

Dritter Hauptteil: Die notwendigen Folgeänderungen im deutschen Familienrecht

Nachdem im zweiten Hauptteil die einfachrechtlichen Implikationen des im ersten Hauptteil als Menschenrecht und Verfassungsrecht begründeten sowie rechtsphilosophisch hergeleiteten pluralistischen und gleichen Rechts auf Zugang zur Elternschaft für das deutsche Recht der Fortpflanzungsmedizin beschrieben worden sind, gilt es nun im dritten Hauptteil herauszustellen, welche notwendigen Folgeänderung im deutschen Familienrecht vorzunehmen sind, um dem funktionalen Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft Rechnung zu tragen.

A) Der Diskussionsteilentwurf des Justizministeriums (BMJV) für ein neues Abstammungsrecht in Abgleich mit dem Recht auf Zugang zur Elternschaft

Im Fokus der Reformbestrebungen steht das Abstammungsrecht. Denn von der elterlichen Zuordnung hängen viele das Kind betreffende Rechtsfragen ab wie „die elterliche Sorge (§ § 1626 ff. BGB), das Umgangsrecht (§ 1684 BGB), der Verwandtenunterhalt (§ § 1601 ff. BGB), das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht (§ § 1924 ff. BGB) sowie auch der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit eines Kindes [...] (§ 4 des Staatsangehörigkeitsgesetzes)“²²⁵³. Dabei besteht die besondere Herausforderung eines Abstammungsrechts im Hinblick auf ein Zugangsrecht im Allgemeinen und die dadurch angeleitete reproduktionsmedizinrechtliche Liberalisierung im Besonderen darin, das Hinzutreten Dritter (Leihmutter, Eizellspenderin, Samenspende, Embryonenspende/-in) bei der Elternzuordnung zu berücksichtigen. Richtschnur sollte dabei weniger als bisher die leibliche Verbindung zum Kind sein als vielmehr die Bereitschaft zur Übernahme

2253 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_Abstammungsrecht.html (22.2.2022), S. 16.

der sozialen Verantwortung und emotionalen Fürsorge²²⁵⁴. Bei der Gameten-/und Embryospende rechtfertigt sich aus diesem Gedanken wie dargelegt eine unmittelbare Zuordnung des Kindes an die Wunscheltern mit seiner Geburt. Außerdem muss den potenziellen Eltern in dieser wie in sonstigen Konstellationen des Auseinanderfallens von sozial-intentionaler und genetisch/biologischer Elternchaft die Möglichkeit zum Transfer der Elternverantwortung auf eine, zwei oder gegebenenfalls bei Bedarf auch auf mehr als zwei Personen gegeben werden, sofern sie sich aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zum Kind jeweils als Eltern eignen und präkonzeptionell verbindlich darin übereinkommen, die Elternverantwortung gemeinsam zu tragen. Über die konsensuelle Begründung von Elternschaft sollte zuallererst eine optionale Co-Mutterschaft ohne Umweg über die Stiefkind-adoption ermöglicht werden. Welche abstammungsrechtlichen Konsequenzen das Recht auf Zugang zur Elternschaft nach den jeweiligen reproduktionsmedizinischen Verfahren einfordert, wurde bereits ausgeführt (vgl. zweiter Hauptteil, A, I-VII, jeweils 3).

Im Folgenden wird ein Abgleich mit dem Diskussionsteilentwurf für ein neues Abstammungsrecht aus dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) vom 13. März 2019 vorgenommen²²⁵⁵. Dieser lehnt sich an den Beschlüssen des Deutschen Juristentages (DJT) 2016²²⁵⁶ und

2254 Eine funktionale Elternzuordnung nach dem Prinzip der Zeugungsverantwortung fordern u.a. *Dethloff*, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 5-6; *Dethloff*, Elternschaft bei assistierter Reproduktion als Aufgabe der Rechtspolitik, Juristische Gesellschaft zu Berlin 2017 (195), S. 1-21; *Dethloff/Timmermann*, Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, 2017, S. 173-194; *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020; *Sanders*, Mehrelternschaft, 2018; *Kaufhold*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 87-116.

2255 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019; für eine Zusammenfassung der Kernthesen des Diskussionsteilentwurfs mit eigener Bewertung vgl. *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 217-241.

2256 *Ständige Deputation des DJT*, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. II/1, 2016, P 7-72.

den Vorschlägen des Arbeitskreises Abstammungsrecht²²⁵⁷ an. Dabei ist zu prüfen, inwieweit die darin angedachte Neugestaltung des Abstammungsrechts mit den obigen rechtspolitischen Empfehlungen Akkord geht, die ihrerseits auf dem von *Tobias Helms* für die Verhandlungen des DJT 2016 vorgelegten Gutachten²²⁵⁸ gründen. Teil dieser Prüfung ist auch, wo das Zugangsrecht nach zusätzlicher Rechtsanpassung verlangt. Ein wichtiger Anhaltspunkt ist dabei der neunte Familiengericht des BMFSFJ „Eltern sein in Deutschland – Ansprüche, Anforderungen und Angebote bei wachsender Vielfalt“, der weitreichend mit dem Zugangsrecht in Einklang stehende Vorschläge für die abstammungsrechtliche Regelung einer Elternschaft durch medizinisch assistierte Reproduktion formuliert²²⁵⁹.

I) Gleichstellung hetero- und homosexueller Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden

Positiv ist zunächst, dass der Diskussionsteilentwurf die Notwendigkeit erkennt, das bisher singulär am traditionellen Familienbild ausgerichtete Abstammungsrecht an die gelebte Realität der diversen Familienstrukturen

2257 *AK-Abstammungsrecht*, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 4.7.2017, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_Abstammungsrech (22.2.2022); für eine Zusammenfassung der Kernthesen des Arbeitskreises Abstammungsrecht mit eigener Bewertung vgl. *Wellenhofer*, Gedanken zu einer Reform des Abstammungsrechts, in: Hilbig/Lugani/Huber, *Moderne Familienformen*, 2019, S. 59-77; ebenso *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 207-213.

2258 *Helms*, Gutachten: Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. I, 2016, F 5-103.

2259 BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 78 f.; 80-94.

anzupassen²²⁶⁰. Der Entwurf verfolgt dabei insbesondere den Anspruch, den besonderen Herausforderungen gerecht zu werden, die sich aus der Verbindung zwischen Fortpflanzungsmedizinrecht und Familienrecht ergeben²²⁶¹. Im Vordergrund der Gesetzgebungsarbeiten steht die spätestens seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) am 1. Oktober 2017 überfällige Gleichstellung heterosexueller und homosexueller Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden²²⁶². Derzeit nämlich, so der Entwurf richtiggehend, verstößt das

2260 Zur abstammungsrechtlichen Gestaltung bei einer Familiengründung mittels Reproduktionsmedizin: Mayer-Lewis, Die Familiengründung mit Gametenspende, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, 2017, S. 113-141; Dethloff/Timmermann, Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis, in: Bergold/Buschner/Mayer-Lewis/Mühling, Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, 2017, S. 173-194; Dethloff, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 671-682; Schumann, Familienrechtliche Fragen der Fortpflanzungsmedizin im Lichte des Grundgesetzes, in: Rosenau, Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizinengesetz für Deutschland, S. 155-201; Einen guten Überblick bietet Dethloffs Aufsatz „Abstammung und Verantwortung: Elternschaft bei assistierter Reproduktion als Aufgabe der Rechtspolitik“, Juristische Gesellschaft zu Berlin, 2017, S. 1-21, in dem sie der Frage nachgeht, „wer die rechtlichen Eltern eines Kindes in [...] unterschiedlichen Konstellationen assistierter Reproduktion (Samenspende in heterosexuellen und homosexuellen Partnerschaften, Eizellspende, Leihmutterchaft) sind – und wer sie sein sollten“; Zu den Defiziten einer Umsetzung der Zeugungsverantwortung vgl. Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Griwotz, Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen, 2012, S. 7-28.

2261 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 1: „Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Abstammungsrechts soll eine moderate Fortentwicklung des geltenden Rechts unter Beibehaltung bewährter Elemente erfolgen, [...]. Ziel ist ein Abstammungsrecht, das für herkömmliche und neuere Familienkonstellationen unter Berücksichtigung der modernen Fortpflanzungsmedizin ein angemessenes Regelungsgefüge bereithält.“

2262 Dies fordert seit langem Dethloff, Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartner_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015; Dethloff, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, 2016; Dethloff, Diskriminierung Homosexueller im Familienrecht – Entwicklung und Perspektiven, NZfS 2016, S. 107-117; aktuell zu den diskriminierenden Tendenzen sowohl im Recht der Adoption als auch Reproduktion auch nach Einführung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Dethloff, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228.

Abstammungsrecht „insofern gegen das Nichtdiskriminierungsprinzip, als unterschiedliche Regelungen gelten, je nachdem, ob die Eltern des Kindes in verschieden- oder gleichgeschlechtlicher, ehelicher oder nichtehelicher Gemeinschaft leben, bzw. je nachdem, auf welchem Weg die Eltern ihre Kinder bekommen haben, ohne, dass immer ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese unterschiedliche Behandlung gegeben wäre“²²⁶³.

