

Referat

von Prof. Dr. Ingeborg *Schwenzer*, LL.M., Basel/Schweiz*

Plurale Elternschaft

I. Einleitung

Wie bereits im Gutachten von Tobias Helms ausführlich dargestellt, haben in Deutschland wie auch im gesamten Ausland in den letzten 20 Jahren grundsätzliche Veränderungen in Bezug auf Familienkonstellationen stattgefunden, die sich auch statistisch niederschlagen.¹ Zusammenfassend sollen schlagwortartig nur die folgenden Veränderungen erwähnt werden: nahezu eine Verdoppelung der Zahl nicht-ehelicher Geburten sowie der Anzahl der in nichtehelichen Gemeinschaften lebenden Kinder, massiver Rückgang der bei Ehepaaren lebenden minderjährigen Kinder² und – aufgrund hoher Scheidungsquoten – eine Zunahme der in Patchworkfamilien lebenden Kinder.³ Darüber hinaus ist die Geburt aufgrund künstlicher Befruchtung inzwischen durchaus kein Einzelfall mehr,⁴ des Weiteren leben Kinder zunehmend auch in gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften.⁵

Der Deutsche Juristentag hat sich bereits mehrfach, zuletzt 1992,⁶ mit Fragen des Kindesrechtes befasst. Dabei konnten allerdings diese rasanten Veränderungen weder berücksichtigt noch vorausgesehen werden. Dasselbe gilt für die große Kindschaftsrechtsreform aus dem Jahre 1997/1998.⁷

Trotz der mit der Kindschaftsrechtsreform verbundenen grundlegenden Abschaffung der Unterscheidung ehelicher und nichtehelicher

* Für wertvolle Unterstützung danke ich meiner wissenschaftlichen Assistentin Ref. iur. Ilka Beimel.

¹ Vgl. Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 7 ff.

² Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 7; Statistisches Bundesamt, *Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Haushalte und Familien – Ergebnisse des Mikrozensus, 2015*, S. 137.

³ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 7; Steinbach, in: Hill/Kopp, *Handbuch der Familiensoziologie*, S. 563 (568).

⁴ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 11.

⁵ Vgl. Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 24.

⁶ Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, *Verhandlungen des 59. DJT Hannover 1992* mit Gutachten von *Schwenzer* und *Referaten von Zenz, Willutzki* und *Diederichsen*.

⁷ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997, BGBl. I S. 2942.

Kinder knüpfen Abstammung und Sorgerecht nach wie vor primär an den Elternstatus an.⁸ Die Stellung von Pflegeeltern und sogenannten Stiefeltern ist noch immer mit Unsicherheit belastet.⁹ Offene Fragen finden sich vor allem auch im Bereich der kindschaftsrechtlichen Konsequenzen der heterologen Insemination¹⁰ sowie bei gleichgeschlechtlichen Familien, den sogenannten Queer-Families.¹¹

Nicht nur in der deutschen juristischen und sozialwissenschaftlichen Literatur finden sich dementsprechend vielfältige Anregungen für eine realitätsbezogene Fortentwicklung des Kindschaftsrechtes;¹² wichtige Impulse gehen auch von der Rechtsvergleichung mit Staaten aus, in denen eine solche schon vor Jahren stattgefunden hat und praktisch erprobt werden konnte.¹³

II. Gleichstellung der Kinder unabhängig vom Status

Es sollte heute kaum mehr zweifelhaft sein, dass dem Status der Eltern – verheiratet oder eingetragen, nicht verheiratet oder nicht eingetragen – im Kindesrecht keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zukommen kann. Dies entspricht den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention¹⁴ und wurde auch in den meisten ausländischen Rechtsordnungen in den letzten 20 Jahren weitgehend verwirklicht.¹⁵

⁸ § 1592 Nr. 1 BGB und § 1626 Abs. 1 BGB; dies befürwortend *Dethloff*, Familienrecht, 31. Auflage, § 10 Rn. 9, da die Lebenserfahrung dafür spricht, dass in der Regel der Ehemann der Vater der Kinder seiner Ehefrau ist; vgl. hierzu auch *Gaul*, FamRZ 1997, 1441, 1446; *Staudinger/Rauscher*, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2000 ff., § 1592 Rn. 14.

⁹ Bzgl. der Pflegeeltern vgl. *Balloff*, NZFam 2014, 769, 773; *Scheiwe/Schuler-Harms/Walper/Fegert*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Pflegefamilien als soziale Familien, ihre rechtliche Anerkennung und aktuelle Herausforderungen, S. 12 ff.; bzgl. der Stieffamilien vgl. *Steinbach*, in: Hill/Kopp, Handbuch der Familiensoziologie, S. 563 (582).

¹⁰ Die Stellung des biologischen Vaters wird ausführlich behandelt von *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 39 ff.

¹¹ Vgl. unten S. P 30 f.

¹² Bzgl. der juristischen Literatur vgl. u. a. *Frank*, FamRZ 2007, 1693 ff. und *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 ff.; bzgl. der sozialwissenschaftlichen Literatur vgl. u. a. *Steinbach*, in: Hill/Kopp, Handbuch der Familiensoziologie, S. 563 ff. und *Balloff*, NZFam 2014, 769 ff.

¹³ Vgl. u. a. bzgl. der Elternschaft von mehr als zwei Personen: Kalifornien: Section 7601(c) Family Code; Kanada: A. A. v. B. B., Ontario Court of Appeals, ONCA 2 (2007); bzgl. der Vaterschaft des in die heterologe Insemination Einwilligenden: Großbritannien: Section 35–37 HEFA 2008; vgl. außerdem bzgl. weiterer Themen *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 16 ff., F 31 f., F 41 ff., F 54 ff., F 64 f., F 75 f. und F 91 f.

