

Masha Antokolskaia

Rechtliche Regulierung geplanter Elternschaft lesbischer Frauen

1 Einführung: Rahmung des Problems

Die rechtliche und tatsächliche Rolle eines Samenspenders, der den Beteiligten bekannt ist („bekannter Samenspender“) im Leben eines Kindes stellt eine andauernde Herausforderung für das private und das gesetzliche Entscheidungsverhalten dar. Es handelt sich um ein Problem, das durch mehrere gesetzliche und gesellschaftliche Entwicklungen bestimmt wird. Die künstliche Insemination mit Spendersamen ist von heterosexuellen Paaren mit Fruchtbarkeitsproblemen seit Jahrzehnten angewandt worden. Wenn die Insemination des Spendersamens von verheirateten heterosexuellen Paaren angewandt wurde, und wenn der Samenspender anonym blieb, entstanden keine wesentlichen Probleme, was dessen Rolle im Leben des Kindes betraf. Nach der Vaterschaftsvermutung wurde der Ehemann der Mutter von Gesetzes wegen der gesetzliche Vater. Selbst wenn die Identität des Samenspenders bekannt war, konnte seine Vaterschaft weder von ihm selbst noch von anderen bewiesen werden.

Diese Situation hat sich nun wesentlich verändert, da die künstliche Insemination mit Spendersamen heute häufig im Falle der geplanten Elternschaft lesbischer Paare angewandt wird, weil lesbische Paare nun von Gesetzes wegen heiraten oder in einer registrierten Partnerschaft leben können. Und noch weitergehend, in einer wachsenden Anzahl von Staaten können lesbische Paare von Gesetzes wegen Eltern werden, ohne auf die Stiefelternadoption zurück greifen zu müssen. Zur gleichen Zeit fand das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wachsende Anerkennung und folglich entstand ein Trend zur Abschaffung der Anonymität des Samenspenders.¹ Dies hat zu einem Rückgang der Spenderzahlen geführt, was wiederum dazu geführt hat, dass viele lesbische Paare sich Samenspender selber suchen und mit ihnen private Arrangements treffen.² Es ist außerdem evident, dass lesbische Paare mehr zu bekannten Samenspendern neigen als heterosexuelle Paare, wenn sie denn die Wahl haben.³ Solche Samenspender wollen häufig durchaus eine Rolle im Leben des Kindes spielen. Ihre Wünsche reichen von dem Wunsch, das Kind einige wenige Male im Jahr zu sehen, bis zu dem Wunsch, auch gesetzlicher Vater innerhalb einer geteilten elterlichen Verantwortung zu werden. Die Hinzufügung ei-

-
- 1 Die Spenderanonymität wurde abgeschafft in Schweden 1985, in Österreich 1092, in Viktoria, Kanada 1998, in der Schweiz 2001, in den Niederlanden und Western Australia 2004, in Norwegen, Großbritannien und Neuseeland 2005, Finnland 2007; s. *E. Blyth, L. Fith, Donor-concieved people's access to genetic and biological history; an analysis of provisions in different jurisdictions permitting disclosure of donor's identity*, 23 *International Journal for Law, Policy and the Family*, 2009, p. 177.
 - 2 *M. Jäntarä-Jareborg, Parenthood for same-sex-couples-Scandinavian Developments*, in: K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd revised edition, Intersentia, Antwerp, 2012, p. 112
 - 3 In einer zweigleisigen Studie über das Wahlverhalten aus dem Jahre 2004, die in einer Klinik in Leiden im Jahre 2004 durchgeführt wurde, und in der die Wahl zwischen anonymen und bekannten Samenspendern vorgesehen war, kam heraus, dass zwischen 1994 und 2004 98% der lesbischen Paare und 63% der heterosexuellen Paare sich für einen bekannten Samenspender entschieden. *A. Brewaeys et al., Anonymous or identity-registered sperm donors? A Study of Dutch recipients' choices*, 20 *Human Reproduction*, 2005, p. 820–824.

nes solchen Samenspenders würde dann bedeuten, dass eine Mehrheit von Personen die Elternrolle übernehmen würde. Solche Mehrelternfamilien sind im gegenwärtigen gesetzlichen Rahmen nicht vorgesehen, der für heterosexuelle, monogame Kernfamilien gedacht ist und deshalb nicht mehr als zwei Elternteile kennt.

Dieser traditionelle gesetzliche Rahmen wurde jedoch kürzlich in Kanada infrage gestellt, und zwar zunächst in dem grundlegenden Ontario Fall AA v BB,⁴ sodann durch den *Uniform Child Status Act* 2010⁵, dem 2013 in British Columbia der *Family Law Act* folgte.⁶ In diesen Regelungen ist vorgesehen, dass unter bestimmten Umständen⁷ auch mehr als zwei Personen im Falle künstlicher Befruchtung die Elternschaft erhalten können. In der großen Mehrheit der Staaten bleibt dennoch die Beschränkung der gesetzlichen Elternschaft auf zwei Personen die Regel.⁸ Unter dem Einfluss dieser gesetzlichen Beschränkungen wird die Rolle und die gesetzliche Position des bekannten Samenspenders im Verhältnis zur Doppel-Mutter Gegenstand privater Verhandlungen. Es gibt eine ganze Anzahl von Studien⁹, die zeigen wie lesbische Mütter allein oder zusammen mit dem Samenspender „neue Definitionen von Elternschaft entwickeln“, die die Elternschaft „über die bestehenden gesetzlichen Regelungen hinaus ausdehnen.“¹⁰ Deshalb kann man sagen, dass mehr als zwei Eltern in lesbischen Familien „bereits Lebensrealität sind“¹¹. Diese Praxis wird dazu benutzt, um einen sogenannten „reflexiven Anspruch“ zu begründen, eine Anforderung an den Gesetzgeber, das Gesetz, das die Elternschaft lesbischer Familien bestimmt, auf die Praxis dieser Familien und nicht auf das traditionelle heterosexuelle Modell zu stützen.¹² Es wird folglich verlangt, dass das Gesetz im Falle lesbischer Familien erlaubt, dass die Kinder

4 In diesem Fall gewährte der Court of Appeal von Ontario aufgrund des gemeinsamen Antrages eines lesbischen Paares und des Samenspenders allen drei Personen den Elternstatus, weil der Samenspender und seine Familie im Falle einer Adoption durch die lesbische Partnerin der Mutter alle rechtlichen Beziehungen zu dem Kind verlieren würden. Dies wäre nicht im Interesse des Kindeswohls. In dieser Entscheidung berief sich das Gericht auf seine *parens patriae* Rechtsprechung, um die Gesetzeslücke zu füllen. AA v BB 2007 ONCA 2, 83 OR (3rd)561.

5 Ein nicht bindendes Modellgesetz, das die *Uniform Law Conference* 2010 verabschiedet hat, <http://www.ulcc.ca/en/2010-halifax-ns/573-civil-section-documents-2010/810-uniform-child-status-act>.

6 In Kraft getreten am 18. März 2013, http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_11_025_01.

7 In beiden Gesetzen wird eine Vereinbarung vor der Empfängnis zwischen der Mutter, ihrer Partnerin und dem Samenspender verlangt. Das UCSA geht sogar noch weiter, und erlaubt, das mehr als ein Samenspender Zusatz-Elternteil werden kann. Nach dem FLA 2013 kann die Elternschaft dem Samenspender nur aufgrund der Vereinbarung (s. 30) gewährt werden, während das UCSA (s. 9 (5)) eine gerichtliche Anordnung verlangt, die innerhalb von 30 Tagen nach der Geburt des Kindes beantragt werden muss.

8 In mehreren anderen Staaten wurden Vorschläge zur zahlenmäßigen Erweiterung der gesetzlichen Elternschaft diskutiert, z. B. New Zealand Law Commission's 2015 88 Report New Issues in Legal Parenthood, http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2005/04/Publications_91_315_R88.pdf and California Bill (SB147, see: http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/sen/sb_1451-1500/sb_1476_bill_20120224_introduced.html) vetoed by the governor in 2012.

