

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

Es ist deutlich geworden, dass es im geltenden Abstammungsrecht eine ganze Reihe relevanter Ungleichbehandlungen gibt, die an das Geschlecht einer Person anknüpfen (I.). Dadurch werden Kinder, die in eine Ehe hineingeboren werden, – je nach Geschlecht der Eltern – ungleich behandelt. Ist es eine Ehe von zwei Müttern, hat das Kind qua Geburt nur einen rechtlichen Elternteil. Handelt es sich um eine Ehe von Mann und Frau, hat das Kind automatisch zwei rechtliche Eltern. Eine ähnliche Ungleichbehandlung erfahren Kinder, deren Eltern nichtehelich zusammenleben. Je nach dem Geschlecht der Eltern haben auch sie nur einen oder zwei rechtliche Elternteile. Die Ungleichbehandlung betrifft auch die (intendierten) Eltern und ihr Geschlecht. Während eine Frau weder qua Ehe oder Anerkennungserklärung noch auf Grund eines konkreten Abstammungsnachweises einen Anspruch auf Zuordnung als zweiter Elternteil durchsetzen kann und die gebärende Person zwingend als „Mutter“ einzutragen ist, stehen (nur) Personen männlichen Geschlechts verschiedene Optionen zur Verfügung, um rechtlicher Elternteil eines Kindes zu werden – auch und sogar gegen den Willen der gebärenden Person. Im abstammungsrechtlichen Diskurs werden diese Ungleichheiten zwar durchaus erkannt und sodann auch überwiegend für problematisch erachtet. Es gibt aber unterschiedliche Meinungen darüber, inwiefern die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. So sei es eben natürlicherweise so, dass jedes Kind eine Mutter und einen Vater habe – und diese Realität dürfe und müsse das Abstammungsrecht auch abbilden.¹⁰⁰⁴ Ob das so stimmt und welche Ungleichheiten „natürlich“ begründet und dadurch legitimiert sein könnten, soll Gegenstand dieses Kapitels sein.

Das Grundgesetz enthält in Artikel 3 mehrere Gleichheitsrechte. Auf den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG folgen spezielle Gleichheitssätze. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG formuliert den Anspruch, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind; Satz 2 verpflichtet den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Art. 3

¹⁰⁰⁴ Vgl. statt vieler Wellenhofer (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

Abs. 3 Satz 1 GG verbietet die Benachteiligung oder Bevorzugung eines Menschen unter anderem wegen des Geschlechts und der Abstammung, enthält also spezifische Diskriminierungsverbote. Die Absätze 2 und 3 „sind eng verbunden“¹⁰⁰⁵ und sichern „Gleichberechtigung als tatsächlich wirksames Recht.“¹⁰⁰⁶ Vor diesem Hintergrund sind die abstammungsrechtlichen Ungleichbehandlungen mit Blick auf den umfassenden Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und der Abstammung zu würdigen (II.).

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum sogenannten Nachtarbeitsverbot ist anerkannt, dass geschlechterdifferenzierende Regelungen gerechtfertigt sind,

„soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“¹⁰⁰⁷

Auf solche zwingend biologischen Differenzen beziehen sich Literatur und Rechtsprechung zur Legitimierung geschlechtsbezogener Ungleichheiten im Abstammungsrecht. Eine interdisziplinäre Betrachtung der natürlichen Grundbedingungen der Abstammung und des Geschlechts bestätigen diese Argumentationslinie jedoch nicht (III.). In der Tat lässt sich zwar eine fundamentale biologische Differenz zwischen Menschen ausmachen, denn es gibt solche, die Kinder gebären können, und andere, die dazu nicht befähigt sind. Die familienrechtlich verbreitete Annahme „Frauen gebären und Männer zeugen ein Kind“ ist naturwissenschaftlich indes nicht haltbar. Gebären und Zeugen sind keine gleichwertigen Äquivalente und die Zeugung zudem keine Einzelleistung eines Mannes. Auch die vermeintlich natürliche Geschlechterdifferenz ist in Wirklichkeit eine komplexe Angelegenheit, die zudem auch nicht zwingend kongruent zu den Fortpflanzungsfunktionen einer Person sein muss.

Wenn die Natur als Rechtfertigung für die Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht wegfällt, bleibt nur noch eine Rechtfertigung mit kolidierendem Verfassungsrecht, die jedoch ebenfalls nicht durchgreifend ist (IV.). Es gibt weder ein Gleichstellungsgebot für Männer noch ein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion. Auch zwingen-

1005 Lembke (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 164.

1006 Baer/Markard in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 357.

1007 BVerfG Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. *Nachtarbeitsverbot*, BVerfGE 85, 191, S. 207.

de Mutterschutzgründe, die eine Vergeschlechtlichung des Abstammungsrechts legitimieren könnten, liegen nicht vor. Last but not least ist auch die vielbeschworene Abstammungsvermutung kein Rechtfertigungsgrund, sondern vielmehr eine unzulässige Typisierung. So erweist sich im Ergebnis jede einzelne geschlechtsspezifische Regelung des geltenden Rechts der Eltern-Kind-Zuordnung als Verstoß gegen Gleichheitsrechte.

I. Vergeschlechtlichte Ungleichheiten im Abstammungsrecht

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sichert, so *Englisch*, den Anspruch auf „Anerkennung rechtlicher Statusgleichheit von Angehörigen verschiedener, anhand der verpönten Differenzierungsmerkmale gebildeter Personengruppen“ und gewährleistet damit gerade auch, „dass sich die dort aufgeführten personenbezogenen Merkmale nicht auf den rechtlichen Status der Person auswirken.“¹⁰⁰⁸ Das geltende Abstammungsrecht erfüllt diesen Anspruch nicht. Es weist mehrere Ungleichbehandlungen mit unmittelbaren Bezügen zum Geschlecht der Eltern auf. So gibt es zwei vergeschlechtlichte Statuspositionen, die Mutterschaft und die Vaterschaft. Die entsprechenden Zuordnungsregeln knüpfen an das Geschlecht an: § 1591 BGB setzt seinem Wortlaut nach voraus, dass eine Frau das Kind geboren hat. § 1592 BGB regelt die Zuordnung von einem Mann als Vater. Mit der Einführung des SBGG wurde zwar durch ein Parlamentsgesetz manifestiert, dass zukünftig das Geschlecht der gebärenden Person keine Voraussetzung mehr für die Zuordnung gemäß § 1591 BGB sein soll.¹⁰⁰⁹ Jedoch soll der Geschlechtseintrag „männlich“ für die Zuordnung als zweiter Elternteil konstitutiv sein. Zwingend ist auch weiterhin, dass die gebärende Person im Geburtenregister als „Mutter“ und der zweite Elternteil als „Vater“ eingetragen wird.¹⁰¹⁰

1008 *Englisch* in Stern/Becker, Art. 3 GG, Rn. 73.

1009 Vgl. dazu unter D. I. *Der rechtliche Geschlechtseintrag*.

1010 In der Geburtsurkunde kann der Status dann geschlechtsneutral als „Elternteil“ bezeichnet werden, nicht jedoch als „Vater“. Im Geltungsbereich des TSG war es außerdem zwingend, im Geburteintrag des Kindes „die Vornamen anzugeben, die vor der Rechtskraft der Entscheidung nach § 1 maßgebend waren“, § 5 Abs. 3 TSG. Diese Praxis der Benennung mit dem nicht mehr geführten Vornamen wird als „Deadnaming“ bezeichnet und von Betroffenen als diskriminierend herausgestellt, vgl. etwa *Linus Giese*, <http://ichbinslinus.de/2018/04/24/was-ist-eigentlich-ein-de-adname/> (31.3.2025). Die namensrechtliche Problematik hat sich durch das SBGG aber jedenfalls auf gesetzlicher Ebene erledigt.

Das geltende Abstammungsrecht sieht zudem unterschiedliche Rechtsfolgen für Männer und Personen anderen Geschlechts beim Nachweis einer leiblichen Verbindung zum Kind vor. Ein Mann kann als leiblicher Vater einen Anspruch auf statusrechtliche Zuordnung im Wege der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung erheben. Ist die zweite Elternstelle bereits durch einen anderen Mann besetzt, kann der leibliche Vater eine Korrektur verlangen. Dazu steht ihm das Recht der Vaterschaftsanfechtung zur Verfügung. Demgegenüber kann eine Frau oder eine nichtbinäre Person aus dem Nachweis einer leiblichen Verbindung zum Kind bislang keinerlei Rechte ableiten.¹⁰¹¹ Auch wenn sie als zweiter faktischer Elternteil mit der Gebärenden zusammenlebt, die Zeugung des Kindes mit verursacht hat, tagtäglich die Elternverantwortung für das Kind übernimmt und die zweite Elternstelle bislang frei ist, soll eine Person, die die Eizelle zum Kind beigetragen hat, nur im Wege der Stieffkindadoption zweiter Elternteil werden können.

Für eine Stieffkindadoption im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie ist die Zustimmung des privaten Samenspenders erforderlich. Stimmt der Samenspender nicht zu, kann die Adoption nicht stattfinden. Entscheidet sich der private Samenspender, selbst rechtlicher Vater des Kindes werden zu wollen, kann er dies auch gegen den Willen der Mütter durchsetzen; auf seine konkrete Beziehung zum Kind kommt es nicht an. Zugespitzt: Ist das Kind aus der Eizelle der zweiten Mutter entstanden, hat diese in der Situation weder die Möglichkeit, den Samenspender als rechtlichen Vater zu verhindern, noch könnte sie seine Zuordnung im Nachhinein durch Anfechtung beseitigen. Im Ergebnis kann ein nur leiblicher Vater und selbst ein Samenspender in bestimmten Familienkonstellationen umfangreiche Elternrechte für sich beanspruchen. Für eine Person, die die Eizelle zum Kinde beigetragen hat, folgt aus der leiblichen Verbindung nichts. Das Abstammungsrecht vergeschlechtlicht mithin sogar die Keimzellen.

II. Maßstabsbildung für die gleichheitsrechtliche Prüfung des Abstammungsrechts

Geschlechtdiskriminierung ist im Grundgesetz in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG explizit verboten. Mit Art. 3 Abs. 2 GG ist darüber hinaus ein Gleichberech-

1011 Eine Ausnahme gilt für trans Frauen, die zum Preis der geschlechtlichen Falschbezeichnung als „Mann“ den Status als „Vater“ erlangen können.

tigungsgebot als Staatsziel verankert.¹⁰¹² Die gleichheitsrechtlichen Gewährleistungen gelten – wenngleich unterschiedlich intensiv – für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger*in, für die Ausgestaltung des Öffentlichen Rechts wie auch des Privatrechts; sie binden zudem die Auslegung des einfachen Rechts durch die Gerichte.¹⁰¹³

Auch menschen- und unionsrechtlich sind Gleichheitsrechte und der Schutz vor Diskriminierung „vielfach verankert“.¹⁰¹⁴ So verbieten etwa Art. 14 EMRK¹⁰¹⁵, Art. 2 Abs. 2 IPwskR und Art. 26 IPbpR (jeweils akzessorisch) Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts sowie Art. 10 Nr. 3 IPwskR und Art. 2 UN-KRK auf Grund der „Geburt“. Unionsrechtlich untersagt Art. 21 Abs. 1 GRCh die Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der „genetischen Merkmale“ und der „Geburt“. Nachfolgend sollen die grundgesetzlichen Regelungen im Fokus stehen, weil sie für das deutsche Recht in der Vergangenheit stets „der wichtigste Hebel“ waren, „um eine gleichheitsgerechtere Gesellschaft zu erreichen.“¹⁰¹⁶ Zudem reichen die Schutzgehalte der internationalen Rechte nicht über die des Grundgesetzes hinaus.