Eben deshalb hat auch das OLG Celle mit Grundsatzurteil vom 24.3.2021 in einem Fall zur rechtlichen Anerkennung der Ehefrau einer Mutter als Mit-Mutter eines durch überzählige Embryonenspende gezeugten Kindes die Vermutung der Verfassungswidrigkeit aufgestellt, das Verfahren nach Art. 100 I S. 1 GG i.V.m. § 80 I BVerfGG i.V.m. § 21 FamFG ausgesetzt und die Sache dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.²²⁶⁴ Das BVerfG wird nun im Wege der abstrakten Normenkontrolle zu entscheiden haben, ob § 1592 BGB diverse Rechtsgüter verletzt. Zwar regelt § 1592 BGB wie ein Mann mit der Geburt des Kindes Vater, nicht aber wie eine Frau Mit-Mutter werden kann, wenn das Kind in eine gleichgeschlechtliche Ehe geboren wird. Wie der 21. Zivilsenat des OLG Celle in seinem Vorlagebeschluss postuliert, verletzt das geltende Abstammungsrecht die Antragstellerinnen unter anderen in ihrem Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG i.V.m. Art. 3 I GG und das betroffene Kind in seinem Recht „auf Gewährleistung von Pflege und Erziehung durch seine Eltern“²²⁶⁵ aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 6 II S. 1 GG. Das OLG Celle fordert das BVerfG zudem zur Prüfung auf, ob der Gesetzgeber darüber hinaus von Verfassung wegen verpflichtet ist, die Elternstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner/-innen, bzw. Ehepartner/-innen einfachrechtlich zu begründen und auszugestalten. So könne sich die gerügte Verfassungswidrigkeit auch auf § 1591 BGB erstrecken, „wenn in dieser Regelung neben der Geburtsmutter auch die Ehefrau als Mit-Mutter des Kindes normativ zu erfassen ist“.²²⁶⁶

Insgesamt hatten die Antragstellerinnen eine Verletzung ihres Kindes in seinem Recht aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 6 II S. 1 GG auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung geltend gemacht, da ihm „eine Zuordnung eines zweiten rechtlichen Elternteils verweigert werde“. Außerdem werde es „im Vergleich zu ehelichen bzw. nichtehelichen Kindern von he-

2263 *BMJV*, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 20.

2264 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris.

2265 Vgl. ebd. Rn. 145 ff.

2266 Vgl. ebd. Rn. 23.

terosexuellen Paaren unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG diskriminiert“. Ferner verstoße das geltende Recht gegen das Benachteiligungsverbot der Ehe gegenüber anderen Lebensformen aus Art. 6 I GG, weil „der Ehe gleichgeschlechtlicher Ehegatten keine statusrechtliche Wirkung für die Abstammung bzw. Elternschaft eines Kindes zukomme“, und zwar weder „im Verhältnis zur Ehe“ noch „im Verhältnis zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft heterosexueller Partner“. Nicht zuletzt knüpfe die fehlende statusrechtliche Zuweisung der Mit-Mutter als Elternteil „an die geschlechtliche Orientierung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 3 GG der ‚Mit-Mutter‘ an“. Schließlich rügten die Antragstellerinnen eine Verletzung des Art. 6 I GG, „weil durch eine fehlende (wirtschaftliche) Absicherung im Falle des Versterbens der mit ihrer Erwerbstätigkeit die finanzielle Grundlage der Familie herstellen- den Antragstellerin zu 2, die dem Kind eine Waisenrente vermitteln könnte, die bestehende Familie im Ergebnis nicht anerkannt werde“.²²⁶⁷

Zur Begründung seiner Vorlageentscheidung führt das OLG Celle in Gleichklang mit dem BGH²²⁶⁸ aus, dass sich eine Mit-Mutterschaft weder über eine verfassungskonforme Auslegung noch analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB erreichen lasse. Schließlich sei, „da der aus der abstammungsrechtlichen Systematik erkennbare gesetzliche Wertungsplan, der für die Vaterschaft als zweiter Elternstelle eine genetische Abstammung zugrunde liegt, auf eine gleichgeschlechtliche Ehe oder Partnerschaft nicht übertragbar“²²⁶⁹. Für eine Analogie fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Wie der BGH richtig ausgeführt habe, habe der Gesetzgeber zwar mit dem Gesetz zur Einführung der „Ehe für alle“ das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren öffnen wollen, darüber hinaus „jedoch nicht jede unterschiedliche rechtliche Behandlung“ beseitigen wollen, „zumal nach der Gesetzessystematik die Eheschließung und Abstammung in unterschiedlichen Abschnitten geregelt seien und sich daher die Verwandtschaft zwischen zwei Personen nicht unmittelbar als Wirkung der Ehe darstellt“²²⁷⁰. Insgesamt bezeuge die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Ehe für alle, dass „der Gesetzgeber mit dem Eheöffnungsgesetz und dem

²²⁶⁷ Vgl. ebd. Rn. 17-19.

²²⁶⁸ BGH, Urt. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18, NJW 2019, S. 153-156.

²²⁶⁹ OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Leitsatz, Rn. 39 ff., 48 ff., 72.

²²⁷⁰ Vgl. ebd. Rn. 44, 51-52; BGH, Urt. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18, FamRZ 2018, S. 1919-1923, Rn. 19.

Eheöffnungsumsetzungsgesetz bewusst von einer Regelung abstammungsrechtlicher Fragen Abstand genommen [hat]²²⁷¹.

Zweifel bestünden auch an der Vergleichbarkeit der Interessenlage. Denn wie der BGH festgestellt habe, bilde „[d]ie rechtliche Zuordnung der Vaterschaft kraft bestehender Ehe [...] im Regelfall die tatsächliche Abstammung ab, während eine dahin gehende Vermutung für die mit der Kindesmutter verheiratete Ehefrau in keinem Fall begründet, sei“²²⁷². Wenigstens aber müsse eine analoge Anwendung des § 1592 BGB wegen der damit einhergehenden, für die Mit-Mutter ebenfalls nicht geregelten Folgen etwa in Bezug auf ein ihr dann möglicherweise entsprechend den § 1599 I, § 1600 I BGB zu erteilendes Anfechtungsrecht sowie mit Blick auf die ungeklärte Frage ausscheiden wie diese Aspekte für eine Ehe zweier Männer zu bewerten sind²²⁷³. Vor allem aber wegen der dem § 1592 und dem gesamten abstammungsrechtlichen Regelwerk inhärenten Grundentscheidung für eine Vermutungswirkung der genetischen Abstammung zugunsten einer kindeswohlgerechten Eltern-Kind-Zuordnung²²⁷⁴ lasse sich „eine analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB zur Begründung einer Mit-Mutterschaft nicht in Einklang bringen“. So schlussfolgert das OLG Celle: „Vielmehr bildet die gesetzliche Systematik und die dieser zugrunde liegende gesetzliche Entscheidung [...] die Grenze einer verfassungsrechtlich zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung, so dass es den Gerichten nach den Prinzipien der Gewaltenteilung versagt ist, über diese Grenzen hinausgehend gesetzliche Regelungen im Wege der Analogie zu erweitern und damit neues Recht zu schaffen“²²⁷⁵.

Auch § 1591 BGB lasse keinen Spielraum für eine Mit-Mutterschaft. Nach dessen eindeutigem Wortlaut ist nur die Frau Mutter des Kindes, die es geboren hat²²⁷⁶. Zwar hätten die Antragsstellerinnen vorgeburtlich übereinstimmend die Anerkennung der Mit-Mutterschaft vor einer Notarin erklärt. Doch da das Instrument einer notariell beurkundeten Mit-Mutterschaftsankennung „gesetzlich nicht vorgesehen ist und die gesetzlich für die Vaterschaft vorgesehenen Zuordnungsregelungen eine Rangfolge dahin gehend

2271 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Rn. 56; den historischen Willen des Gesetzgebers ausleuchtend, Rn. 53-55.

2272 Vgl. ebd. Rn. 45, 57-69; BGH, Urt. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18, FamRZ 2018, S. 1919-1923, Rn. 21.

2273 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Rn. 45.

2274 Vgl. ebd. Rn. 74.

2275 Vgl. ebd. Rn. 69.

2276 Vgl. ebd. Rn. 33-38.

enthalten, dass die ehebezogene Vaterschaft eine Anerkennung ausschließt (§ 1594 Abs. 2 BGB)“, könne diese Erklärung keine statusrechtliche Wirkung beanspruchen²²⁷⁷.

Allerdings widerspricht das OLG Celle dem BGH darin, dass „die Grundrechte der Antragsstellerinnen nicht verletzt seien und keine verfassungs- oder konventionsrechtlichen Bedenken bestünden“²²⁷⁸. Der BGH hatte sich darauf zurückgezogen, dass verfassungsrechtliche Eltern nur die leiblichen oder rechtlichen, d.h. im einfachen Recht mit elterlichen Rechten und Pflichten ausgestatteten Personen seien, und dass den Gesetzgeber keine Pflicht treffe, Personen mit ausschließlich sozial-intentionaler Beziehung zum Kind über eine konstitutive einfach-rechtliche Zuweisung in den Rang eines verfassungsrechtlichen Elternteils zu heben²²⁷⁹ (zum persönlichen Schutzbereich des Elterngrundrechts aus Art. 6 II S. 1 GG vgl. erster Hauptteil, C, II, 2, b).

Hiergegen hält das OLG Celle fest – im Einklang mit dem im Verlauf dieser Arbeit begründeten Ansatz, wonach sowohl auf menschenrechtlicher Ebene als auch im deutschen Verfassungsrecht ein zudem rechtsphilosophisch fundiertes pluralistisches und gleiches Recht auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft besteht, das als Kernaspekt persönlicher Identität jedem zu steht und deshalb eine Pflicht zur normativen Ausgestaltung gerade auch der Initiativelternstellung begründet – dass sich der personelle Schutzbereich des Art. 6 II S. 1 GG auch auf die Lebenspartnerin bzw. Ehefrau der Mutter erstrecke. Denn „die zentralen Begründungselemente der (verfassungsrechtlichen) Elternschaft bei natürlicher Zeugung“²²⁸⁰ ließen sich genauso auf diese abbilden. Deshalb sei „[u]nabhängig von einer leiblichen bzw. genetischen Abstammung [...] der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG weiteren Personen zu eröffnen“²²⁸¹. Insgesamt lasse die praktische Realität der sich rasant entwickelnden und wachsenden Zulauf findenden Reproduktionsmedizin sowie das gewandelte gesellschaftliche Verständnis von Familie „für den personellen Schutzbereich des Elternrechts ‚die biologischen Zusammenhänge, an die Art. 6 Abs. 2 GG anknüpft, weitgehend

2277 Vgl. ebd. Rn. 7 f., 32.

2278 Vgl. ebd. Rn. 75.

2279 BGH, Urt. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18, FamRZ 2018, S. 1919-1923 (1921), Rn. 24 ff.

2280 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Rn. 45, Leitsatz.