¹⁴ Artikel 2 Übereinkommen über die Rechte des Kindes: das maßgebliche Kriterium ist vielmehr das Kindeswohl.

¹⁵ *Elisa B. v. Superior Court*, Supreme Court of California, 117 P.3d 660 (2005) bzgl. der Elternschaft eines nichtverheirateten gleichgeschlechtlichen Paares; Kul-

Allein entscheidend muss vielmehr das Kindeswohl sein. Für das Kind ist nicht der Status, das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung seiner Bezugspersonen ausschlaggebend, sondern dass eine Person faktisch elterliche Verantwortung trägt und dass die soziale Eltern-Kind-Beziehung gelebt wird.¹⁶ Dementsprechend gilt es, die Position von faktischen Eltern, die bislang nicht im Mittelpunkt gesetzlicher Regelung steht, zu überdenken und gegebenenfalls im Sinne des Kindeswohls zu stärken.¹⁷

III. Lösungsansätze

Die Stärkung der Position des faktischen Elternteils kann auf verschiedenen Ebenen erfolgen:

Einen ersten Schritt hat der Gesetzgeber mit Einführung des sogenannten kleinen Sorgerechts in § 1687b BGB bzw. § 9 Abs. 1–4 LPartG unternommen.¹⁸ Die sich daraus ergebenden sorgerechtlichen Befugnisse sind jedoch einerseits an den Status, d. h. die Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft mit einem rechtlichen Elternteil, geknüpft, darüber hinaus können sie nur eingreifen, soweit dieser das alleinige Sorgerecht innehat. Zudem setzt die Mitentscheidungsbefugnis das Einvernehmen des sorgeberechtigten Elternteils voraus.¹⁹

stad v. Maniaci, Supreme Court of Montana, 220 P.3d 595 (2009) bzgl. der faktischen Elternschaft der Partnerin einer Adoptivmutter; Smith v. Cole, Supreme Court of Louisiana, 553 So. 2d 847 (1989) bzgl. der finanziellen Pflichten des biologischen, nicht rechtlichen Vaters zum Wohle des Kindes; EGMR 3.12.2009 Zaunegger ./ Deutschland, Nr. 22028/04; EGMR 27.10.1994 Kroon ./ Niederlande, Nr. 18535/91; EGMR 13.6.1979 Marckx ./ Belgien, Nr. 6833/74.

¹⁶ Vgl. *Singer*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Family Law and Culture in Europe, S. 137 (148); *Herchenbach*, Giving Back the Other Mommy, 44 Fam. L.Q. 429, 438 f. (2010–2011) m.w.N.; *Logue*, The Facts of Life for Gay and Lesbian Parents, 2 Family Advocate 43, 46 (2002); *Barlett*, Rethinking Parenthood as an Exclusive Status, 70 Va. L. Rev. 879, 882, 904 f., 944 (1984); schon der 59. DJT stimmte 1992 dafür, dass die sozial gelebte Familie geschützt wird gegenüber Drittinteressen, 59. DJT, Abteilung Familienrecht, S. M 240, 249, Beschlussfassung A. I.

¹⁷ Wie es in der Vergangenheit auch im Ausland von einigen Gesetzgebern und Gerichten unternommen wurde, vgl. z. B. Australien: Section 60CA Family Law Act 1975; Großbritannien: Section 1 Children Act 1989; *Frazier v. Goudschaal*, Supreme Court of Kansas, 295 P.3d 542 (2013); A v. B and C, England and Wales Court of Appeal, EWCA Civ 285 (2012); *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 76 m.w.N. bzgl. der Pflegefamilien.

¹⁸ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.2.2001, BGBl. 2001 I S. 266 ff.; vgl. auch BR-Drucks. 738/00 nach BT-Drucks. 14/3751.

¹⁹ H.M. der sorgeberechtigte Elternteil muss Alleinsorge inne haben; MünchKomm/Hennemann, 6. Aufl. 2012, § 1687b Rn. 3; a.A. Alleinsorge liegt in einschränkender Auslegung schon im Rahmen des § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB vor, so *Motzer*, FamRZ 2001, 1034, 1040.

Pflegeeltern steht nicht einmal ein derartiges kleines Sorgerecht zu.²⁰ Ihre Entscheidungsbefugnisse sind auf Angelegenheiten des täglichen Lebens beschränkt;²¹ insoweit vertreten sie die nach wie vor sorgeberechtigten Eltern.²² Mit Zustimmung der Eltern kann das Familiengericht Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeeltern als Pfleger übertragen.²³ Darüber hinaus kommt allenfalls bei Pflegeverhältnissen wie auch in Stieffamilien nach Ausfall des sorgeberechtigten Elternteils eine Verbleibensanordnung in Betracht, allerdings nur, soweit die Herausnahme des Kindes aus seinem sozialen Umfeld das Kindeswohl gefährden würde.²⁴ Eine eigentliche Kindeswohlprüfung, die danach fragt, bei wem das Kindeswohl am besten verwirklicht erscheint, findet damit nicht statt.²⁵

Diese geschilderte bruchstückhafte Regelung der Anerkennung und Absicherung faktischer Elternschaft vermag gerade auch vor dem Hintergrund rechtsvergleichender und sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse nicht zu befriedigen.²⁶ Von daher müssen weitergehende Lösungen in Betracht gezogen werden.²⁷

Die weitest gehende Absicherung kann mit der Einräumung rechtlicher Elternschaft erreicht werden. Dieser Ansatz wird bereits heute im Rahmen der Stiefkind-Adoption verfolgt.²⁸ Eine Fortentwicklung ist vor allem im Bereich der künstlichen Befruchtung sowie bei den Queer-Families in Erwägung zu ziehen.