Diskriminierungsverbote schützen davor, dass Menschen zwangsweise auf ein bestimmtes Merkmal reduziert oder entgegen ihrer selbstbestimmten Erklärung kategorisiert werden. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist dabei kein quantitativer, sondern ein qualitativer Minderheitenschutz.¹⁰¹⁷ Es kommt also nicht darauf an, ob die Probleme des geschlechtsspezifischen Abstammungsrechts häufig oder selten vorkommen bzw. viele oder nur wenige Personen betreffen.¹⁰¹⁸

1012 Umstritten ist, ob das Gleichstellungsgebot auch Förderregelungen zu Gunsten von Frauen umfasst, vgl. nur *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 341 mwN; *Achenbach* in Dreier, Art. 3 GG, Rn. 60.

1013 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 364; *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 646 ff.

1014 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 343 ff.; *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 390 ff.

1015 Ausführliche Erläuterungen zu diesem Diskriminierungsverbot finden sich bei *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 187 ff., Rn. 282 ff.

1016 *Sacksofsky* (2012) Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, S. 415.

1017 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 439.

1018 Schon im Ansatz nicht vertretbar ist daher die Ansicht des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, dass gebärende Väter „angesichts der kleinen Gruppe transsexueller Menschen ohnehin eher selten zu erwarten“ seien und deshalb auch keine geschlechtsneutrale Lösung des Abstammungsrechts notwendig sei, vgl. BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 25; BVerfG Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 *Trans VIII*, BVerfGE 128, 109, Rn. 72.

1. Geschlechtdiskriminierungsverbote

Das Geschlecht ist nicht nur das erstgenannte Merkmal in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, sondern auch das dogmatisch am weitesten durchdrungene. Ob man Art. 3 Abs. 3 GG als Begründungsverbot lesen oder die Norm als Anknüpfungsverbot verstehen will¹⁰¹⁹ – der Ansatz ist hier nicht ausschlaggebend.¹⁰²⁰ Nach der einen Ansicht dürfen die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG grundsätzlich „nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden“.¹⁰²¹ Der anderen Ansicht zufolge sind „nur solche Ungleichbehandlungen verboten, die nicht begründet werden können, ohne auf die in Art. 3 Abs. 3 genannten Merkmale abzustellen.“¹⁰²² Das geschlechtsspezifische Abstammungsrecht ist unter beiden Gesichtspunkten gleichheitsrechtlich problematisch: Zum einen wird an das Geschlecht angeknüpft, zum anderen wird die Ungleichbehandlung mit vermeintlichen Geschlechtsunterschieden begründet.

a) Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG

Das Bundesverfassungsgericht hat Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in Bezug auf das Merkmal Geschlecht lange Zeit als gleichbedeutend angesehen.¹⁰²³ Erstmals in seiner Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot¹⁰²⁴ erkannte das Bundesverfassungsgericht einen „über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende[n] Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG“

1019 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 125 mwN.

1020 *Baer* und *Markard* halten den Streit für „wenig ergiebig.“ Entscheidend sei, „ob eine Ungleichbehandlung tatsächlich eine Diskriminierung darstellt“, *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 426. Dogmatisch ist es jedoch ein Unterschied, ob Art. 3 Abs. 3 GG als Anknüpfungsverbot als quasi „eigenständiges Grundrecht gefasst“ wird, das dann „starke Bezüge zu den Freiheitsgrundrechten aufweist“, oder ob Art. 3 Abs. 3 GG in Form des Begründungsverbots einen „besonderen Kontrollmaßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen“ darstellt, vgl. *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 130 mwN.

1021 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 27, Rn. 57; BVerfG Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. *Nachtarbeitsverbot*, BVerfGE 85, 191, S. 206; BVerfG Beschl. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01 *Aufenthaltsstatus des Kindes*, BVerfGE 114, 357, S. 364.

1022 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 126 mwN.

1023 Dazu grundlegend *Sacksofsky* (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 387.

1024 BVerfG Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. *Nachtarbeitsverbot*, BVerfGE 85, 191.

an.¹⁰²⁵ Art. 3 Abs. 2 GG enthält demnach ein Gleichberechtigungsgebot, das auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zu erstrecken ist, was Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG inzwischen auch explizit klarstellt. Es geht darum, „für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter“ durchzusetzen, um eine „Angleichung der Lebensverhältnisse“ zu erreichen.¹⁰²⁶ Art. 3 Abs. 2 GG wird als „Diskriminierungsverbot und darüber hinaus insbesondere [als] ein Gleichstellungsgebot im Verhältnis zwischen Männern und Frauen“ gelesen.¹⁰²⁷ Demgegenüber schützt Art. 3 Abs. 3 GG vor Diskriminierung wegen des Geschlechts im umfassenden Sinne.

b) Schutz von trans, inter und nichtbinären Personen

Das Merkmal Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist nicht auf Frauen und Männer beschränkt, sondern bezieht trans, inter und nichtbinäre Personen ein. Das Diskriminierungsverbot schützt insofern vor „Fixierungen“ anhand von Stereotypen und Rollenbildern. Es ist damit – mit den Worten von *Baer* und *Markard* – eine „Freiheitsgarantie für Frauen, Männer und für alle, die in dieses Schema nicht passen.“¹⁰²⁸ Das hat 2017 auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Dritten Option anerkannt und betont:

„Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“¹⁰²⁹

Und weiter:

„Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen [...]. Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau

1025 BVerfG Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. *Nachtarbeitsverbot*, BVerfGE 85, 191, S. 207.

1026 Ebd.

1027 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 357.

1028 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 448.

1029 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 28, Rn. 58 mwN.

noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch.“¹⁰³⁰

Diese Erwägungen treffen nicht nur auf inter oder nichtbinäre Personen zu, sondern auch auf trans Menschen. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht für trans Personen bislang in ständiger Rechtsprechung den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bemüht¹⁰³¹ und geklärt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht davor schützt, mit dem falschen Geschlecht adressiert zu werden.¹⁰³² Diese vorrangig freiheitsrechtliche Aufhängung des Grundrechtsschutzes hat zwar durchaus eine „expressive Kraft“, indem sie „die Autonomie der Entscheidung über die eigene Lebensführung“ betont und „der identitätsprägenden Rolle von Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung Rechnung“ trägt.¹⁰³³ Gleichheitsrechtliche Argumentationen verweisen jedoch darüber hinaus darauf, dass es „um eine gleichberechtigte Teilhabe an einer Normalität“ geht, „die anderen problemlos zugänglich ist“, und damit „auf die gesellschaftliche und strukturelle Dimension, die in der individualisierenden Perspektive der Frei-

1030 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 28, Rn. 59 mwN.

1031 Vgl. BVerfG Beschl. v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81 *Trans II*, BVerfGE 60, 123; BVerfG Beschl. v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a. *Trans III*, BVerfGE 88, 87. Dazu näher Adamietz (2011) Geschlecht als Erwartung, S. 58 ff.

1032 „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten daher, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört“, BVerfG Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72 *Trans I*, BVerfGE 49, 286, S. 298. „Die Frage, welchem Geschlecht sich ein Mensch zugehörig empfindet, betrifft dabei seinen Sexualbereich, den das Grundgesetz als Teil der Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG gestellt hat“, BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.8.1996 – 2 BvR 1833/95 *Trans IV*, NJW 1997, 1632, S. 1633. „Dabei bietet Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG der engeren persönlichen Lebenssphäre Schutz, zu der auch der intime Sexualbereich [...] gehört, der die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung umfasst“, BVerfG Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvL 3/03 *Trans V*, BVerfG 115, 1, S. 14 mwN. In dieser Linie weiter: BVerfG Beschl. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1/04 u.a. *Trans VI*, BVerfGE 116, 243, S. 262 ff.; BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175, S. 190 ff.

1033 Markard (2022) Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, S. 281, Rn. 45.

heitsrechte in den Hintergrund tritt.“¹⁰³⁴ Deshalb sind auch trans Personen nicht nur persönlichkeitsrechtlich, sondern gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ebenso vor Diskriminierung wegen ihres Geschlechts geschützt.¹⁰³⁵ Denn:

„Erfahren Menschen Nachteile, weil sie ihr empfundenes Geschlecht leben, ist das offensichtlich eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, im Vergleich zu der Mehrheit der Bevölkerung, die in ihrer geschlechtlichen Identität ganz selbstverständlich anerkannt werden.“¹⁰³⁶

Abgesehen davon würden andernfalls die einen Menschen auf Grund ihres Geschlechts so und die anderen auf Grund eines anderen Geschlechts anders behandelt.¹⁰³⁷ Genau vor derartigen Ungleichbehandlungen schützt jedoch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

c) Sexuelle Orientierung als Dimension von Geschlecht

Dass der zweite Elternteil eines Kindes primär nur ein Mann sein kann, wird seit langem als Ungleichheit erkannt.¹⁰³⁸ Das Problem wird jedoch oftmals im allgemeinen Gleichheitssatz verortet – als Ungleichbehandlung auf Grund der sexuellen Orientierung.¹⁰³⁹

1034 *Markard* (2022) Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, S. 282, Rn. 46 mwN.

1035 Wegweisend dazu *Adamietz*: „Für den Geltungsbereich des Grundgesetzes heißt das, dass Fragen, die in der Rechtsprechung des BVerfG bisher nur über das Freiheitsrecht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geklärt wurden, nun auch an Gleichheitsrecht zu messen sind“, *Adamietz* (2011) Geschlecht als Erwartung, S. 261.

1036 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 452.

1037 Vor diesem Hintergrund waren die ungleichen Voraussetzungen für die Änderung des rechtlichen Geschlechtseintrags für trans und inter Personen diskriminierungsrechtlich problematisch (s. D. I. 2. Änderungen des rechtlichen Geschlechtseintrags), angedeutet auch bei *Nußberger* in *Sachs*, Art. 3 GG, Rn. 289 mwN.

1038 So etwa schon 2005 von *Siegfried* Kinder vom anderen Ufer, *FPR* 2005, 120, S. 121. Zudem u.a. *Richarz* Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, *RdJB* 2019, 53, S. 64; *Chebout/Sanders/Valentiner* Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, *NJW* 2022, 3694, S. 3697; *Sanders* Wunschkind, Wunscheltern und das Grundgesetz, *FF* 2021, 341, S. 348 f.; *Hartmann* (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 135 f.