9 Zum Überblick s. R. Leckey, Law Reform, Lesbian Parenting, and the Reflective Claim, 20 (3) *Social and Legal Studies*, 2011, p. 333–334.

10 F. Kelly, (Re)forming Parenthood: The Assignment of Legal Parentage Within Planned Lesbian Families, 40 *OttawaLaw Review*, 2008–9, p. 188.

11 Kelly (2008) p. 207.

12 Leckey (2011) p. 332 ff.

mehr als zwei gesetzliche Eltern haben,¹³ wenn beide lesbischen Mütter und der bekannte Samenspender zustimmen.¹⁴

Der Begriff „reflexiver Anspruch“ wurde von Leckey überzeugend kritisiert, der auf die Unterschiedlichkeit der sozialen Praxen in lesbischen Familien hinwies, ihre Wechselbezüglichkeit mit dem existierenden Recht, und die normativen Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die Ziele und Prioritäten, die das Recht als Mittel der sozialen Gestaltung anbietet.¹⁵ In der Tat enthüllen die empirischen Studien bedeutende Unterschiede in den Rollen, die die Mütter den Samenspendern einräumen. Diese Rollen kann man in drei Kategorien einteilen: 1. „eine flexibel definierte männliche Person“, mit der die Kinder eine Beziehung haben, die jedoch keinen Elternstatus hat, ein „symbolischer Vater“, 2. „eine menschliche Bezugsperson, mit der das Kind sich als sein oder ihr Erzeuger identifizieren kann“, und 3. ein „Elternteil“, d. h. ein Mensch mit einer bedeutsamen Rolle als Betreuungsperson.¹⁶ Diese Unterschiedlichkeit der Elternrollen von Samenspendern legt es nahe, das man eher von einer variablen Aufspaltung der Elternrollen zwischen drei Personen sprechen kann als von drei gesetzlichen Eltern im traditionellen Sinne dieses Begriffes.

2 Das ganze „Elternschafts-Paket“ aufschnüren

Wenn wir jedoch davon ausgehen, dass Recht die existierende soziale Praxis nicht einfach widerspiegeln soll, heißt das dennoch nicht, dass diese soziale Praxis keine tieferen Wirkungen auf das Recht haben sollte als es gegenwärtig der Fall ist, – und zwar insbesondere wenn es sich um die Gesetzgebung in einer terra incognita wie der Elternschaft bei lesbischen Familien handelt. Wenn man die gegenwärtige Praxis lesbischer Familien betrachtet, nämlich ihnen das traditionelle heteronormative Konzept der gesetzlichen Elternschaft einfach überzustülpen, so wirkt das so wie wenn man versucht, neuen Wein in alte Schläuche zu füllen. Aus dieser Sicht ist die richtige Frage nicht, ob ein Kind zwei, drei oder mehr gesetzliche Eltern haben sollte, sondern ob das traditionelle Konzept der gesetzlichen Elternschaft für solche Familien überhaupt passt.

Das traditionelle gesetzliche Konzept der Elternschaft hat in Wirklichkeit drei verschiedene Elemente:

1. die Bestimmung der Abstammung – wichtig für die Information über die leiblichen Eltern, was wiederum für die Bestimmung erblicher Krankheiten und die Vermeidung inzestuöser Beziehungen wichtig ist,

13 Die Uniform Law Conference of Canada empfahl 2010 in ihrem Uniform Child Status Act, dass ein Kind unter bestimmten Umständen mehr als zwei gesetzliche Eltern haben können sollte, www.culcc.ca. Zum Überblick über die Situation in Kanada s. *L. Harder, M. Thomarat, Parentage Law in Canada: The Number Game of Standing and Status*, 26 (1) *International Journal for Law, Policy and the Family*, 2012, p. 62–87.

14 *Kelly* (2008) p. 213; *J. Millbank, The Limits of the Functional Family: Lesbian Mother Litigation in an Era of the Eternal Biological Family*, 22 (2) *International Journal for Law, Policy and the Family*, 2008, p. 165.

15 *Leckey* (2011), p. 338–343.

16 *F. Kelly, (Re)forming Parenthood: The Assignment of Legal Parentage Within Planned Lesbian Families*, 409 *Ottawa Law Review*, 2008, p. 188.

2. ein „lebenslänglich unveränderbarer Status“¹⁷ der gesetzlichen Elternschaft, aus dem ein ganze Anzahl fast unaufgebbarer Rechte folgt, wie:
 - das Recht, einer Adoption zuzustimmen,
 - wechselseitige Erbrechte,
 - Informationsrechte,
 - das Recht zum Umgang mit dem Kind,
 - die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind,
3. das Recht, unter bestimmten Umständen Unterhalt von dem erwachsenen Kind zu erhalten,
 - das Recht auf die automatische Zuordnung oder die mögliche Beantragung der elterlichen Verantwortung, die mehrere Rechte umfasst:
 - das Recht und die Pflicht, das Kind zu pflegen und zu erziehen,
 - das Recht, das Kind gesetzlich zu vertreten,
 - das Recht, das Eigentum des Kindes zu verwalten.

In den meisten Staaten wird die Elternschaft insgesamt denselben Personen übertragen, den gesetzlichen Eltern. Die elterliche Verantwortung wird heute gleichmäßig sowohl verheirateten wie unverheirateten gesetzlichen Eltern übertragen, und sie besteht in der Regel nach Trennung oder Scheidung weiter, während sie früher für lange Zeit nur dem verheirateten männlichen gesetzlichen Elternteil übertragen und ihm nach der Scheidung wieder genommen wurde. Diese traditionelle Regelung wurde durch die künstliche Insemination und die wachsende Bedeutung der sozialen Elternschaft in Frage gestellt. Der zunehmende Rückgang der Anonymität der Samenspender und die wachsende Bedeutung der anonymen Adoption sowie auch – soweit zulässig – der Ersatzmutterschaft haben bereits die eine Bedeutung der Elternschaft, nämlich diejenige für die leibliche Abstammung, vom Rest der Elternschaft abgetrennt. In den meisten Staaten verbleiben dagegen die beiden anderen Bedeutungen der Elternschaft, nämlich der lebenslange unveränderbare Status und die elterliche Verantwortung, bei den gesetzlichen Eltern. Eine bemerkenswerte Ausnahme von dieser Regel findet sich in England und Wales sowie in mehreren anderen Commonwealth-Ländern wie auch in den Niederlanden, wo die elterliche Verantwortung von der gesetzlichen Elternschaft getrennt und anderen Personen als den gesetzlichen Eltern übertragen werden kann. Es kommt hinzu, dass in England und Wales (seit dem Children Act von 1989), Schottland und mehreren anderen Commonwealth-Ländern (z. B. Neuseeland) die Anzahl von Personen, denen die elterliche Verantwortung gemeinsam übertragen werden kann, nicht auf zwei Personen beschränkt ist.¹⁸ Dies führt zu einer Teilung der Elternschaft, durch die die verschiedenen Funktionen der Elternschaft unterschiedlichen Personen zugeordnet werden können.¹⁹ In den Staaten, die eine solche Aufteilung der Elternschaft nicht erlauben, können einige Rechte und Pflichten so

17 L. Harder, M. Thomarat (2012), p. 74.

18 G. Lind, Responsible fathers: paternity, the blood tie and family responsibility, in: J. Bridgeman, H. Keating, G. Lind (eds.) Responsibility, Law and the Family, Ashgate Aldershot, 2008, p. 196.

19 C. Smart and B. Neale, Family fragments, Cambridge, Polity Press, 1999; R. Collier and S. Sheldon, Fragmenting fatherhood: a social-legal study, Oxford, Hart, 2008.

zialen Eltern übertragen werden, z. B. das Umgangsrecht mit dem Kind und die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind.