Darüber hinaus ist an eine Abkoppelung der elterlichen Sorge von der rechtlichen Elternstellung zu denken.²⁹ Dies würde es ermöglichen, im Sinne des Kindeswohls einzelfallbezogene Entscheidungen auch in Fällen zu treffen, in denen soziale und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen.

²⁰ Gemäß § 1688 Abs. 3 S. 1 BGB stehen die Befugnisse der Pflegeeltern unter dem Vorbehalt abweichender Bestimmung durch den Inhaber der elterlichen Sorge oder gemäß § 1688 Abs. 3 S. 2 BGB durch das Familiengericht. Ersteres erlischt allerdings, wenn eine Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 BGB ergeht, § 1688 Abs. 4 BGB; hierzu auch *Dethloff*, Familienrecht, 31. Auflage, § 14 Rn. 13 ff.

²¹ *Dethloff*, Familienrecht, 31. Auflage, § 14 Rn. 13.

²² *Hoffmann*, Personensorge, 2. Auflage, § 1 Rn. 91.

²³ § 1630 Abs. 3 BGB.

²⁴ Für Pflegefamilien § 1632 Abs. 4 BGB; für Stieffamilien § 1682 BGB.

²⁵ *Dethloff*, Familienrecht 31. Auflage § 14 Rn. 18; eine Verbleibensanordnung ist dann angezeigt, wenn der Eintritt von Störungen beim Kind überwiegend wahrscheinlich ist, MünchKomm/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1632 Rn. 45.

²⁶ *Balloff*, NZFam 2014, 769, 773; *Steinbach*, in: Hill/Kopp, Handbuch der Familiensoziologie, S. 563 (574).

²⁷ Z.B. *Scheiwe/Schuler-Harms/Walper/Fegert*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Pflegefamilien als soziale Familien, ihre rechtliche Anerkennung und aktuelle Herausforderungen, S. 46 f.

²⁸ Vgl. § 1754 Abs. 1 BGB.

²⁹ So schon *Schwenzer*, FamZ 2007, 121, 125 f., bzgl. der Patchworkfamilie.

IV. Elternschaft

1. Anknüpfung der Elternschaft

Bezüglich rechtlicher Elternschaft fußt das deutsche Recht, wie die meisten ausländischen Rechtsordnungen,³⁰ relativ unangefochten auf zwei Rechtsparömien, nämlich *mater semper certa est* und *pater est quem nuptiae demonstrant*. Das Bundesverfassungsgericht hat es ausdrücklich für zulässig erachtet, rechtliche Elternschaft aufgrund von Vermutungen zuzuweisen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt.³¹ Namentlich die *pater-est*-Regel wurde in den letzten vierzig Jahren in einer Reihe ausländischer Rechtsordnungen grundlegenden Änderungen unterworfen.³² Dabei geht es einerseits um eine sinnvolle Einschränkung dieser Vermutung in Fällen, in denen die Vaterschaft des Ehemannes eher unwahrscheinlich ist,³³ zum anderen um eine Ausdehnung auf die verheiratete Partnerin und auch auf den nicht mit der Mutter verheirateten Partner.³⁴ Dies alles führt zu einer höchst komplexen Struktur rechtlicher Elternschaft, so dass auf lange Sicht die Frage gestellt werden muss, ob es nicht angemessener wäre, die *pater-est*-Regel abzuschaffen und stattdessen ein neues Konzept rechtlicher Elternschaft, nämlich die sogenannte intentionale Elternschaft,³⁵ zu entwickeln. Nach diesem Konzept ist die Person rechtlicher Eltern teil, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentional Elternschaft übernimmt und das Kind anerkennt.

³⁰ Z.B. auch Österreich, Frankreich und Serbien.

³¹ BVerfGE 108, 100.

³² So z.B. in Frankreich, vgl. hierzu *Fulchiron*, *Egalité, Vérité, Stabilité*, *Int'l Surv. Fam. L.* 203, 206 f. (2006).

³³ In diesem Fall muss es ein Anfechtungsrecht des nicht rechtlichen Vaters geben, so z.B. in Art. 333 Code Civil oder in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB; vgl. auch *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 44 ff., der eine Ausweitung des deutschen Anfechtungsrechts fordert.

³⁴ Inwieweit die Rechtsparömien auch auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften – weiblich und männlich – anzuwenden sind, untersucht *Appleton*, *Presuming Women*, 86 B.U. L. Rev. 227 ff. (2006); bzgl. der Geltung der Vermutung für die Partnerin der Mutter vgl. auch *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 34 f.; für die nicht eingetragene Lebenspartnerin sollte eine Anerkennung der Elternschaft möglich sein, *ders.*, S. F 35.

³⁵ So schon *Schwenzer*, in *Schwenzer/Büchler*, *Vierte Schweizer Familienrechtstage*, S. 3 (14 f.); vgl. auch *Shapiro*, *Counting from one*, 20 Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L. 509, 516 f. (2011–2012); *Jacobs*, *Why just two?*, 9 J.L. & Fam. Stud. 309, 333 (2007); *Appleton*, *Presuming Women*, 86 B.U. L. Rev. 227, 276 ff. (2006), die den Vorteil der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in einer solchen Elternschaft herausstellt.

