

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 14



Wolfgang Metzner Verlag

Band 14

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-81-3

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Am 18. März 2016 diskutierten Juristen, Mediziner und Psychologen aus Wissenschaft, Praxis und Politik in der Bucerius Law School in Hamburg über die »Regelungsaufgabe Mutterstellung«. Wie bei den vorangegangenen Fachgesprächen zur »Regelungsaufgabe Vaterstellung« im Jahr 2014 und zur »Regelungsaufgabe Paarbeziehung« im Jahr 2012, ging es auch diesmal wieder um mögliche Regelungsziele, beobachtbare Regelungsbedürfnisse und praktische sowie rechtliche Regelungsgrenzen, also um die Fragen: »Was will, was darf, was kann der Staat?«. Der Tagungsband versammelt die schriftlichen Beiträge der Referenten, ergänzt um eine erweiterte Einführung von Bettina Heiderhoff und Anne Röthel.

Wir sind den Referenten sehr dankbar für ihre klaren, tiefgehenden und zukunftsgerichteten Referate, die dabei halfen, das deutsche Familienrecht mit dem ausländischem Familienrecht, dem öffentlichen Recht, der Rechtsphilosophie und der Entwicklungspsychologie zu vernetzen. Zu Dank verbunden sind wir ihnen auch dafür, dass wir nur wenige Monate nach dem Fachgespräch bereits den Tagungsband auf den Weg bringen konnten. Auf diese Weise hoffen wir, dass unser Austausch in die aktuelle Diskussion über das Abstammungsrecht einfließen wird.

Die Durchführung des Fachgesprächs und die Publikation der Referate wurden ermöglicht von der Bucerius Law School und dem Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster. Das Erscheinen des Tagungsbandes ist abermals willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag und dort insbesondere Frau Flessner für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken.

Hamburg und Münster, im Juli 2016

Anne Röthel *Bettina Heiderhoff*

■ Inhalt

Vorwort 5

Anne Röthel/Bettina Heiderhoff

Regelungsaufgabe Mutterstellung: Eine Einführung 9

Nina Dethloff

Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe 19

Sabine Walper/Ina Bovenschen/Christine Entleitner-Phleps/Ulrike Lux

Was kann der Staat? Mutterschaft aus Sicht der Familien-, Kinder- und Jugendforschung 31

Thomas Gutmann

Mutterschaft zwischen »Natur« und Selbstbestimmung 63

Ann-Katrin Kaufhold

Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung 87

■ **Regelungsaufgabe Mutterstellung: Eine Einführung**

Von Professorin Dr. *Anne Röthel*, Hamburg, und
Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*, Münster

I. Was will, was kann, was darf der Staat?

Mit der Dramaturgie »Was will, was kann, was darf der Staat?« geht es uns darum, Handlungsspielräume auszuloten. Wir wollen uns über die Anliegen des geltenden Rechts vergewissern (»was will der Staat?«), wir wollen uns um eine realistische Einschätzung darüber bemühen, welche Wirkungen sich mit Recht überhaupt erzielen lassen (»was kann der Staat?«) und schließlich danach fragen, welchen inhärenten Bindungen Gesetzgebung und Rechtsprechung dabei unterliegen (»was darf der Staat?«).

Durch die Orientierung auf mögliche Regelungsziele, Wirkungsgrenzen und Selbstbindungen wollen wir dabei helfen, die für das Familienrecht so eigentümliche »politische Natur«, die ihm einen schweren Stand innerhalb der Rechtswissenschaft beschert hat, produktiv aufzulösen und uns unserer Fragestellung konstruktiv zu nähern. Doch ist dies gerade für die Mutterstellung nicht ganz leicht.

II. Warum gerade die Regelungsaufgabe Mutterstellung?

Für das vorangegangene Fachgespräch hatten wir die Regelungsaufgabe Vaterstellung zum Thema gewählt. Danach lag es nahe, dass wir uns als nächstes der Regelungsaufgabe Mutterstellung annehmen.

Doch ist es, als begeben man sich auf einen anderen Stern. Ging es bei der Regelung der Vaterstellung um konkrete Fragen, die der Gesetzgeber gegenwärtig aktuell zu lösen versucht, so erscheint es aus jetziger Sicht unwahrscheinlich, dass bei den spezifisch die Mütter betreffenden Fragen in den nächsten Jahren ein politischer Konsens zu gesetzgeberischen Reformen gefunden wird. Insofern ist es nur konsequent, dass im Gutachten zum 71. DJT von *Tobias Helms* (Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen) das Thema Mutterstellung weit weniger Raum einnimmt, als die Vaterstellung. War-

um dann also das Fachgespräch zum Thema Mutterstellung – abgesehen von der ansprechenden Logik der Themenabfolge?