1039 „Mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I, III S. 1 GG steht die derzeitige Rechtslage [...] in Konflikt“, *Reuß* Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, *FamRZ* 2021, 824, S. 825. *Hartmann* sieht „eine Ungleichbehandlung der Ehefrau [...] aufgrund ihres Geschlechts nach Art. 3 II,

Die Tatsache, dass die sexuelle Orientierung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht als verbotes Diskriminierungsmerkmal genannt wird, kann jedoch aus mehreren Gründen nicht zu einem verkürzten Schutzniveau führen. Adamietz hat verdeutlicht:

„Wenn [...] soziale Zweigeschlechtlichkeit und Heteronormativität die alltagswissenschaftlichen wie rechtlichen Vorstellungen von ‚Geschlecht‘ prägen, liegt es nahe, die Diskriminierung wegen Überschreitung der Grenzen von Zweigeschlechtlichkeit und Heteronormativität auch als Diskriminierung wegen des Geschlechts zu sehen.“¹⁰⁴⁰

Richtig verstanden ist die sexuelle Orientierung eine Dimension von Geschlecht, denn die Kategorisierung einer sexuellen Orientierung ist ohne Bezüge auf das Geschlecht schlicht nicht denkbar.¹⁰⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung die sexuelle Orientierung zwar nicht im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verortet, jedoch ein „Quasi-Diskriminierungsverbot für Differenzierungen nach der sexuellen Orientierung“¹⁰⁴² etabliert.¹⁰⁴³ Die durchaus kontrovers geführten Diskussionen¹⁰⁴⁴ müssen für die weitere Untersuchung nicht vertieft werden.

III 1 GG“, Hartmann (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 258. Das Kammergericht erachtet das „Grundrecht der Ehefrau aus Art. 3 Abs. 1 GG“ als verletzt, weil diese wegen ihrer „sexuellen Identität“ ungleich behandelt werde, KG Berlin Beschl. v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20 *Nodoption II*, Rn. 86 f. Das Oberlandesgericht Celle sieht hingegen eine Diskriminierung beider Eheleute nach Art. 3 Abs. 1 GG, OLG Celle Beschl. v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 *Nodoption I*. In gleicher Tendenz auch Baer/Markard in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 459 sowie Sacksofsky in *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 124, die das Problem jeweils als „Diskriminierung wegen der sexuellen Identität“ benennen.

1040 Adamietz (2011) Geschlecht als Erwartung, S. 252.

1041 So auch Baer/Markard in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 460; Sachs (2010) Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 54.

1042 Kischel in BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG, Rn. 130.

1043 Das Bundesverfassungsgericht verwendet neben „sexueller Orientierung“ auch die Bezeichnungen „sexuelle Identität“ und „sexuelle Ausrichtung“, vgl. BVerfG Beschl. v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a. *Trans III*, BVerfGE 88, 87, S. 96 f.; BVerfG Beschl. v. 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 *Betriebliche Hinterbliebenenversorgung*, BVerfGE 124, 199, S. 220; BVerfG Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 56, S. 189; BVerfG Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06 u.a. *Ehegattensplitting und eingetragene Lebenspartnerschaft*, BVerfGE 133, 377, S. 408, Rn. 77. Zur historischen Entwicklung dieser Rechtsprechung vgl. Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 131 ff. mwN.

1044 Anschaulich rekonstruiert bei Lembke (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“?
– Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 109 ff. Zu den kritischen Gegenstimmen zählen Kischel in BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG, Rn. 130 f. mwN

Zum einen kann der Rechtfertigungsmaßstab für eine Diskriminierung auf Grund der sexuellen Orientierung kaum geringer sein als bei einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, denn die Diskriminierung knüpft jedenfalls an ein Merkmal an, das strukturell ähnlich zu jenen des Art. 3 Abs. 3 GG ist.¹⁰⁴⁵ Zum anderen ist das Diskriminierungsproblem von Frauen, trans, inter und nichtbinären Personen im Abstammungsrecht ohnehin vorrangig ein geschlechtsbezogenes. Die Regelungen sind daher am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 GG zu prüfen. Die Elternstellen für ein Kind werden nicht paarweise, sondern individuell vergeben. §§ 1591 ff. BGB knüpfen unmittelbar an das Geschlecht „Mann“ oder „Frau“ an und können zusätzlich die sexuelle Orientierung betreffen.

2. Abstammung als Diskriminierungsmerkmal

Die Abstammung wird im Katalog der Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG an zweiter Stelle gleich nach dem Geschlecht genannt, was eine gewisse Priorisierung nahelegen könnte.¹⁰⁴⁶ Das Merkmal der Abstammung hat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur bislang jedoch „keine Bedeutung erlangt“.¹⁰⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bisher nur knapp mit der Abstammung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG befasst. So liest man in einem Senatsbeschluss aus dem Jahr 1959, dass die Abstammung „vornehmlich die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“ bezeichne.¹⁰⁴⁸ In einem Kammerbeschluss von 1989 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass das „Verbot der Benachteiligung aufgrund der Abstammung [...] durch das Namensrecht nicht berührt“ werde, weil das Namensrecht an die Abstammung anknüpfe und daher „notwendig diese

(u.a. mit Verweis auf den historischen Verfassungsgesetzgeber und eine Rechtfertigung der Diskriminierung durch das Ehegrundrecht) sowie Nußberger: „Letztl. werden so die dogm. Unterschiede nicht nur zwischen dem allg. Gleichheitssatz des Art. 3 I und den spez. Diskriminierungskriterien des Art. 3 III 1, sondern auch die Abgrenzung zu den spez. Förder- und Schutzgeboten der Art. 6 I, 3 II 2 und 3 III 3 verwischt“, Nußberger in Sachs, Art. 3 GG, Rn. 291 mwN.

1045 So auch Achenbach in Dreier, Art. 3 GG, Rn. 89; Boysen in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 176.

1046 Es gibt jedoch „keine Hierarchie der Ungleichheiten“, Baer/Markard in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 437.

1047 Langenfeld in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 43.

1048 BVerfG Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124, 18.

berücksichtigen muß.“¹⁰⁴⁹ Hier legte die 1. Kammer des Ersten Senats einen rechtlichen Abstammungsbegriff zu Grunde – denn das Namensrecht rekurriert auf die rechtliche, nicht zwingend auf die leibliche Abstammung – und setzte diesen Abstammungsbegriff des einfachen Rechts mit dem Merkmal der Abstammung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gleich. Weitere Rechtsprechung zur Abstammung in Art. 3 Abs. 3 GG gibt es soweit ersichtlich nicht.¹⁰⁵⁰ Die beiden Auffassungen des Bundesverfassungsgerichts widersprechen sich jedoch, denn das eine Mal stellt es die Abstammung als „natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren“ dar und das andere Mal als Rechtskategorie.

Auch in der Literatur ist die Abstammung als Diskriminierungsmerkmal bislang nicht tiefgehend aufgearbeitet. Für *Kingreen* adressiert das Merkmal „im weitesten Sinne die Wurzeln eines Menschen“.¹⁰⁵¹ *Langenfeld* fasst zusammen:

„Das Merkmal erfasst jede Anknüpfung an Eigenschaften der Eltern, wie z.B. an deren Religionszugehörigkeit, die landsmannschaftliche Zugehörigkeit der Eltern, Kriminalität etc Zielsetzung des Verbots der Diskriminierung wegen der Abstammung ist die Unterbindung von Sippenhaft und Vetternwirtschaft.“¹⁰⁵²

In der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur ist man sich jedoch uneinig, ob die Abstammung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG auch die „familienechtliche Abstammung“ umfassen sollte.¹⁰⁵³ *Kischel* meint:

„Wenn die Rechtsordnung, wie oft etwa im Familien- und Erbrecht, an die Abstammung anknüpft, führt zwar kein Weg am Wortlaut der Vorschrift vorbei [...], doch ist die Anknüpfung grundsätzlich aus Art. 6, 14 gerechtfertigt“.¹⁰⁵⁴

1049 BVerfG Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 2.5.1989 – 1 BvR 762/86, 1.

1050 Dabei hätte es durchaus Gelegenheit dazu gegeben. In BVerfG Beschl. v. 23.10.1958 – 1 BvL 45/56, BVerfGE 8, 210 prüfte das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 3 GG trotz Rüge nicht, weil es Art. 6 Abs. 5 GG als lex specialis ansah. Im Beschluss vom 20.5.2020 – 2 BvR 2628/18 prüfte die 2. Kammer des Zweiten Senats Art. 3 Abs. 2 GG, aber nicht das Diskriminierungsverbot auf Grund der Abstammung.

1051 *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 514.

1052 *Langenfeld* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 43. Ähnlich auch *Kischel* in BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG, Rn. 225.

1053 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 178, mwN; a.A. BVerwG Urt. v. 16.1.1964 – II C 29.61, Rn. 22.

1054 *Kischel* in BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG, Rn. 225.

Ähnlich auch *Langenfeld*:

„Nichtehelich geboren zu sein, ist nach allgemeiner Auffassung keine Frage der Abstammung, weil insoweit eine Eigenschaft des Kindes und nicht der Eltern betroffen ist. Im Übrigen sind Zurücksetzungen unehelicher Kinder vom Verfassungsauftrag in Art. 6 Abs. 5 GG erfasst (und unzulässig).“¹⁰⁵⁵

Dementgegen sieht *Boysen* „die familienrechtliche Abstammung“ sehr wohl vom Diskriminierungsschutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst.¹⁰⁵⁶ *Duden* hat in diesem Zusammenhang auf das verfassungsrechtliche Verbot verwiesen, Kinder auf Grund von geburtsbedingten Faktoren ungleich zu behandeln.¹⁰⁵⁷ Dieses Verbot ergibt sich für ihn in erster Linie aus Art. 6 Abs. 5 GG, der als spezieller Gleichheitssatz Art. 3 Abs. 3 GG vorgehe. Es ließe sich, so *Duden* weiter, aber auch aus Art. 3 Abs. 3 GG und dem Differenzierungsverbot auf Grund der Abstammung herleiten.¹⁰⁵⁸

Aus Perspektive des Kindes lassen sich die nachfolgend unter dem Gesichtspunkt des Geschlechts der Eltern aufgearbeiteten Gleichheitsproblematiken durchaus als eigenständige Benachteiligung auf Grund der Abstammung im Sinne einer „Anknüpfung an Eigenschaften der Eltern“¹⁰⁵⁹ verstehen. Es fehlen jedoch detailliertere Begründungen und eine ausdifferenzierte Dogmatik ist bisher nicht vorhanden. Die Frage wird deshalb im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht vertieft werden.

3. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Es wird unterschieden zwischen unmittelbarer Diskriminierung und mittelbaren Formen von Diskriminierung. Unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung direkt auf eines der von Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale Bezug nimmt. Mit den Worten von *Sacksofsky*:

1055 *Langenfeld* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 43.

1056 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 178 mwN, Herv. im Orig.

1057 *Duden* (2015) Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 228 f. Vergleichbar auch *Hartmann* (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 138 ff.

1058 Ebd.

1059 *Langenfeld* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 43. Ähnlich auch *Kischel* in BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG, Rn. 225.