2. Queer-Families

Wie bereits im Gutachten von Tobias Helms ausgeführt, sollte die Partnerin der Geburtsmutter weiterer Elternteil eines Kindes sein, wenn sie mit der **Mutter in** eingetragener Lebenspartnerschaft lebt, die Elternschaft **anerkannt** oder in die Vornahme einer künstlichen Befruchtung eingewilligt hat.³⁶

Im Prinzip sollten freilich schwule Paare im Hinblick auf die **Möglichkeit** der **Einräumung** der Elternstellung nicht anders behandelt werden als **lesbische** Paare. Anders als bei Letzteren, bei denen die Familiengründung durch heterologe **Insemination** einer der beiden Partnerinnen erfolgen kann, sind **schwule** Paare auf die Einschaltung einer **Leihmutter** angewiesen. Eine ganze **Reihe ausländischer Rechtsordnungen**³⁷ sehen deshalb vor, dass aufgrund **Einverständnisses**³⁸ aller Beteiligten **rechtliche Elternstellung** den **Wunscheltern**, d. h. auch einem **schwulen Paar**,³⁹ zugewiesen werden kann. Im deutschen Recht erscheint ein solcher Weg derzeit aufgrund des **Verbots** der **Leihmutter**schaft nicht gangbar.⁴⁰ Für das **schwule Paar** bleibt nur die **Stiefkindadoption** bzw., soweit der **Spendersamen** von keinem der Partner stammt, die **gemeinschaftliche Adoption**.⁴¹

Ging es bislang um die **Etablierung** von Elternschaft in **gleichgeschlechtlichen Nuklear-Familien**, d. h. die Elternschaft zweier Partnerinnen bzw. Partner, so zeichnet sich aus **rechtsvergleichender** und **sozialwissenschaftlicher Sicht**⁴² für die nähere Zukunft ein weiteres **Diskussionsfeld** ab. Es gibt **Konstellationen**, in denen gleich-

³⁶ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 33 ff.

³⁷ Z.B. Kalifornien: In re Marriage of Buzzanca, California Court of Appeal, 61 Cal. App. 4th 1412 (1998), wendet den Uniform Parentage Act auch auf die **Leihmutter**schaft an; Kanada: Assisted Human Reproduction Act; Großbritannien: Section 30 Human Fertilisation and Embryology Act 1990; für einen weiteren Überblick vgl. *Dethloff*, JZ 2014, 922, 923ff.; Helms, StAZ 2013, 114, 115ff.

³⁸ In einigen Rechtsordnungen reicht die **Vereinbarung** der Parteien nicht aus, sondern es bedarf eines staatlichen **Hoheitsaktes** zur **Anerkennung** der Elternschaft – so z. B. in Großbritannien.

³⁹ *Hawkins*, My Two Dads, 41 Fam. L.Q. 623, 633 (2007–2008) analysiert die **Anwendung** des Uniform Parentage Act in Kalifornien auf die Elternschaft von **schwulen Paaren** im Falle der **Leihmutter**schaft.

⁴⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, §§ 13c, 14b Abs. 1 AdVermiG; Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 52 ff., bzgl. der **abstammungsrechtlichen Konsequenzen**; Heiderhoff, NJW 2014, 2673 ff., bzgl. der **Anerkennung** im Ausland geborener Kinder; jetzt auch zur **Anerkennung ausländischer Regelungen** zur **Co-Mutterschaft** BGH 20.4.2016, XII ZB 15/15.

⁴¹ Für **eingetragene Lebenspartner** wird diese auch von Helms gefordert, Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 32.

⁴² Vgl. *Singer*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Family Law and Culture in Europe, S. 137; *Kelly*, Nuclear Norms or Fluid Families?, 21 Can. J. Fam. L. 133, 137 ff., 154 ff. (2004–2005).

geschlechtliche Paare die Einbeziehung des externen genetischen Elternteils bewusst anstreben, d.h. ein lesbisches Paar möchte den genetischen Vater mit einbeziehen⁴³ und ein schwules Paar die genetische Mutter. Alle Beteiligten wünschen sich dabei einvernehmlich die rechtliche Elternschaft.⁴⁴ Nun hat freilich das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2003 entschieden, dass „[e]in Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtliche zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukommt [...] nicht der Vorstellung von elterlicher Verantwortung, die Art. 6 Abs. 2 GG zugrunde liegt [...]“ entsprechen.⁴⁵ Bei dieser Aussage darf jedoch nicht übersehen werden, dass es in der Entscheidung letztlich um das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters ging, nicht jedoch um eine Situation, in der drei erwachsene Personen gemeinsam Elternverantwortung für ein Kind übernehmen wollen. Maßgebend war darüber hinaus für das Bundesverfassungsgericht, dass das Kindeswohl in einer solchen Konstellation durch Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern beeinträchtigt werden könnte.⁴⁶ Woher das Bundesverfassungsgericht freilich diese psychologische Erkenntnis gewann, blieb im Dunkeln. Doch selbst wenn sie zuträfe, greift dieses Argument nur für den der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, nämlich die Konfrontation zwischen rechtllichem und biologischem Vater und kann nicht auf die Situation der erweiterten Queer-Family, in der alle drei Beteiligten einvernehmlich Elternstellung übernehmen wollen, übertragen werden. Für diese Fälle ist deshalb in Einklang mit einer Reihe ausländischer Rechtsordnungen⁴⁷ die Möglichkeit der Einräumung rechtlicher Elternschaft auch an mehr als zwei Beteiligte zu fordern.⁴⁸

⁴³ So beispielsweise in *A v. B and C*, England and Wales Court of Appeal, EWCA Civ 285 (2012); *Re Patrick*, Family Court of Australia, 28 Fam LR 579 (2002), auch wenn die Vereinbarung der Beteiligten zur Erziehungsteilnahme des biologischen Vaters später umstritten war.

⁴⁴ *AA v. BB*, Ontario Court of Appeals, ONCA 2 (2007); *ML & AR v. RM & SW*, England and Wales High Court, EWHC 2455 (2011); *D.W.H. v. D.J.R.*, Alberta Court of Appeals, ABCA 57 (2007).

⁴⁵ BVerfGE 108, 102.

⁴⁶ BVerfGE 108, 103.