2281 Vgl. ebd. Rn. 88.

zurücktreten und die funktionalen Elemente an Bedeutung gewinnen“²²⁸². Dabei seien „dem Gesetzgeber die dem Elternbegriff zugrunde liegenden Wertungselemente verfassungsrechtlich vorgegeben“²²⁸³.

So leite das BVerfG für den verfassungsrechtlichen Elternstatus einen Konnex „zwischen dem Umstand her, dass (leibliche) Eltern ihrem Kind durch natürliche Zeugung, die Schwangerschaft und Geburt das Leben gegeben haben, und der hieraus berechtigten Folgerung, dass bei diesen Personen die Bereitschaft besteht, die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen“. Kein anderer Schluss liege jedoch nahe, wenn der Partner oder die Partnerin der Geburtsmutter „verbindlich vor dem konkreten ärztlichen Handeln gemeinsam mit der Geburtsmutter erklärt hat, für das aus der Behandlung hervorgehende Kind dauerhaft und unauflöslich Verantwortung zu übernehmen“. Diese „übereinstimmende Erklärung“, ohne die ein neues Leben nie in Existenz gekommen wäre, indiziere nicht weniger, dass die Betroffenen für das Kind die soziale Fürsorge und emotionale Verantwortung übernehmen werden wie der körperliche Akt bei der natürlichen Zeugung. Vielmehr zeige er genauso, dass den Willensträgern „das Wohl des Kindes“ *ex aequo* „in besonderem Maße am Herzen [liegt], so dass sie primär berufen sind, Verantwortung für das Kind zu tragen“.²²⁸⁴ Auf den Punkt gebracht bedeute das: „Während bisher das Bundesverfassungsgericht für die leibliche Elternschaft mit dem Elternrecht eine Verpflichtung verbunden hat, ist im Fall der Reproduktionsmedizin mit der Verpflichtung zur elterlichen Verantwortung das Recht auf Ausübung derselben verbunden“²²⁸⁵.

Als besonders paradox stellt das OLG Celle heraus, dass die derzeit vorherrschende Vermutungswirkung der genetischen Abstammung zugunsten einer Kindeswohl günstigen Eltern-Kind-Zuordnung zwar für das männliche, nicht aber weibliche Geschlecht wirke. Das offenbare sich, stellte man sich einmal vor, das Kind der Antragsstellerinnen sei durch eine in Deutschland verbotene reziproke Eizellspende entstanden. Selbst dann nämlich, wenn also die erste Antragstellerin die mit Spendersamen befruchtete Eizelle ihrer Partnerin ausgetragen und die zweite Antragstellerin damit eine *genetische* Beziehung hätte vorweisen können, wäre sie nur

2282 Vgl. ebd. Rn. 98.

2283 Vgl. ebd. Rn. 98; zu den durch das BVerfG dem Elternrecht zugrunde gelegten Maßstäben, Rn. 79-87.

2284 Vgl. ebd. Rn. 90, 91, 94.

2285 Vgl. ebd. Rn. 92.

in den personellen Schutzbereich des Art. 6 II S. 1 GG einbezogen, ohne aber funktional-rechtlich Elternteil werden zu können. Denn das einfache Recht erkennt neben der Frau, die das Kind ausgetragen hat (§ 1591 BGB) keine weitere Mutter an²²⁸⁶. Zurecht hält es das OLG Celle für „nur schwer [...] zu begründen, dass in dieser Konstellation die genetische Mutter eine rechtliche Beziehung [...] nur im Wege der Stiefelternadoption begründen kann“, insbesondere, da sich diese Sachlage von der des „leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“ dadurch unterscheide, dass „die genetische Mutter in einer sozial-familiären Beziehung mit dem Kind lebt und von beiden Frauen eine gemeinsame Elternschaft intendiert ist“²²⁸⁷.

Aber auch sonst sei nicht nachvollziehbar, „[w]arum die intendierten Eltern ‚im verfassungsrechtlichen Sinne prima facie keine Eltern sind‘“²²⁸⁸, und warum „für die Elternstellung im Rahmen einer medizinisch assistierten Zeugung ein ‚qualifizierter biologischer Mitwirkungsbeitrag‘ erforderlich sei“, während „die verbindlichen Erklärungen der ‚Wunscheltern‘“ in ihrer Bedeutung als „notwendige Voraussetzung für das entstehende Leben“ nicht hinreichend gewürdigt und für den Zuspruch verfassungsrechtlicher Elternschaft als unzureichend abgetan würden²²⁸⁹.

Einer Einbeziehung der intendierten Mit-Mutter in den Schutzbereich des Art. 6 II S. 1 GG stehe schließlich auch die Entscheidung des BVerfG zur gemeinsamen Elternschaft durch Sukzessiv-Adoption (BVerfGE 133, 59 ff.) nicht entgegen. Das BVerfG hatte festgestellt, dass der Gatte einer Adoptivmutter sich nicht auf Art. 6 II S. 1 GG berufen könne, weil eine rein soziale und intentionale Beziehung zum Kind keinen Anspruch auf verfassungsrechtlichen Elternstatus begründe. Doch unterscheide sich diese Situation, so das OLG Celle, grundlegend von der im reproduktionsmedizinischen Kontext auftretenden Lage, in der die Wunscheltern ihren Anspruch auf verfassungsrechtlichen Elternstatus nicht bloß „aus einer gewachsenen Beziehung zu einem Kind“ ziehen, sondern vielmehr aus der Tatsache, dass ihre gemeinsame Entscheidung „Grundlage und notwendige Voraussetzung für die Entstehung des Lebens des Kindes sind, weil diese zur Zeugung und Geburt geführt haben“²²⁹⁰. Für sie sei das dem Gesetzgeber jenseits einer leiblichen Abstammungsbeziehung grundsätzlich einge-

2286 Vgl. ebd. Rn. 95.

2287 Vgl. ebd. Rn. 95; so auch: *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (10).

2288 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Rn. 99.

2289 Vgl. ebd. Rn. 101.

2290 Vgl. ebd. Rn. 105, 102-105.

räumte Ermessen zur Entscheidung über das Ob und Wie einer konstitutiven Begründung des verfassungsrechtlichen Elternstatus qua einfachen Rechts auf Null reduziert.

Nicht zuletzt stehe eine Einbeziehung des zustimmenden Initiativelternteils in den personellen Schutzbereich des Art. 6 II S. 1 GG im Interesse des Kindes, dessen Wohlergehen die „zentrale Leitidee“ des verfassungsrechtlichen Elternrechts ist²²⁹¹. Von dem Zuspruch eines zweiten Elternteils profitiere das Kind in Form einer doppelten Fürsorge- und Einstandsbereitschaft, die „sowohl bei bestehender Lebensgemeinschaft als auch im Fall einer Auflösung durch Trennung oder Tod“ etwa „in unterhaltsrechtlicher und erbrechtlicher Hinsicht“ relevant ist²²⁹².

Schließlich lasse sich die verfassungsrechtlich gebotene Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden, nicht über Verweis auf eine Stiefkindadoption nach § § 1741 II S. 3, 1754 I BGB ggf. i.V.m. § 9 VII LPartG erreichen²²⁹³. Denn zum einen sei die einer Adoption vorausgehenden Elterntauglichkeitsprüfung, die „u.a. Alter, körperliche Leistungsfähigkeit, Charakter, Wohn- und Vermögensverhältnisse, berufliche und gesellschaftliche Stellung, Erziehungsfähigkeit und -willigkeit“ in den Blick nimmt, einem Initiativelternteil nicht zumutbar²²⁹⁴. Zum anderen sei bei „einer künstlichen Befruchtung oder Embryonenspende“ die nach § 1744 BGB angeordnete Probezeit verfehlt, wonach die Annahme erst erklärt werden soll, „wenn der Annehmende das Kind eine angemessene Zeit in Pflege gehabt hat“²²⁹⁵. Zudem gelte es neben den mit einem Adoptionsverfahren einhergehenden „emotionalen Belastungen“ auch „Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Antragsstellerinnen“ zu beachten. Außerdem sei als wichtiges Argument „gegen eine Stiefkindadoption zur Kompensation (verfassungsrechtlicher) Nachteile“ zu berücksichtigen, „dass die Adoption ein

2291 Vgl. ebd. Rn. 119.

2292 Vgl. ebd. Rn. 120-121; *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (10).

2293 Vgl. ebd. Rn. 129 ff.; *Dethloff*, Die gemeinschaftliche Adoption durch eingetragene Lebenspartner_innen: Die Sukzessivadoption reicht nicht!, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015.

2294 Vgl. ebd. Rn. 130; *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (9): „Diese Prüfung ist bei einem Wunschkind, für dessen Zeugung mittels einer Samenspende sich die Partnerinnen gemeinsam entschieden haben, überflüssig.“

2295 *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (9): „Da das Kind ohnehin weiter in der Partnerschaft der beiden Frauen aufwachsen wird, bedeutet es stets eine Verbesserung seiner Situation, wenn die Beziehung zu seiner sozialen Mutter auch rechtlich abgesichert wird.“

Eltern-Kind-Verhältnis erst mit Wirksamwerden des Adoptionsbeschlusses begründet (§ 198 Abs. 1 FamFG), während eine gesetzliche Elternschaft und der damit verbundene Schutz für das Kind mit dessen Geburt oder einer Anerkennungserklärung besteht²²⁹⁶.

Da durch die §§ 1591, 1592 BGB allein die Elternschaft zu Kindern in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften geregelt würden, habe der Gesetzgeber gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren seine „verfassungsrechtlich begründete Handlungspflicht“ und seinen „grundrechtlichen Schutzauftrag“ vernachlässigt, „für die betroffenen Personen eine gesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich der Begründung und des Inhalts ihrer Elternstellung zu schaffen“ und damit „ein relatives normatives Unterlassen“ an den Tag gelegt²²⁹⁷. Mit Nachdruck weist das OLG Celle darauf hin, dass ungeachtet „umfangreicher Diskussionen auf dem Deutschen Familiengerichtstag 2015 und dem Deutschen Juristentag 2016 sowie durch den Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht und den vorgelegten Diskussionsteilentwurf“, der Gesetzgeber hinter seinem Legislativauftrag zurückbleibt²²⁹⁸.

