

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 3

Theorie eines Elternschaftsrechts

Von

Philipp M. Reuß



Duncker & Humblot · Berlin

Philipp M. Reuß

Theorie eines Elternschaftsrechts

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 3

Theorie eines Elternschaftsrechts

Von

Philipp M. Reuß



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

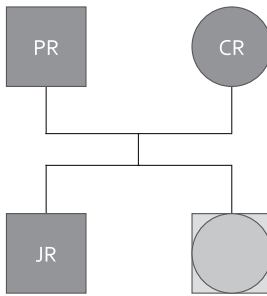
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Das Druckteam Berlin
Printed in Germany

ISSN 2195-9641
ISBN 978-3-428-15513-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55513-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85513-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>



CR, JR und  gewidmet

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017–18 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von April 2018.

Die Habilitationsordnung der LMU München ist fortschrittlich, sie sieht wissenschaftsrechtlich die akademische Elternschaft von mehr als zwei Personen vor. So komme ich in den Genuß, in diesem Vorwort meinen *akademischen Eltern* danken zu dürfen. Hierzu zählt zunächst meine akademische Lehrerin, Frau Professor em. Dr. Dr. h.c. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. Ich danke ihr für viele Jahre der bedingungslosen wie wohlwollenden persönlichen und wissenschaftlichen Förderung. Dank gilt ferner meinen akademischen Vätern, Herrn Professor Dr. Rudolf Streinz, mit dem mich eine sehr schöne Zeit an seinem Lehrstuhl verbindet, sowie Herrn Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M., der mir den Weg zurück in die Veterinärstraße ermöglicht hat. Meinem akademischen Pflegevater, Herrn Professor Dr. Stephan Lorenz, der mich herzlich an seinem Lehrstuhl aufgenommen hat, danke ich ganz besonders für das – wie er stets selbst zu sagen pflegt – nötigste Gut eines Wissenschaftlers: die Zeit dieses Forschungsvorhaben realisieren zu können!

Dank schulde ich ferner Frau Professor Dr. Dr. h.c. mult. Katharina Boele-Woelki und ihrem Team am Utrecht Centre for European Research into Family Law, wo ich während meines Forschungsaufenthalts sehr herzlich aufgenommen worden bin und mir stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden wurde.

Meiner Mutter, Frau Gitta Reuß, meiner Frau Christiane Reuß sowie Frau Stefanie Hösel, Frau Katharina Westhäuser, Frau Dr. Susanne Zwirlein, Frau Marie-Therese Ziereis, Herrn Dr. Tobias Kruis, LL.M., Herrn Dr. Heiko Sander, Herrn Anton Jukic, Herrn Michael Templeton und Herrn Michael Rapp danke ich für die kritische Durchsicht der Arbeit und für zahlreiche Anregungen sowie konstruktive Diskussionen. Abschließend danke ich meinen Eltern Gitta und Bernd Reuß sowie meiner Frau Christiane und meinem Sohn Johannes, die dieses Projekt geduldig und einfühlend mitgetragen haben.

Stockdorf, im April 2018

Philipp M. Reuß

Inhaltsübersicht

Einführung	25
A. Status Quo und Herausforderungen	25
B. Ziel der Arbeit	31
C. Inter- und intradisziplinäre Aspekte	31
D. Rechtsvergleichende Aspekte	34
E. Gang der Untersuchung	35

Teil 1

Abstammung, Elternschaft und das Abstammungsrecht	36
§ 1 Abstammung und Elternschaft	36
A. Begrifflichkeiten und sozialer Wandel	36
B. Signifikanz von Abstammung und Elternschaft	94
C. Zusammenfassung	125
§ 2 Abstammungsrecht	129
A. Abstammungsrechtliche Grundlagen	129
B. Wandelbarkeit des Rechts	171
C. Zusammenfassung	181

Teil 2

Theorie eines Elternschaftsrechts	187
§ 3 Struktur eines modernen Elternschaftsrechts	188
A. Vorbemerkung	188
B. Verfassungsrechtliche, menschenrechtliche und supranationale Vorgaben ..	192
C. Konzeptionelle Grundausrichtung eines modernen Elternschaftsrechts	220
D. Zusammenfassung	283
§ 4 Zuordnungssystematik eines modernen Elternschaftsrechts	294
A. Zuordnung des Elternteils (erste Elternstelle)	294
B. Zuordnung des weiteren Elternteils (zweite Elternstelle)	301
C. Zuordnungskorrektur	381
D. Sonderfall Leihmutterchaft	427
E. Sonderfälle der Kindes-, Gameten- und Embryonenvertauschung	455

F. Künftige Herausforderungen aufgrund reproduktionsmedizinischer Entwicklungen	458
G. Zusammenfassung	460
§ 5 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bzw. Abkömmlinge	470
A. Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Grundlagen	470
B. Auskunftsansprüche	475
C. Registerlösungen zur Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	477
D. Statusfolgenloses Abstammungsklarungsverfahren	483
E. Zusammenfassung	490
§ 6 Sachverhalte mit Auslandsbezug	492
A. Bestimmung des anwendbaren Rechts der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung	492
B. Anerkennung von im Ausland zustande gekommenen Eltern-Kind-Zuordnungen	505
C. Zusammenfassung	519
Zusammenfassung und Ausblick	521
Literaturverzeichnis	544
Sachregister	587