⁴⁷ Kalifornien: Section 7601(c) Family Code; Kanada: *A. A. v. B. B.*, Ontario Court of Appeals, ONCA 2 (2007).

⁴⁸ In der Literatur wird mitunter gegen eine plurale Elternschaft angeführt, dass dies zu einer finanziellen Verpflichtung von mehr als zwei Personen gegenüber dem Kind führen kann – in Deutschland dann später auch eine korrespondierende finanzielle Verpflichtung des Kindes gegenüber mehr als zwei Personen, vgl. *Budzikiewicz*, in: *Boele-Woelki/Dethloff/Gephart*, Family Law and Culture in Europe, S. 165. Gelöst wird dieses vermeintliche Problem in der Literatur durch eine Aufspaltung verschiedener Rechte und Pflichten, die in der **Elternschaft enthalten sind** und ihre Verteilung auf mehr als zwei Personen, wobei die **finanzielle Verpflichtung nur** subsidiär von mehr

2. Adoption

Im Rahmen des Adoptionsrechts taucht zunächst das Problem auf, dass dieses im Regelfall noch statusgebunden ist.⁴⁹ Gemeinschaftliche Adoption ist sogar nur **verheirateten heterosexuellen Paaren** zugänglich und bleibt **eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnern** nach wie vor verwehrt.⁵⁰ Im Zuge einer **Neuausrichtung des Kindschaftsrechts** jenseits statusbezogener Anknüpfungen ist deshalb die Öffnung der gemeinschaftlichen Adoption nicht nur für eingetragene Partner und Partnerinnen, sondern auch für nicht verheiratete bzw. nicht eingetragene hetero- oder gleichgeschlechtliche Paare zu fordern.⁵¹

Auch die Stiefkindadoption knüpft bislang an den Status an, indem sie lediglich dem Ehepartner, dem eingetragenen Partner oder der eingetragenen Partnerin zur Verfügung steht.⁵² Insoweit gilt das für die gemeinschaftliche Adoption Gesagte: Die Statusgebundenheit entspricht nicht dem Kindeswohl, vielmehr sollten die Voraussetzungen für die Stiefkindadoption unabhängig vom Status beurteilt werden. Dieser Ansatz wurde etwa jüngst in der Schweiz vom Gesetzgeber umgesetzt.⁵³

Freilich ist nun die Stiefkindadoption in jüngerer Zeit vielfach kritisiert worden.⁵⁴ Dabei gilt es allerdings, zwei Konstellationen zu unterscheiden: einerseits die Stiefkindadoption, die der ursprünglichen Familiengründung, namentlich in Queer-Families, dient, und andererseits die Stiefkindadoption in Patchworkfamilien.

als zwei Personen ausgeübt wird, vgl. *Appleton*, *Parents by the Numbers*, 37 Hofstra L. Rev. 11, 23, 30ff. (2008–2009); *Althouse*, *Three's Company?*, 19 Hastings Women's L.J. 171, 188, 196 (2008); *Dowd*, *Multiple Parents/Multiple Fathers*, 9 J.L. & Fam. Stud. 231, 252 (2007).

⁴⁹ Vgl. § 1741 BGB; die gemeinschaftliche Adoption durch ein Ehepaar ist die Regeladoption, BT-Drucks 7/3061 S. 28ff., MünchKommL/Maurer, 6. Aufl. 2012, § 1741 Rn. 37.

⁵⁰ Letzteren ist nur die Stiefkind- und Sukzessivadoption möglich, § 9 Abs. 7 S. 1, 2 LPartG i.V.m. § 1742 BGB. Das Nichtvorhandensein einer gemeinsamen Fremdkindadoption moniert auch *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 32.

⁵¹ Ein solches Adoptionsrecht geht weiter als das von *Helms* geforderte, *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 32; dieses Adoptionsrecht wäre aber im Einklang mit rechtsvergleichenden Ergebnissen. So ist eine gemeinschaftliche Adoption z. B. in Neuseeland, teilweise in Australien, in einigen Bundesstaaten der USA und den Niederlanden möglich.

⁵² §§ 1741 Abs. 2 S. 3, 1742 BGB, § 9 Abs. 7 S. 1 LPartG; dies wird auch kritisiert von *Dethloff*, ZKJ 2009, 141, 144f.

⁵³ Schlussabstimmung Nationalrat, Amtliches Bulletin Nationalrat, Sitzung vom 17.6.2016: Für die Annahme des Entwurfes 125 Stimmen, dagegen 68 Stimmen (3 Enthaltungen).

⁵⁴ *Wilke*, Die Adoption minderjähriger Kinder durch den Stiefelternteil, 2014, S. 55; *Frank*, FamRZ 2007, 1693ff.; *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 33f.

In den Fällen der Queer-Families geht es darum, dem Kind möglichst ab Geburt einen zweiten Elternteil zuzuordnen. Wie oben dargestellt⁵⁵ und im Gutachten von Helms ausführlich analysiert⁵⁶ kann dies für weibliche Queer-Families durch **genuine** Einräumung der Elternstellung oder Anerkennung der Elternschaft ermöglicht werden. Da dies wegen des Verbots der Leihmutterschaft bei männlichen Queer-Families nicht möglich ist, muss für diese die Stiefkindadoption herangezogen werden. Aus Gründen des Kindeswohls ist dabei eine möglichst rasche Klärung der rechtlichen Zuordnung wünschenswert, so dass die Stiefkindadoption in unmittelbarem Zusammenhang mit der Geburt zugelassen werden sollte.⁵⁷

Anders ist die Situation in Patchworkfamilien zu beurteilen.⁵⁸ Gewichtige Gründe sprechen hier gegen die Stiefkind-Adoption. Zum einen wird mit der Stiefkindadoption die rechtliche Beziehung zum externen Elternteil aufgehoben.⁵⁹ Die rechtliche Elternstellung von mehr als zwei Personen, wie sie oben für Queer-Families befürwortet wurde,⁶⁰ erscheint bei Patchworkfamilien nicht angemessen. Hier dürften die vom Bundesverfassungsgericht ins Feld geführten Bedenken betreffend Rollen- und Kompetenzkonflikten⁶¹ als dem Kindeswohl abträglich durchschlagen.