Dass in der Tat eine verfassungsrechtliche Pflicht mit menschenrechtlicher Relevanz besteht, alle Personen in ihren reproduktionsmedizinrechtlichen *und* abstammungsrechtlichen Chancen gleichzustellen, Eltern zu werden, ist Quintessenz des im Verlauf dieser Arbeit etablierten Rechts auf Zugang zur Elternschaft. Der Vorlagebeschluss des OLG Celle untermauert die dem Gesetzgeber durch das Zugangsrecht auferlegte Pflicht zur Gleichstellung heterosexueller und LGBT+-Personen in ihren Möglichkeiten auf Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft. Zugleich setzt er den Souverän unter Zugzwang, eine gesamtheitliche, das heißt sowohl das Familienrecht als auch das Fortpflanzungsmedizinrecht in den Blick nehmende gesetzliche Anpassung vorzunehmen, wobei verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren einerseits der gleiche Zugang zur medizinisch assistierten Reproduktion, andererseits die gleichen Instrumente für eine Elternzuordnung mit Geburt des Kindes an die Hand zu geben sind. Nur so lässt sich einem für den Gesetzgeber spätestens mit Einführung der Ehe für alle absehbaren Verfassungswidrigkeitsverdikt des BVerfG in Bezug auf die ungleiche Stellung der intendierten Mit-Mutter im Verhältnis zum Vater im Abstammungsrecht zuvorkommen. Ein solches Verdikt erscheint nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen und konventionskonfor-

2296 OLG Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20, juris, Rn. 133.

2297 Vgl. ebd. Rn. 135.

2298 Vgl. ebd. Rn. 136.

men Auslegung des Grundgesetzes, aber auch aus diesem selbst heraus unausweichlich und ist darüber hinaus rechtsphilosophisch angezeigt. Dabei geht die Pflicht des Gesetzgebers zur Angleichung der abstammungsrechtlichen Instrumente zur Erlangung des Elternstatus weiter selbst als im Vorlagebeschluss des OLG Celle nahegelegt²²⁹⁹. Denn vor dem Hintergrund eines Zugangsrechts stellen sich die aufgeworfenen abstammungsrechtlichen Fragen auch für den Fall, dass ein Kind in die Ehe zweier Männer geboren wird. Dieses Problem ergibt sich schon jetzt, wenn homosexuelle Paare eine Leihmutter im Ausland beauftragen. Auch dann muss eine abstammungsrechtliche Zuordnung zu beiden Vätern möglich sein, wenn auch nicht unmittelbar mit der Geburt des Kindes.

Positiv hervorzuheben ist, dass der Diskussionsteilentwurf eine Gleichstellung für lesbische Paare vorsieht, indem er unter anderem eine Erweiterung des § 1592 BGB um einen zweiten Absatz vorsieht, wonach eine Frau entsprechend den Regelungen zur Vaterschaft eines Mannes als Mit-Mutter rechtlicher Elternteil werden soll. Voraussetzung ist, dass sie zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (Nr. 1), die Mit-Mutterschaft anerkannt hat (Nr. 2) oder als solche nach den §§ 1598 a, 1598 c oder nach § 182 I des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtlich festgestellt ist (Nr. 3). Nach § 1598 c II BGB n.F. soll in den Fällen des § 1598 c I BGB n.F. (sofern „das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist“) als Vater oder Mit-Mutter die Person festzustellen sein, „die in Übereinstimmung mit der Mutter in die künstliche Befruchtung eingewilligt hat“. Dabei soll nach § 1598 c IV BGB n.F. der Widerruf der Einwilligung in die künstliche Befruchtung „nach der Übertragung des Samens oder dem Transfer der befruchteten Eizelle auf die Mutter abgeschlossen“ sein. Der § 1592 I Nr. 3 BGB n.F. soll statt wie bisher auf „§ 1600 d oder § 182 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ auf „den § 1598a bis 1598c oder nach § 182 Absatz 1“ verweisen. Damit soll es für die „gericht-

2299 Vgl. ebd. Rn. 162: „Eine vergleichbare Konstellation und abstammungsrechtliche Problematik kann im Fall einer gleichgeschlechtlichen Ehe von zwei Männern auftreten. Diese ist jedoch nicht Gegenstand des dem Senat vorliegenden Beschwerdeverfahrens und bedarf daher keiner verfassungsrechtlichen Bewertung, sodass sich hierauf die Vorlage des Verfahrens zum Bundesverfassungsgericht nicht bezieht“.

liche Feststellung der Vaterschaft aufgrund leiblicher Abstammung“ nach § 1598 I Nr. 3 i.V.m. § 1598 b BGB n.F. bei der bislang durch § 1600 d BGB a.F. aufgestellten Zuordnung kraft leiblicher Abstammung bleiben. Der Anfechtungsausschluss nach § 1600 IV BGB a.F. im Fall der künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten soll künftig in § 1600 b BGB n.F. geregelt sein, den konsentierenden Teil erfassen und auch bei einer Embryonenspende Anwendung finden: „Die Anfechtung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft durch den Vater, die Mit-Mutter oder die Mutter ist ausgeschlossen, wenn das Kind sowohl mit Einwilligung der Mutter als auch des Vaters oder der Mitmutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden oder mittels Embryospende entstanden ist“ (§ 1600b BGB n.F.). Darüber hinaus räumt der Entwurf dem konsentierenden Teil ein Anfechtungsrecht gegen eine Zuordnung nach § 1592 I, II Nr.1 und 2, § 1593 BGB n.F. ein. Dafür wird zunächst der Kreis der Anfechtungsberechtigten in § 1600 BGB n.F. in Nr.1 um die Mit-Mutter und in Nr. 3 um die Person erweitert, „die in Übereinstimmung mit der Mutter in eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten eingewilligt hat (intendierter Vater oder intendierte Mit-Mutter)“. Nach § 1600 a I Nr. 3 BGB n.F. wird sodann das Nichtbestehen einer Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft festgestellt, wenn „bei Anfechtung durch den intendierten Vater oder die intendierte Mit-Mutter“ „die Voraussetzungen für die gerichtliche Feststellung des oder der Anfechtenden als Vater oder Mit-Mutter nach § 1598c vorliegen“. Insbesondere muss das Kind also „durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden sein“. Dabei ist Samenspender der Mann, „mittels dessen Samen der Embryo im Fall der Embryospende entstanden ist“. Ferner muss eine wirksame Einwilligung des konsentierenden Teils nach den § 1598 c II bis IV BGB n.F. vorliegen. Voraussetzung für eine erfolgreiche Anfechtung des konsentierenden Teils soll schließlich nach § 1600a BGB n.F. sein, dass „keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinem Vater oder seiner Mit-Mutter besteht oder im Zeitpunkt seines oder ihres Todes bestanden hat, es sei denn das Kind hat den sechsten Lebensmonat noch nicht vollendet“. Von dieser Bedingung soll nach § 1600 a II n.F. aber abgesehen werden, „wenn auch eine sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu dem oder der Anfechtenden besteht und diese Beziehung für das Kind wichtiger ist“.

Mit diesen Regelungen bezweckt der Entwurf „eine Gleichsetzung von natürlicher Elternschaft einerseits und intendierter Elternschaft im Falle ärztlich unterstützter Insemination mit Spendersamen andererseits [...], und zwar unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung und unabhängig vom Status ihrer Beziehung“. Insbesondere „sollen sich Wunscheltern, die durch ihre Entscheidung für eine vom natürlichen Weg abweichende Zeugung die Entstehung eines Kindes verursachen, von ihrer Verantwortung für das so gezeugte Kind ebenso wenig lösen können wie natürliche Eltern“²³⁰⁰. Zudem sieht der Entwurf in § 1600 h BGB vor, dass die für den Vater und die Mit-Mutter geltenden Grundsätze auf „Personen mit Varianten der Geschlechtsidentität“ anwendbar sind, also auch für intersexuelle oder transgeschlechtliche Personen. Schließlich postuliert er eine Anpassung des Adoptionsrechts für Lebenspartner, wonach diesen wie Ehegatten eine gemeinsame Volladoption möglich sein soll. Insoweit deckt sich der Vorlagebeschluss mit denen im Licht des Rechts auf Zugang zur Elternschaft aufgestellten abstammungsrechtlichen Handlungsempfehlungen bei heterologer Samenspende im offiziellen Verfahren (vgl. zweiter Hauptteil, A, I, 3).

Obwohl der Diskussionsteilentwurf schon eine recht umfassende Gleichstellung heterosexueller und homosexueller Personen in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten vorsieht, Eltern zu werden, lassen sich aus dem Recht auf Zugang zur Elternschaft noch einige weitere Rechtsanpassungsempfehlungen ableiten:

- So spricht einiges dafür, gleichgeschlechtlichen Paaren die Rechtsinstrumente zur Begründung einer originären Mehrelternschaft an die Hand zu geben, da bei ihnen nicht selten der Wunsch zur Gründung einer Queer-Family aufkommt oder danach, eine befreundete oder verwandte Leihmutter in die Elternverantwortung einzubeziehen.
- Klarstellungshalber bietet es sich an, entsprechend zu § 1592 BGB n.F. auch in § 1591 BGB n.F. den konsentierenden Teil als Mit-Elternteil zu erfassen. So könnte ein zweiter Absatz klarstellen, dass Mit-Mutter eines Kindes die Frau ist, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet oder durch Lebenspartnerschaft verbunden ist, die Mit-Mutterschaft anerkannt hat oder aufgrund ihrer Zustimmung zur medizinisch assistierten Befruchtung gerichtlich als Mutter festgestellt ist.

2300 *BMJV*, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 20.