Inhaltsverzeichnis

Einführung	25
A. Status Quo und Herausforderungen	25
B. Ziel der Arbeit	31
C. Inter- und intradisziplinäre Aspekte	31
D. Rechtsvergleichende Aspekte	34
E. Gang der Untersuchung	35

Teil I

Abstammung, Elternschaft und das Abstammungsrecht	36
§ 1 Abstammung und Elternschaft	36
A. Begrifflichkeiten und sozialer Wandel	36
I. Allgemeinsprachliches Verständnis von Abstammung und Elternschaft	36
II. Abstammungs- und Elternschaftsverhältnisse in der Gegenwart	39
1. Familialer Wandel	40
a) Funktionswandel der Familie	40
b) Wandel familialer Lebensformen	41
aa) Kernfamilie verheirateter Eltern	42
bb) Kernfamilie nichtehelicher, verschiedengeschlechtlicher Lebenspartner	43
cc) Alleinerziehende	46
dd) Gleichgeschlechtliche Familien	48
ee) Reproduktionsfamilien	53
ff) Stieffamilien	57
gg) Adoptionsfamilien	59
hh) Pflegefamilien	60
c) Wandel der Familienleitbilder	60
aa) Leitbild des Lebens in festen, stabilen und langandauernden Partnerschaften	61
bb) Leitbild des Zusammenlebens von Eltern mit ihren Kindern	62
cc) Leitbild verantwortete Elternschaft	64
dd) Familienleitbilder der großen christlichen Kirchen in Deutschland	64
(1) Evangelische Kirche in Deutschland	65
(2) Katholische Kirche	68

2. Segmentierung und Pluralisierung von Elternschaft	71
a) Was ist Segmentierung und Pluralisierung von Elternschaft?	71
b) Elternschaftssegmente im Einzelnen	73
c) Zeitliche Dimension	75
d) Pluralisierung von Elternschaft in heute gelebten Familienformen	75
aa) Kernfamilien verheirateter und nichtverheirateter Eltern	76
bb) Alleinerziehende	77
cc) Gleichgeschlechtliche Familien	78
(1) Gleichgeschlechtliche Stieffamilien	78
(2) Geplante gleichgeschlechtliche Familien	81
dd) Reproduktionsfamilien	85
ee) Stieffamilien	90
ff) Adoptionsfamilien	91
gg) Pflegefamilien	92
3. Zusammenfassung	93
B. Signifikanz von Abstammung und Elternschaft	94
I. Signifikanz genetischer Abstammung	94
1. Humangenetische Aspekte	94
2. Entwicklungspsychologische Aspekte	97
a) Relevanz der Kenntnis der genetischen Abstammung für die Persönlichkeitsentwicklung des Menschen	97
b) Bedeutung von Offenheit im Umgang mit der Abstammungswahrheit in besonderen Familienkonstellationen	100
3. Kulturelle Aspekte	103
a) Ahnenkult und Ahnenverehrung in Japan	104
aa) Ausprägung von Ahnenkult und Ahnenverehrung in Japan ..	104
bb) Auswirkungen auf Abstammung und Elternschaft	107
b) Das Prinzip des „Whakapapa“ bei Stämmen der Maori	108
aa) Ausprägung des Prinzips des „Whakapapa“	108
bb) Auswirkungen auf Abstammung und Elternschaft	109
II. Signifikanz biologischer Abstammung	112
1. Humanmedizinische und epigenetische Aspekte	112
2. Psychologische Aspekte	114
III. Signifikanz von sozialer Elternschaft	117
1. Entstehen und Funktion von sozialen Bindungen	117
2. Potentielle Bindungspersonen	120
3. Einfluss von sozialen Bindungen auf die Kindesentwicklung	121
IV. Schlussfolgerungen: Gleichbedeutender Einfluss aller Elternschaftssegmente auf die Eltern-Kind-Beziehung	124
C. Zusammenfassung	125

§ 2 Abstammungsrecht	129
A. Abstammungsrechtliche Grundlagen	129
I. Aufgabe und Natur des Abstammungsrechts	130
1. Abstammungsrecht als Statusrecht	130
2. Alternativkonzepte	132
II. Bedeutung abstammungsrechtlicher Eltern-Kind-Zuordnung	134
III. Grundprinzipien des Abstammungsrechts und Systembrüche	136
1. Statuswahrheit	137
a) Primat der genetischen Abstammung	137
b) Systembrüche	139
c) Rechtsvergleichende Betrachtung	141
d) Zusammenfassung	145
2. Staturerkennbarkeit und -klarheit	147
3. Statusbeständigkeit	149
4. Höchstpersönlichkeit statusrechtlicher Rechtspositionen	153
5. Privatautonomie und zwingendes Recht	155
6. „Ein-Vater“- und „Eine-Mutter“-Prinzip	160
a) Verständnis als „Zwei-Eltern“-Prinzip	161
b) Abweichungen vom „Zwei-Eltern“-Prinzip	163
c) Rechtsvergleichende Betrachtung	164
d) Zusammenfassung	167
7. Zuordnungszeitpunkt	167
B. Wandelbarkeit des Rechts	171
I. Natur, Aufgabe und Funktion von Recht	171
II. Wandelbarkeit von Recht	175
III. Leitlinien für eine Anpassung des Rechts an gesellschaftlichen Wandel	178
C. Zusammenfassung	181
I. Abstammungsrechtliche Grundlagen	181
II. Wandelbarkeit des Rechts	184

