen geben, die wirtschaftlich für die Kinder verantwortlich sind. Wenn es nun keine Personen gibt, die nach anderen Regeln als Eltern in Betracht kommen, bleibt nichts anders als auf die alte Regel des *ius commune* zurückzugreifen, die besagt, dass der Verursacher zahlt: Wer das Kind erzeugt hat, muss es auch unterhalten. Es dürfte aber klar sein, dass ein solches Argument, das weder elterliche Eignung noch Neigung voraussetzt, nur geeignet ist um eine *unterhaltsrechtliche Beziehung* zu untermauern und darum auch keinen Sinn ergibt, wenn Alternativen vorhanden sind, die dem Kind auch sorgende und nicht nur unterhaltszahlende Eltern zuordnen würden.<sup>7</sup>

## Von den Grundsätzen zu aktuellen rechtspolitischen Fragen

Welche Relevanz haben die bis jetzt angestellten sehr allgemeinen Überlegungen für die Fragen, die in diesem Sonderheft behandelt werden und die zurzeit sowohl in den Medien wie auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur Kontroversen hervorrufen?

5 Dunbar, R., Primate Social Systems, Beckenham 1988, S. 15–24.

6 Hrdy, S., Mothers and Others, Cambridge (Mass.), 2009, insbesondere S. 175–232; Jolly, A., The Evolution of Primate Behavior, New York, 1985, S. 309–340; Paul, A., Von Affen und Menschen, Verhaltensbiologie der Primaten, Darmstadt 1998, S. 192–199.

7 Ausführlich zum Verhältnis zwischen genetischer Verwandtschaft und rechtlicher Bestimmung der Elternschaft Baker, K., Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status, in: Cornell Journal of Law and Public Policy 14, 2004–2005, S. 1–69; Hill, J., What Does It Mean to Be a “Parent”?, in: New York University Law Review 66, 1991, S. 353–420.

Es handelt sich dabei um drei grundsätzliche Fragen:

1. die Frage nach den Rechten und Pflichten von Personen, die tatsächlich Verantwortung für Kinder übernehmen ohne nach geltendem Recht über den elterlichen Status zu verfügen (Stiefeltern, Pflegeeltern, usw.);
2. die Frage, ob gleichgeschlechtliche Partner – die unmöglich beide die biologischen Eltern des Kindes sein können – gemeinsam Eltern eines Kindes sein können;
3. die Frage nach dem abstammungsrechtlichen Umgang mit Reproduktionstechniken wie der Gametenspende (wobei die Samenzelle nicht vom intendierten Vater kommt oder die Eizelle von einer anderen Frau stammt als diejenige, die das Kind austrägt) oder der Leihmutterchaft.

Üblicherweise werden diese Fragen in der Literatur *getrennt* voneinander behandelt und es wird für jede Einzelfrage unabhängig voneinander nach passenden Argumenten und Lösungen gesucht. So ist übrigens auch der Gesetzgeber in den vergangenen Jahrzehnten vorgegangen. Diese Vorgehensweise birgt das erhebliche Risiko, dass die unabhängig voneinander entwickelten Lösungen nicht zueinander passen, weder rechtsdogmatisch noch nach der ihnen zugrunde liegenden Philosophie. Eine Besinnung auf die Grundfragen dürfte für mehr Konsistenz sorgen. Wenn man sich vor Augen hält, dass das Kindschaftsrecht *nur* deshalb existiert, weil Kinder nicht für sich selbst sorgen und nicht selbständig im Rechtsverkehr handeln können, und dass mit einer biologischen oder genetischen Beziehung nur insofern Rechte verknüpft werden sollten, wenn diese Anknüpfung der sozialen Funktion des Kindschaftsrechts dienlich ist, so dürfte es leichter fallen kohärente Antworten auf die Fragen zu geben, die zurzeit so heiß diskutiert werden.

Aus der sozialen Funktion des Abstammungsrechts können die folgenden Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. Es kommt grundsätzlich nicht darauf an, ob die Eltern eines Kindes dem gleichen Geschlecht oder unterschiedlichen Geschlechtern zugerechnet werden. Die Frage ist ja nur, ob die als Eltern in Betracht kommenden Personen in der Lage sind die elterlichen Aufgaben zu erfüllen. Es fällt darum schwer einzusehen, warum gleichgeschlechtliche Paare nicht zumindest im Adoptionsrecht – wo die elterliche Eignung gerichtlich geprüft wird – wie andere Paare auch behandelt werden sollten.
2. Es gibt keine Gründe für die Einschränkung der Elternzahl auf zwei Personen. Die alte Grundlage für diese Einschränkung, dass nämlich Kinder grundsätzlich innerhalb der (monogamen) Ehe geboren werden, gilt seit der Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder und angesichts der Häufigkeit nichtehelicher Geburten nicht mehr. Die Überlegung, dass ein Kind zwei Eltern haben sollte, weil für die Entstehung eines Kindes das genetische Material von zwei Personen erforderlich ist, geht von der unsinnigen Annahme aus, dass das Recht nicht dazu da sei um Probleme zu lösen, sondern um „die Natur zu spiegeln“ (und blendet übrigens alle andere Bedingungen für die Geburt eines Kindes aus, wie die Bereitschaft einer Frau die Schwangerschaft auszutragen oder auch die allgemeinen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedingungen, die erfüllt sein müssen damit eine Schwangerschaft überhaupt zur Geburt eines lebensfähigen Kindes führt). Das Argument, dass eine Vermehrung der Elternzahl zu Entscheidungsproblemen führen müsse, ist nur haltbar innerhalb des deutschen Rechts, in dem die Eltern sich grundsätzlich einigen müssen (in dieser Hinsicht ein im inter-

nationalen Vergleich eher ungewöhnliches<sup>8</sup> Regime). Dieses Argument ist übrigens selbstwidersprüchlich, denn es impliziert, dass Kinder am besten nur einen Elternteil haben sollten, denn nur dann kann es *keine* Uneinigkeit geben. Von den Interessen des Kindes gedacht sind drei (oder mehr) Eltern *ceteris paribus* jedoch besser als zwei: Wer von drei Personen Unterstützung und Leistungen verlangen kann, ist sicherer gestellt als diejenige, welche die gleichen Leistungen nur von einer oder zwei Personen zu erwarten hat.