- Der Entwurf regelt allein die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das in die Ehe oder Partnerschaft zweier Frauen geboren wird, sieht aber keine Zuordnung eines in die Ehe oder Partnerschaft zweier Männer geborenen Kindes kraft Einwilligung in die medizinisch assistierte Befruchtung mittels Eizellspende und Insemination einer Leihmutter vor. Ein Transfermechanismus zur Übertragung der Elternverantwortung von einer Leihmutter auf die Wunscheltern, in diesem Fall Vater und Mit-Vater, gilt es jedenfalls zu erwägen für den Fall, dass ein Kind im Ausland durch eine Leihmutter geboren wird.
- Schließlich gilt die im Diskussionsteilentwurf für die medizinisch assistierte Befruchtung mittels Samen- oder Embryonenspende vorgesehene abstammungsrechtliche Zuordnung zum konsentierenden Teil nur für den Fall einer Befruchtung im offiziellen Verfahren. Der private Samenspender soll hingegen als Vater feststellbar bleiben (§ 1598 c I BGB n.F.). Das erscheint zwar grundsätzlich richtig, setzt aber voraus, dass zunächst gesetzlich festgeschrieben wird, dass auch gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen Anspruch auf eine offizielle Spende haben. Bis dahin sollte privaten Samenspendern die Möglichkeit eingeräumt werden, im Einvernehmen mit der Mutter durch Beurkundung beim Jugendamt oder Notar unwiderruflich auf die Vaterstellung zu verzichten²³⁰¹ oder mit den Wunscheltern eine originäre Mehrelternschaft zu vereinbaren. Bei einem Verzicht sollten die Regeln zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende im offiziellen Verfahren greifen, der Samenspender also insbesondere nicht als Vater feststellbar sein. Unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der privaten Samenspende könnte es außerdem sinnvoll sein, dem Samenspender einen ausdrücklichen Verzicht auf die Vaterstellung oder den Parteien eine originäre Mehrelternvereinbarung auch bei einer „Samenspende“ durch Sexualakt zu ermöglichen (vgl. zweiter Hauptteil, A, I, 3).

2301 So auch: BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 84: „So ist es dem Entwurf zufolge weiterhin möglich, dass der Samenspender als rechtlicher Vater gerichtlich festgestellt wird, wenn die Befruchtung ohne ärztliche Unterstützung vorgenommen wurde. Die Mit-Mutterschaft kann in einem solchen Fall nicht gerichtlich festgestellt werden. Ob bei privater Insemination der Samenspender die einmal kraft Ehe oder Anerkennung etablierte Mit-Mutterschaft der Partnerin anfechten und sich anschließend in eine rechtliche Elternstellung hineindrängen kann, obwohl er zuvor einen Verzicht darauf erklärt hat, geht aus dem Entwurf nicht eindeutig hervor. Dies ist für lesbische Paare von besonderer Relevanz, da sie häufig von einer privaten Samenspende Gebrauch machen und die Befruchtung auch selbst vornehmen.“

Alles in allem jedoch setzt der Diskussionsteilentwurf die Forderung schon recht gut um, dass „der Gedanke der Verantwortung für die Entstehung eines Kindes [...] auch bei gleichgeschlechtlichen Wunscheltern das grundlegende Prinzip für die rechtliche Elternschaft sein [sollte]“²³⁰². Es ist zu hoffen, dass das BVerfG der Argumentation des OLG Celle und dem starken Plädoyer des Rechts auf Zugang zur Elternschaft in dieser Sache folgt.

II) Funktionale Elternzuordnung nach dem Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft

Der Diskussionsteilentwurf hält an der „Trennung von Primär- und Sekundärebene als bewährtes Regelungsprinzip des Abstammungsrechts“ fest. Erstere „betrifft die Frage, wer dem Kind mit der Geburt bzw. unmittelbar nach der Geburt qua Gesetz als Eltern zugeordnet wird“. Letztere regelt „Möglichkeiten zur Korrektur der Primärzuordnung“²³⁰³. Dabei sieht der Entwurf sowohl bei der natürlichen als auch der assistierten Zeugung eine Stärkung sozialer und voluntativer Elemente bereits auf Primärebene vor. Das äußert sich bei der medizinisch assistierten Fortpflanzung vor allem darin, dass „die Person, die gemeinsam mit der Mutter in die künstliche Befruchtung einwilligt, an ihrer Verantwortung für die Entstehung des Kindes festgehalten werden [soll]“²³⁰⁴. Das Verantwortungsprinzip soll dabei wie dargelegt nicht nur für heterosexuelle, sondern auch gleichgeschlechtliche Paare greifen, indem künftig wie der Ehemann auch die eingetragene Lebenspartnerin bzw. Ehefrau der Mutter „automatisch kraft Gesetzes in eine rechtliche Elternstellung ein[rückt]“. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass „die lesbische Partnerin der Geburtsmutter, die sich gemeinsam mit ihr für die Fremdbefruchtung entschieden hat [...], ebenso eine Zeugungsverantwortung [trifft] wie den einwilligenden männlichen Partner der Mutter in verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften“²³⁰⁵.

2302 Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (10).

2303 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 2.

2304 Vgl. ebd. S. 3; zur „Zeugungsverantwortung“ als Kriterium für die Elternzuordnung neben Dethloff auch Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 254 ff.

2305 Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (8).

1) Bei Hinzutreten eines Samen- oder Embryospenders

Zu begrüßen ist zunächst, dass der Entwurf eine gerichtliche Feststellung der Elternschaft der Person vorsieht, die in die Fremdbefruchtung mittels Samen- oder Embryospende einwilligt (zu den empfohlenen abstammungsrechtlichen Konsequenzen bei einer Samenspende vgl. zweiter Hauptteil, A, II, 3). Allerdings sollte eine Anerkennung der Vaterschaft oder Mit-Mutterschaft, anders als § 1594 d BGB n.F. festlegt, „schon vor der Zeugung zulässig sein und möglichst zeitgleich mit der Einwilligung in die Fremdbefruchtung erfolgen“, um beide Teile „frühzeitig an ihre anfängliche Entscheidung zu binden“²³⁰⁶. Außerdem sollte sich der Anfechtungsausschluss des § 1600 IV BGB a.F. (§ 1600 b BGB n.F.) nicht nur auf die Mutter und den konsentierenden Elternteil, sondern auch auf das durch Fremdbefruchtung gezeugte Kind erstrecken, um keine Zweifel an der Zuordnungswirkung der zu seiner Existenz führenden Einwilligung in die reproduktionsmedizinische Maßnahme aufkommen zu lassen. Auch insofern ist die Familiengründung mit assistierter Zeugung der Familiengründung mit natürlicher Zeugung oder Adoption gleichzustellen²³⁰⁷. Schließlich sieht der Entwurf eine abstammungsrechtliche Zuordnung an die Wunscheltern kraft Einwilligung in die künstliche Befruchtung nur für den Fall vor, dass das Kind mittels heterologer Samenspende oder Embryospende gezeugt worden ist. Entsprechende Anordnungen sind auch für die Eizellspende zu treffen²³⁰⁸.

2) Bei Hinzutreten einer Eizellspenderin

Empfehlungen für die abstammungsrechtlichen Konsequenzen bei einer Eizellspende sind bereits im zweiten Hauptteil (A, II, 3) aufgestellt worden.

2306 Vgl. ebd. S.11, 6 f.; So auch: BT-Drucks. 19/27200, Neunter Familienbericht, 2021, S. 84.

2307 Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (7): „der Umstand, dass die rechtliche Elternstellung des einwilligenden Wunschvaters wieder beseitigt werden kann [...] widerspr[icht] [...] dem Grundsatz der Zeugungsverantwortung.“

2308 Das kritisiert auch das OLG-Celle, Vorlagebeschluss v. 24.3.2021– 21 UF 146/20, juris, Rn. 124: „Die abstammungsrechtlichen Fragen sind für die mit Hilfe der Reproduktionsmedizin gezeugten Kinder indes nur für den Fall der Samenspende gesetzlich geregelt, während weitere Formen der medizinisch assistierten Geburt nicht erfasst sind.“

3) Bei Hinzutreten einer Leihmutter

Während der Entwurf den Beteiligten bei natürlicher Zeugung die Möglichkeit einräumt, „eilvernehmlich von der Primärzuordnung abzuweichen“, wenn zum Beispiel eine verheiratete Frau von einem anderen Mann als ihrem Gatten schwanger wird und alle – die Mutter, ihr Ehemann und neuer Partner – darin übereinkommen, dass der neue Partner rechtlicher Vater werden soll (Dreiererklärung), sind solche die Elternzuordnung regelnden Individualabreden für den Fall des Hinzutretens einer Leihmutter nicht vorgesehen²³⁰⁹. Um die gebotene Gleichstellung des natürlichen Zeugungsaktes mit dem durch Einwilligung in die künstliche Befruchtung betätigten Willensaktes als Kriterium für die kindeswohlgerichtete Elternzuordnung auch hier zu gewährleisten, empfiehlt sich ein Transfermechanismus, der es einer Leihmutter nach der Geburt erlaubt, ihre *default position* als Elternteil an die Wunscheltern abzutreten oder diese mit ihnen zu teilen (zu den abstammungsrechtlichen Empfehlungen bei Einbeziehung einer Leihmutter bereits im zweiten Hauptteil, A, VI, 3; zur Modifizierung des § 1591 BGB zu diesem Zweck unter III). Denn selbst wenn die Leihmutter in Deutschland verboten bleibt, sollte das Abstammungsrecht zumindest gewährleisten, dass Wunscheltern, die sich legal einer Leihmutter im Ausland bedienen, rechtliche Eltern werden können²³¹⁰. Zurzeit unterscheidet sich die Zuordnungswirkung danach, ob die Elternschaft der Wunscheltern im Ausland kraft Gerichtsentscheidung oder kraft Gesetzes begründet wird. Während ausländische Urteile nach § 108 I FamFG in der Regel anerkannt werden und ein Verstoß gegen den *ordre-public* jedenfalls nicht deshalb begründet ist, weil „generalpräventive Erwägungen eine Versagung der Anerkennung der nach ausländischem Recht bestehenden Elternschaft“ nahelegen, richtet sich die Abstammung des Kindes bei einer kraft Gesetzes begründeten Elternschaft gemäß Art. 19 I S. 1 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat²³¹¹. Gelingt es den Eltern also, das Kind trotz fehlender Papiere alsbald nach der Geburt nach Deutschland zu bringen, sind nach § 1591 BGB die Leihmutter und

2309 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 3.