Teil 2

Theorie eines Elternschaftsrechts 187

§ 3 Struktur eines modernen Elternschaftsrechts	188
A. Vorbemerkung	188
I. Zur Begriffswahl: Elternschaftsrecht	188
II. Anforderungen an ein modernes Elternschaftsrecht	189
B. Verfassungsrechtliche, menschenrechtliche und supranationale Vorgaben ..	192
I. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen	192
1. Elternrecht, Art. 6 II GG	192

a) Gewährleistungsgehalt	192
b) Korrespondieren von Elternrecht und Elternpflicht	193
c) Träger des Elternrechts	194
aa) Grundlagen	194
bb) Leitlinien für die gesetzgeberische Ausgestaltung der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung – insbesondere der verfassungsrechtliche Elternbegriff	196
2. Recht auf Fortpflanzung, Art. 6 I, IV GG	201
3. Recht des Kindes auf elterliche Pflege und Erziehung, Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II GG	202
a) Recht auf Zuordnung zu zwei rechtlichen Elternteilen?	203
b) Recht auf Zuordnung zu den genetischen Eltern?	205
4. Weitere wichtige Verbürgungen mit elternschaftsrechtlicher Relevanz	206
5. Beschränkbarkeit der Grundrechte und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers	208
II. Menschenrechtliche Verbürgungen	209
1. Schutz des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK	209
a) Gewährleistungsgehalt	209
b) Beschränkbarkeit	215
2. Weitere menschenrechtliche Verbürgungen	215
III. Unionsrechtliche Vorgaben	217
C. Konzeptionelle Grundausrichtung eines modernen Elternschaftsrechts	220
I. Elternschaftsrecht als Statusrecht	220
II. Orientierungslinien eines modernen Elternschaftsrechts	223
1. Gleichwertigkeit genetischer, biologischer und sozialer Elternschaft	223
a) Begründung der These	224
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik	225
aa) Abkehr vom Primat genetischer Elternschaft	225
bb) Gestaltungen des Zuordnungs- und Korrektursystems anhand der Gleichwertigkeit aller Elternschaftssegmente	226
cc) Berücksichtigung positiver und negativer Konflikte von Trägern einzelner Elternschaftssegmente	231
2. Höchstpersönlichkeit der Eltern-Kind-Beziehung und besondere Relevanz privatautonomer Willensentschließung	232
a) Begründung der These	232
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik	233
aa) Gewährleistung privatautonomer Gestaltbarkeit der Elternzuordnung	233
(1) Überlegungen mit Blick auf die Beachtlichkeit privatautonomer Gestaltung	235

(2) Überlegungen zur Verbindlichkeit der privatautonomen Gestaltung	237
(3) Überlegungen zu Aufklärung, Freiwilligkeit und Form privatautonomer Gestaltung	237
bb) Unverzichtbarkeit elternschaftsrechtlicher Positionen und Ausschluss gewillkürter Stellvertretung	239
cc) Minimierung staatlicher Einwirkung auf die Elternschaftszuordnung und die Zuordnungskorrektur	240
3. Orientierung am Verantwortlichkeitsprinzip	241
a) Begründung der These	241
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik ...	243
4. Relevanz des Kindeswohls	244
a) Begründung der These	245
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik ...	245
aa) Maximal- vs. Minimalstandard	245
bb) Im Grundsatz abstrakt-generelle Berücksichtigung von Kindeswohlerwägungen	247
cc) Konkret-individuelle Beachtung von Kindeswohlerwägungen in Ausnahmefällen?	248
5. Unerheblichkeit von Geschlecht und sexueller Orientierung der Eltern	251
a) Begründung der These	251
aa) Sexuelle Orientierung	251
bb) Geschlecht	257
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik ...	261
6. Unbeachtlichkeit der Zeugungsumstände	262
a) Begründung der These	263
aa) Gesellschaftliche Ausgangslage	263
bb) Zugang zu und Zulässigkeit von medizinisch-assistierter Reproduktion – insbesondere Reproduktionstourismus	264
cc) Unbeachtlichkeit der Zeugungsumstände im geltenden deutschen Abstammungsrecht	265
dd) Rechtsvergleichende Betrachtung	265
ee) Wertende Betrachtung	268
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik ...	271
7. Orientierung am „Zwei-Eltern“-Prinzip	272
a) Begründung der These	273
b) Schlussfolgerungen mit Blick auf die Zuordnungssystematik ...	280
D. Zusammenfassung	283
I. Anforderungen an ein modernes Elternschaftsrecht	283
II. Verfassungsrechtliche, menschenrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben	285

