

# Recht der Jugend und des Bildungswesens

Zeitschrift für Schule, Berufsbildung und Jugenderziehung

**Herausgegeben von Prof. Dr. Ingo Richter, Prof. Dr. Hans-Peter Füssel,  
Prof. Dr. Christine Langenfeld, Prof. Dr. Hans-Jörg Albrecht,  
Prof. Dr. Jörg Ennuschat**  
**Dieses Heft zusammen mit: Prof. Dr. Kirsten Scheiwe**

unter Mitwirkung von Prof. Dr. Hermann Avenarius, Prof. Dr. Walter Berka,  
Dr. Christoph Ehmann, Dr. Christine Fuchsloch, Werner van den Hövel,  
Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Prof. Dr. Eckhard Klieme, Prof. Dr. Thomas Mann,  
Prof. Dr. Johannes Münder, Prof. Dr. Lutz R. Reuter, Prof. Dr. Gerhard Robbers,  
Prof. Dr. Kirsten Scheiwe

**64. JAHRGANG RdJB HEFT 2/2016**

## AN DIE LESER

Liebe Leserin, lieber Leser,

soziale Elternschaft und kindschaftsrechtliche Fragen stehen im Mittelpunkt der Beiträge dieses Heftes. Neben der Aktualität des Themas ist ein Grund dafür auch, dass auf dem kommenden 71. Deutschen Juristentag das Thema „Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft“ für die Abteilung Familienrecht gewählt wurde.<sup>1</sup> An der Aktualität des Themas bestehen keine Zweifel, wie auch Medienberichte zeigen. Zuletzt sorgte der Fall des amerikanischen Investors Nicolas Berggruen für Schlagzeilen, der diesmal in Fortpflanzung investierte und sich selbst als ‚Vater und Mutter zugleich‘ von zwei neugeborenen Kindern bezeichnete, die nach Eizellspenden nahezu gleichzeitig von zwei Leihmüttern geboren wurden und die nun, von Nannies betreut, im Apartment unter dem von Berggruen in Los Angeles leben. Nun ist die Leihmutterschaft zwar in Kalifornien, aber nicht in Deutschland legal, doch in einer globalisierten Welt kommen durch Leihmutterschaft geborene Kinder eines gleichgeschlechtlichen Paares auch nach Deutschland, wie der Beschluss des BGH vom Dezember 2014<sup>2</sup> gezeigt hat, wonach das Urteil eines kalifornischen Gerichts auch in Deutschland anzuerkennen ist, durch das die Wunscheltern eines von einer Leih-

1 Vgl. dazu das Gutachten von Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, Essen 2016. Referent/innen sind Bundesverfassungsrichterin Prof. Dr. Gabriele Britz, Vors. Richter am OLG a. D. Prof. Dr. Gerd Brudermüller und Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer.

2 BGH, 10.12.2014 - XII ZB 463/13.

mutter geborenen Kindes auch dessen rechtliche Eltern sind. Auch die gemeinschaftliche Adoption eines Kindes durch ein nicht verpartnetes gleichgeschlechtliches Paar in Südafrika, die in Deutschland rechtlich nicht erlaubt ist, ist in Deutschland anzuerkennen und nachzubeurkunden.<sup>3</sup>

Soziale Elternschaft wird hier verstanden als Übernahme tatsächlicher Verantwortung für Kinder über einen längeren Zeitraum durch Personen, die nicht zugleich rechtliche Eltern dieser Kinder sind. Dies ist bekanntlich kein neues Phänomen; Stiefelternschaft sowie die Sorgeübernahme für Kinder durch Pflegeeltern sind lange bekannte Formen sozialer Elternschaft ebenso wie die Adoption bzw. Stieffkindadoption als rechtliche Anerkennung sozialer Elternschaft. Es ist bei weitem nicht nur die Entwicklung der Reproduktionsmedizin, die in das Abstammungsrecht ausstrahlt und hier kindschaftsrechtliche Fragen aufwirft. Und schließlich ist es die gleichgeschlechtliche Elternschaft, die vielfachen Rechtswandel ausgelöst hat (Gleichstellung von verpartneten und verheirateten Paaren bei der Sukzessivadoption, ‚kleines Sorgerecht‘ auch für verpartnete Stiefelternteile), aber die noch immer in mehrfacher Hinsicht benachteiligt ist.