2310 Dethloff, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 671-682 (681).

2311 Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (18-19); Markard, German Supreme Court Recognizes Same-Sex Parents after Californian Surrogacy, European Commission on Sexual Orientation Law, 11.1.2015, <https://www.sexualorientationlaw.eu/102-german-supreme-court-recognizes-same-sex-parents-after-californian-surrogacy-germany> (4.4.2022).

nach § 1592 Nr. 1 BGB ihr Ehemann Eltern des Kindes. In diesem Fall bleibt den Wunscheltern nur die Möglichkeit einer gemeinsamen Adoption. Diese steht aber bislang nur Eheleuten, nicht auch eingetragenen Lebenspartner/-innen und unvermählten Paaren offen. Ist die Leihmutter hingegen unvermählt, kann der Wunschvater die Elternschaft anerkennen (§ 1592 Nr. 2 BGB) und die Wunschmutter oder ein zweiter Wunschvater das Kind durch Stiefkindadoption annehmen. Auch für die Stiefkindadoption müssen die Wunscheltern aber verheiratet sein oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben. Bleiben die Wunscheltern dagegen mit dem Kind zunächst im Geburtsland, greift das dortige Abstammungsrecht, das die Wunscheltern als rechtliche Eltern ausmacht. Ob diese statusrechtliche Zuordnung auch in Deutschland wirksam ist, ist höchstrichterlich ungeklärt. Es steht aber zu vermuten, dass auch in diesem Fall der *ordre-public*-Vorbehalt nicht greift. Das führt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass solange der Elternstatus der Wunscheltern nicht durch ausländische Gerichtsentscheidung begründet steht, ihre Elternstellung entweder in einem aufwändigen und langwierigen Adoptionsverfahren auf die Probe gestellt werden muss oder aber, je länger sie im Ausland bleiben, sich relativ einfach aus einer *de-facto* Anerkennung ergibt²³¹². Mit *Dethloff* ist indes festzuhalten, dass für den Fall einer im Ausland begründeten Eltern-Kind-Beziehung mittels Leihmutter ein Adoptionsverfahren dem Kindeswohl nicht dienlich ist und dem Kind sogar schadet. Denn, indem „die Wunscheltern das Kind unmittelbar nach der Geburt mit nach Deutschland nehmen und es fortan mit ihnen zusammenlebt“, werde eine Elternbeziehung ohnehin, erst recht bei Vorliegen einer genetischen Verbindung zu einem Wunschelternanteil, zweifelsfrei begründet. Dabei könne die „rechtliche Absicherung der Beziehung zu beiden sozialen Elternteilen die Situation des Kindes“ nur verbessern. Zwar büße das Kind durch die Adoption „die rechtliche Verwandtschaft zur Leihmutter“ ein. Diese existiere aber ohnehin nur nach deutschem Recht und nütze dem Kind, jedenfalls wenn die Leihmutter – wie in der Regel – die Elternverantwortung ablehnt, nur wenig. Umso wichtiger sei eine schnelle und sichere Zuordnung des Kindes an die Personen, die einerseits zeugungsverantwortlich sind und andererseits die Sorge für das Kind werden tragen wollen, ohne deren Elterntauglichkeit erst noch durch ein aufwendiges und langwieriges Adoptionsverfahren mitsamt Probezeit

2312 Zur Anerkennung einer im Ausland begründeten Leihmutterchaft vgl. *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (18-19).

in Frage zu stellen²³¹³. Da sich, wie *Dethloff* richtig bemerkt, die „Frage der rechtlichen Elternschaft [...] bei jedem auf die Welt gekommenen Kind [...] unabhängig davon [stellt], ob dieses mithilfe einer im Inland zulässigen Methode gezeugt oder geboren wurde“²³¹⁴, muss das deutsche Recht, eine abstammungsrechtliche Zuordnung zu den Wunscheltern wenigstens dann gewährleisten, wenn sich eine Leihmutter im Ausland „freiwillig für das Austragen des Kindes entschieden hat und das Kind auch nach der Geburt freiwillig [nach Bedenkzeit] an die Wunscheltern herausgegeben hat“²³¹⁵.

III) Modifizierung des § 1591 BGB („mater semper certa est“)

Nach dem Diskussionsteilentwurf soll an dem in § 1591 BGB verankerten Grundsatz „mater semper certa est“ festgehalten werden, wonach Mutter eines Kindes immer die Frau ist, die das Kind geboren hat. Dies garantiere „eine frühe, eindeutige und sicher feststellbare Zuordnung des Kindes“, Sorge also für das „Wohl des hilfs- und schutzbedürftigen Neugeborenen“ und den „Schutz der zwischen Kind und Mutter während der Schwangerschaft gewachsenen psychosozialen Beziehung“²³¹⁶. Danach soll die Mutterschaft im Gegensatz zur Vaterschaft „auch weiterhin nicht zur Disposition der Beteiligten gestellt“, die Mutter also „nicht zugunsten einer anderen Person auf ihre rechtliche Elternschaft verzichten können“²³¹⁷. Das ist indes nicht nur gleichheitsrechtlich problematisch – denn das Gesetz sollte Mann und Frau so weit wie möglich die gleichen Möglichkeiten an die Hand geben, Eltern zu werden oder auf Elternschaft zu verzichten – sondern steht auch im direkten Widerspruch zu einer kindeswohlorientierten Elternzuordnung.

1) Korrektur zur Sicherstellung einer kindeswohlgerechten Elternzuordnung bei medizinisch assistierter Zeugung

Denn während bei der natürlichen Zeugung die biologische Verbindung der Gebärenden zum Kind für gewöhnlich tatsächlich sicherstellt, dass

2313 Vgl. ebd. S. 19.

2314 Vgl. ebd. S. 21.

2315 Vgl. ebd. S. 20.

2316 *BMJV*, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 2-3.

2317 Vgl. ebd. S. 3.

eine Zuordnung an sie dem vordergründigen Bedürfnis Rechnung trägt, „das Kind frühzeitig [...] den Personen zuzuordnen, die verlässlich und kontinuierlich für es sorgen werden“²³¹⁸, gewährleistet bei der assistierten Fortpflanzung die „Zuordnung zur Gebärenden nicht in gleicher Weise wie bei natürlicher Zeugung, dass das angestrebte Ziel erreicht wird“²³¹⁹. Vielmehr ist § 1591 BGB ausschließlich „auf die Zeugung durch Geschlechtsverkehr in der heterosexuellen Kernfamilie ausgerichtet“²³²⁰. Zustimmend Gutmann: „[D]ie Kritik am herrschenden ‘monistic gestationalism’ bei der Zuschreibung der Mutterrolle nimmt deutlich zu, weil das Austragen eines Kindes durch eine Frau weder eine notwendige Voraussetzung für die tatsächliche Übernahme der Mutterrolle für dieses Kind ist noch diese Übernahme sozial garantiert“²³²¹. Ein Recht auf Zugang zur Elternschaft, das auf die „Übernahme der sozialen Elternfunktion [...] nach der Geburt und [...] den Schutz der gelebten sozialen Familie [...] abhebt“²³²², trägt der Forderung Rechnung, eine am Kindeswohl orientierte Zuordnung elterlicher Rechte und Pflichten auch bei der assistierten Fortpflanzung zu gewährleisten. Denn wie Dethloff zutreffend feststellt, ist der „Wille zur Elternschaft bei Zeugung“ Indikator für „die Bereitschaft zur tatsächlichen Übernahme der Sorge nach der Geburt“²³²³. Eben diesen Gedanken sichert ein pluralistisches Zugangsrecht mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft rechtlich ab. Insoweit greift die durch den Diskussionsteilentwurf angedachte „moderate Fortentwicklung des geltenden Rechts unter Beibehaltung bewährter Elemente“²³²⁴ noch zu kurz. Zwar wird die Empfängerin einer Samen- oder Embryonenspende regelmäßig die Elternverantwortung für das Kind tragen wollen, das sie austrägt, so dass die durch § 1591 BGB vorgesehene Primärzuordnung an sie hier zufällig zu sachgerechten

2318 Dethloff, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19-30 (19, 20); Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 67.

2319 Vgl. ebd. S. 21.

2320 Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 69.

2321 Gutmann, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2016 (90), S. 15.

2322 Vgl. ebd. S. 15.

2323 Dethloff, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19-30 (19, 20); Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 21.

2324 BMJV, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 1.

Ergebnissen führt²³²⁵. Gleiches gilt für die Empfängerin einer Eizellspende. Eine unmittelbare Zuordnung an die Gebärende ist in diesen Fällen aber – anders als § 1591 BGB und der Entwurf nahelegt – nicht in erster Linie wegen der biologischen Beziehung der Mutter zum Kind gerechtfertigt, sondern wegen ihrer durch Einwilligung in die künstliche Befruchtung indizierten Bereitschaft zur Übernahme der sozialen Verantwortung für das Kind *post partum*. Dieser Wertentscheidung sollte § 1591 BGB sprachlich Ausdruck verleihen, indem er, wie es das Abstammungsrecht in § 1600 d IV BGB bereits für den Vater tut und nach geplanter Reform der § 1592 ff. BGB noch verstärkt tun wird, bei assistierter Zeugung auch für die Mutter auf die „Zeugungsverantwortung“²³²⁶ abstellt. § 1600 d IV BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass „[f]ür die väterliche Abstammung [...] bei Fremdbefruchtung die Entscheidung für die Zeugung des Kindes [...] an die Stelle der genetischen Abstammung getreten [ist]“²³²⁷. Doch was beim Vater die genetische Beziehung nicht garantiert, schafft auch bei der Mutter die biologische Relation allein nicht zu gewährleisten. Hier wie dort ist vielmehr entscheidend der „Wille zur Elternschaft *bei* Zeugung“ als Indikator für „die Bereitschaft zur tatsächlichen Übernahme der Sorge *nach* der Geburt“²³²⁸. Geboten ist dementsprechend eine „rechtliche Zuordnung zu der Frau, die [...] aufgrund ihrer Entscheidung für die Zeugung zur Übernahme der Elternrolle bereit ist“²³²⁹. Das sollte § 1591 BGB künftig in einem ersten Absatz klarstellen, indem er die assistierte Zeugung mittels Gameten- und Embryonenspende von der natürlichen Zeugung abgrenzt und für erstere anders als für letztere nicht auf die Geburt und damit die biologische Affinität der Mutter zum Kind abstellt, sondern auf ihre Zeugungsverantwortlichkeit. Daneben sollte § 1591 BGB in einem zweiten Absatz neben der Mutter auch die Mit-Mutter erfassen, deren Elternstel-

2325 Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 70.