III. Konzeptionelle Grundausrichtung eines modernen Elternschaftsrechts . . .	287
§ 4 Zuordnungssystematik eines modernen Elternschaftsrechts	294
A. Zuordnung des Elternteils (erste Elternstelle)	294
I. Begründung des Anknüpfungskriteriums	294
1. Derzeitige Rechtslage	294
2. Rechtsvergleichende Betrachtung	296
3. Geburt als Kriterium der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung	298
II. Formulierungsvorschlag	300
B. Zuordnung des weiteren Elternteils (zweite Elternstelle)	301
I. Zuordnung aufgrund Ehe bzw. eingetragener Lebenspartnerschaft mit dem Elternteil	302
1. Begründung der Anknüpfungskriterien	302
a) Derzeitige Rechtslage	302
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	305
aa) Vaterzuordnung kraft Ehe bzw. eingetragener Lebenspartnerschaft	306
bb) Mit-Mutterzuordnung aufgrund Ehe bzw. eingetragener Lebenspartnerschaft	309
c) Ehe bzw. eingetragene Lebenspartnerschaft als Kriterien der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung	311
aa) Begründung der Wahl der Zuordnungskriterien	311
bb) Anknüpfung an die nichteheliche Lebensgemeinschaft?	314
2. Zuordnungsvoraussetzungen und Formulierungsvorschlag	315
a) Zuordnungsvoraussetzungen	315
b) Formulierungsvorschlag	317
II. Zuordnung aufgrund Elternschaftsanererkennung	318
1. Begründung des Anknüpfungskriteriums	318
a) Derzeitige Rechtslage	318
aa) Anerkennungserklärung als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung	319
bb) Formvoraussetzung des § 1597 I BGB	321
cc) Widerruflichkeit der Anerkennungserklärung	322
dd) Zustimmungserklärungen von Mutter und Kind gem. § 1595 BGB	322
ee) Höchstpersönlichkeit und Anerkennung bzw. Zustimmung bei fehlender oder beschränkter Geschäftsfähigkeit	326
ff) Präventive Anerkennungskontrolle zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsaner recognungen, § 1597a BGB	329
gg) Beschränkte Unwirksamkeit der Anerkennung und Heilung von Mängeln gem. § 1598 BGB	330
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	331

aa) Vaterzuordnung durch Anerkennung	332
(1) England und Wales	332
(2) Frankreich	333
(3) Niederlande	335
(4) Österreich	337
bb) Mit-Mutterzuordnung durch Anerkennung	337
(1) England und Wales	338
(2) Frankreich	338
(3) Niederlande	338
(4) Österreich	339
c) Elternschaftsankennung als Zuordnungskriterium	339
aa) Begründung der Wahl des Zuordnungskriteriums	339
bb) Alternativkonzepte	340
2. Zuordnungsvoraussetzungen und Formulierungsvorschlag	340
a) Zuordnungsvoraussetzungen	340
b) Formulierungsvorschlag	346
III. Zuordnung aufgrund gerichtlicher Feststellung der Elternschaft	347
1. Begründung des Anknüpfungskriteriums	347
a) Derzeitige Rechtslage	347
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	352
aa) England und Wales	353
bb) Frankreich	354
cc) Niederlande	356
dd) Österreich	357
c) Gerichtliche Feststellung der Elternschaft als Zuordnungskriterium	358
2. Zuordnungsvoraussetzungen und Formulierungsvorschlag	359
a) Zuordnungsvoraussetzungen	359
aa) Feststellungsgründe	359
(1) Zuordnung der Person, die mit Blick auf die Übernahme der Elternrolle in die Zeugung eingewilligt hat	360
(2) Zuordnung des genetischen Elternteils	364
(3) Erweiterung des Ausschlusses des klassischen Samenspenders auf alle klassischen Gameten- und Embryonenspenders, einschließlich Mitochondrienspende	365
(4) Ausweitung von § 1600d IV BGB auf private Spenden ..	366
bb) Antragsberechtigungen	367
cc) Elternschafts-Konflikte	369
(1) Positiver Elternschafts-Konflikt eines genetischen und eines sozialen Elternteils	369