Auch wenn man nach einer Stiefkindadoption im Sinne einer offenen Adoption ein Umgangsrecht des Kindes mit dem externen, leiblichen Elternteil und seinen Verwandten befürwortet,⁶² kann der Abbruch der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung nicht notwendigerweise als im Interesse des Kindes liegend betrachtet werden. Zum anderen ist bekannt, dass Patchworkfamilien in noch höherem Maße trennungs- und scheidungsanfällig sind als Ursprungsfamilien.⁶³ Das durchaus sinnvolle Verbot der Kettenadoption Minderjähriger⁶⁴ führt so dazu, dass das Kind nach Trennung oder Scheidung des leiblichen Elternteils vom Stiefelternteil einer Person rechtlich zugeordnet bleibt, die es häufig nicht um der Eltern-Kind-Beziehung willen, son-

⁵⁵ Vgl. oben S. 5 ff.

⁵⁶ Vgl. Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 33 ff.

⁵⁷ Eine Pflegezeit, wie sie § 1744 BGB vorsieht, kann und sollte in dieser Konstellation nicht vorausgesetzt werden.

⁵⁸ So auch Frank, FamRZ. 2007, 1693 ff.

⁵⁹ § 1755 Abs. 2 BGB.

⁶⁰ Vgl. oben S. P 31.

⁶¹ BVerfGE 108, 103.

⁶² Vgl. Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 97 f.

⁶³ Huinink, in: BPB, Informationen zur politischen Bildung (Heft 301) – Familie und Familienpolitik 2009, abrufbar unter <<http://www.bpb.de/izpb/8036/wandel-der-familienentwicklung-ursachen-und-folgen?p=all>>.

⁶⁴ § 1742 BGB; vgl. auch Dethloff, Familienrecht, 31. Auflage, § 15 Rn. 16 ff.

dern aus in der Paarbeziehung wurzelnden Gründen adoptiert hat.⁶⁵ Im Extremfall kann dies sogar gelten, wenn der leibliche Elternteil nach Auflösung der Patchworkfamilie zum anderen leiblichen Elternteil des Kindes zurückkehrt.⁶⁶ Bereits der 59. Deutsche Juristentag hat deshalb im Jahre 1992 mit großer Mehrheit beschlossen, die Möglichkeit der Stiefkindadoption drastisch einzuschränken.⁶⁷ An der Notwendigkeit dieses Postulats hat sich bis heute nichts geändert.

Anders mag man allenfalls in Fällen entscheiden, in denen der externe, leibliche Elternteil verstorben ist und die Stiefkindadoption dem Ziel dient, dem minderjährigen Kind wieder einen zweiten rechtlichen Elternteil zu verschaffen.

Berechtigte Sicherheits- und Stabilitätsinteressen in Patchworkfamilien sind nicht durch Stiefkindadoption, sondern vielmehr im Rahmen der elterlichen Sorge zu berücksichtigen.⁶⁸

V. Elterliche Sorge

1. Allgemeines

Auch der Bereich der elterlichen Sorge war in den vergangenen Jahrzehnten einem grundlegenden Wandel unterworfen.⁶⁹ Hier hat sich weitgehend eine statusunabhängige Anknüpfung durchgesetzt.⁷⁰

Als erstes gilt es, den Begriff der „elterlichen Sorge“ neu zu überdenken. Im englischen Children Act 1989 wurden erstmals überkommene Begrifflichkeiten durch den Begriff „parental responsibility“, der „elterlichen Verantwortung“, ersetzt.⁷¹ Dieser beginnt sich inzwi-

⁶⁵ Wilke, Die Adoption minderjähriger Kinder durch den Stiefelternteil, 2014, S. 55; Frank, FamRZ 2007, 1693, 1695.

⁶⁶ Schwenger, Gutachten 59. DJT, S. A 98; dies., FamRZ 1989, 431.

⁶⁷ 59. DJT, Abteilung Familienrecht, S. M 248, 254, Beschlussfassung F. IV.

⁶⁸ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 64 ff., obwohl die von Helms genannten Voraussetzungen sehr hoch sind.

⁶⁹ Vor allem hat sich die gemeinsame elterliche Sorge auch nach Trennung oder Scheidung durchgesetzt, vgl. rechtsvergleichend Schwenger, in dies., Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, Antwerpen/Oxford 2007, S. 13 m.w.N.

⁷⁰ Dieser Trend wird europaweit wahrgenommen, u.a. Dethloff, Familienrecht, 31. Auflage, München 2015, § 13 Rn. 250. In vielen Bundesstaaten der USA kann die elterliche Sorge anhand der Prinzipien „de facto“ Elternschaft und „in loco parentis“ übertragen werden, hierzu ausführlich Atkinson, Family Law Quarterly 47 (2013), 1, 7 ff.; in diesem Trend stehen auch die Beschlüsse des 59. DJT 1992, der sich für die gemeinsame elterliche Sorge der nicht verheirateten Eltern auf Antrag ausspricht, 59. DJT, Abteilung Familienrecht, S. M 245, 252, Beschlussfassung D. I. 1.