„Rechtsnormen, die eine der Kategorien als Tatbestandsmerkmal verwenden, stellen eine unmittelbare Ungleichbehandlung dar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob mit der Verwendung der Kategorie Nachteile für die Betroffenen verbunden sind. Der diskriminierende Gehalt wird beim Differenzierungsverbot allein in dem Umstand gesehen, dass die Kategorie überhaupt als relevant für die Zuordnung von Rechten oder Pflichten verwendet wird.“¹⁰⁶⁰

Mit diesem Kriterium ist das Abstammungsrecht unter dem Gesichtspunkt einer unmittelbaren Benachteiligung zu prüfen, denn die Regelungen differenzieren offen nach dem Geschlecht des Elternteils. Daneben kennt das Antidiskriminierungsrecht aber auch Formen der mittelbaren Diskriminierung. Damit

„sind Ungleichbehandlungen gemeint, die nicht ausdrücklich an eine der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kategorien anknüpfen, sich aber ganz überwiegend zu Lasten einer durch ein solches Merkmal konstituierten Gruppe auswirken.“¹⁰⁶¹

Die Figur der mittelbaren Diskriminierung ist umstritten und vieles ist in diesem Zusammenhang unklar. Die Diskussion muss hier nicht vertieft werden, weil sich die Probleme des Abstammungsrechts offen als vergeschlechtlichte Differenzierungen zeigen und deshalb als unmittelbare Diskriminierung thematisiert werden können. Die Diskussion um mittelbare Diskriminierung verweist aber darauf, dass eine Regelung des Abstammungsrechts trotz geschlechtsneutraler Formulierung diskriminierungsrechtlich problematisch bleiben kann, wenn sie sich faktisch überwiegend zu Lasten von Menschen einer bestimmten Geschlechtskategorie auswirkt.¹⁰⁶²

1060 Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 88.

1061 Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 89 ff.

1062 Denkbar wäre das etwa, wenn die Zuordnung eines zweiten Elternteils im Kontext reproduktionsmedizinischer Zeugung zukünftig von der Art der Samenspende abhängig gemacht und nur die registrierte, nicht aber die private Samenspende umfassen würde. Hier könnte eine mittelbare Diskriminierung zu Lasten von Zwei-Mütter-Familien im Raum stehen, denn diese haben keinen gleichen Zugang zu einer registrierten Samenspende, solange Kliniken die Behandlung versagen und Kosten der Behandlung nicht wie im Fall von heterosexuellen Paaren übernommen werden, vgl. Richarz (2022) *The state's hands in our underpants*, S. 57 f.

4. Rechtfertigungsmaßstab

Das Grundgesetz verbietet nicht jede gesetzliche Unterscheidung. Will der Gesetzgeber aber normativ differenzieren, muss er dies – ebenso wie jeden Eingriff in Freiheitsrechte¹⁰⁶³ – begründen, mithin rechtfertigen. Die Sachgründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen“ sein.¹⁰⁶⁴ So liegt der „eigentliche Schwerpunkt der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstabsbildung“¹⁰⁶⁵ denn auch bei der Frage der Rechtfertigung. Mit den Worten von *Britz*: „Die Suche nach einem rechtfertigenden Unterscheidungsgrund“ bildet „das Herzstück der Gleichheitsprüfung.“¹⁰⁶⁶

Die Dogmatik zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen hat sich, so *Kingreen*, „in Deutschland vom allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) her entwickelt.“¹⁰⁶⁷ Das Bundesverfassungsgericht geht inzwischen von einem variablen Prüfungsmaßstab aus, der von Fall zu Fall zu bestimmten ist.¹⁰⁶⁸ Es ergeben sich

„je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitsfordernissen reichen können“¹⁰⁶⁹

Das Willkürverbot wurde schon in der frühesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt. Demzufolge liegt ein Gleichheitsverstoß im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG nur vor, wenn

1063 Die „Frage, inwiefern Gleichheitsrechte ihrer Struktur nach Abwehrrechte darstellen, ist i.R.d. Art. 3 die zentrale dogmatische Frage der letzten Jahrzehnte“, *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 57.

1064 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 86, Rn. 72 mwN; BVerfG Beschl. v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, S. 68 ff. mwN, st. Rspr.

1065 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 53 mwN.

1066 *Britz* Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346, S. 346. Ähnlich steht nach *Grünberger* die „Rechtfertigung im Zentrum des Gleichbehandlungsdiskurses“, *Grünberger* (2013) Personale Gleichheit, S. 61.

1067 *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 320.

1068 *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 54.

1069 BVerfG Beschl. v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, S. 68 mwN; BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 86 f., Rn. 72, st. Rspr.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

„sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.“¹⁰⁷⁰

Der allgemeine Gleichheitssatz verbiete

„nur, daß wesentlich Gleicher ungleich, nicht dagegen daß wesentlich Ungleicher entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird.“¹⁰⁷¹

Daraus etablierte sich die bis heute gebräuchliche Formel, dass wesentlich Gleicher nicht (willkürlich) ungleich und wesentlich Ungleicher nicht (willkürlich) gleich behandelt werden darf.¹⁰⁷² Inzwischen sieht das Bundesverfassungsgericht mit seiner (immer noch so genannten) Neuen Formel den Gleichheitssatz verletzt,

„wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“¹⁰⁷³

Ein strengerer Prüfungsmaßstab kann sich ergeben, wenn „sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann“¹⁰⁷⁴ Die Rechtfertigungsanforderungen verschärfen sich auch, „je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern“¹⁰⁷⁵ Dazu führt *Britz* aus:

1070 BVerfG Urt. v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 Willkürformel, BVerfGE 1, 14, S. 52.

1071 Ebd.

1072 Vgl. *Boysen* in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 54 mwN. Zur etappenweisen Entwicklung der Maßstabsbildung durch das Bundesverfassungsgericht vgl. *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 321 ff.

1073 BVerfG Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79, 1 BvL 89/79, 1 BvR 240/79 *Präklusion in der Berufungsinstanz*, BVerfGE 55, 72, S. 88 mwN.

1074 Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81 *Trans II*, BVerfGE 60, 123, S. 134; BVerfG Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, BVerfGE 2010, 400, S. 418 mwN, st. Rspr.

1075 BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 127, Rn. 64 mwN, st. Rspr.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

„Je stärker die Ungleichbehandlung Minderheiten in die Gefahr bringt, diskriminiert zu werden, je stärker Freiheitsrechte betroffen sind und je weniger die Betroffenen die Umstände beeinflussen können, an welche die Ungleichbehandlung anknüpft, desto gewichtiger muss der die Ungleichbehandlung tragende Grund sein.“¹⁰⁷⁶

Am Beispiel der Sukzessivadoption arbeitete der Erste Senat in Anwendung dieser Formel heraus, dass für die abstammungsrechtliche Versagung eines zweiten Elternteils „ein gegenüber dem bloßen Willkürverbot deutlich strengerer Prüfungsmaßstab anzuwenden“ sei, weil dadurch „für die Persönlichkeitsentfaltung wesentliche Grundrechte des Kindes“ betroffen seien.¹⁰⁷⁷

Regelungen des Abstammungsrechts, die unmittelbar an das Geschlecht anknüpfen oder mittelbar darauf Bezug nehmen, sind mithin „nur unter strengen Voraussetzungen zulässig“¹⁰⁷⁸ bzw. „nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt“¹⁰⁷⁹ Genaugenommen ist die Rechtfertigung auf zwei Gründe beschränkt. Entweder muss die an das Geschlecht anknüpfende Regelung „zwingend erforderlich“ sein für Probleme, „die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können“ (dazu unter III.),¹⁰⁸⁰ oder sie muss durch „kollidierendes Verfassungsrecht“ gerechtfertigt sein (dazu unter IV).¹⁰⁸¹ Beide Rechtfertigungsgründe, das wird sich nachfolgend zeigen, sind bezogen auf die aktuellen Zuordnungsregeln der Eltern-Kind-Beziehung nicht gegeben.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

Obwohl die Gleichheitsproblematik dem geschlechtsspezifischen Abstammungsrecht regelrecht auf die Stirn geschrieben steht, steht eine gleich-

1076 *Britz* Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346, S. 351, Herv. im Orig. Zur Maßstabsbildung vgl. auch *Wollenschläger* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 1 GG, Rn. 86 ff.; *Boysen* in *Münch-Kunig*, Art. 3 GG, Rn. 103 ff.

1077 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 87, Rn. 73.

1078 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 116.

1079 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 433.

1080 BVerfG Urt. v. 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a. *Nachtarbeitsverbot*, BVerfGE 85, 191, S. 207.

1081 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 118 mwN; *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 432 mwN.

heitsrechtliche Tiefenbohrung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung noch aus. Das Abstammungsrecht wird als in hohem Maße natürlich begründet gelesen. Es erscheint geradezu als natürlichste Sache der Welt, dass ein Kind entsteht, indem ein Mann und eine Frau es im Wege des Geschlechtsverkehrs mit ihren Keimzellen zeugen und die Frau das Kind zur Welt bringt.¹⁰⁸² Die angenommene Selbstverständlichkeit dieses Vorgangs und seine Bedeutung für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs wie folgt auf den Punkt gebracht:

„Das deutsche Abstammungsrecht ist – wie die weitaus meisten Rechtsordnungen weltweit – davon geprägt, dass es die Fortpflanzungsfunktionen der Elternteile mit ihrem Geschlecht verknüpft, indem es in § 1591 BGB die Rolle der Gebärenden einer Frau (Mutter) und in § 1592 BGB die Rolle des Erzeugers einem Mann (Vater) zuweist. Hiergegen lassen sich keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken erheben. Insbesondere lässt sich dem Grundgesetz keine Verpflichtung zur Schaffung eines ‚geschlechtsneutralen‘ Abstammungsrechts entnehmen, in dem Vaterschaft und Mutterschaft auf einen rein sozialen Bedeutungsinhalt dekonstruiert und als rechtliche Kategorien aufgegeben werden [...]. Denn letztlich ist die Verknüpfung zwischen Fortpflanzungsfunktion und Geschlecht unbestreitbar biologisch begründet.“¹⁰⁸³

Dieser Lesart zufolge sind die Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht natürlich legitimiert, ja geradezu zwingend. Ganz im Sinne dieser Logik meint *Rauscher* „der Natur oder dem Schöpfer“ könne man „einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz“ schließlich nicht vorhalten.¹⁰⁸⁴

Heiderhoff sieht hingegen das Abstammungsrecht „in besonderem Maße gefährdet, blindlings einer ‚natürlichen Ordnung‘ der Dinge oder gar einer vermeintlichen biologischen Richtigkeit zu folgen.“¹⁰⁸⁵ Eindeutig und natürlich begründet sind die Dinge in der Tat selbst im biologistisch geprägten Abstammungsrecht nicht. Das obenstehende Zitat des Bundesgerichtshofs ist vielmehr ein Lehrbuchstück dafür, was *Mangold* in einem anderen Zusammenhang als „argumentativen Dreischritt“ zur naturalisierenden Le-

1082 Zur Geschlechtsverkehr-Formel des Bundesverfassungsgerichts s. unter B. II. 3. c) bb) (1).

1083 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 25.

1084 *Rauscher* Anerkennung zweier Väter kraft kalifornischer Leihmuttervereinbarung, JR 2016, 97, S. 104.

1085 *Heiderhoff* (2023) Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung, S. 20.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

gitimation von Diskriminierung im Recht herausgestellt hat.¹⁰⁸⁶ Es wird eine Kategorisierung eingeführt (hier: Zweigeschlechtlichkeit und komplementäre Fortpflanzungsfunktion), von der behauptet wird, sie sei *natürlich* („unbestreitbar biologisch begründet“) und *normal* (hier durch Verweis auf „die weitaus meisten Rechtsordnungen weltweit“). Das Abstammungsrecht, so wird behauptet, bilde diese Normalität lediglich ab, es verhalte sich *neutral* gegenüber der natürlichen Ungleichheit. Dadurch wird jedoch unsichtbar gemacht, wie das Recht selbst „in erheblichem Maße an der Etablierung und Aufrechterhaltung von Kategorisierungen“¹⁰⁸⁷ mitwirkt.