2326 Dethloff, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 19-30 (22); Dies., Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (4).

2327 Vgl. ebd. S. 4.

2328 Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (5): „Die intentionalen Eltern sind also regelmäßig gerade diejenigen Personen, die verlässlich und kontinuierlich für das Kind sorgen werden. Genau diesen Personen möglichst frühzeitig zugeordnet zu werden, entspricht den Interessen des Kindes. Zugleich begründet die Veranlassung der Zeugung des Kindes auch eine Verantwortung für dessen Existenz, von der sich die betreffenden Personen nicht lossagen können sollen.“

2329 Dethloff, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 19-30 (29).

lung durch die mit Einwilligung in die künstliche Befruchtung erklärte Anerkennung der Elternschaft aus dem gleichen Grund begründet ist. Bei der Leihmutterschaft könnte zunächst primär die biologische Verbindung greifen, und erst subsidiär, für den Fall, dass die Leihmutter freiwillig auf ihre Elternverantwortung verzichtet, auf die Zeugungsverantwortung der Initiativeltern zurückgegriffen werden. Deshalb sollte § 1591 BGB in einem dritten Absatz der Leihmutter den Transfer ihrer Mutterstellung *prima facie* auf eine andere Person erlauben, die statt ihrer oder mit ihr, gegebenenfalls auch im mehr als Zwei-Personen-Verhältnis bereit ist, die Elternverantwortung für das Kind zu tragen. Dabei muss neben „einem konsensualen Mütterwechsel“²³³⁰ auch der Transfer der Elternstellung auf Wunschvater und Mit-Vater erlaubt sein, wenn „die Leihmutter nach der Geburt wirksam auf ihre Elternstellung [verzichtet]“²³³¹.

2) Korrektur zur Gleichstellung hetero- und homosexueller Paare in ihren abstammungsrechtlichen Möglichkeiten, Eltern zu werden

Dass § 1591 BGB die Möglichkeit vorsehen muss, die konsentierende Partnerin der Geburtsmutter mit der Geburt des Kindes als gleichberechtigten Elternteil neben der Geburtsmutter zu qualifizieren, ohne dass es eines Adoptionsverfahrens bedarf, wurde ausführlich dargelegt.

3) Korrektur zur Angleichung der Instrumente von Mann und Frau zur Modifikation der Elternzuordnung im reproduktionsmedizinischen Kontext

Eine „Abwertung der normativen Bedeutung nur genetischer Elternschaft“, wenn „soziale Elternschaft garantiert ist“²³³², erscheint auch gleichheitsrechtlich geboten. Ein Recht auf Zugang zur Elternschaft, das auf die „Übernahme der sozialen Elternfunktion [...] nach der Geburt und hierdurch zugleich auf die rechtlich geschützten Interessen sowohl der sozialen Eltern als auch der Kinder abhebt“²³³³ und die Fähigkeit hierzu unabhängig von Geschlecht – und im Übrigen auch sexueller Orientierung, Ehestand

2330 Vgl. ebd. S. 30.

2331 Vgl. ebd. S. 27.

2332 Gutmann, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (82).

2333 Vgl. ebd. S. 80.

und Beziehungsstatus – beurteilt, weil sich von ihnen weder auf den Willen noch Unwillen zur Übernahme derselben schließen lässt, stützt den Gedanken, dass Männern wie Frauen bei vergleichbarer Interessenlage im reproduktionsmedizinischen Kontext Instrumente zur Korrektur der Elternzuordnung an die Hand gegeben werden²³³⁴. Mit *Hartmann* stellt sich nämlich die Frage, „ob es gerechtfertigt ist, dass diese Statusbeständigkeit im Hinblick auf die Mutterschaft durch vollständige Unangreifbarkeit gesichert wird, während es im Hinblick auf die Vaterschaft auszureichen scheint, zugunsten der Statusbeständigkeit sicherzustellen, dass eine Korrektur nur innerhalb eines Anfechtungsverfahrens möglich ist“²³³⁵. Aus demselben Grund, warum im medizinisch assistierten Verfahren ein konkludenter Verzicht des Samenspenders auf die Vaterschaft angenommen wird und dieser nicht als Vater festgestellt werden kann (§ 1600d IV BGB) – nämlich um eine am Kindeswohl ausgerichtete Primärzuordnung an die Person zu erlauben, die durch ihre Zustimmung zur Fremdbefruchtung die Zeugung des Kindes zu verantworten hat und bereit ist, nach der Geburt für dessen Wohl einzustehen – bedarf etwa bei Hinzutreten einer Leihmutter „die ausschließliche und unveränderliche Zuordnung des Kindes zur Gebärenden einer Korrektur“²³³⁶. Unstimmigkeiten bestehen auch hinsichtlich der „Statuswahrheit“, die der Gesetzgeber bei der Vaterschaft offenbar als wichtiger einstuft als bei der Mutterschaft. Denn während er ein Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Elternschaft im Falle einer Eizellspende, Embryonenspende oder Leihmutterschaft ohne Weiteres in Kauf nimmt, ist Bedingung für ein Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Vaterschaft, dass nach § 1600 II BGB keine familiär-soziale Beziehung zu dem rechtlichen Vater besteht²³³⁷. Dass der Gesetzgeber die gesplante Mutterschaft im Vergleich zur gesplanten Vaterschaft als kindeswohlgefährdender einstuft, wurde bereits erläutert. Da jedoch regelmäßig weder der Eizellspenderin noch dem Samenspender daran gelegen ist, die soziale Elternfunktion auszufüllen, ist diese Unterscheidung wenig sinnstiftend und kann wohl nur damit erklärt werden, dass der Gesetzge-

2334 Vgl. zur Forderung nach „Autonomie und Geschlechtergerechtigkeit [...] bei der rechtlichen Zuordnung von Eltern und Kind“ orientiert am Prinzip der Zeugungsverantwortung auch: *Dethloff*, Reproductive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (234).

2335 *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 72.

2336 *Dethloff*, Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe der Mutterstellung, 2016, S. 19-30 (20).

2337 Vgl. ebd. S. 72.

ber, gefangen in Geschlechterrollen, eine stereotypische Aufgabenverteilung zwischen Mann und Frau zugrunde legt, bei der sich primär die Frau um Kinder und Haushalt sorgt und deshalb für das Kind die wichtigere Bezugsperson ist als der Mann (vgl. dazu bereits ausführlich im ersten Hauptteil, B, III, 2, c). Die alternativ zu diesen generalpräventiven Kindeswohlerwägungen in der Gesetzesbegründung zum ESchG anklingende Erklärung²³³⁸, die Frau als das „schwache Geschlecht“ müsse durch das Verbot der Leihmutterschaft, Eizell- und Embryonenspende vor sich selbst geschützt werden, weil sie die Belastungen und Folgen einer gespaltenen Elternschaft weniger gut verarbeiten könne als ein Mann, kann als Begründung für eine unverrückbare Zuordnung des Kindes an die Geburtsmutter nach § 1591 BGB genauso wenig überzeugen. Abgesehen davon, dass solchen paternalistischen Erwägungen Art. 3 II, III S. 1 GG entgegensteht, ist „Aufgabe des Abstammungsrechts [...] die rechtliche Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern. Keine Aufgabe des Abstammungsrechts ist es dagegen, reproduktionsmedizinische Behandlungen zu verbieten oder die öffentlich-rechtlichen Verbote in anderen Gesetzen zu verstärken“²³³⁹. Das vorangestellt, gibt es durchaus Situationen, in denen auch in Bezug auf die Mutterschaft ein Anfechtungsinteresse bestehen kann, das derzeit ausschließlich für die Vaterschaft in den §§ 1599 ff. BGB vorgesehen ist. So ist ein Anfechtungsinteresse der nur-genetischen Mutter etwa vorstellbar für den Fall, dass eine Leihmutter das genetisch eigene Kind der Wunschmutter austrägt, und sich dann entschließt, die Elternverantwortung für dieses Kind selbst zu tragen. Denkbar ist ein Anfechtungsinteresse der nur-genetischen Mutter aber auch bei lesbischen Paaren, wenn die Geburtsmutter die mit einem Spendersamen imprägnierte Eizelle ihrer Partnerin austrägt und sich die Partnerschaft dann später auflöst, entweder weil sich das Paar trennt oder weil die Geburtsmutter bei oder kurz nach der Geburt verstirbt. Da das Gesetz bislang eine unmittelbare Zuordnung des Kindes an die Partnerin der Geburtsmutter nicht vorsieht, sondern ein Adoptionsverfahren voraussetzt, das zum Todeszeitpunkt eventuell noch nicht abgeschlossen ist, würde

2338 BT-Drucks. 1154/60, S. 7.

2339 Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 74; Dethloff, Reproductive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (236).

das Kind in diesem Fall ohne eine Anfechtungsrecht der nur-genetischen Mutter zur Waise²³⁴⁰.