⁷¹ Section 3 Children Act 1989; zur Erläuterung des Begriffs der „parental responsibility“ insbesondere für Stieffamilien Russel, Child and Family Law Quarterly 26 (2014), 301 ff.

schen auch international durchzusetzen.⁷² Der Begriff der elterlichen Verantwortung betont einerseits die Pflichtenseite stärker als der Begriff der **elterlichen Sorge**, andererseits erscheint er eher geeignet, plurale **Familienkonstellationen** aufnehmen zu können. Denn elterliche Sorge ist – jedenfalls im deutschen Rechtskreis – nach wie vor verknüpft mit dem Konzept der rechtlichen Elternschaft.⁷³ Der Gedanke, die elterliche Sorge auf Nicht-Eltern, d. h. auf Dritte, zu übertragen, erscheint vielen Juristinnen und Juristen des deutschen Rechtskreises undenkbar.⁷⁴ Erst recht gilt dies für die Möglichkeit, dass mehr als zwei Personen die elterliche Sorge ausüben.

2. Elterliche Sorge Dritter

a) Bei bestehender Familiengemeinschaft

Wie im Gutachten von Tobias Helms ausführlich dargestellt ermöglichen viele ausländische Rechtsordnungen schon heute die Übertragung der elterlichen Sorge auf dritte Personen, d. h. nicht rechtliche aber soziale Eltern.⁷⁵ Von großer praktischer Relevanz wird dies nicht nur in Patchworkfamilien, sondern insbesondere auch, wenn man – wie es das Gutachten nahelegt⁷⁶ – ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht des biologischen Vaters zulassen sollte. Darüber hinaus lässt sich dieser Ansatz auch für Queer-Families heranziehen, sofern hier nicht eine plurale rechtliche Elternschaft befürwortet wird. Schließlich eignet sich dieses Konzept auch zur Absicherung faktischer Beziehungen in Pflegefamilien.

Elterliche Sorge Dritter kommt primär in Betracht, wenn die Inhaber der elterlichen Sorge zustimmen.⁷⁷ Steht die elterliche Sorge leiblichen Eltern gemeinsam zu, so kann sich hieraus auch eine elterliche Sorge von mehr als zwei Personen ergeben.⁷⁸ Für die Einräumung elterlicher Sorge an Dritte im Einverständnis mit dem alleinsor-

⁷² Vgl. CEFL, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antwerpen/Oxford 2007.

⁷³ § 1626 Abs. 1 BGB.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 108, 101 ff.

⁷⁵ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 64 f. bzgl. der Stieffamilie, S. F 75 f. bzgl. der Pflegefamilie; vgl. allgemein auch *d'Angelo*, in: Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Family Law and Culture in Europe, S. 217, 219 ff., Antwerpen/Oxford 2014; vgl. auch Section 47 Care of Children Act 2004.

⁷⁶ Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 44 ff.

⁷⁷ Vgl. u. a. Großbritannien: Section 4A (1)(a) Children Act 1989 für die Stieffamilie; Australien: Section 40 Care of Children Act 2004.

⁷⁸ Wie es in A. A. v. B. B., Ontario Court of Appeals, ONCA 2 (2007) geschah; auch für die Anerkennung einer solchen Vereinbarung *Cameron/Gruben/Kelly*, De-Anonymising Sperm Donors in Canada, 26 Canadian Journal of Family Law, 95, 147 (2010). Die Wirksamkeit der Vereinbarung ist vom Kindeswohl abhängig, vgl. Re B, England and Wales High Court, EWHC 1952 (Fam), 1 FLR 1015 (2007).

geberechtigten Elternteil sollte hingegen eine Zustimmung des nicht sorgeberechtigten externen Elternteils nicht verlangt werden.⁷⁹ Auch eine gerichtliche Entscheidung erscheint in diesem Fall nicht erforderlich.⁸⁰

Darüber hinaus sollte, wie in einigen ausländischen Rechtsordnungen, die elterliche Sorge durch gerichtliche Entscheidung auf dritte Personen übertragen werden können.⁸¹ Dies ist insbesondere auch gegen den Willen des sorgeberechtigten leiblichen Elternteils möglich, soweit dies dem Kindeswohl am besten entspricht.⁸² Auch eine solche Regelung ist oftmals nicht auf Patchworkfamilien beschränkt, sondern erfasst insbesondere auch Pflegeeltern.

b) Nach Auflösung der Familiengemeinschaft

Im Hinblick auf die Konsequenzen der Auflösung der Patchworkfamilie gilt es, zwischen den beiden Konstellationen Auflösung durch Trennung oder Scheidung und Auflösung durch Tod zu unterscheiden. Die Interessenkonstellation das Kind betreffend stellt sich in diesen Situationen jeweils unterschiedlich dar. Bei Auflösung der Patchworkfamilie durch Trennung oder Scheidung geht es um das Verhältnis des internen leiblichen Elternteils, der während der bestehenden Patchworkfamilie mit dem Kind zusammengelebt hat, zum Stiefelternteil. Demgegenüber stehen sich bei der Auflösung durch Tod der externe leibliche Elternteil, mit dem das Kind unter Umständen keine gelebte Beziehung verband, und der Stiefelternteil gegenüber.

Bei Trennung und Scheidung einer Patchworkfamilie sollte die Zuteilung der elterlichen Sorge ebenfalls ausschließlich anhand des Kindeswohls vorgenommen werden.⁸³ Primär ist auch hier an einen Fortbestand bzw. eine Einräumung gemeinsamer elterlicher Sorge zwischen leiblichen Eltern und Stiefeltern zu denken,⁸⁴ und zwar selbst dann, wenn während bestehender Patchworkfamilie der Stiefelternteil noch keine elterliche Sorge innehatte. Wo gemeinsame elterliche Sorge nicht gangbar erscheint, darf nicht von einem uneingeschränkten Pri-

⁷⁹ Anders als Helms, der ein solches Einverständnis auch in dieser Situation fordert, *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 67 bzgl. der Stieffamilie.