Die lesbische Elternschaft stellt nun eine ganz neue Herausforderung für die Gesetzgeber dar. Die Verschiedenartigkeit der gegenwärtigen Rollenverteilung bekannter Samenspender in lesbischen Familien verlangt von den Gesetzgebern, den Versuch zu unternehmen, diese mehr oder weniger ungleiche Teilung der Elternrechte, die traditionellerweise mit der gesetzlichen Elternschaft verbunden sind, für drei Personen einzurichten. Dies kann dadurch geschehen, dass die Verhandlungen zwischen dem lesbischen Paar und dem Samenspender erleichtert und mit gesetzlicher Bindungskraft versehen werden.

In der Regel erlaubt das gegenwärtige Recht nicht die unmittelbare rechtliche Anerkennung von privaten Verständigungen über die Aufteilung der Elternschaft. Insbesondere eine Begrenzung hat die Verhandlungen über die lesbische Elternschaft erschwert: den Status der gesetzlichen Elternschaft kann nur einer erhalten, entweder der Samenspender oder die „Doppelmutter“, nicht beide, sodass eine dieser beiden ohne den Elternstatus bleibt. Das andere Problem ist, dass – im Gegensatz zur guten rechtlichen Unterstützung, die für Verhandlungen über Ersatzvereinbarungen zur Verfügung gestellt wird – die Parteien bei Verhandlungen über die lesbische Elternschaft im allgemeinen keine rechtliche oder andere Unterstützung erhalten; sie haben keine Checkliste oder Modelle zur Verfügung, sondern sind gänzlich auf ihre eigenen Hilfsmittel angewiesen. Deshalb werden häufig nur mündliche Abreden getroffen, und zwar nicht in klaren Begriffen, mit der Folge dass die Parteien später über ihren Inhalt uneins sind. Aber selbst wenn die Begriffe der Verständigung klar sind, so sind doch die Gültigkeit und Umsetzbarkeit der Verständigung in den meisten Staaten Gegenstand von Kontroversen, denn normalerweise können die gesetzlichen Regelungen der Elternschaft durch private Vereinbarungen nicht abbedungen werden. Als weiteres Problem kommt hinzu, dass selbst bei einer faktischen Umsetzung der Verhandlungsergebnisse unbeabsichtigte rechtliche Folgen für die Rechtsstellung der Parteien auftreten können. Wenn die „Doppelmütter“ z. B. dem Samenspender erlaubt haben, eine nahe persönliche Beziehung zu dem Kind aufzubauen, kann sich der Samenspender in Europa auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention berufen und in Kanada auf die Abschnitte 7 und 15 der kanadischen Charter of Rights and Freedoms, die das „Familienleben“ schützen. In einigen Rechtssystemen versucht man jedoch, den besonderen Anforderungen gerecht zu werden, die bei einer geplanten lesbischen Elternschaft entstehen, indem ihre Verhandlungsergebnisse insofern anerkannt werden, als einige der Elternaufgaben mehr als zwei Personen zuerkannt werden, ohne dass sie allerdings dadurch alle den Status der gesetzlichen Elternschaft erhalten. Eine solche Aufteilung entsteht, wenn das Recht – wie in den Niederlanden – zulässt, dass die elterliche Verantwortlichkeit bei bloß sozialer Elternschaft jemand übertragen wird, der nicht die gesetzliche Elternschaft besitzt.

In diesem Beitrag werde ich über drei Staaten berichten (Quebec, Schweden und die Niederlande), die eine ganze Skala von Lösungen für den Fall bereit halten, in dem die lesbische Partnerin der Mutter die gesetzliche Elternschaft erhält, auch wenn sie das Kind nicht als Stiefmutter adoptiert. Das Ziel dieses Beitrages ist es, zu sehen, wie diese Staaten mit dem Problem der lesbischen Elternschaft umgehen und ob sie versuchen, den Bedürfnissen dieser Familien dadurch gerecht zu werden, dass sie die Elternrechte auf die „Doppelmütter“ und den bekannten Samenspender aufteilen. Dabei soll der rechtlichen Anerkennung der Ergebnisse von privaten Verhandlungen zwischen dem lesbischen Paar und dem Samenspender besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

3 Die Regelung der geplanten lesbischen Elternschaft: Ein Vergleich von drei Ländern

Quebec

Weitreichende Angleichung an das heterozentrierte Modell

Im Jahre 2002 ging Quebec mit einem Gesetz voran, das der lesbischen Partnerin der Mutter eines Kindes erlaubte ohne auf eine Adoption zurückfallen zu müssen, die gesetzliche Elternschaft zu bekommen. Dadurch wurde ein neues Kapitel II „Abstammung von Kindern aus künstlicher Befruchtung“ in Titel Zwei „Abstammung“ in den Civil Code von Quebec eingefügt (s. Zweites Buch „The Family“) (CCQ). Dieses neue Kapitel steht nun zwischen Kapitel I „Blutmäßige Abstammung“ und Kapitel II „Adoption“. Da die Struktur des Civil Code für das Zivilrecht bedeutsam ist, sind einige kanadische Wissenschaftler zu der Auffassung gelangt, dass es jetzt drei unterschiedliche Abstammungsmodelle gibt: Blut, Adoption und künstliche Befruchtung.²⁰

Das neue Gesetz besagt:

„Wenn ein Kind im Rahmen eines Elternschaftsvorhabens geboren wird, bei der das Ehepaar oder die Lebenspartner während der Ehe oder der Lebenspartnerschaft oder innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung oder Nichtigkeitsklärung von der unterstützten Fortpflanzung Gebrauch gemacht haben, so gilt die Vermutung, dass der Partner der Frau, die das Kind geboren hat, der andere Elternteil ist.“ (Art. 538.3 CCQ)

Ein Elternschaftsvorhaben wird folgendermaßen definiert (Art.538 CCQ):

„ein Vorhaben der unterstützten Fortpflanzung, das von dem Augenblick an besteht, in dem eine einzelne Person oder zwei Partner übereinstimmend entscheiden, auf das genetische Material einer Person zurück zu greifen, die nicht an dem Elternschaftsvorhaben beteiligt ist, um ein Kind zu haben.“

Auf diese Weise kann die lesbische Partnerin der Mutter eines Kindes durch Gesetz ebenso wie der männliche Partner der Mutter der zweite Elternteil werden. Wenn die Partner nicht Eheleute oder Lebenspartner sind, so muss die Partnerin der Mutter, die das Kind geboren hat, die dem Elternschaftsvorhaben zugestimmt hat, das Kind ebenfalls rechtlich anerkennen. Selbst wenn er oder sie versäumen, die Abstammung im Zivilregister registrieren zu lassen, ist er oder sie gegenüber dem Kind und seiner Mutter haftbar (Art. 440 CCQ). Von dem Augenblick an, in dem die lesbische Partnerin der Mutter der zweite Elternteil des Kindes wird, erhält sie durch Gesetz die Rechte und Pflichten die das Gesetz traditionellerweise dem Vater zuerkennt (Art. 539.1 CCQ).

Eine interessante Besonderheit des Rechts von Quebec ist, dass ein Elternschaftsvorhaben nicht nur bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung vorliegt, sondern bei jeder Art von unterstützter Fortpflanzung. Leckey merkt an, dass das neue Gesetz drei Formen kennt: medizinisch unterstützte Fortpflanzung, „handwerklich“ unterstützte Fortpflanzung ohne medizinische Beteiligung und Fortpflanzung aus Freundschaftsgründen, bei der der Samen beim Geschlechtsverkehr „gespendet“ wird.²¹ Ein Samenspender wird nicht als Teil des Elternschaftsvorhabens angesehen. Deshalb führt die Samenspende in den ersten beiden Fällen zu keinem Abstammungsverhältnis

20 S. R. Leckey, Where the Parents are of the Same Sex, Quebec Reforms to Filiation, 23 International Journal for Law, Policy and the Family, 2009, p. 75.