(2) Positiver Elternschafts-Konflikt zweier genetischer Elternteile	370
(3) Negativer Elternschafts-Konflikt	371
b) Formulierungsvorschlag	371
IV. Statuswechsel durch qualifizierte Anerkennung	373
1. Scheidungsakzessorischer Statuswechsel durch qualifizierte Anerkennung	373
2. Statuswechsel durch qualifizierte Anerkennung in Fällen der §§ 1592 Nr. 1, 1593 BGB unabhängig vom Scheidungsverfahren ...	377
3. Statuswechsel durch qualifizierte Anerkennung in Fällen des § 1592 Nr. 2 BGB	379
4. Formulierungsvorschlag	380
C. Zuordnungskorrektur	381
I. Korrektur der Elternschaft des Elternteils (erste Elternstelle)	381
1. Derzeitige Rechtslage	382
2. Rechtsvergleichende Betrachtung	382
3. Begründung der Unanfechtbarkeit der Elternschaft des Elternteils ..	383
II. Korrektur der Elternschaft des weiteren Elternteils (zweite Elternstelle) ..	387
1. Korrigierbarkeit der zweiten Elternstelle durch Elternschaftsanzfechtung	387
a) Derzeitige Rechtslage	387
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	387
c) Schlussfolgerungen für die Korrektursystematik	388
2. Anfechtungsgegenstand	388
a) Derzeitige Rechtslage	388
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	390
c) Schlussfolgerungen für die Korrektursystematik	391
3. Anfechtungsgrund	392
a) Derzeitige Rechtslage	392
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	394
c) Schlussfolgerungen für die Korrektursystematik und Formulierungsvorschlag	395
4. Anfechtungsberechtigung	397
a) Derzeitige Rechtslage	397
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	400
c) Schlussfolgerungen für die Korrektursystematik und Formulierungsvorschlag	402
aa) Anfechtungsrecht der Person, die das Kind geboren hat (Elternteil)	402
bb) Anfechtungsrecht des Kindes	404
cc) Anfechtungsrecht der Person, deren Elternschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 BGB besteht (weiterer Elternteil)	406

dd) Anfechtungsrecht des genetischen, nicht rechtlichen Elternteils des Kindes	407
ee) Anfechtungsrecht des sozialen, nicht rechtlichen Elternteils des Kindes	411
ff) Anfechtungsrecht einer Behörde	412
gg) Formulierungsvorschlag	412
5. Ausschluss der Anfechtung bei konsentierter Zeugung im heterologen System	414
a) Derzeitige Rechtslage	414
b) Rechtsvergleichende Betrachtung	416
c) Schlussfolgerungen für die Korrektursystematik und Formulierungsvorschlag	417
6. Befristung der Anfechtung	419
a) Derzeitige Rechtslage und rechtsvergleichende Betrachtung	420
b) Schlussfolgerungen und Formulierungsvorschlag	424
7. Keine erhöhten Schlüssigkeitsanforderungen (Anfangsverdacht) ...	425
8. Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung	426
D. Sonderfall Leihmutterschaft	427
I. Bestandsaufnahme	428
1. Fallzahlen	428
2. Motivation der Wunscheltern	429
3. Leihmutterschaftskonstellationen und Begrifflichkeiten	430
II. Derzeitige Rechtslage und rechtsvergleichende Betrachtung	431
III. Rechtfertigung eines generellen Leihmutterschaftsverbots	435
1. Ausgangspunkt: Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern	435
2. Interessen der Leihmutter	437
3. Kindesinteressen	440
a) Menschenwürdegarantie und Lebensschutz des Kindes	440
b) Kindeswohl	441
c) Verbot von Kinderhandel Art. 35 KRK und Art. 1 2. ZP-KRK ..	443
d) Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, Art. 8 I EMRK	444
4. Fazit: Keine Rechtfertigung des generellen Leihmutterschaftsverbots	444
IV. Ausgestaltungsvorschlag für eine Regelung von Leihmutterschaftsfällen im Inland	445
1. Rechtsvergleichende Betrachtung	445
a) Niederlande	446
b) England und Wales	447
c) British Columbia	447
2. Elternschaftsübertragung durch gerichtlichen Beschluss	448

a) Zuordnungssystematik	448
b) Zuordnungsvoraussetzungen	451
E. Sonderfälle der Kindes-, Gameten- und Embryonenvertauschung	455
I. Kindesvertauschung	455
1. Derzeitige Rechtslage	455
2. Regulierungsvorschlag	457
II. Embryonen- bzw. Gametenvertauschung	457
1. Derzeitige Rechtslage	457
2. Regulierungsvorschlag	458
F. Künftige Herausforderungen aufgrund reproduktionsmedizinischer Entwicklungen	458
G. Zusammenfassung	460
I. Zuordnung des (ersten) Elternteils	460
II. Zuordnung des weiteren Elternteils	461
1. Automatische Zuordnung aufgrund Ehe/eingetragener Lebenspartnerschaft	461
2. Elternschaftsankennung	462
3. Gerichtliche Feststellung der Elternschaft	463
4. Statuswechsel durch qualifizierte Anerkennung	465
III. Zuordnungskorrektur	465
1. Erste Elternstelle	465
2. Zweite Elternstelle	467
IV. Sonderfall Leihmutterchaft	468
V. Sonderfälle der Kindes-, Gameten- und Embryonenvertauschung	469
VI. Künftige Herausforderungen	469
§ 5 Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bzw. Abkömmlinge	470
A. Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Grundlagen	470
I. Verfassungsrechtlicher Schutz gem. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG	470
1. Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und Recht der Eltern auf Kenntnis der eigenen Abkömmlinge	470
2. Kein Recht auf Nichtkenntnis der Abstammung	471
3. Schutz vor Vorenthaltung erlangbarer Informationen	472
4. Schranken	473
II. Menschenrechtliche Verbürgungen	474
1. Art. 8 I EMRK	474
2. Art. 7 KRK	474
B. Auskunftsansprüche	475
C. Registerlösungen zur Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	477
I. Samenspenderregister	477