Ein Blick in die „natürlichen“ Grundlagen der Abstammung und des Geschlechts zeigt, dass die geschlechts- und leiblichkeitsbezogenen Ungleichheiten des geltenden Abstammungsrechts nicht mit „der Natur“ gerechtfertigt werden können. Vielmehr sind die natürlichen Bedingungen der Entstehung eines neuen Menschen im Gegenteil sogar von Ungleichheiten gekennzeichnet, die eine gleichberechtigte Elternschaft zweier Personen von vornherein nicht begründen könnten (2.). Auch das Geschlecht ist keine eindeutig bipolar zweigeschlechtliche Kategorie, sondern gerade in seiner Natürlichkeit komplex und jedenfalls nicht reduzierbar auf eine bestimmte Fortpflanzungsfunktion (3.). Zunächst ist jedoch zu klären, ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG überhaupt für Unterschiede anwendbar ist, die biologisch begründbar sind (1.).

1. Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 GG

Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit von männlicher Homosexualität aus dem Jahre 1957 hielt der Erste Senat Art. 3 Abs. 3 GG für unanwendbar, „wenn der zu ordnende Lebenstatbestand überhaupt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden kann.“¹⁰⁸⁸ Über die Tatsache, dass Frauen Kinder gebären und Männer das regelmäßig nicht tun, gelangte das Bundesverfassungsgericht zu der Annahme, dass „weibliche“ und „männliche“ Sexualität naturgemäß so fundamental verschieden seien und „der biologische Geschlechtsunterschied den Lebenssachverhalt so entscheidend prägt, daß etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen

1086 Mangold (2021) Demokratische Inklusion durch Recht, S. 6 sowie S. 313 f.

1087 Mangold (2021) Demokratische Inklusion durch Recht, S. 6.

1088 BVerfG Urt. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 Strafbarkeit männlicher Homosexualität, BVerfGE 6, 389, S. 423.

zurücktreten“.¹⁰⁸⁹ Das Gericht sah deshalb in der damaligen Strafbarkeit männlicher Homosexualität keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Wenngleich diese Entscheidung heute zu Recht kritisiert wird,¹⁰⁹⁰ weist Schuchmann darauf hin,¹⁰⁹¹ dass sie in einem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahre 1999 noch als bestätigende Referenz herangezogen wurde, um Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als für das Sexualstrafrecht nicht anwendbar zu erklären.¹⁰⁹²

An dieser Auffassung ist freilich nicht festzuhalten. Ein „eventueller biomedizinischer Unterschied“¹⁰⁹³ macht Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht per se unanwendbar im Abstammungsrecht. Es ist insofern ein verkürztes Verständnis der gleichheitsrechtlichen Gewährleistungen, wenn Kommentierungen zu Art. 3 GG davon ausgehen, dass „Schutzbestimmungen zu Gunsten der Mutter im Hinblick auf Schwangerschaft und Geburt bereits tatbestandlich mangels Vergleichbarkeit nicht von Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 erfasst sind.“¹⁰⁹⁴ Die Natur als Rechtfertigungskriterium darf nicht so missverstanden werden, dass sie den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG von vornherein verschließen würde.¹⁰⁹⁵ Dann nämlich wäre das Natur-Argument geeignet, die Geschlechtdiskriminierungsverbote des Grundgesetzes ganz auszuhebeln.¹⁰⁹⁶ Mithin ist auch eine Regelung wie § 1591 BGB am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu prüfen.

1089 BVerfG Urt. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 *Strafbarkeit männlicher Homosexualität*, BVerfGE 6, 389, S. 423.

1090 „Die Entscheidung zählt zum Schlimmsten, was das Karlsruher Gericht je verfasst hat.“ Mangold (2023) Rechtskämpfe queerer Menschen in der Bundesrepublik, S. 43. Verhaltener, sich aber in der Sache von den damals vertretenen Auffassungen ebenfalls abwendend: BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessiv-adoption*, BVerfGE 133, 59, S. 80, Rn. 56.

1091 Schuchmann (2021) Geschlecht im Sexualstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen und Reformbedarf, S. 107 ff.

1092 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 22.3.1999 – 2 BvR 398/99, Rn. 2 mwN.

1093 Baer/Markard in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 359.

1094 Boysen in Münch-Kunig, Art. 3, Rn. 165 mwN.

1095 Sachs weist insofern zutreffend darauf hin, dass „logische Unvergleichbarkeit aufgrund natürlicher Gegebenheiten [...] selbst im Bereich des Geschlechts nahezu ausgeschlossen“ sind, Sachs (2010) Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 35.

1096 Vgl. dazu instruktiv Sackofsky (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Boysen beschreibt es als „inhärente Paradoxie oder normative Zirkularität des Gleichheitssatzes“: Während der Gleichheitssatz einerseits dem Gesetzgeber bestimmte Differenzierungen verbietet, sei es andererseits der Gesetzgeber selbst, „der alle relevanten Differenzierungen, an die wir anknüpfen müssen, überhaupt erst schafft“, Boysen (2017) Vergleichbarkeit und „wesentliche Gleichheit“, S. 39.

2. Natur der leiblichen Abstammung

Die Frage ist also, ob die Tatsache, dass Menschen unterschiedliche reproduktive Fähigkeiten haben, ein „Problem“ darstellt, das ein geschlechtsbiologisches Abstammungsrecht zwingend macht. Dazu müssen die natürlichen Grundlagen der Abstammung offengelegt werden. Wer „die Natur“ ins Zentrum der abstammungsrechtlichen Erwägung stellt, muss zunächst Mythen aus dem Weg räumen (a). Sodann stößt man schnell auf natürlich bedingte Ungleichheiten, die eine gleichberechtigte originäre Elternschaft eines Mannes und einer Frau gerade nicht zu begründen vermögen (b). Natürlich begründet ist, dass die Schwangerschaft und Geburt im Körper einer einzigen Person stattfinden. Es handelt sich dabei um eine singuläre Fortpflanzungsfunktion ohne gegengeschlechtliches Äquivalent. Ein Kind zu zeugen ist keine „männliche“ Fortpflanzungsfunktion. Es müssen zwingend zwei verschiedene Keimzellen zusammenkommen, die regulär als Samenzelle und Eizelle beschrieben werden. Eine Samenzelle allein führt weder zu einer Schwangerschaft noch zur Entstehung eines neuen Menschen. Der Blick auf „die Natur“ erweist sich auch noch in einer weiteren Hinsicht als aufschlussreich. Wenn man nämlich natürliche Unterschiede zwischen „männlichen“ und „weiblichen“ Gameten ausfindig machen wollte, würde dies eher auf eine größere Bedeutung der Eizelle und mithin auf eine nachrangige Rolle des „männlichen“ Fortpflanzungsbeitrags hindeuten (c).

a) Historische Zeugungsmythen, die fortwirken

Zum Thema „Natur als familienrechtliche Normbegründung“ merkt Röthel zutreffend an,

„wie häufig im Familienrecht schon geradezu abenteuerlich abwegige oder unfreiwillig komisch klingende Vorstellungen von Natur als Argument eingesetzt wurden, wie unsicher, uneindeutig, veränderlich und schwankend Natur als Referenz eigentlich ist und wie lange es mitunter dauert, um ideologisch motivierte Naturverweisungen zu entkräften.“¹⁰⁹⁷

In der Tat muten die meisten Zeugungstheorien, die männliche Forscher im Laufe der Geschichte aufstellten, heutzutage abwegig an. Prominent steht der Name *Aristoteles* mit einer antiken Zeugungstheorie in Verbin-

1097 Röthel (2023) Natur als Normbegründung, S. 200.

dung. *Aristoteles* ging davon aus, dass die stofflichen Beiträge der Zeugung das weibliche Menstruationsblut und der männliche Samen seien.¹⁰⁹⁸ Seine Theorie basierte auf der Annahme, dass Lebewesen Wärme produzierten und Wärme Vollkommenheit ausdrücke.¹⁰⁹⁹ Frauen würden weniger Wärme als Männer produzieren, was *Aristoteles* im Zeugungsakt dadurch bestätigt sah, dass männlicher Samen weiß ist. Die männliche Wärme würde den Samen „gar kochen“. Frauen hätten auch Samen, aber nicht genug Kochkraft, weshalb der Samen nicht weiß, sondern als Blut ausgeschieden würde.¹¹⁰⁰ Das Blut sei, anders als der Samen des Mannes, nicht zeugungsfähig. Vielmehr werde der Fötus durch den männlichen Samen in die Frau gebracht, wo er dann (ähnlich einem Geist) aus dem Menstruationsblutstoff der Frau das neue Lebewesen forme. „In diese Metaphorik geht das Werturteil ein, daß die Rolle der Frau in der Zeugung zwar notwendig, aber relativ unbedeutend ist.“¹¹⁰¹ Der eigentliche Schöpfungsanteil wurde dem Mann zugeschrieben.¹¹⁰²

Es gab zwar schon in der Antike auch andere Theorien, etwa das „Zwei-Samen-Modell“ von *Hippokrates* und *Galen*, das die Entstehung des Embryos im Zusammenwirken von männlichen und weiblichen Substanzen vermutete. Das aristotelische Modell, das *Tuana* als „extreme Position“ seiner Zeit beschreibt,¹¹⁰³ sollte sich aber viele Jahrhunderte lang als wirkmächtig erweisen und wurde „prägend für das Abendland“.¹¹⁰⁴ Auch wenn es aus heutiger Sicht absurd erscheinen mag, hielt sich das Zeugungsmodell von *Aristoteles* bis ins 17. Jahrhundert.¹¹⁰⁵ Es wirkt bis heute in Teilen der Familienrechtstheorie und -praxis fort, etwa in der – bei genauerer Betrachtung erstaunlichen – Rede vom „Erzeuger“ eines Kindes.

Der Samen, dem einst ausschließliche Schöpfungskraft zugeschrieben wurde, hat im Zeitalter der Reproduktionsmedizin „einen Gutteil seines hohen symbolischen Wertes“ eingebüßt und ist, so die Kulturwissenschaftlerin *Braun*, „in den Niederungen eines ‚Stofflieferanten‘ angekommen“.¹¹⁰⁶

1098 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 205 mwN.

1099 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 203 f. mwN.

1100 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 205 f. mwN.

1101 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 208.

1102 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 28. *Tuana* weist in diesem Zusammenhang auf die Nähe zum göttlichen Schöpfungsakt hin, *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 208 f.

1103 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 212.

1104 *Braun* (2018) Blutsbande, S. 63.

1105 *Tuana* (1995) Der schwächere Samen, S. 203.

1106 *Braun* (2018) Blutsbande, S. 64.