21 R. Leckey, Where the Parents Are of the Same Sex: Quebec Reforms to Filiation, 23 International Journal for Law, Policy and Family, 2009, p. 66.

zwischen dem Samenspender und dem Kind (Art. 538.2, para.1CCQ). Dies wäre im Falle einer anonymen Samenspende denkbar, die in Quebec immer noch möglich ist,²² aber im Falle eines Samenspenders, der im Leben des Kindes eine Rolle spielen will, kann die Situation schwierig werden. Jetzt spielen die Absichten und Vereinbarungen der Beteiligten eine wichtige Rolle. Im Falle SG v LC²³ im Jahre 2004 z. B. verlangte der bekannte Samenspender Zugang zu dem Kind eines lesbischen Paares. Beide „Doppelmütter“ können nach Art. 538.2 den Elternstatus erhalten. Der Samenspender erklärte jedoch, dass es sich nicht um ein Elternschaftsvorhaben der beiden lesbischen Lebenspartner handelte, sondern um ein solches zwischen der Mutter und dem Samenspender und dass deshalb Art. 538.2 nicht anwendbar sei. Er legte eine unbestrittene eidesstattliche Versicherung vor, in der er darlegte, dass die Partnerin der Mutter sich gegen ein Kind ausgesprochen hatte und dass sie sogar mit dem Abbruch der Beziehung gedroht hatte. Er sagte außerdem, dass er schon immer Vater des Kindes hätte werden wollen. Der Richter schenkte diesen Argumenten Gehör und gewährte den Zugang zum Kind.²⁴ Die gesetzliche Elternschaft der Zweitmutter wurde vom Samenspender nicht in Frage gestellt. Auch ein weiterer Fall, LO v SJ²⁵ zeigt die Bedeutung der Vereinbarungen zwischen den Parteien. In diesem Fall lag eine schriftliche Vereinbarung vor, in der der Samenspender sich mit dem Verzicht auf alle Rechte eines gesetzlichen Elternteils verzichtete.²⁶ Dadurch konnte das lesbische Paar beweisen, dass er am Elternschaftsvorhaben nicht beteiligt war. Die Behauptung des Samenspenders, dass das Elternschaftsvorhaben ihn und die „Doppelmütter“ einbezog, wurde zurück gewiesen, weil das Gesetz in Quebec nicht mehr als zwei gesetzliche Eltern zulässt.

Im Falle einer Samenspende im Wege des Geschlechtsverkehrs kann der Samenspender seine Vaterschaft innerhalb eines Jahres nach der Geburt des Kindes geltend machen. Während dieser Zeit kann die Partnerin der Mutter sich nicht auf einen sich auf die Geburt beziehenden Status berufen, um den Versuch des Samenspenders, der die Abstammung klären will, zu beeinträchtigen (Art. 538.2, para 1 CCQ). Es besteht Klarheit, dass der Richter, wie im Falle SG v LC, dem bekannten Samenspender ein Umgangsrecht mit dem Kind zusprechen kann, solange unklar ist, wer die am Elternschaftsvorhaben Beteiligten sind.

Auf diese Art und Weise bietet das Recht von Quebec der lesbischen Partnerin der Mutter im Falle der künstlichen Befruchtung einen starken Schutz. Wenn sie der Befruchtung zustimmt, bedarf es nicht der Mitwirkung der Mutter, um die gesetzliche Elternschaft zu erlangen. Der bekannte Samenspender kann ihre Elternschaft nicht in Frage stellen, wenn er nicht – und das ist selten – in der Lage ist nachzuweisen, dass er und nicht die Zweitmutter Partei des Elternschaftsvorhabens ist. Der Samenspender erhält jedoch, wie wir gesehen haben, eine stärkere Position als die Zweitmutter, wenn die Samenspende im Wege des Geschlechtsverkehrs erfolgt ist. Dadurch werden die Absichten und die Verhandlungen der Parteien unbedeutender als die bloße Tatsache des Geschlechtsverkehrs. Das Kind kann jedoch die Elternschaft der Zweitmutter später nicht bestreiten, um dem Samenspender den Weg zu bereiten, und zwar auch nicht, wenn der Samenspender im späteren Leben eine nahe persönliche Beziehung zu dem Kind aufgebaut hat.

22 R. Leckey, Where the Parents Are of the Same Sex: Quebec Reforms to Filiation, 23 International Journal for Law, Policy and Family, 23, 2009, p. 66.

23 SG v LC (2004) Q.J.No 6915 (Sup.Ct.).

24 Zur Diskussion dieses Falles s. F. Kelly, Producing Paternity: The Role of Legal Fatherhood in Maintaining the Traditional Family, 21 Canadian Journal of Women and Family, 2009, p. 340–342.

25 LO vSJ (2006) Q.J. No450 (Sup.Ct.).

26 Zur Diskussion dieses Falles s. ebenfalls F. Kelly, Producing Paternity: The Role of Legal Fatherhood in Maintaining the Traditional Family, 21 Canadian Journal of Women and the Family, 2009 p. 343.

Das Recht von Quebec gestattet die Aufspaltung und Verteilung der Elternschaft auf mehrere Personen nicht. Die Geheimhaltung der Befruchtung wird im Gegenteil bisher geschützt. Informationen über den Samenspender dürfen nur bekannt gegeben werden, und zwar ausschließlich gegenüber einer medizinischen Institution, wenn die Gesundheit des Kindes oder seiner Nachkommen gefährdet ist (Art. 542 CCQ). Aus diesem Grunde verbleibt selbst der erste Partner des Elternschaftsvorhabens – bei genetischer Abstammung – in vielen Fällen unter der Kontrolle der gesetzlichen Eltern. Es kommt hinzu, dass die elterliche Verantwortung nur den gesetzlichen Eltern zusteht (Art. 598 CCQ), denn es handelt sich um die wichtigste Folge der gesetzlichen Elternschaft²⁷. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine Zweitmutter mit dem Status legaler Elternschaft in den Angelegenheiten einer Unterstützung des Kindes nach Beendigung der Beziehung genauso behandelt werden kann wie eine Person die „an der Stelle der Eltern steht“, in dem Sinne wie der Supreme Court die Stiefeltern im Falle *Chartier v Chartier* behandelt hat²⁸.

Die Übereinkunft zwischen dem Samenspender und dem lesbischen Paar darüber, wer Partei des Elternschaftsvorhabens ist, ist von großer Bedeutung dafür, wer die gesetzliche Elternschaft erhält. Das Gesetz lässt es jedoch nicht zu, dass die Beteiligten die gesetzlichen Rechte und Verantwortlichkeiten zwischen ihnen Dreien neu verteilen.

So lässt sich im allgemein sagen, dass das Recht von Quebec die Elternschaft lesbischer Familien in einer konsequenten Weise nach dem Modell der heterosexuellen Paare gestaltet und wenig Raum lässt zur Regelung einer Situation lesbischer Paare und für die Überführung der Verhandlungsergebnisse zwischen dem Samenspender und dem lesbischen Paar in rechtliche Formen.

Schweden

Die Zweitmutter muss im Verhältnis zu einem bekannten Samenspender zurückstehen

Lesbische Paare haben, unabhängig davon ob sie, informell oder formell (registriert oder seit 2009 verheiratet), zusammenleben, im Jahre 2005 ebenso wie die heterosexuellen Paare Zugang zur künstlichen Befruchtung in öffentlich finanzierten Krankenhäusern erhalten²⁹. Zur gleichen Zeit wurde das Elternschaftsgesetz dem angepasst³⁰. Es soll hierbei angemerkt werden, dass der Schutz des Wohls des Kindes, das in einer lesbischen Familie aufwächst, der wesentliche Antrieb für diese Reform war und nicht so sehr die Gleichheit und die Rechte lesbischer Frauen³¹. Im Jahre 1985 wurde in Schweden die Anonymität des Samenspenders abgeschafft³². Wenn die Behandlung in einem öffentlich finanzierten Krankenhaus stattfindet, kann die Partnerin der Mutter ganz leicht gesetzliches Elternteil des Kindes werden. Anders als in Quebec geschieht dies jedoch nicht im Rechtswege, sondern durch eine einfache Anerkennung, und zwar sogar wenn die Mütter miteinander verheiratet sind. Der Ehemann der Mutter erhält dagegen die gesetzliche Vaterschaft au-

27 G. Alin-Gheorghe, Parental Authority in the Regulation of the Civil Code in Quebec, 2 *Annals of Constantin Brancusi University of Targu Jiu Annals-Juridical Sciences Series*, 2009, p. 343.