II.	Geburtenregistrierung	479
1.	Reproduktionsvermerk im Geburtenregister	479
2.	Anonyme und vertrauliche Geburt, Babyklappe	480
D.	Statusfolgenloses Abstammungsklarungsverfahren	483
I.	Anspruchsberechtigungen und -verpflichtungen	484
II.	Gestaltung des § 1598a BGB als umfassendes statusfolgenloses Abstammungsklarungsverfahren	486
1.	Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten und -verpflichteten	486
2.	Klärungsanspruch auch bei medizinisch-assistierter Zeugung	487
3.	Keine Erforderlichkeit einer Abstammungsbegutachtung im gerichtlichen Verfahren mit Feststellungsbeschluss	488
4.	Allgemeine Feststellungsklage keine Alternative	488
5.	Formulierungsvorschlag	489
E.	Zusammenfassung	490
§ 6	Sachverhalte mit Auslandsbezug	492
A.	Bestimmung des anwendbaren Rechts der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung	492
I.	Qualifikationsfragen	493
1.	Abstammungsfeststellung für kryokonservierte Embryonen	493
2.	Elternschaftsbegründung bei gleichgeschlechtlichen weiblichen Paaren („Mit-Mutterschaft“)	494
3.	Elternschaftsbegründung bei Leihmutterchaft	495
4.	Statuswechsel durch qualifiziertes Anerkenntnis	495
II.	Anknüpfungssystematik des Art. 19 EGBGB	496
1.	Alternativität der Anknüpfungsvarianten	496
2.	Probleme bei konkurrierender Elternschaftszuordnung	498
a)	Lösungsansätze	499
aa)	Priorität	499
bb)	Genetische Elternschaft	500
cc)	Wahlrecht	500
dd)	Vorrang gesetzlicher Zuordnung	500
ee)	Kindeswohl	501
ff)	Tatsächliche Verantwortungsträgerschaft	501
b)	Maßgeblicher zeitlicher Anknüpfungspunkt der Gleichzeitigkeit	503
3.	Wandelbarkeit	504
B.	Anerkennung von im Ausland zustande gekommenen Eltern-Kind-Zuordnungen	505
I.	Anerkennungssystematik	505
1.	Konstellationen	505
2.	Voraussetzungen kollisionsrechtlicher Anerkennung	506

3. Voraussetzungen verfahrensrechtlicher Anerkennung	507
4. Keine Anerkennung von Rechtslagen im EU-Recht	507
II. Ausgewählte Sachverhaltskonstellationen	509
1. Anerkennung von im Ausland zustande gekommenen Mit-Mutter- schaften	509
2. Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in Leihmutterchaftskon- stellationen	510
a) „Ordre public“-Fragen	511
b) Schwierigkeiten kollisionsrechtlicher Anerkennung und Ansätze zu deren Behebung	514
3. Anerkennung von Mehrelternschaft	518
C. Zusammenfassung	519
Zusammenfassung und Ausblick	521
Literaturverzeichnis	544
Sachregister	587

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
a. E.	am Ende
BiB	Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats (Österreich)
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
CC	Code Civil (Frankreich)
CLJ	The Cambridge Law Journal
Dig.	Digesten
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage (Österreich)
FLA 1986	Family Law Act 1986 (England und Wales)
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz (Österreich)
FMedRÄG 2015	Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015
GP	Gesetzgebungsperiode (Österreich)
GS	Groene Serie – Personen- en familierecht, Kommentar, Loseblatt 2014, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer
HFEA 2008	Human Fertilisation and Embryology Act 2008
HFEA Reg 2015	Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015 (England und Wales)
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
KSt.	Kamerstukken (Niederlande)
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Niederlande)
StbG	Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft
Stbl.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
WZB	Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage 2015.

Einführung

„Die Begriffe stimmen nicht mehr“. So überschreibt die Familiensoziologin *Beck-Gernsheim* einen ihrer Kapitelabschnitte.¹ Gemeint ist damit Folgendes: In unserer heutigen Gesellschaft ist ein Wandel der gelebten Familienformen zu verzeichnen, der die Organisation von Verwandtschafts- und Familienverhältnissen vor neue Herausforderungen stellt. Neben das Ideal der klassischen Kleinfamilie bestehend aus Vater, Mutter und mindestens einem Kind, sind alternative Familienformen, wie nichteheliche Lebensgemeinschaften, (registrierte) gleichgeschlechtliche Partnerschaften mit und ohne (eigene/adoptierte/durch Leihmütter ausgetragene/mittels Samen- bzw. Eizellenspende gezeugte) Kinder und eine große Zahl (alleinerziehender) Singlehaushalte, getreten.² Dieser Wandel beruht zum einen auf einem geänderten Verständnis von Familie. Viele Menschen streben heute weg von klassischen Rollenbildern und tradierten familiären Bindungstypen hin zu einer auf Konsens basierten, flexiblen Familienstruktur.³ Zum anderen beruht er auf der neueren Entwicklung in der Reproduktionsmedizin, die über Techniken wie etwa die Eizellen-, Mitochondrien- und Embryonenspende auch gleichgeschlechtlichen Paaren und Alleinstehenden die Erfüllung des Kinderwunsches ermöglicht.⁴