Der Grund für diese Entwicklung waren veränderte Forschungsmethoden, die unter anderem mit der Entdeckung von bildgebenden Verfahren möglich wurden. Sie veränderten das Wissen um die Biologie der Abstammung.¹¹⁰⁷ Mit zunehmendem Wissen schwand die Bedeutung, die dem genuin männlichen Zeugungsbeitrag beigemessen wurde. 1677 beobachtete *Antoni van Leeuwenhoek* bei mikroskopischen Studien erstmals „spermatische Würmlein“ in der Samenflüssigkeit¹¹⁰⁸ und glaubte, damit die bestimmende materielle Quelle für die Entstehung neuen Lebens entdeckt zu haben.¹¹⁰⁹ Etwa zeitgleich sezerte *Regnier de Graaf* Eierstöcke von Frauen und ging davon aus, dass der Follikel selbst das Ei sei. Die eigentliche Eizelle, wie wir sie heute kennen, entdeckte erst 150 Jahre später, nämlich im Jahr 1827, der Naturforscher *Karl Ernst von Baer*.¹¹¹⁰ Damit war das Rätsel um die Fortpflanzung jedoch noch nicht gelöst. Erst im 20. Jahrhundert fanden Forschende heraus, dass der Menstruationszyklus maßgeblichen Einfluss auf die Fruchtbarkeit und damit auf die potentielle Zeugung eines Kindes hat. Will man unter „Zeugung“ den Zeitpunkt verstehen, in dem Ei- und Samenzelle zusammenkommen und miteinander verschmelzen, dann ist dieser Vorgang erst seit den späten 1870er Jahren wissenschaftlich allgemein anerkannt.¹¹¹¹ Es verwundert daher nicht, dass für die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuches die Entstehung eines Kindes noch eine „in ein Naturgeheimniß gehüllte Thatsache“ war, deren Beweisbarkeit unmöglich erschien.¹¹¹²

b) Zeugen und Gebären – Keine komplementären Fortpflanzungsbeiträge

Schon dieser kurze Abriss der historischen Entwicklung des heute als selbstverständlich geltenden Wissens um eine „zeugungsbasierte“ Abstammung macht eine gewisse Ungleichheit deutlich. Der Beitrag von Männern

1107 *Braun* (2018) Blutsbande, S. 232 ff.

1108 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 27; *Vienne* Vom Samentier zur Samenzelle: Die Neudeutung der Zeugung im 19. Jahrhundert, Ber Wiss 2009, 215, S. 216 mwN.

1109 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 33 f.

1110 *Beier* Die Entdeckung der Eizelle der Säugetiere und der Menschen, Reproduktionsmedizin 2002; *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 30 ff.

1111 Vgl. *Bock von Wülfingen* (2021) Die Familie unter dem Mikroskop, S. 136. Zur historischen Entwicklung von Zeugungstheorien vgl. *Bock von Wülfingen* (2013) Zeugung, S. 99.

1112 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 866.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

stand im Zentrum des Interesses, während der Beitrag von Frauen, die offenkundig den größten Teil der Reproduktion übernehmen, vergleichsweise wenig Beachtung fand.¹¹¹³ In Teilen setzt sich dieser androzentrische Blick bis heute fort. In familienrechtlichen Darstellungen erscheint die Zeugung des Kindes regelmäßig als männliches Äquivalent zu Schwangerschaft und Geburt, die als weiblicher Entstehungsbeitrag zum Kind angesehen werden.¹¹¹⁴ Dies schreibt dem Geschlechtsverkehr als „Zeugungsakt“ eine vergleichbar relevante Bedeutung wie der Schwangerschaft und der Geburt zu. Darüber hinaus wird suggeriert, dass Männer *qua* Natur einen vergleichbar bedeutenden Beitrag zur Entstehung eines Kindes leisten wie Personen, die mehrere Monate schwanger sind und dieses schließlich zur Welt bringen. Fehlerhaft an einer solchen Darstellung ist jedoch, dass die Zeugung – anders als die Schwangerschaft und Geburt – kein singulärer reproduktiver Akt von Männern ist, sondern dass zwei verschiedene Arten von Keimzellen dafür zusammenkommen müssen.

aa) Schwangerschaft und Geburt als singuläre Fortpflanzungsfunktion

Die Bedeutung von Schwangerschaft und Geburt dürfte naturwissenschaftlich und auch juristisch unbestritten sein. So fasst es beispielhaft *Reuß* zusammen:

„Die Geburtsmutter ist *conditio sine qua non* für die Reifung eines Embryos zu einem vollständigen Menschen, denn sie ernährt diesen, schützt ihn mit diversen ‚Unterstützungssystemen‘ während der Schwangerschaft und bringt den reifen Fetus letztlich auch zur Welt.“¹¹¹⁵

Gleichwohl wird oft übersehen, dass die Abstammung bis zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes die individuelle Leistung einer einzelnen Person ist. Bis zur Geburt finden alle biologischen Prozesse, die schließlich zur

1113 *O'Brien* (1997) Die Dialektik der Reproduktion, S. 77.

1114 Exemplarisch nur: „Die Abstammung eines Kindes von einem bestimmten Mann kommt bei natürlicher Zeugung dadurch zustande, dass durch den natürlichen Zeugungsakt dieses Mannes das Kind entsteht“, *Wanitzek* (2002) Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 138. Auch *Wellenhofer* spricht durchgehend von den Rechten des „Erzeugers“, wenn sie den Samenspender meint, vgl. *Wellenhofer* (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 44 et passim.

1115 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 112, Herv. im Orig.; *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 292 mwN.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

Entstehung des Kindes führen, im Körper dieser einen Person statt. Zwingend dafür ist ein bestimmtes Organ, der Uterus. Anders als Keimzellen oder innere und äußere Geschlechtsmerkmale hat „die Gebärmutter“ kein gegengeschlechtliches Äquivalent – sie ist ein „monosexuelles Organ“¹¹¹⁶, das ein Mensch entweder hat oder nicht.¹¹¹⁷

Während zahlreiche Vorgänge rund um das Schwangerwerden können und die Geburt mittlerweile reproduktionsmedizinisch ersetzbar sind, ist es die Schwangerschaft nicht. Ein Embryo kann bislang nicht in einer künstlichen Umgebung zur Reifung gebracht werden. Damit ist die Schwangerschaft nicht nur ein einzigartiger, sondern ein zwingend körperlicher Vorgang der Abstammung, in der Tat die „conditio sine qua non“.

bb) Die Zeugung

Die Annahme, dass Männer Kinder „zeugen“, ist als natürliche Grundlage der rechtlichen Eltern-Kind-Zuweisung nicht haltbar. Die Zeugung ist anders als die Schwangerschaft kein singulärer Beitrag eines Mannes, sondern stets ein Gemeinschaftsakt. Neben der Person, die die Samenzelle beiträgt, braucht es eine Person, die die Eizelle beiträgt. Im Fall der Zeugung durch Geschlechtsverkehr ist diese Person identisch mit der schwanger werdenen Person. Die „Zeugung“ als Beitrag zur Entstehung eines Kindes lässt sich somit auf die Beteiligung am Geschlechtsverkehr reduzieren. In Fällen der Samenspende – egal, ob sie im privaten Bereich oder über eine Samenbank erfolgt – beschränkt sich der leibliche Beitrag des Spenders auf den Akt der Selbstbefriedigung. Mit den Worten von *Hofmann*:

„Die Samenabgabe per Masturbation ist der zentrale und reproduktions-technisch einzige im engeren Sinne aktive körperliche Beitrag, den die Männer im Rahmen der Kinderwunschbehandlung zu leisten haben.“¹¹¹⁸

1116 *Schrupp* weist darauf hin, dass die „geschlechtlich ausdifferenzierten menschlichen Organe üblicherweise komplementär“ seien: „Die Hoden entsprechen den Eierstöcken, der Penis der Klitoris, der Hodensack den Schamlippen und so weiter. Bei all diesen Organen handelt es sich letzten Endes um unterschiedliche Variationen von ein- und derselben Sache, weshalb es auch Übergangs- und Zwischenformen gibt. Einzige Ausnahme ist die Gebärmutter.“ *Schrupp* (2019) Schwangerwerden können, S. 80.

1117 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 18; *Schrupp* (2019) Schwangerwerden können, S. 80.

1118 *Hofmann* (2023) Paare in Kinderwunschbehandlung, S. 151.

Die eigentliche „Zeugungshandlung“ nehmen in diesem Fall andere Personen vor. Gegenüber dem, was die schwangere und gebärende Person zur Entstehung eines Kindes beträgt, ist der Zeugungsakt selbst vernachlässigenswert.

c) Natürlich ungleiche Keimzellen

Es ist schon deutlich geworden, dass es einen allein „männlichen“ Zeugungsakt nicht gibt. Vielmehr müssen zwei verschiedene Arten von Keimzellen zusammenkommen, die gemeinhin als Samenzelle und Eizelle bezeichnet werden. Für *Schneider* sind die Keimzellen insofern „halbe‘ Substanzen“, als dass sie jeweils „ein entsprechendes ‚Gegenüber‘ brauchen, um zu einem Kind zu werden.“¹¹¹⁹

Die Notwendigkeit, die natürlichen Grundlagen des Abstammungsrechts zu hinterfragen, ergibt sich jedoch noch aus weiteren Aspekten. Nicht nur ist die Samenzelle nie alleine für die Zeugung eines Kindes verantwortlich und kann daher auch keine Vorrangstellung des männlichen Beitrags im Abstammungsrecht begründen. Vielmehr müssen populärwissenschaftliche Annahmen über die Keimzellen auch deshalb korrigiert werden, weil der Blick auf Keimzellen selbst von einem Gender-Bias gekennzeichnet ist.

In den 1980er Jahren untersuchte die Anthropologin *Martin*, wie US-amerikanische Schulbücher die menschliche Fortpflanzung darstellten. Dabei stellte sie fest, dass die Menstruation und Eizellreifung deutlich abwertend beschrieben wurden, während die Samenzelle mit einer Art Siegergeschichte dargestellt wurde.¹¹²⁰ So berichtete *Martin*, wie die Menstruation mit Begriffen wie „chaotisch“ oder „nutzlos“ als tendenziell negativ dargestellt wurde. Insgesamt wurde der weibliche Fortpflanzungsbeitrag als passiv konstruiert, weil alle Eizellen schon von Geburt an vorhanden seien. Nur wenige von ihnen würden zur Reifung kommen und die meisten „verkümmerten“.¹¹²¹ Den Samenerguss beschrieben die von *Martin* untersuchten Lehrbücher hingegen als Zeugungsquelle und als aktiven Beitrag, mit dem Männer stetig frische Keimzellen „produzierten“.¹¹²² Die Aktiv-Pasiv-Konstruktion setzte sich beim Befruchtungsvorgang fort. Während die

1119 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42.

1120 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485. Vgl. auch *Ebeling* (2006) Amazonen, Jungfernzeugung, Pseudomännchen und ein feministisches Paradies, S. 84 f.

1121 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 486 f.