28 *Chartier v Chartier* (1999) 1 SCR 242.

29 Swedish Act (2006:351) on Genetic Integrity, Kapitel 6 und 7.

30 S. A. Singer, Equal Treatment of Same-Sex Couples in Sweden, in: B. Atkin (ed.), *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2010, p. 397.

31 M. Carbin et al., (In)appropriate Mothers: Policy Discourses on Fertility Treatment for Lesbians in Denmark, Finland and Sweden, in: R. Kuhar, J. Takacs, *Doing Families: Gay and Lesbian Family Practices*, Mirovni Institut, Ljubljana, 2011, p. 59.

32 Das Fortpflanzungsgesetz von 1984, das nur für heterosexuelle Paare galt, wurde durch den geschlechtsneutralen Genetic Integrity Act von 2006 ersetzt (2006:351).

tomatisch durch die Vaterschaftsvermutung. Die Partnerin der Mutter, die der Behandlung zugestimmt hat, kann die gesetzliche Elternschaft in Kooperation mit der Mutter erhalten, und zwar wenn sie die Elternschaft vor oder nach der Geburt des Kindes anerkennt, u. U. auch in einem gerichtlichen Verfahren. Obwohl die Anonymität des Samenspenders abgeschafft ist, kann bei einer künstlichen Befruchtung in einem öffentlich finanzierten Krankenhaus der Samenspender durch den Arzt ausgewählt werden³³; doch die Frauen kennen die Identität nicht. In einem solchen Fall kann der Samenspender die Elternschaft jedoch nicht erhalten. Dieses Modell ist ziemlich eindeutig, und – da ein Samenspender mit Elternschaftsabsichten nicht beteiligt ist – bleibt hier verständlicherweise kein Platz für Verhandlungen. Die Stellung der Zweitmutter ist stark, da sie ohne die Mitwirkung der Mutter die gesetzliche Elternschaft erhalten kann.

Die Rechtsstellung der Parteien ist sehr anders, wenn die Befruchtung im Ausland oder außerhalb eines öffentlich finanzierten Krankenhauses stattgefunden hat. Das einfache Verfahren zur Anerkennung der Elternschaft der Partnerin der Mutter ist nicht anwendbar. In solchen Fällen verlangt das Gesetz, dass die Vaterschaft des Samenspenders nachgewiesen wird. Ganz im Gegensatz dazu bleibt die Vaterschaftsvermutung bestehen, wenn der Partner der Mutter männlich ist und wenn die Vaterschaft des Samenspenders nicht nachgewiesen werden kann. Die weibliche Ehepartnerin oder die registrierte Lebenspartnerin der Mutter können nur durch Adoption gesetzliche Eltern werden, wenn die Vaterschaft des Samenspenders nicht nachgewiesen werden kann³⁴. Die Vaterschaftsfeststellung bei Kindern, die außerhalb von öffentlich finanzierten Krankenhäusern empfangen worden sind, findet in zwei sehr unähnlichen Situationen Anwendung. Auf der einen Seite findet sie bei Müttern Anwendung, die öffentlich finanzierte Krankenhäuser vermeiden, weil sie nicht wollen, dass die Vaterschaft festgestellt wird. In diesen Fällen kann die Zweitmutter letztlich die Elternschaft erhalten, da der anonyme Samenspender nicht festgestellt werden kann, aber sie muss den sehr viel schwierigeren Weg der Adoption gehen³⁵, – als „Strafe“ für die Entscheidung des Paares für einen anonymen Samenspender. Dies ist in Übereinstimmung mit dem Ziel der schwedischen Gesetzgebung, die die Nutzung von anonymem Spendersamen erschwert, da sie das Kind daran hindert, seine Abstammung festzustellen³⁶. Auf der anderen Seite könnte ein Paar die Befruchtung außerhalb eines öffentlich finanzierten Krankenhauses auch anstreben, um die strengen Regeln zu vermeiden, die dort gelten, nämlich die Altergrenze von 40 Jahren, die Eignung für den Vaterschaftstest, und noch dazu eine Wartezeit von bis zu zwei oder drei Jahren³⁷. Der andere bedeutsame Grund für die Entscheidung für eine private Behandlung oder eine Behandlung im Ausland könnte der Wunsch der Mütter sein, sich den Samenspender selber auszusuchen, damit er von Anfang an im Leben des Kindes eine Rolle spielen kann³⁸. In diesem Fall hat ein Samenspender mit Vaterschaftsabsichten gegenüber der Zweitmutter einen klaren Vorteil. Diese Regel lässt wenig Raum für private Vereinbarungen, weil sie vorschreibt, dass zunächst die Vaterschaft des Samenspenders anerkannt werden soll, und dass die Zweitmutter nur zum Zuge kommt, wenn die Vaterschaft des Samenspenders ausfällt.

33 Genetic Integrity Act Kapitel 6 Sektion 4.

34 S. *Singer* (2010) p. 397.

35 M. *Jäterä-Jareborg*, Parenthood from Same-Sex Couples – Scandinavian Developments, in: K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd revised edition, Intersentia, Antwerp, 2012, p. 112.

36 *Jäterä-Jareborg* (2012), p. 109.

37 *Ibid.*, p. 112.

38 *Ibid.*, p. 112.

Die Identität des zweiten gesetzlichen Elternteils bleibt so lange unsicher, bis die Vaterschaft des bekannten Samenspenders anerkannt ist oder die Anerkennung seiner Vaterschaft sich als unmöglich herausgestellt hat, damit auf diese Art und Weise die verheiratete Zweitmutter das Adoptionsverfahren einleiten kann. Man hat gesagt, dass durch diese Unsicherheit das wesentliche Ziel des schwedischen Gesetzes, nämlich die Interessen des Kindes zu schützen, unterminiert wird³⁹. Wenn man lesbische Paare entmutigt, den Samen eines ihnen bekannten Samenspenders in einem öffentlich finanzierten Krankenhaus zu nutzen und wenn man Paaren, die sich für die private künstliche Befruchtung mit dem Samen eines ihnen bekannten Samenspenders entschieden haben, die Vorteile eines einfachen Anerkennungsverfahrens verweigert, so hat dies zur Folge, Paare von der Nutzung des Samens eines ihnen bekannten Samenspenders abzuhalten, obwohl es doch der Zweck des Gesetzes ist, dass das Kind Informationen über den Samenspender erhält. Dies hat dazu geführt, dass man in Schweden dafür eintritt, dass die Partnerin der Mutter das Recht erhalten sollte, die Mutterschaft zu beanspruchen, und zwar sogar wenn die Behandlung nicht in einem öffentlich finanzierten Krankenhaus stattgefunden hat.⁴⁰