3. Die Regelung der elterlichen Rechte und Pflichten sollte sich so nah wie möglich der Wirklichkeit von Sorge und Erziehung des Kindes anschließen. Wenn Menschen über längere Zeit die tatsächliche Verantwortung für Kinder auf sich nehmen (wie es Stiefeltern, Pflegeeltern oder Großmütter überstrapazierter Eltern in bestimmten Fällen tun), sollten sie auch über die entsprechenden Entscheidungsrechte verfügen. Diejenigen, die sich am meisten um ein Kind kümmern und die am besten in der Lage sind die Interessen des Kindes konkret zu beurteilen, sollten auch rechtlich in der Lage sein die für die Durchsetzung dieser Interessen erforderlichen Entscheidungen zu treffen. Umgekehrt geht es nicht an, dass Entscheidungen getroffen werden können von Personen, die nur einen seltenen und oberflächlichen Umgang mit dem Kind pflegen. Daraus folgt auch, dass die ursprüngliche Zuordnung von Rechten und Pflichten bei der Geburt später abänderbar sein sollte, wenn die Zuordnung der Rechte nicht mehr mit der gelebten Wirklichkeit übereinstimmt.
4. Das Kind braucht Eltern von Geburt an, d. h. die Abstammungsregeln müssen dem Kind spätestens bei der Geburt Eltern zuweisen. Bei der Geburt weiß man jedoch noch nicht, wer tatsächlich Verantwortung für das Kind übernehmen wird. Daher braucht man Regeln, welche die Rechte und Pflichten der Elternschaft denjenigen zuweisen, die höchstwahrscheinlich bereit sein werden sich auch tatsächlich um das Kind zu kümmern. Am ehesten kann man das erwarten von der Frau, die das Kind geboren hat (siehe oben), und von der Person, die verheiratet oder verpartnert in einer Beziehung mit dieser Frau lebt oder die durch Anerkennung ausdrücklich den Willen äußert Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Damit wäre man fast beim geltenden Recht, allerdings mit zwei wichtigen Ausnahmen. Erstens erlaubt das geltende Recht (in der Form der § 1599 und 1600 BGB) es der Mutter, dem Vater und dem Kind *eine sozial funktionierende Vaterschaft* anzufechten, mit der Begründung, dass diese Vaterschaft nicht mit der genetischen Wirklichkeit übereinstimmt; das Wohl des Kindes spielt dabei gar keine Rolle. Eine solche großzügige Anfechtungsmöglichkeit, welche die Kindesinteressen dem „Zwang“ der biologischen Tatsachen unterwirft, ist mit einer funktionalen Sicht auf die Abstammung nicht vereinbar. Zweitens spricht aus funktionaler Perspektive nichts dagegen, dass ein Kind von Geburt an mehr als zwei Eltern haben kann, z. B. einen zweiten Elternteil, der die Elternschaft durch die Ehe erwirbt sowie einen dritten Elternteil aufgrund einer Willensäußerung.

Nun folgen aus diesen sehr allgemeinen Überlegungen, die alle aus der sozialen Funktion der Elternschaft abgeleitet wurden, noch keine konkreten Vorschläge für eine Reform des Kindschaftsrechts. Vieles von dem, was hier nur kurz als Prinzip angedeutet wird, kann auf unterschiedliche Weise in neue Gesetzgebung umgesetzt werden. So könnte man etwa Personen, die faktisch eine Hauptverantwortung für ein Kind übernehmen, diese aber nicht von der Geburt des Kindes an getragen haben, entweder zu einem dritten Elternteil machen oder ihnen nur ein Sorgerecht ver-

8 Vgl. Willekens, H., Stiefelterliche Sorge und Erziehung, ein rechtsvergleichender Ansatz, in: Stieffamilien, Pflegefamilien, Tagesmütter, Frankfurt a. M. 2000, S. 69–74.

leihen. Außerdem würden Reformen in dem hier vorgeschlagenen Sinne die bereits bestehenden Konflikte zwischen Personen, die bereit wären eine elterliche Rolle auf sich zu nehmen, aber nicht bereit sind mit anderen Eltern zu kooperieren, keineswegs lösen, sondern sich durch die Möglichkeit der Mehrelternschaft unter Umständen verschärfen. In konkreten Reformentwürfen müsste darauf geachtet werden Konflikte dieser Art zu vermeiden bzw. Lösungen anzubieten wo Konflikte unvermeidlich sind. Eine Beantwortung solcher Fragen ist in diesem kurzen Beitrag, der an erster Stelle als Provokation (nicht *von* Empfindlichkeiten, sondern *zum* Ideenaustausch) gedacht ist, nicht zu leisten. Mir ging es hier nur darum zu betonen, dass Elternschaft *per se* eine sozialfunktionale Beziehung ist, und zu zeigen welche weitgehende Folgen es für das Kindschaftsrecht hätte diese soziale Funktion bei der Formulierung und Reform von Rechtsregeln ernst zu nehmen.

*Verf.: Prof. Dr. Harry Willekens, Martin-Boyken-Ring 36, 31141 Hildesheim, E-Mail: willeken@uni-hildesheim.de*