A. Status Quo und Herausforderungen

Das Abstammungsrecht nimmt bei der Organisation von Verwandtschafts- und Familienverhältnissen eine zentrale Aufgabe wahr. Es schafft das rechtliche Band zwischen Eltern und ihren Kindern und ist damit maßgebend für die weitreichenden rechtlichen Wirkungen dieses Verhältnisses, wie beispielsweise das Namens- (§§ 1616 ff. BGB), das Erb- (§§ 1922, 1924 I BGB) und das Unterhaltsrecht (§ 1601 BGB). Die Zuordnung ist auch für viele Aspekte des verfassungsrechtlichen (Art. 6 II 1 GG) und des menschenrechtlichen (Art. 8 EMRK) Schutzes von Bedeutung. Die aus der oben dargestellten Entwicklung hervorgehenden besonderen Herausforderungen für das Abstammungsrecht resultieren vor allem aus

¹ *Beck-Gernsheim*, Was kommt nach der Familie?, 2010, 18.

² *Beck-Gernsheim*, Was kommt nach der Familie?, 2010, 18–21; *Bernard*, StAZ 2013, 136, 139; zu Zahlenwerten vgl. *Eggen/Rupp* in: Rupp (Hrsg.), Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren, 2011, 23, 27; *Rauscher*, Familienrecht, 2008, 11–24 sowie zu aktuellen Werten www.destatis.de.

³ So auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, 5.

⁴ *Beck-Gernsheim*, Was kommt nach der Familie?, 2010, 20.

einer Pluralisierung der Elternrollen.⁵ Kinder haben heute „viele Eltern“.⁶ Als Elternteile kommen beispielsweise mehrere Väter (soziale und genetische) und mehrere Mütter (soziale, biologische und genetische) in den unterschiedlichsten Konstellationen (etwa bei einer Patchwork Familie, nach einer medizinisch-assistierten Zeugung oder nach einem Seitensprung) in Betracht. Unterzieht sich beispielsweise ein gleichgeschlechtliches weibliches Wunschelternpaar im Ausland einer Fruchtbarkeitsbehandlung unter Einbezug einer Eizellenspende, die u. U. auch reziprok erfolgen kann,⁷ fallen die biologische Mutterschaft (Geburtsmutter) und die genetische Mutterschaft (Eizellenspenderin) auseinander. Das Kind hat dann zwei Mütter und einen genetischen Vater (Samenspender). Bei der Vornahme einer Mitochondrienspende hat ein Kind sogar zwei genetische Mütter.⁸ Fällt gar eine Mitochondrienspende mit einer Eizellenspende zusammen, so hätte das Kind neben dem genetischen Vater drei Mütter, zwei genetische und eine biologische. Derartige Konstellationen, die sich über die Hinzunahme sozialer Kriterien der Elternzuordnung beliebig weiterspinnen lassen, werfen nicht nur Fragen der Zuweisung und Ausübung der elterlichen Verantwortung⁹ auf, sondern stellen auch das Abstammungsrecht vor neue Herausforderungen. Wie sollte angesichts der vorstehend skizzierten Entwicklung eine moderne abstammungsrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung gestaltet sein, damit die Interessen aller Beteiligter hinreichend gewahrt werden?

Aber auch jenseits der neuen Reproduktionstechniken und der gewandelten Familienformen zeichnen sich bedeutende Herausforderungen für das heutige Abstammungsrecht ab: So sind etwa Fragen betreffend Personen, die keinem der beiden Geschlechter eindeutig zuzuordnen sind (sog. Intergeschlechtliche, Intersexuelle oder Hermaphroditen) ungeklärt:¹⁰ Ist etwa eine Adoption durch inter-

⁵ Dazu eingehend *Vaskovics* in: Schwab/Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, 11 ff.

⁶ *Löhnig*, Früher hatten Eltern viele Kinder – heute haben Kinder viele Eltern, 2015.

⁷ *Dethloff* in: Hilbig-Lugani/Jakob/Mäsch u. a. (Hrsg.), Zwischenbilanz, 2015, 41.