Im ganzen gesehen gibt das schwedische Recht der Zweitmutter eine starke Stellung, wenn das Kind in einem öffentlich finanzierten Krankenhaus geboren wird, und es macht ihre Position schwach, wenn ihre Rechte mit denen des Samenspenders zusammen treffen.⁴¹ In Schweden wird die Elternschaft bei lesbischen Familien in der Weise aufgeteilt, dass der erste Teil, die genetische Abstammung, von der gesetzlichen Elternschaft abgeteilt wird. Das Kind hat das Recht, Informationen über den Samenspender zu erhalten, sobald es das nötige Alter erreicht hat.⁴² Weiter geht die Teilung jedoch nicht. Die elterlichen Rechte und Verantwortlichkeiten gehören den gesetzlichen Eltern des Kindes und können anderen Personen nur im Wege der Adoption zuerkannt werden.⁴³ Wenn die Vaterschaft eines Samenspenders im Falle künstlicher Befruchtung außerhalb eines öffentlich finanzierten Krankenhauses festgestellt wurde, so kann die Zweitmutter im Falle einer Trennung sich nur noch auf das Recht, den Kontakt mit dem Kind zu behalten, nach Kapitel 6 Sektion 15(3) des Children and Parent Code berufen. Wenn sich die Mutter diesem Kontakt jedoch entgegen stellt, so kann nur das Sozialwohlfahrtskomitee die Anordnung des Kontakts beantragen, und diese Komitees sind sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, den Kontakt gegen den Willen des sorgeberechtigten Elternteils zu erlauben.⁴⁴

Niederlande

Die Aufspaltung der Elternschaft, aber nicht durch private Vereinbarungen

Die Niederlande folgten dem schwedischen Beispiel, indem sie 2004 die Anonymität des Samenspenders abschafften.⁴⁵ Seit 2001 kann die Elternschaft einer lesbischen Partnerin der Mutter durch ein Adoptionsverfahren festgestellt werden, das 2009 noch weiter vereinfacht wurde.⁴⁶ Im Falle dass ein Samenspender beteiligt war, der eine enge persönliche Beziehung zu dem Kind hat – so

39 Carbin et al., (2011) p. 75.

40 Jänterä-Jareborg (2012), p. 110.

41 Carbin et al., (2011) p. 76.

42 Genetic Integrity Act Kapitel 6, Sektion 5.

43 M. Jänterä-Jareborg, A. Singer, C. Sörgjerd, Swedish Report concerning CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, <http://www.law.uu.nl/priv/ceflp.16>.

44 S. Anm. 44 S. 26.

45 Artificial Insemination Donor Information Act, 25, April 2002, in Kraft seit dem 1.1.2004, Stb. 2002, 240.

46 Durch das Gesetz vom 24.10.2008, Stb. 2008,425.

wie es sehr allgemein der Supreme Court definiert hat⁴⁷ – kann das Adoptionsverfahren erschwert werden. Die Vaterschaft eines bekannten Samenspenders, der eine enge Beziehung zum Kind hat, kann in Übereinstimmung mit der Mutter anerkannt werden, u. U. ersatzweise sogar durch Gerichtsentscheidung.⁴⁸ Dies hat zu einer Situation geführt, in der alle beide, die Zweitmutter und der Samenspender, der eine enge Beziehung zu dem Kind hat, sich gegenseitig bei ihren Versuchen, der zweite Elternteil zu werden, blockieren können, und zwar mit der Folge, dass das Kind dann nur ein gesetzliches Elternteil hat.⁴⁹ Diese Sackgasse machte klar, dass das Recht klare rechtliche Regeln bereitstellen muss, wer das zweite gesetzliche Elternteil werden soll, um das Kind und die Erwachsenen zu schützen.

Um dieses Problem zu lösen, hat die niederländische Regierung dem Parlament einen Gesetzentwurf mit dem Titel „On the Parentage of the Female Partner“ vorgelegt.⁵⁰ Dieses Gesetz wurde am 30.10.2012 von der Zweiten Kammer und am 19.11.2013 von der Ersten Kammer angenommen.⁵¹ Zum Ausgangspunkt nahm – wie in Schweden – der niederländische Gesetzgeber nicht die Gleichheit des männlichen und des weiblichen Partners der Mutter, sondern das Kindeswohl und – soweit wie möglich – die Gleichheit der in homosexuellen und in heterosexuellen Beziehungen geborenen Kinder. In Übereinstimmung mit diesem Ausgangspunkt versucht das neue Gesetz der Familie, in der das Kind aufwächst, einen angemessenen Schutz zu gewähren.⁵²

In Übereinstimmung mit diesem neuen Gesetz wird die Zweitmutter gesetzlicher Elternteil, wenn sie eine Bescheinigung der Donor Data Foundation vorlegen kann, nach der der Samenspender dem Paar nicht bekannt ist. In allen anderen Fällen kann die Zweitmutter das Kind mit Zustimmung der Mutter anerkennen. Im Unterschied dazu kann der männliche Ehepartner der Mutter im Rechtswege gesetzlicher Vater unabhängig davon werden, ob der Samenspender dem Paar bekannt ist oder nicht. Ein bekannter Samenspender kann mit Zustimmung der Mutter das Kind anerkennen, wenn er zu dem Kind eine enge persönliche Beziehung hat. Da das Kind nur zwei Eltern haben kann, kann die Mutter auswählen, wen sie als zweites Elternteil haben will, den Samenspender oder die Zweitmutter. Wenn die Mutter keine Wahl trifft, ist die Rechtsstellung des Samenspenders etwas stärker als die der Zweitmutter. In einem solchen Fall kann der Samenspender bei einem Gericht die Ersetzung der Zustimmung der Mutter beantragen, wenn er eine enge persönliche Beziehung zu dem Kind hat. Der Samenspender hat jedoch nur geringe Erfolgsaussich-

47 Die relevanten Umstände sind: enge Freundschaft mit der Mutter, ihre Auswahl gerade dieses Samenspenders, der beidseitige Kindeswunsch, die Diskussion über die zukünftige Rolle des Samenspenders im Leben des Kindes, die anfängliche beidseitige Absicht, dass der Samenspender das Kind anerkennen wird, der andauernde Kontaktwunsch des Samenspenders (HR 30.11.2007, NJ 2008,310).

48 Zu weiter Einzelheiten s. I. Curry-Sumner; M. Vonk, It All Depends on Who You Ask: Dutch Parentage and Adoption Law in Four Acts, in: B. Atkin (ed.), *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2009, p. 329–331.

49 Dies wird durch zwei kürzliche Entscheidungen des Supreme Court illustriert, die zwischen denselben Parteien ergingen. Im ersten Fall hatte das erstinstanzliche Gericht dem Samenspender das Recht eingeräumt, das Kind anzuerkennen, nachdem die Mutter nicht zugestimmt hatte, aber auf Berufung der Zweitmutter hob das zweitinstanzliche Gericht diese Entscheidung auf (HR 24.1.2003, NJ 2003,383). Im zweiten Fall wurde der Zweitmutter vom erstinstanzlichen Gericht die Adoption gewährt, jedoch auf Antrag des Samenspenders wieder aufgehoben (HR 21.4.2006, NJ 2006, 584).

50 First Chamber 2011/2012, 33032, nr.A.

51 Amendement of the Book 1 of the Civil Code in relations to attribution of legal parentage to a female partner of the mother others than by way of adoption, Stb.2013,480, das am 14.4.2014 in Kraft getreten ist. Für einen Überblick auf Niederländisch: M. J. Vonk, Een huis voor alle kinderen, De juridische verankering van intentionele meeroudergesinnen in het afstammingsrecht, NBJ, 2013.