1122 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 487.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

Eizelle einfach nur passiv da zu sein schien, wurden die Samenzellen als „aggressive kleine Krieger“ dargestellt, die kompetitiv darum wetteiferten, wer das Rennen macht und zuerst in die Eizelle „eindringt“.¹¹²³ Auf die lange historische Tradition dieser „Dichotomie zwischen weiblicher passiver Materie und männlicher formgebender Aktivität“ weist *Vienne* hin.¹¹²⁴ Und diese Dichotomie hält sich bis heute. In einem Vortrag im Jahr 2015 an der University of Cambridge rekapitulierte *Martin*, was sich in den vergangenen knapp 30 Jahren verändert habe.¹¹²⁵ Zwar seien die Wahrnehmung der Bedeutung der Eizelle und die Wertigkeit des weiblichen Reproduktionsbeitrags gestiegen. Geschlechterstereotype Darstellungen seien jedoch weiterhin verbreitet.¹¹²⁶ In einer Untersuchung von YouTube-Videos fand *Nettleton* im selben Jahr die gleichen Stereotype, die *Martin* schon vor über 20 Jahren beschrieben hatte.¹¹²⁷

Jüngere Forschungen deuten jedoch darauf hin, dass nicht der Samenzelle, sondern der Eizelle selbst der zentrale und aktive Part beim Verschmelzungsvorgang zukommt. Nicht das Spermium „macht das Rennen“. Vielmehr hat die Eizelle eine eigene „Türpolitik“¹¹²⁸, bei der hochkomplexe chemische Prozesse darüber entscheiden, ob ein Spermium – und wenn ja, welches – durchgelassen wird. Es geht also nicht um das Recht des stärksten oder schnellsten Spermiums, sondern um biochemische Vorgänge, mittels derer die Eizelle die für sie passende Samenzelle auswählt.¹¹²⁹ Überhaupt ist das gesamte Bild vom aktiven Spermium zu hinterfragen. So

1123 *Martin* The Egg and the Sperm, *Signs* 1991, 485, S. 489.

1124 *Vienne* Vom Samentier zur Samenzelle: Die Neudeutung der Zeugung im 19. Jahrhundert, *Ber Wiss* 2009, 215, S. 222 mwN.

1125 <https://www.youtube.com/watch?v=-3eMD438DSc> (31.3.2025).

1126 Vgl. auch *Lamoreaux* Beyond the Egg and the Sperm?, *Science, Technology, & Human Values* 2022, 1180; *Almeling* What Biological Stories are Americans Telling About the Egg and the Sperm?, *Gender & Society* 2023, 750.

1127 *Nettleton* Brave Sperm and Demure Eggs: Fallopian Gender Politics on YouTube, *Feminist Formations* 2015, 25; *Martin* The Egg and the Sperm, *Signs* 1991, 485, S. 491. Man muss nicht lange suchen, um für den deutschsprachigen Kontext vergleichbare populärwissenschaftliche Darstellungen über Ei- und Samenzellen zu finden. Eine einfache Google-Bildersuche ergibt unzählige Bilder, in denen die Eizelle nur partiell abgebildet ist und das Spermium im Zentrum steht.

1128 Die Gynäkologin *Mangler* spricht in ihrem Podcast von der Eizelle als „härtester Tür der Welt“, *Mangler* 2021, Biochemie der Befruchtung – so entsteht Leben, *Gynacast*, Folge 36. Die Details der konkreten Naturvorgänge mögen hier entbehrlich sein. Sie würden ohnehin eher mehr Komplexität hervorbringen als vereinfachte Strukturen, an die eine rechtliche Regelung unmittelbar anknüpfen könnte.

1129 *Fitzpatrick/Willis/Devigili u.a.* Chemical signals from eggs facilitate cryptic female choice in humans, *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences* 2020.

übernehmen die Gameten wohl nicht einmal den Schwimmvorgang durch den Eileiter selbst. Der Soziologe *Hofmann* beschreibt es wie folgt:

„Zwar wird den Spermien immer noch ein gewisser heroischer Beitrag zuteil, indem sie die im Vergleich immerhin riesige Eizelle befruchten, aber dorthin gelangen sie kaum aus eigenem Antrieb.“¹¹³⁰

In seiner ethnografischen Studie zur Praxis der Kinderwunschbehandlung zitiert *Hofmann* unter anderem einen Reproduktionsmediziner, der darlegt, wie der Eileiter „die Samenzellen mit Druckwellen nach oben“ zieht:

„Früher dachte man, die schwimmen diesen ganzen Weg selbst, heute weiß man, das ist ein aktiver Transportmechanismus der Gebärmutter. Die innere Muskelschicht, die direkt unter der Schleimhaut liegt, ist hormonell gesteuert und pumpt zielgerichtet den Samen ans Ende des Eileters, wo der Eisprung stattgefunden hat. Also der Eileiter leistet sehr viel.“¹¹³¹

Auf alle diese Erkenntnisse greift die Familienrechtstheorie und -praxis bislang nicht zurück. So bleiben Annahmen über die Natur der Abstammung unhinterfragt und erweisen sich in ihren Grundfesten als falsch.

Es beginnt schon bei der Sprache. Die Begrifflichkeiten, mit denen operiert wird, sind unzutreffend. Darauf weist auch die Publizistin *Schrupp* hin:

„[D]er Begriff ‚Sperma‘ für männliches Ejakulat [ist] biologisch gesehen falsch. ‚Sperma‘ ist das griechische Wort für ‚Abkömmling, Nachkomme, Spross, Keim, Saatgut‘ – und genau darum handelt es sich beim männlichen Ejakulat nicht. Es enthält keinen Samen, kein Sperma, sondern lediglich Keimzellen (wissenschaftlich: ‚Gameten‘), die sich erst noch mit einer anderen, gegengeschlechtlichen Keimzelle vereinigen müssen, damit etwas wachsen kann.“¹¹³²

Die Rede vom männlichen Samen impliziert, dass diese Substanz aus sich heraus fruchtbar sei. Genau das ist aber nicht der Fall. Erst durch die Verschmelzung mit der Eizelle entsteht eine neue Zelle, die Zygote. Durch weitere Prozesse im Eileiter entsteht daraus eine Blastozyste, die sich schließlich in der Gebärmutterhaut festsetzt und dort zu einem

1130 *Hofmann* (2023) Paare in Kinderwunschbehandlung, S. 132.

1131 Ebd.

1132 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 12 mwN.

Embryo heranwächst. *Schrupp* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es biologisch präziser wäre, nicht von Samenflüssigkeit, sondern von „Pollen“ zu sprechen. Die Funktion von Sperma entspräche der von Pollen, nämlich „die männlichen Gameten geschützt zu den weiblichen Empfangsorganen zu bringen und so [...] die Befruchtung zu ermöglichen“.¹¹³³

Sprache ist Macht und man kann sich fragen, ob der familienrechtliche Diskurs über Abstammung möglicherweise anders verlaufen würde, wenn nicht vom Samenspender, sondern vom „Pollenverkäufer“ gesprochen würde. Die Gleichsetzung mit einem „biologischen Vater“ dürfte in dem Fall deutlich schwerer fallen.

Wer natürliche Ungleichheiten zwischen den Keimzellen sucht, findet sie – die Keimzellen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Größe und der verfügbaren Anzahl. Die Eizelle hat einen Durchmesser von etwa 0,1 Millimeter. Sie ist mit bloßem Auge sichtbar und die größte Zelle eines menschlichen Organismus. Zehntausendfach kleiner ist die Pollenzelle. Die Eizelle ist eine Rarität. Eine Person mit Uterus ist durchschnittlich rund 25 Jahre fortpflanzungsfähig – gemessen an der durchschnittlichen Lebenserwartung von aktuell 83 Jahren macht die fertile Phase also nicht einmal ein Drittel des Lebens dieser Person aus. Während des fruchtbaren Zeitraums produziert der Körper durchschnittlich 300 bis 500 Eizellen, wobei pro Zyklus jeweils nur eine reift. Mit dem Zyklus und der damit verbundenen Menstruation gehen enorme Strapazen einher, die notwendig sind, um eine Eizelle zur Reifung zu bringen.¹¹³⁴ In dem Zusammenhang stellt *Schneider* fest, dass Eizellen einer „Ökonomie der Knappheit“¹¹³⁵ unterliegen, wobei sich die Knappheit nicht aus den Anlagen, sondern aus dem Reifeprozess ergebe:

„Von Knappheit im eigentlichen Sinne ist nicht auszugehen, der Engpass liegt in der Eizellreifung. Weibliche Föten tragen bis zu 7 Mio. Eizell-Anlagen in ihren Eierstöcken, bei einem neugeborenen Mädchen sind es noch ein bis zwei Millionen, bis zur Pubertät ‚nur‘ noch 250.000. Durchschnittlich reifen 400 Follikel in der reproduktiven Lebensphase einer Frau zu einer Eizelle heran, 99,98% der Follikel schließen nie diese Entwicklung ab.“¹¹³⁶

1133 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 12 mwN.

1134 *O'Brien* (1997) Die Dialektik der Reproduktion, S. 78 ff.

1135 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42.

1136 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 61 mwN.

Hingegen unterliegen Samenzellen nach *Schneider* eher einer „Ökonomie der VERAUSGABUNG“; die Ejakulation sei ein „verschwenderischer Akt“.¹¹³⁷ Bei einem einzigen Samenerguss werden 200 bis 400 Millionen Keimzellen freigesetzt.

Obwohl sich eine Gleichheit der Keimzellen unter biologischen Gesichtspunkten somit kaum ernsthaft begründen lässt, gibt es juristische Arbeiten, die meinen, dass das „gravierende quantitative Ungleichgewicht zwischen den Keimzellen beider Geschlechter tatsächlich nicht“ bestünde. So behauptet *Reinke*:

„Auch der weibliche Körper hat in der Grundanlage Millionen Geschlechtszellen. Dieses Reservoir scheint fortlaufend durch embryonale Stammzellen aufgefrischt zu werden. Schon in der natürlichen Konstitution der Zelltypen ist der biologische Unterschied daher kaum auszumachen. Durch die Methoden der modernen Reproduktionsmedizin wird er nahezu vollständig nivelliert. Weibliche Keimzellen sind ebenso sicht- und verfügbar geworden wie männliche. Eine Differenzierung auf zellbiologischer Ebene ist somit nicht zu rechtfertigen, weil ein zellbiologisch relevanter Unterschied zwischen beiden Keimzelltypen nicht besteht.“¹¹³⁸

Die Asymmetrie der Keimzellen kommt jedoch gerade durch die reproduktionsmedizinische Entwicklung noch deutlicher zum Vorschein, denn die Keimzellen unterscheiden sich auch hinsichtlich ihrer Gewinnung. Während es Samenspenden schon seit sehr langer Zeit gibt,¹¹³⁹ können Eizellen erst seit wenigen Jahrzehnten entnommen und implantiert werden. Die Entnahme einer Eizelle ist ein aufwendiger medizinischer Eingriff – manche vergleichen ihn mit einer Nierentransplantation.¹¹⁴⁰ Der Kulturwissenschaftler *Bernard* hat die damit verbundenen körperlichen Strapazen eindrücklich beschrieben:

„In der letzten Woche eines Menstruationszyklus nehmen die Patientinnen ein Medikament ein, das ihre körpereigene Produktion von

1137 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42 mwN.

1138 *Reinke* (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 109 mwN.

1139 *Katzorke* nimmt Bezug auf Dokumente aus dem 2. und 3. Jahrhundert, *Katzorke* Entstehung und Entwicklung der Spendersamenbehandlung in Deutschland, *Journal of Reproductive Medicine and Endocrinology* 2008, 14, S.14 mwN. Dazu ausführlicher: *Köppen* (2020) Samenspende und Register, S. 5 ff.