Reformbedarf wurde vielfach angemahnt; es erscheint in mancher Hinsicht nur noch als eine Frage der Zeit, wann dies vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt wird (etwa die Gleichstellung von gleichgeschlechtlichen verpartneten Paaren mit Ehepaaren bei der gemeinschaftlichen Adoption). Andere Reformvorschläge, die in vielen ausländischen Rechtsordnungen bereits realisiert wurden, werden in Deutschland jedoch zögerlich behandelt und sind durchaus kontrovers. All dies wirft Fragen nach der Ausweitung der Rechtsposition sozialer Eltern auf, damit sie im Alltag über die Entscheidungsrechte und Vertretungsrechte für das Kind verfügen, die sie benötigen um rechtswirksam handeln und ihre Beziehung längerfristig absichern zu können.

Zu diesen Themen beziehen die Autorinnen und Autoren des Heftes pointiert Position in der Debatte, sei es aus familienrechtlicher, verfassungsrechtlicher oder rechtsvergleichender Perspektive, aber auch aus dem Blickwinkel anderer Disziplinen wie der Soziologie, Psychologie oder der Medizinethik und -geschichte.

Den Aufschlag macht der Leitartikel von *Harry Willekens*, der dafür plädiert, sich in der Diskussion auf die Grundfragen und Ziele des Kindschaftsrechts und die soziale Funktion des Abstammungsrechts zu besinnen; das Familienrecht müsse nicht einfach ‚die Biologie spiegeln‘. Er kritisiert den Begriff der ‚biologischen Elternschaft‘; dies sei noch keine ‚Elternschaft‘, sondern nur eine biologische Beziehung – Elternschaft im Recht sei dagegen immer sozial, weil durch den Gesetzgeber zugeordnet und konstruiert. In den folgenden drei Beiträgen von *Brosius-Gersdorf*, *Schuler-Harms* und *Wiesner* geht es dann überwiegend aus verfassungsrechtlicher Perspektive um die Frage, ob und wie der Gesetzgeber angesichts veränderter Lebens- und Familienformen soziale Elternschaft stärker rechtlich absichern und elterliche Rechte auf mehr als zwei Personen übertragen kann. *Frauke Brosius-Gersdorf* argumentiert, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen das für Stiefelternteile bestehende ‚kleine Sorgerecht‘ auch auf andere soziale Eltern erstreckt werden müsse; sie diskutiert auch, ob der Gesetzgeber darüber hinaus noch weitergehend sorgerechtliche Befugnisse auf soziale Eltern übertragen darf. *Margarete Schuler-Harms* lotet ebenfalls den verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bei Reformen durch Übertragungsmöglichkeiten von Sorgerechten auf Dritte aus. Für sie kommt es entscheidend darauf an, dass Reformen einem kohärenten staatlichen Schutzkonzept zugunsten des Kindeswohls folgen und es sich um Ausgestaltung des Erziehungsrechts, nicht Eingriff in das Elternrecht handele. Im Anschluss diskutiert *Reinhard Wiesner* den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.1.2016 (1 BvR 2742/15) zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an

3 BGH, 17.06.2015 – XII ZB 730/12.

staatliche Eingriffe in das Elternrecht wegen Kindeswohlgefährdung und an Sachverständigen-gutachten sowie deren Verwendung durch die Gerichte; es ist die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus einer Serie, in denen die Anforderungen an Verfahren und Begründung von Eingriffen näher präzisiert wurden und die ein kontroverses Echo ausgelöst hat.