Zum einen ist das Gespräch nötig, weil sich das Leben auch Bahnen sucht, die das Recht nicht eröffnet. Fragen zur Mutterstellung sind drängend. Denn alleinstehende Frauen bestellen sich Spendersamen im Ausland oder organisieren private »Becherspender«, um ohne Partner ein Kind bekommen zu können; Frauen, die nicht über eigene, brauchbare Eizellen verfügen, reisen nach Spanien, um dort Eizellspenden zu erhalten; lesbische Paare verlegen ihren gewöhnlichen Aufenthalt vorübergehend in Nachbarstaaten, um dort Co-Mütter zu werden; und Menschen, die eine Leihmutter in Anspruch nehmen wollen, begeben sich nach Kalifornien, oder, wenn die finanziellen Mittel dazu nicht reichen, in die Ukraine. Damit besteht ein Zustand, der der Reichweite des nationalen Rechts weitgehend entzogen ist. Wichtige Rechte der beteiligten Personen, insbesondere der eine Eizelle spendenden oder ein Kind austragenden Frau sowie des Kindes können so unnötig beeinträchtigt oder gefährdet werden, sei es durch unzureichende medizinische Versorgung, durch unfaire rechtliche Ausgestaltung der Vereinbarung, oder einfach durch fehlende Aufbewahrung der Information über die Identität der Spenderin. Zudem bestimmt die Zahlungsfähigkeit darüber, wer sich in welcher Weise fortpflanzen kann. Da die Realität der Einfachheit des Rechts nicht mehr entspricht, hat die Rechtsprechung schwierige Frage zu lösen,¹ während Menschen, denen eine natürliche Fortpflanzung nicht möglich ist, sich an immer neuen Möglichkeiten versuchen, die rechtliche Elternstellung zu erhalten, ohne das Kind selbst zu zeugen oder zu gebären.²

Zum anderen halten wir es für unerlässlich, Rationalität in eine Debatte zu bringen, die gelegentlich erkennbar emotionsbeladen geführt wird. Zwar können im familienrechtlichen Schrifttum und oft auch in der familienrechtlichen Praxis in ganz wesentlichen Fragen weitgehende Übereinstimmung oder doch deutlich herrschende Ansichten beobachtet werden. Das gilt zum Beispiel für die Frage der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare,³ für die Anerkennung von im Ausland durch Gerichtsentschei-

1 Insbesondere BGH zur ausländischen Leihmutterchaft; OLG Köln, StAZ 2015, 244 zur inländischen Co-Mutterchaft; OLG Celle, StAZ 2011, 150 sowie KG, FamRZ 2015, 943 zur ausländischen Co-Mutterchaft; zur inzwischen möglichen Sukzessivadoption BVerfGE 133, 59.

2 BGHZ 197, 242 (zum Becherspender); AG Celle, FamRZ 2015, 1982 (ausländische Samenspende); *Nina Dethloff*, Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterchaft, in: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, 2015, S. 41.

3 BVerfGE 133, 59 zur Sukzessivadoption.

derung deutschen Eltern zugeordneten Leihmutterkindern,⁴ und wohl auch in Hinblick auf die Einführung von Co-Mutterschaft in Deutschland.⁵ Gemeinsame Grundüberzeugungen, zu denen die Wahrung des Kindeswohls und die Nichtdiskriminierung zählen dürften, helfen hier Konsens zu erzielen. Jedoch lösen auch diese Fragen außerhalb der engen familienrechtlichen Fachgemeinde teils erhebliches Befremden aus. Das dürfte auch der Grund dafür sein, dass es ein so langer Weg ist bis zur Einführung der gemeinsamen Adoption durch Lebenspartner.

Geht es aber um die abstammungsrechtlichen Folgen von reproduktiven Verfahren, die in Deutschland derzeit verboten sind, wird das Eis schnell brüchiger. Starke persönliche Vorprägungen vermögen die juristische Argumentationsschärfe dann teilweise zu beeinträchtigen. Das sei sogleich (III.) näher ausgeführt.

Schließlich stellt sich die ganz grundsätzliche Frage, ob an der hergebrachten Aufteilung der Rechtsfragen zur Elternstellung in solche zur Mutterstellung und Vaterstellung überhaupt noch festgehalten werden sollte. Denn erstens berühren nicht wenige dieser Fragen Väter und Mütter gleichermaßen. Zweitens ist die Einordnung in Mutter- und Vaterstellungsfragen nicht immer zwingend. Im Gegenteil erscheint es richtig, der Geschlechtszugehörigkeit der Elternteile bei einer Fortentwicklung des Abstammungsrechts weniger Gewicht zuzumessen. Schon heute hat nicht mehr jedes Kind eine Mutter und einen Vater – zwei Väter und zwei Mütter sind im deutschen Recht inzwischen ebenfalls vorgesehen. Es gibt immer mehr Rechtsfragen, die heute auch als Fragen der Gleichbehandlung von Frauen und Männern im Zugang zur Elternstellung thematisiert werden können, etwa wenn es um Umgangsrechte genetischer aber nicht rechtlicher Elternteile geht.

Gleichwohl hat das geltende Recht »Mutter« und »Vater« grundsätzlich unterschiedlich konzipiert und lenkt damit auch den Blick jeweils auf andere Fragen. Die Unterscheidung ist also immer noch wirkmächtig. Sie spielt etwa eine große Rolle dafür, wessen Interessen auf welche Weise in den Blick genommen werden. So werden Sorgerechtsfragen meist als »Vaterfragen« angesiedelt, obwohl es um die Aufteilung der Sorge zwischen beiden Eltern geht. Leihmutterschaft wird dagegen fast immer als Frage der Mutterstellung behandelt, obwohl besonders oft Männer Leihmütter in Anspruch nehmen und das Kind nach der Durchführung nicht selten sogar zwei Väter hat. Überhaupt fällt auf, dass die Väter in den letzten

4 BGHZ 203, 350.

5 Tobias Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft, Gutachten für den 71. DJT 2016, § 2, II 3 b; Nina Dethloff, in diesem Band, S. 19 ff.