52 Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2011/12, 33032, nr. 3.

ten, weil der Richter die Interessen des Samenspenders und die Interessen der Mutter gegeneinander abwägen muss, und zwar das sowohl gegen die Interessen der Mutter, in einem ungestörten Verhältnis zu ihrem Kind zu leben, als auch gegen die Interessen des Kindes an einem ausgewogenen sociopsychischen wie emotionalem Aufwachsen. Ursprünglich neigte das Parlament dazu, der Zweitmutter die Möglichkeit einer Zustimmungsersetzung zu verweigern, und zwar mit der Begründung, dass „die Biologie ein grösseres Gewicht habe sollte“⁵³. Aufgrund einer Gesetzesergänzung⁵⁴ erhielt die Zweitmutter jedoch auch das Recht, das Gericht um einen Ersatz der Zustimmung zu ersuchen, wenn sie der künstlichen Befruchtung ihrer Partnerin zugestimmt hat. Der Richter kann jedoch in diesem Fall die Zustimmung mit der allgemeinen Begründung verweigern, dass diese „nicht im Interesse des Kindes liegt“. Wenn eine Zweitmutter, die der Behandlung zugestimmt hat, sich jetzt weigert, das Kind anzuerkennen, kann ihre gesetzliche Elternschaft durch Gerichtsentscheidung festgestellt werden. Eine Feststellung der gesetzlichen Elternschaft des Samenspenders gegen seinen Willen ist dagegen nicht möglich, und zwar um die Zahl der Samenspender nicht noch weiter zu verringern.⁵⁵ Das Kind kann später die Elternschaft der Zweitmutter mit der Begründung anfechten, dass diese nicht die biologische Mutter ist, und auf diese Weise den Weg für die Anerkennung durch den Samenspender freimachen. Das Kind hat jedoch keine Möglichkeit, die Elternschaft des Samenspenders mit der Begründung zu bestreiten, dass zwischen ihnen keine persönliche Beziehung besteht, um auf diese Weise umgekehrt den Weg für die Zweitmutter frei zu machen.

Ein erklärender Bericht macht klar, dass die Möglichkeit, mehr als zwei Elternteile zu zulassen, nicht erwogen wurde, und zwar mit der Begründung, dass dies zu viele Komplikationen schaffen würde. Das niederländische Recht lässt jedoch schon jetzt eine gewisse Aufteilung der Elternschaft auf mehr als zwei Personen zu.⁵⁶ Das niederländische Recht lässt zwar nicht zu, dass eine Kind mehr als zwei Eltern haben kann und dass sich mehr als zwei Eltern die Elternschaft teilen, aber die Personen, denen die elterliche Verantwortung zuerkannt wird, müssen nicht notwendigerweise die gesetzlichen Eltern sein. Mit anderen Worten, manchmal kann die elterliche Verantwortung von der gesetzlichen Elternschaft abgetrennt sein. Unabhängig davon, ob die Partnerin der Mutter gesetzlicher Elternteil ist oder nicht, erhalten beide Partner einer Ehe oder einer registrierten Lebenspartnerschaft im Rechtswege die elterliche Verantwortung, wenn das Kind in einer vor der Geburt bestehenden Ehe oder Lebenspartnerschaft geboren wird, vorausgesetzt, dass das Kind zur Zeit der Geburt nur ein gesetzliches Elternteil hat, die Mutter nämlich (Art. 1:255sa, para.1 dutch CC). Sogar wenn das Kind vor der Geburt vom Samenspender anerkannt worden ist, kann die elterliche Verantwortung durch eine gerichtliche Entscheidung der Zweitmutter zuerkannt werden, und zwar unter mehreren Voraussetzungen: dass der gesetzliche Vater keine elterliche Verantwortung hat, dass sich die Zweitmutter mindestens ein Jahr lang um das Kind gekümmert hat, dass die Mutter die alleinige elterliche Verantwortung für mindestens drei Jahre hatte und dass schliesslich die Entscheidung dem Kindeswohl nicht widerspricht (Art.1:255t, para. 2 und 3 Dutch CC). Das bedeutet, dass nach dem neuen Gesetz die Elternschaft auf drei Personen aufgeteilt werden kann, wenn die Mutter ihre Zustimmung dazu gibt, dass der Samenspender das

53 So die Antwort der Regierung auf Fragen aus dem Parlament. Nota naar aanleiding van het verslag. Kamerstukken II 2011/12, 33032, nr. 6.

54 Kamerstukken II 2011/12, 33032, nr. 15.

55 S. Anm. 52.

56 Zu mehr Einzelheiten *M. Vonk*, One or Three Parents? 18 *International Journal for Law, Policy and Family*, 2004, p. 114–116 und ihre Dissertation, *Children and their Parents; A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch law*, Intersentia, Antwerp, 2007, p. 229–242.

Kind nach der Geburt anerkennt. Die Mutter und der Samenspender sind dann die gesetzlichen Eltern, aber die Mutter und die Zweitmutter teilen sich die elterliche Verantwortung.⁵⁷ Die Rechte und Pflichten der Elternschaft werden folglich mit einer gewissen Überschneidung zwischen den gesetzlichen Eltern und den Inhabern der elterlichen Verantwortung aufgeteilt. Im Rahmen der parlamentarischen Verhandlungen über das Gesetz „On Parentage of Female Partners“ versprach der Stellvertretende Justizminister auf die Frage eines Abgeordneten hin, Forschungsaufträge zu vergeben, und zwar über die Möglichkeiten, den Bedürfnissen von Eltern in Familien mit mehreren Eltern durch die Zulassung der Elternschaft von mehr als zwei Personen gerecht zu werden.⁵⁸

Obwohl der Status von gesetzlichen Eltern stärker ist als der von Pflegeeltern, umfasst er weniger Rechte. Der Status der gesetzlichen Elternschaft geht nur im Falle der Adoption verloren. Der Status der gesetzlichen Elternschaft umfasst mehrere Rechte: das Recht der Zustimmung im Falle der Adoption, das Recht, Informationen über das Kind zu erhalten, die wechselseitigen Erbschaftsrechte, das Recht auf Umgang mit dem Kind und schliesslich auch die Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind. Die Pflegeeltern haben das Recht, das Kind zu betreuen, es zu erziehen und zu unterstützen, es gesetzlich zu vertreten und sein Vermögen zu verwalten. Die elterliche Verantwortung der Pflegeeltern besteht auch nach deren Scheidung fort, aber sie kann durch gerichtliche Entscheidung begrenzt werden, wenn es zu Streitigkeiten zwischen den Pflegeeltern kommt oder wenn es aus anderen Gründen im Interesse des Kindes liegt (Art. 1:253a, para.2 Dutch CC). Auch nach dem Verlust der elterlichen Verantwortung bleiben Pflegeeltern für den Unterhalt des Kindes verantwortlich, und zwar für eine Zeitdauer, die der Zeit ihrer Pflegeelternschaft entspricht (Art. 1:253w). Um das Bild abzurunden, ist es wichtig zu wissen, dass Personen mit einer engen persönlichen Beziehung zum Kind ein Recht auf den persönlichen Umgang mit ihm haben, das auch gegen den Willen der gesetzlichen Eltern durchgesetzt werden kann (Artikel 1:377a Civil Code). Dies bedeutet, dass Samenspender mit einer engen persönlichen Beziehung zum Kind, aber ohne Elternstatus, genauso wie Zweitmütter ohne gesetzlichen Elternstatus ein starkes Umgangsrecht in Bezug auf das Kind haben.

Obwohl das niederländische Recht bei der Aufteilung der Elternschaft zwischen dem Samenspender und der Zweitmutter ganz erfolgreich ist, gelingt es ihm kaum, mit den privaten Vereinbarungen zwischen den Parteien fertig zu werden. Der erklärende Bericht schlägt ausdrücklich vor, dass von den Parteien Vereinbarungen erwartet werden, wenn der Samenspender der Mutter bekannt ist.⁵⁹ Das Gesetz zeigt jedoch Lücken, wenn es darum geht, den rechtlichen Charakter solcher Vereinbarungen zu klären oder den Parteien die notwendigen Richtlinien für solche Vereinbarungen zu geben. Die Regierung erwiderte überraschenderweise auf einen Vorschlag von homosexuellen Interessengruppen (COC Netherlands), dass nämlich die privaten Vereinbarungen zwischen dem Samenspender und dem Paar in einem verbindlichen „donorship plan“ niedergelegt werden sollten, dass solche Vereinbarungen schon nach dem derzeitigen Recht verbindlich seien, und dass die Parteien durch nichts daran gehindert seien, einen solchen Plan zu machen.⁶⁰ In Wirklichkeit ist es jedoch so, dass die Absichten der Parteien nicht klar sind⁶¹ und dass sie häufig nicht schriftlich niedergelegt sind, was zu grossen Unsicherheiten führt und zu Problemen, wenn sich