⁸⁰ Eine solche wird ebenfalls von Helms gefordert, *Helms*, Gutachten 71. DJT, S. F 67.

⁸¹ Z.B. Großbritannien: Section 4A(1)(b) Children Act 1989 bzgl. der elterlichen Mitsorge, Section 8(1) und 10(5) Children Act 1989 bzgl. des Aufenthaltsbestimmungsrechts; Australien: Section 48(2)(b) Care of Children Act 2004.

⁸² *ML & AR v. RM & SW*, England and Wales High Court, EWHC 2455 (2011).

⁸³ Wie es auch in *Chartier v. Chartier*, Canadian Supreme Court, 1 SCR 242 (1999) geschah bezüglich der Frage, ob das Stiefkind ein „Kind der Ehe“ ist.

⁸⁴ Wie es auch für die rechtlichen Eltern gilt, § 1626 Abs. 1 und 3 S. 1 BGB.

mat des leiblichen Elternteils ausgegangen werden. Vielmehr ist auch hier allein zu fragen, was dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁸⁵

Das Erfordernis individueller Beurteilung des Kindeswohls gilt erst recht bei Auflösung der Patchworkfamilie durch Tod des internen leiblichen Elternteils. Die in § 1682 BGB vorgesehene Verbleibensanordnung zugunsten von Bezugspersonen, die zudem noch statusbezogen ausgestaltet ist,⁸⁶ reicht nicht aus, um das Kindeswohl in angemessener Weise zu schützen. Die elterliche Sorge ist vielmehr auch hier allein entsprechend dem Kindeswohl zuzuteilen.

VI. Fazit

Das geltende Recht tut sich mit der Anerkennung und Absicherung pluraler Elternschaft ausgesprochen schwer. Jede Lösung *de lege ferenda* hat dabei das Kindeswohl als Primat im Auge zu behalten. Vom Kindeswohl her betrachtet macht es keinen Unterschied, welchen Status elterliche Bezugspersonen haben, ja nicht einmal ob diese die genetischen Eltern sind.

Plurale Elternschaft tritt in der Realität in völlig verschiedenen Formen auf. Jede gesetzliche Regelung muss deshalb flexibel genug sein, um diesen heterogenen tatsächlichen Verhältnissen gerecht werden zu können.

Abschließend ist festzuhalten, dass sich zwei unterschiedliche Szenarien pluraler Elternschaft unterscheiden lassen: plurale Elternschaft bereits bei ursprünglicher Familiengründung und plurale Elternschaft nach Aufhebung von Ursprungsfamilien. Während sich in der ersten Konstellation eine Erweiterung der Anerkennung rechtlicher Elternschaft aufdrängt, ist in der zweiten Konstellation eher an eine Übertragung der elterlichen Sorge auch auf dritte, soziale Elternfunktion einnehmende Personen zu denken.

⁸⁵ Vgl. Wortlaut § 1671 Abs. 1 Nr. 2 BGB; auch zwei Personen – interner und externer leiblicher Elternteil – haben weiterhin elterliche Sorge.

⁸⁶ Eine Änderung des Statusbezugs fordert Helms, Gutachten 71. DJT, S. F 63.

Thesen

*zum Referat von Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M.,
Basel/Schweiz*

1. Dem Status der Eltern (verheiratet oder eingetragen, nicht verheiratet oder nicht eingetragen) darf im Kindesrecht keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zukommen.
2. Die rechtliche Position sozialer Eltern ist zu stärken.
3. Im Sinne intentionaler Elternschaft sollte rechtliche Elternschaft an den Willen zur Übernahme elterlicher Verantwortung angeknüpft werden.
4. Es ist die Möglichkeit der lesbischen Partnerin der Geburtsmutter, bereits bei Geburt rechtliche Elternschaft zu erlangen, vorzusehen.
5. Für schwule Paare, die auf Einschaltung einer Leihmutter angewiesen sind, sind aus Gründen der Gleichbehandlung weitere Wege zur Erlangung rechtlicher Elternschaft vorzusehen.
6. Bei intendierter pluraler Elternschaft in Queer-Families ist rechtliche Elternschaft auch für mehr als zwei Personen anzuerkennen.
7. Die Voraussetzungen für Adoption sind unabhängig vom Status und der sexuellen Orientierung der Adoptionswilligen auszugestalten.
8. Soweit eine Stiefkind-Adoption zur ursprünglichen Familiengründung in männlichen Queer-Families erforderlich ist, ist diese zu erleichtern.
9. Die Stiefkind-Adoption in Patchwork-Familien ist drastisch einzuschränken, wenn der externe leibliche Elternteil (noch) lebt.
10. Der Begriff der elterlichen Sorge ist zu ersetzen durch den Begriff der elterlichen Verantwortung.

11. Elterliche Sorge ist unabhängig von rechtlicher Elternschaft allein anhand des Kindeswohls zuzuteilen.
12. Elterliche Sorge sozialer Eltern kommt in Betracht bei Zustimmung sorgeberechtigter Eltern. Eine Zustimmung des externen nicht sorgeberechtigten Elternteils ist nicht erforderlich.
13. Das Gericht kann auch ohne Zustimmung sorgeberechtigter Eltern die elterliche Sorge auf soziale Eltern übertragen, soweit dies dem Kindeswohl am besten entspricht.
14. Bei Auflösung einer Patchwork-Familie ist die Zuteilung der elterlichen Sorge ausschließlich anhand des Kindeswohls vorzunehmen.

**Verhandlungen des
71. Deutschen Juristentages**

Essen 2016

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band II/1

Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse

Sonderdruck

Verlag C.H.Beck München 2017