IV) Die konsensuelle Begründung originärer Mehrelternschaft: Auflösung des Zwei-Eltern-Dogmas

Laut Diskussionsteilentwurf soll am „Zwei-Eltern-Prinzip“ festgehalten werden, „also dem Grundsatz, dass einem Kind rechtlich im Abstammungsrecht nicht mehr als zwei Eltern zuzuordnen sind“²³⁴¹. Jedoch wohnt dem seiner Natur nach pluralistischem Recht auf Zugang zur Elternschaft notwendig die Möglichkeit inne, dass sich mehr als zwei Personen als Eltern eines Kindes eignen. Sein funktionales Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft spricht außerdem für umfassende Möglichkeiten zur konsensuellen Begründung von Elternschaft und damit eventuell auch für die Möglichkeit zum präkonzeptionellen Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die sich jeweils aufgrund ihrer spezifischen – biologischen, genetischen oder initiativen Beziehung zum Kind – als Eltern eignen und verbindlich, das heißt unwiderruflich und dauerhaft, darin übereinkommen, die Elternverantwortung gemeinsam zu tragen²³⁴². Deshalb sollte in Erwägung gezogen werden, den Beteiligten einer Keimzell- und Embryo-

2340 Vgl. für diese und weitere Beispiele *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 78 ff.

2341 *BMJV*, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 2.

2342 *Dethloff*, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 671-682 (682): “In this context, it will have to be determined whether, under certain circumstances, a child should be able to have not only two, but three legal parents, as is the case in some countries already.”; eine Mehrelternschaft für denkbar hält auch *Gutmann*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63-85 (82 f.): „Nimmt man den philosophischen Befund ernst, dass die Gründe für die Zuschreibung von Mutterschaft (und Elternschaft) am Ende nur plural gedacht werden können, erscheint (nach dem Vorbild des Ontario Cour of Appeal) ungeachtet der Vorbehalte des Bundesverfassungsgerichts auch eine Mehrelternschaft denkbar“; ausführlich *Sanders*, Mehrelternschaft 2018.

nenspende sowie gleichgeschlechtlichen Paaren, die eine Queer-Family²³⁴³ gründen wollen präkonzeptionell, sowie wenige Monate nach der Geburt auch einer Leihmutter und den jeweiligen Wunscheltern, die Möglichkeit einzuräumen, sich bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle wie dem Jugendamt oder Notar zu einer Mehrelternschaft zu verpflichten. Soweit der Diskussionsteilentwurf pauschal dagegen argumentiert, dass „am Zwei-Eltern-Prinzip festgehalten werden [soll], weil die Probleme, die sich aus der Zuweisung des vollen Elternstatus an mehr als zwei Personen mit gleichzeitigem Wunsch auf eine rechtliche Elternstellung ergeben können, insbesondere im Konfliktfall erheblich verkompliziert würden“²³⁴⁴, zollt er der durch Art. 6 II GG garantierten Einschätzungsprärogative der Eltern zum Kindeswohl zu wenig Achtung. Insofern fordert das Zugangsrecht den Gesetzgeber auf, sich Gedanken zu machen, in welchen Konstellationen sich die Möglichkeit zur konsensuellen Begründung einer originären Mehrelternschaft als sinnvoll erweisen könnte (dazu mit weiteren Nachweisen bereits im ersten Hauptteil, IV, 3, a, bb)²³⁴⁵.

B) Ergebnis zu den notwendigen Folgeänderungen im deutschen Familienrecht

Mit dem Diskussionsteilentwurf liegt ein erster, in die richtige Richtung weisender Vorschlag auf dem Tisch, das auf die natürlich begründete Familie zwischen Mann und Frau ausgerichtete Abstammungsrecht an die gelebte Vielfalt oftmals auch assistiert begründeter Familienformen anzupassen. Im Ergebnis geht die darin angedachte Stärkung voluntativer und

2343 Das erwägend, im Ergebnis aber ablehnend: *Ständige Deputation des DJT*, Sitzungsbericht, Abteilung Familienrecht, in: Verhandlungen des 71. DJT, Bd. II/1, 2016, P 7-72 (64); dafür u.a.: *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (237); *Dethloff*, Gleichgeschlechtliche Paare und Familiengründung durch Reproduktionsmedizin, Gutachten für die Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2016, S. 56 f.

2344 *BMJV*, Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 13.3.2019, S. 2.

2345 Für den offenen Diskurs: *Helms*, Wie viele Eltern trägt ein Kind? Mehrelternfamilien aus rechtlicher Sicht, in: Hilbrig/Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 125-128; *Walper*, Wie viele Eltern trägt ein Kind? Mehrelternfamilien aus sozialwissenschaftlicher Sicht, in: Hilbrig/Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 143-152; *Hartmann*, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 50; *Plettenberg*, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, 2016.

sozialer Kriterien für die Elternzuordnung gleichwohl nicht weit genug, um den umfassenden Reformen, die ein pluralistisches und gleiches Recht auf Zugang zur Persönlichkeitsentwicklung durch Elternschaft mit Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin einfordert, einen adäquaten abstammungsrechtlichen Rahmen zu setzen. Von den aufgegriffenen Kritikpunkten drängt rechtspolitisch insbesondere die Frage, „ob und inwieweit die ausschließliche und unveränderliche Zuordnung des Kindes zur Gebärenden einer Korrektur bedarf“²³⁴⁶ sowie die Frage, in welchem Umfang es die Möglichkeit zu einer konsensualen Begründung originärer Mehrelternschaft bei geteilter Zeugungsverantwortlichkeit geben sollte. Schließlich sind, da es sich beim Recht auf Zugang zur Elternschaft um ein aus der EMRK abgeleitetes Recht handelt, für die Bewertung seiner Auswirkungen auf das deutsche Familienrecht die Entwicklungen auf europäischer Ebene einzubeziehen. Hier schließt sich der Kreis, denn wie *Dethloff* präzise formuliert, ist das Familienrecht „durch [...] das Entstehen gemeineuropäischer, auf den Gewährleistungen der Grund- und Menschenrechte beruhender Prinzipien geprägt. Befördert worden ist dieser Prozess [...] durch die Rechtsprechung des (EGMR), der zusehends einen gemeinsamen europäischen Konsens auch in Fragen des Privat- und Familienlebens konstatiert, welcher nationale Beurteilungsspielräume schwinden lässt, und der die evolutiv-dynamische Auslegung der (EMRK) als living instrument vorantreibt.“²³⁴⁷ So wird *Dethloff* zufolge das „Recht auf Gründung einer Familie [...] von den nationalen Rechtsordnungen weithin als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts in einem elementaren Bereich der Persönlichkeitsentfaltung erachtet“ mit der Folge, dass „Beschränkungen seiner Verwirklichung durch medizinisch assistierte Reproduktion oder auch durch Adoption eines Kindes immer mehr abnehmen“²³⁴⁸. Daneben ist die Elternzuordnung kraft Einwilligung in die künstliche Befruchtung mittels Samen-, aber auch Eizell- und Embryospende und in diesem Zusammenhang die Anerkennung einer Mit-Mutterschaft

2346 *Dethloff*, Was will der Staat?, in: Röthel Heiderhoff, Regelungsaufgabe Mutterstellung, S. 19-30 (20).

2347 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 37-57 (39).

2348 Vgl. ebd. S. 47.

inzwischen weit verbreitet.²³⁴⁹ Zwar erscheint es unwahrscheinlich, dass die „Leihmutterschaft selbst in altruistischer Form [...] in absehbarer Zeit [...] Grundlage einer gemeineuropäischen Entwicklung werden [wird]“. Allerdings ist *Dethloff* zuzustimmen, dass sich aus der Möglichkeit zur Inanspruchnahme einer Leihmutter im Ausland zumindest die Aufgabe ergibt, „europaweit in grenzüberschreitenden Fällen die rechtliche Elternschaft für ein von einer Leihmutter geborenes Kind sicherzustellen, die bislang oft, wenn überhaupt, nur durch eine Adoption zu erreichen ist“²³⁵⁰. Festhalten lässt sich außerdem, dass diejenigen Rechtsordnungen, die eine Leihmutterschaft erlauben, „die rechtliche Elternschaft konsequenterweise den Wunscheltern zu[sprechen]“²³⁵¹. Insgesamt, so scheint es, hat sich sowohl auf europäischer als auch internationaler Ebene das Prinzip der Zeugungsverantwortung als ausschlaggebendes Kriterium für die Elternzuordnung bei Fremdbefruchtung durchgesetzt²³⁵², so dass es nun auch dem deutschen Gesetzgeber für eine konventionskonforme Ausgestaltung des Zugangsrechts darum gehen sollte, das Primat der intentionalen und sozialen Elternschaft umfassend und stringent umzusetzen. Dies ist angezeigt einerseits durch Schaffung eines zeitgemäßen Fortpflanzungsmedizingesetzes, andererseits durch ein reformiertes Abstammungsrecht, das den dadurch gesetzten Prämissen durch eine am Grundsatz der Zeugungsverantwortung orientierten Elternzuordnung gerecht wird. Einmal mehr wird deutlich: Reproduktionsmedizin und Familienrecht sind im Zusammenhang zu beurteilen. Ein Recht auf Zugang zur Elternschaft, das dem Ausbau des Grund- und Menschenrechtsschutzes auf beiden Gebieten Rechnung trägt, begegnet den rechtspolitischen Herausforderungen unserer Zeit, die sich *de lege lata* sowohl im Hinblick auf das eine als auch das andere stellen.

2349 *Dethloff*, Changing Family Forms, VUWLR 2015 (46/3), S. 671-682 (678); *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (5): „Die Anknüpfung an den Entschluss zur Zeugung stellt auch international einen weithin akzeptierten Grundsatz dar.“

2350 *Dethloff*, Familienrecht in Europa, in: Hilbig-Lugani/Huber, Moderne Familienformen, 2019, S. 37-57 (48).

2351 *Dethloff*, Abstammung und Verantwortung, 2017, S. 1-21 (16).

2352 *Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen, 2018, S. 229-228 (235); *Schwenzer/Dimsey*, Model Family Code. From a Global Perspective, 2006, S. 98 f.