Pflegeeltern als soziale Eltern und die familienrechtliche Reform der Absicherung von Kontinuität bei Dauerpflegeverhältnissen stehen im Zentrum des Beitrags von *Mériem Diouani-Streek* und *Ludwig Salgo*, die vor dem Hintergrund empirischer Daten über Pflegekindschaftsverhältnisse in Deutschland notwendige Rechtsreformen anmahnen. Die Perspektive wechselt dann hin zu einer sozialwissenschaftlichen im Beitrag von *Laszlo Vaskovics* über die Pluralisierung und Ausdifferenzierung der Familienformen und die Segmentierung von Elternschaft und Kindschaft. Er konstatiert Gesetzeslücken und Verhaltensunsicherheiten in den Eltern-Kind-Beziehungen (insbesondere bei Stiefkindbeziehungen), die eine Reform des Kindschaftsrechts erforderten. Am Wandel von Familienformen und Kindschaftsbeziehungen knüpfen auch *Sabine Walper*, *Christine Entleitner-Phleps* und *Eva-Verena Wendt* an, die empirische Ergebnisse aus Psychologie und Soziologie aufarbeiten zur Beantwortung der Frage, ob Kinder immer (nur) zwei Eltern brauchen; sie bereichern damit die häufig rein normative Diskussion im Recht („Kinder brauchen zwei Eltern, nicht mehr und nicht weniger“) um die Erforschung faktischer Beziehungsentwicklungen, die deutlich differenziertere Annahmen nahelegen.

Das Schwerpunkttheft bietet auch Einblicke in die internationale Dimension rechtlicher Antworten auf veränderte Familienformen und Differenzen der Gestaltung von Abstammungsbeziehungen mit den Beiträgen von *Scheiwe* sowie von *Antokolskaia*. *Kirsten Scheiwe* untersucht rechtsvergleichend die Übertragung von Mehrelternsorge auf mehr als nur zwei Personen und damit auch auf soziale Eltern, wie sie das englische und walisische Recht und (im Fall der gleichgeschlechtlichen Co-Mutterschaft) auch das niederländische Recht kennen. Sie hält dies für ein interessantes Modell auch für den deutschen Gesetzgeber, das aber auf bestimmte immanente Probleme stößt (etwa die starke Betonung der gemeinschaftlichen Ausübung elterlicher Sorge im deutschen Recht). *Masha Antokolskaia* richtet den Blick auf die rechtliche Anerkennung gemeinsamer gleichgeschlechtlicher lesbischer Wunschelternschaft in den Rechtsordnungen von Québec, Schweden und den Niederlanden. Gemeinsam ist ihnen die Möglichkeit, dass ein direkter rechtlicher Weg zu gemeinsamer Mutterschaft ohne den Umweg über die Stiefkindadoption möglich ist, aber die zugrunde liegenden Modelle weisen (auch durch das unterschiedliche Timing der Reformen bedingt) wichtige Unterschiede auf.

*Heiner Fangerau* bereichert die Debatte mit einem medizin- und rechtshistorischen Beitrag, der sich mit der Entwicklung von Vaterschaftsgutachten in der gerichtlichen Medizin und Forensik seit der frühen Neuzeit befasst. Dabei wird facettenreich deutlich, wie relativ und wandelbar das Konzept einer „biologischen Vaterschaft“ und der forensischen Vaterschaftsnachweise unter dem Einfluss jeweils herrschender Zeugungs- und Vererbungstheorien ist. Aktuell wird seiner Meinung nach die Bedeutung von „biologischer Vaterschaft“ für ein Gesamtkonzept von Vaterschaft durch Modelle der Samenspende und des „Genome editing“ zunehmend in Frage gestellt.

Wir sind sicher, mit diesem Heft interessante Beiträge zu aktuellen Debatten und rechtspolitischen Reformprozessen zu leisten, auch aus interdisziplinären und rechtsvergleichenden Perspektiven – und hoffentlich auch zur Diskussion von Grundsatzfragen über die soziale Funktion des Kindschaftsrechts jenseits des Trends zur Überhöhung der sog. „biologischen Wahrheit.“

Kirsten Scheiwe