⁸ Diese ist etwa zulässig in den *Niederlanden* (bereits seit 2002), das Verbot des Art. 24 lit. g EW erfasst die Mitochondrienspende nicht, vgl. Gesetzesbegründung Embryowet, KSt. 27423 Nr. 3, 46, im *Vereinigten Königreich*, vgl. Sections 3ZA(5), (6), 31ZA(2)(a), 35A, 45(1), (3A) des HFEA 1990 i.V.m. den Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, sowie in *Mexiko*, vgl. den Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 29.9.2016, Das Drei-Eltern-Baby, S. 2. Zur Zulässigkeit in Deutschland siehe *Deuring*, MedR 2017, 215; *Klopstock*, ZRP 2017, 165. Weiterführend zur Einflussnahme auf Keimbahnzellen etwa *Eberbach*, MedR 2016, 758.

⁹ Zur Wahl des Begriffs der elterlichen Verantwortung anstelle des Begriffs der elterlichen Sorge spricht sich auch der 71. Deutsche Juristentag 2016 aus, vgl. http://www.djt.de/fileadmin/downloads/71/Beschluesse_gesamt.pdf (zuletzt geprüft am 30.9.2016).

¹⁰ § 22 III PStG hat das real existierende Problem nun auch zu einem rechtlichen gemacht, vgl. jedoch BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643 (Verfassungswidrigkeit der Norm) m. Anm. Gössl. Zu bereits geklärten Fragen siehe *BVerfG*, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, NJW 2011, 909.

sexuelle Personen möglich?¹¹ Welche Bestimmungen sind heranzuziehen, wenn eine intersexuelle Person ein Kind zur Welt bringt?¹² Darüber hinaus ist seit langem eine Diskussion über die Zulässigkeit von Babyklappen und von anonymer/ vertraulicher Geburt im Gange.¹³ Das deutsche Recht kennt seit kurzem eine Regelung, die von anderen Regelungen im europäischen Ausland abweicht.¹⁴ Relevant ist hier insbesondere die Frage, in welchem Verhältnis das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu dem Interesse der Mutter an Anonymität steht.¹⁵ Die Rechtsprechung räumt den Interessen des Kindes an anderer Stelle diesbezüglich gehöriges Gewicht ein.¹⁶ Besondere Brisanz haben in den letzten Jahren – auch mit Blick auf Babyklappen – immer wieder die Rechte von Vätern, die mit der Mutter nicht verheiratet waren und Verantwortung für ihre Kinder übernehmen wollen, erlangt. Im Bereich des Sorgerechts ist der Gesetzgeber diesen Vätern entgegengekommen, indem er die Möglichkeit geschaffen hat, die gemeinschaftliche elterliche Sorge auf Antrag eines Elternteils gerichtlich – und damit unabhängig von dem Willen der Mutter – zu übertragen (§ 1626a I Nr. 3 BGB).¹⁷ Im Abstammungsrecht ist die Vaterschaftsanerkennung aber ohne Zustimmung der Mutter nicht möglich (§ 1595 I BGB).¹⁸ Ähnliche Fragen stellen sich auch bei der privaten Samenspende, d.h. einer unmittelbar von den Beteiligten organisierten Spende ohne Begleitung durch einen Arzt oder ein Krankenhaus. Gleichgeschlechtliche Paare von Frauen haben in der Vergangenheit vermehrt auf die Möglichkeit einer privaten Samenspende zurückgegrif-

¹¹ Zu Fragen der Eheschließung und Eingehung einer Lebenspartnerschaft siehe *Sieberichs*, FamRZ 2013, 1180.

¹² Zur weiteren personensstandsrechtlichen Behandlung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen als Frau, der nach dem rechtlichen Wechsel des Geschlechts ein Kind zur Welt gebracht hat, *BGH*, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, www.bundesgerichtshof.de (zuletzt geprüft am 25.09.2017); *KG*, Beschl. v. 30.10.2014 – 1 W 48/14, NZFam 2015, 32 (beide § 11 TSG heranziehend).

¹³ Stellvertretend siehe *Frank*, StAZ 2012, 289.

¹⁴ Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt vom 28.8.2013, BGBl. I, 3458. Rechtsvergleichend hierzu *Budzikiewicz/Vonk*, 17 *European Journal of Law Reform* (2015) 216

¹⁵ Vgl. etwa die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzesentwurf in BT-Drucks.17/13391, 1.

¹⁶ Vgl. zur Fallkonstellation der Samenspende *BGH*, Beschl. v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13, BeckRS 2014, 14404; *BGH*, Urte. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13, FamRZ 2015, 642; *OLG Hamm*, Urte. v. 6.2.2013 – I-14 U 7/12, BeckRS 2013, 2505; siehe zum Kenntnisinteresse des Kindes auch *BVerfG*, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769; *BVerfG*, Urte. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891; zurückhaltender jedoch *BVerfG*, Urte. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BeckRS 2016, 44719.

¹⁷ Anlass war die Entscheidung des *BVerfG*, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 420/09, FPR 2010, 465.

¹⁸ Die Möglichkeit gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft besteht freilich, vgl. MünchKomm-FamFG/*Coester-Waltjen/Hilbig-Lugani*, § 172 Rn. 11, solange keine Vaterschaft eines anderen Mannes besteht § 1600d I BGB.