57 S.Anm. 56.

58 Handlingen II 2012/2013, 33032, nr. 13. Die Ergebnisse dieser Forschung sollten 2014 veröffentlicht werden.

59 S. Anm. 55.

60 S. Anm. 53.

61 Zu den Einzelheiten unterschiedlicher Konstellationen s. C. Forder, *Erkenning door van vrouwelijke partner van der moeder*, Bericht des Niederländischen Justizministers, 2.2.2009. http://www.carolineforder.com/images/familylaw_pdf2.pdf.

die Parteien nicht an die Vereinbarungen halten. Selbst wenn die Vereinbarungen hinreichend klar sind, ist doch der Rechtscharakter solcher Vereinbarungen häufig unklar,⁶² und eine Feststellung der Elternschaft und der elterlichen Verantwortung ist auf dieser Grundlage nicht möglich. Die Nichtdurchsetzbarkeit der Vereinbarungen lässt sowohl die Zweitmutter wie auch den bekannten Samenspende in Abhängigkeit von der Mutter. Eine Vereinbarung zwischen den Partnern darüber, dass die Zweitmutter die gesetzliche Elternschaft erhält, bindet die Mutter nicht. Nach dem neuen Gesetz kann die Mutter einfach ihre Zustimmung verweigern, und die Zweitmutter hat dann keine Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung zu verlangen. Ebenso ist eine Vereinbarung mit dem Samenspende, nach der er der gesetzliche Vater wird, für die Mutter nicht bindend. Der Samenspende wie auch die Zweitmutter können jedoch die Gerichte anrufen, bei denen dann eine Vereinbarung eine wichtige, wenn auch nicht die entscheidende Rolle spielen wird.⁶³ Überraschenderweise sind alle diese Vereinbarungen einerseits zwischen der Mutter und dem Samenspende ebenso wie zwischen der Mutter und der Zweitmutter bindend, nicht aber zwischen ihnen allen dreien. Die rechtliche Bedeutung einer Vereinbarung zwischen dem Paar und dem Samenspende, nach der dieser die gesetzliche Elternschaft nicht anstrebt, ist unklar. Das Gesetz lässt es nicht zu, dass die gesetzliche Elternschaft einfach übertragen wird, z. B. im Falle der Ersatzmutterchaft. Im Falle einer Zweitmutter oder eines Samenspenders, mit dessen Samen das Kind gezeugt worden ist, handelt es sich nicht um einen gegenwärtigen, sondern um einen zukünftigen Elternstatus.⁶⁴ In jedem Falle würde eine Vereinbarung ein Gericht nicht daran hindern, sich mit dem Anspruch des Samenspenders oder der Zweitmutter zu beschäftigen und die Vereinbarung würde bei der Entscheidung über die gesetzliche Elternschaft eine wichtige Rolle spielen.

Im Ergebnis hält das gegenwärtige und das zu erwartende niederländische Recht eine Ausfallregelung bereit, wenn sich die Parteien nicht einigen können, aber es verfehlt die Möglichkeit, für die private Regelung der lesbischen Elternschaft einen sauberen gesetzlichen Weg vorzusehen.

Ergebnis: Neue Familien – Neue Elternschaft

Die Aufteilung der Elternschaft durch private Vereinbarungen

Die vorangehende Diskussion der Gesetze von Quebec, Schweden und den Niederlanden über die lesbische Elternschaft zeigt, dass alle drei Staaten formal dem traditionellen Konzept folgen, indem sie nicht mehr als zwei gesetzliche Eltern zulassen. Eine funktionale Analyse macht jedoch klar, dass in Schweden und den Niederlanden die Abschaffung der Samenspende-anonymität zu einer faktischen Trennung von genetischer Abstammung und Elternschaft geführt hat. Quebec und Schweden lassen eine weitere Aufteilung der Elternschaft nicht zu und versuchen, die lesbische Elternschaft nach dem Modell der traditionellen heterozentrierten Zweielternfamilie zu formen. Das Recht von Quebec gibt dabei der Zweitmutter eine starke Stellung, allerdings nur, wenn der Samenspende an dem Elternschaftsvorhaben nicht beteiligt ist, und erreicht hierdurch eine weitgehende Gleichstellung von lesbischen und heterosexuellen Familien. Das schwedische Recht verleiht dagegen der lesbischen Zweitmutter die starke Stellung nur gegenüber einem un-

62 Die Forschungsergebnisse über die rechtlichen Regeln des „donorship plan“, die die Regierung angefordert hat, wurden 2014 veröffentlicht, s. <http://www.Rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/02/07aanbieding-rapport-wodc-rapport-meeroudergezag.html>.

63 Neuere Fälle zeigen Beispiele von Richtern, die dem Versprechen der Mutter ein bedeutsames Gewicht geben, wenn sie der Anerkennung des Kindes durch den Samenspende zustimmt (HR 12.11.2004, NJ 2005, 248, JdB).

64 Forder (2009), p. 57.

bekanntem Samenspender. Das niederländische Recht entfernt sich jedoch viel weiter von der traditionellen Einheit der Elternschaft, indem es zulässt, dass die elterliche Verantwortung auch einem Elternteil zugesprochen werden kann, der nicht die gesetzliche Elternschaft besitzt. Im Falle der geplanten lesbischen Elternschaft können die elterlichen Rechte zwischen dem Samenspender und der Zweitmutter aufgeteilt werden, wobei der Mutter eine entscheidende Rolle zukommt.

Quebec und Schweden lassen für private Vereinbarungen zwischen dem Samenspender und der Zweitmutter wenig Raum. In Quebec kommt jedoch den Vereinbarungen zwischen den Parteien große Bedeutung zu, wenn es darum geht, zu bestimmen, wer der andere gesetzliche Partner des Elternschaftsprojektes ist: der Samenspender oder die Zweitmutter. Das niederländische Recht ist in dieser Beziehung ziemlich ambivalent. Doch die Vereinbarungen betreffen in aller Regel nicht alle drei Parteien, sind rechtlich nicht bindend und werden bestenfalls von den Gerichten als wichtiges Element herangezogen.

Dieser Vergleich stützt den Vorschlag, dass eine zukünftige angemessene Regelung der geplanten lesbischen Elternschaft die traditionelle Elternschaft vermutlich aufteilen sollte, und zwar zwischen dem Samenspender und der Zweitmutter, je nach deren eigenen bindenden rechtlichen Vereinbarungen. Solche Vereinbarungen bedürfen der gesetzlichen Regelung und sollten schriftlich vor der Geburt abgeschlossen werden, wobei eine Rechtsberatung hinzu kommen sollte. Dieser neue Zugang zur Elternschaft erlaubt maßgeschneiderte Lösungen, in denen die Vielfalt der existierenden Praktiken zum Ausdruck kommt, die die Teilung der elternschaftlichen Rollen in der lesbischen Familie betreffen. Lesbische Paare würden sich sicherer bei der Inanspruchnahme eines Samenspenders fühlen und würden es ihm gestatten, persönliche Beziehungen zu dem Kind aufzunehmen, und zwar ohne unerwünschte rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Es kommt hinzu, dass der Wert der neuen Elternschaft, bei der die traditionelle Elternschaft aufgeteilt wird, nicht auf die geplanten lesbischen Elternschaften beschränkt ist. Sie kann auch für ähnliche Konstellationen von Bedeutung sein, in denen mehr als zwei Personen elternähnliche Rollen übernehmen wollen, wie z. B. bei der Ersatzmutterchaft, bei Stiefeltern und vielleicht sogar bei der offenen Adoption.

(Aus dem Englischen von Ingo Richter übersetzt)

Verf.: Prof. Masha Antokolskaia, Freie Universität Amsterdam, Rechtswissenschaftliche Fakultät, De Boelelaan 1105, 1081 HV Amsterdam. E-Mail: m.v.antokolskaia@vu.nl