1140 *Walby/Cooper* (2021) Biopolitik der Reproduktion, S. 29 f.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

Sexualhormonen unterdrückt. Zu Beginn des neuen spritzen sie sich dann täglich follikelstimulierende Hormone unter die Bauchdecke. Auf natürlichem Wege kommt gewöhnlich nur eine Eizelle pro Zyklus zur Reifung. Infolge der Behandlung können es bis zu vierzig werden, im Durchschnitt etwa ein Dutzend: eine Entwicklung, die der Arzt in dieser Zeit regelmäßig durch Ultraschall-Untersuchungen kontrolliert. Sobald die Follikel die gewünschte Größe und hormonelle Reife haben, zumeist zwischen dem elften und dreizehnten Zyklustag, injiziert sich die Patientin ein eisprungauslösendes Hormon, das die Ovulation auf die Stunde genau berechenbar macht („den Eisprung programmieren“, sagen die Ärzte). Die transvaginale Entnahme der Eizellen schließlich, über einen Ultraschall-Monitor gesteuert, ist mittlerweile ein zehnminütiger Routineeingriff in Vollnarkose. An einem langen Schlauch führt der Arzt eine Nadel in die Eierstöcke ein, durchsticht die Follikel und saugt die Eizellen ab, die in Reagenzgläser geleitet, gezählt und dann in den Brutschrank gegeben werden, in einem Nährmedium, das der Eileiter-Flüssigkeit entsprechen soll. Die Patientin wird vom Arzt nur ein bis zwei Stunden später über den Verlauf des Eingriffs informiert.“¹¹⁴¹

Im Gegensatz dazu ist die Samenspende ein unkomplizierter Vorgang, der keiner ärztlichen Begleitung bedarf.¹¹⁴² Zur Veranschaulichung abermals die Darstellung von *Bernard*, der beschreibt,

„wie flüchtig sich die Tätigkeit für eine Samenbank vollzieht. Die Spender betreten die Praxis, suchen den Masturbationsraum auf, stellen nach einigen Minuten das Gefäß in eine Ablage und verlassen das Gebäude, ohne mit jemand anderem als der Sprechstundenhilfe Kontakt gehabt zu haben. In diesem Gefäß flirren Millionen von Spermatozoen umher, von denen ein einziges viele Monate oder sogar Jahre später zur Befruchtung einer Eizelle führen könnte. Der männliche Anteil an der Entstehung eines Kindes bleibt also vor allem in der Reproduktionsmedizin in hohem Maße vermittelt; die Verwandlung der bloßen Zeugungsstoffe in einen neuen Menschen erleben die Spender nicht mit“¹¹⁴³

1141 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 11 f.

1142 Die private Samenspende unterfällt auch nicht dem Arztvorbehalt des § 9 ESchG. Instruktiv dazu *Siegfried* Notarielle Amtspflichten bei Zeugung im Wege der Bechermethode, FamRZ 2019, 1979.

1143 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 266 f.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

Gesundheitliche Risiken bestehen für den Spender nicht.¹¹⁴⁴ Ganz anders ist das bei der Eizell-Entnahme, die ein „gesundheitlich belastender und risikoreicher Eingriff am Körper“¹¹⁴⁵ ist.¹¹⁴⁶

d) Zwischenfazit

Gibt es natürliche Unterschiede bei der Abstammung? – Ja. Rechtfertigen sie die gegenwärtige Ausgestaltung des Abstammungsrechts? – Nein. Biologistische Argumente sind als Fundament der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung nur begrenzt tragfähig, denn sie begründen allenfalls die vorrangige Elternschaft der schwangeren und gebärenden Person. Bis zur Geburt gibt es faktisch – natürlich begründet – nur eine Person, die den wesentlichen Beitrag zur Entstehung des Kindes geleistet hat, nämlich die gebärdende. Das begründet die Zuweisung der ersten und in dieser Logik dann auch einzigen Elternstelle. Der „Zeugungsakt“ ist zwar der Anfangsmoment. Die Person, die daraus nicht schwanger wird, „zeugt“ das Kind aber nicht alleine, sondern wirkt daran mit. Ein Anspruch auf eine zweite Elternstelle „als Erzeuger“ lässt sich mit der Natur mithin nicht begründen.

Auch eine auf den Keimzellenbeitrag gestützte Zuordnung des zweiten Elternteils ist qua Natur nicht zwingend und für lediglich eine Person auch nicht begründbar. Keimzellen haben stets zwei verschiedene Personen beigetragen. Im Fall der Mitochondrienspende können es auch drei Personen sein. Die zweite Elternstelle wäre mithin, wenn sie mit Naturargumenten begründet und als Keimzellenbeitragsstelle gedacht würde, für mehrere Personen zugänglich zu machen – entweder, indem sie vervielfältigt wird, oder, indem mehrere Personen sie sich teilen. Sollte sie geteilt werden, wäre eine gleichwertige Beteiligung der Person, die die Samenzelle beigetragen hat, biologisch schwerer begründbar, denn die Keimzellen sind nicht gleich in ihren natürlichen Eigenheiten und der Form ihrer Gewinnung.

1144 Nicht nachvollziehbar ist deshalb, wenn Reinke behauptet, dass die Spermien regelmäßig „direkt aus dem Hoden des Mannes punktiert“ würden, weshalb „die Eingriffstiefe“ vergleichbar sei, Reinke (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 110.

1145 Graumann (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 66.

1146 Vgl. zu den medizinischen Risiken u.a. Graumann (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 67. Für eine umfassende feministische Kritik an der Eizellspende vgl. Perler (2022) Selektioniertes Leben.

3. Natürliche Unordnung von Geschlecht

Der zweite Aspekt zwingender Natürlichkeit im Abstammungsrecht ist für den XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Zweigeschlechtlichkeit. So gibt es Menschen, die gebären können, und andere, die das nicht können. Das rechtfertige es, einen trans Mann, der ein Kind zur Welt bringt, abstammungsrechtlich als Frau zu behandeln. Der Bundesgerichtshof (und andere) verweisen hier „auf den universellen Status eines biologischen Rohmaterials“.¹¹⁴⁷ Es handelt sich jedoch auch dabei nicht um objektive Natürlichkeiten, sondern um etwas, das die Geschlechterforschung als „Geschlechterwissen“ herausgearbeitet hat. Damit ist

„das Wissen über die vermeintlich natürliche und soziale Geschlechterdifferenz sowie [über] die hierarchisierenden Geschlechterklassifikationen“

gemeint.¹¹⁴⁸ Wie wenig natürlich die Kategorie Geschlecht aber tatsächlich ist, zeigt schon ein nur kurzer Blick auf ihre historische Wandelbarkeit (a).¹¹⁴⁹ Selbst wenn man das Geschlecht auf seine biologischen Aspekte reduzieren wollte, sind auch diese vielfältiger als gemeinhin angenommen (b). Schließlich lässt sich auch die These einer zwingend natürlichen Verkoppelung von Geschlecht und Abstammungsfunktion nicht natürlich belegen (c).

1147 Gildemeister (2010) Doing Gender, S. 137. Villa (2006) Sexy Bodies, S. 78.

1148 Kahlert (2019) Geschlechterwissen, S. 180. Dölling beschreibt mit dem Begriff „den biografisch aufgeschichteten, sich aus verschiedenen Wissensformen zusammensetzenden und strukturierten Vorrat an Deutungsmustern und an Fakten- und/oder Zusammenhangs-Wissen, mit dem die Geschlechterdifferenz wahrgenommen, bewertet, legitimiert, begründet bzw. als selbstverständliche, quasi ‚natürliche‘ Tatsache genommen wird. Auf diesen Wissensvorrat greifen die Individuen zurück, wenn sie in konkreten Kontexten und Situationen ‚Geschlecht‘ gemäß den Regeln des zweigeschlechtlichen Klassifizierens ‚strategisch‘ (Bourdieu) einsetzen“, Dölling ‚Geschlechter-Wissen‘ – ein nützlicher Begriff für die ‚verstehende‘ Analyse von Vergeschlechtlichungsprozessen?, Zeitschrift für Frauenforschung & Geschlechterstudien 2005, 44, S. 49.

1149 Es gibt zu diesen Fragen sehr umfangreiche, inzwischen auch interdisziplinäre Forschungen, auf die hier nur punktuell Bezug genommen werden kann. Vertiefte Diskussionen und Analysen, auch medizinische und biologische Tiefenbohrungen, müssen anderen Arbeiten vorbehalten bleiben. Jedoch sollten die hier vorgestellten Befunde ausreichen, um einige gängige Mythen zu enttarnen und das Natürlichkeitsargument als rechtfertigende Basis gesetzlicher Ungleichheiten zu entkräften.

a) Historisch wandelbarer biologischer Geschlechtsbegriff

Wie die Theorien über die Natur der Zeugung zeigen sich auch Annahmen über das Geschlecht in der historischen Rückschau als hochgradig kontext-abhängig und wandelbar.¹¹⁵⁰ Die heute so selbstverständlich und natürlich anmutende Zweiteilung der Menschen in die komplementär gegensätzlichen Geschlechtskategorien „Frau“ und „Mann“ ist keineswegs universal und historisch unverändert. Der Historiker *Laqueur* hat herausgearbeitet, wie über Jahrhunderte das „Ein-Geschlechts-Modell“ vorherrschte und die kategoriale Differenz der Zweigeschlechtlichkeit erst im 18. Jahrhundert aufkam.¹¹⁵¹ Vergleichbare Arbeiten, etwa die der Soziologin *Honegger*, beschreiben, wie sich Geschlechterkonzepte über verschiedene historische Epochen hinweg gewandelt haben.¹¹⁵² Doch haben sich nicht die Körper verändert, sondern die Rechtfertigungsmodelle ihrer Ungleichheit.¹¹⁵³

Was als „natürlich“ galt und gilt, war und ist zudem nicht losgelöst von dem jeweiligen historischen sowie gesellschaftlichen und kulturellen Kontext zu betrachten. Das Geschlechterwissen ist mit alledem vielmehr „in einem unentwirrbaren Ausmaß verbunden.“¹¹⁵⁴ Oder wie die Kultur- und Sozialhistorikerin *Arni* es formuliert:

„Interpretationen dessen, was *facts of nature* seien, sind und waren [...] nie statisch. Vielmehr werden sie in steter Bewegung gehalten, von den sich verändernden epistemologischen, politischen und sozialen Ordnungen, mit denen sie vermittelt sind, zum einen, von den Erkundungen und Eingriffen, deren Objekt sie sind, zum anderen.“¹¹⁵⁵

Insbesondere feministische Wissenschafts-, speziell Naturwissenschaftskritiken,¹¹⁵⁶ haben deutlich gemacht, dass naturwissenschaftliche „Entdeckun-

1150 *Villa* (2006) *Sexy Bodies*, S. 81 ff.; *Wetterer* (2010) Konstruktion von Geschlecht.

1151 *Laqueur* (1996) Auf den Leib geschrieben. Für eine auch kritische Auseinandersetzung damit vgl. *Voß* (2015) *Making Sex Revisited*, S. 38 ff.

1152 *Honegger* (1991) Die Ordnung der Geschlechter. Zum Wandel der Kategorie Geschlecht am Beispiel des medizinischen Verständnisses von Intergeschlechtlichkeit seit der Frühen Neuzeit vgl. *Klöppel* (2015) *XXOXY* ungelöst.

1153 *Lorber* (2003 [1995]) *Gender-Paradoxien*, S. 85.

1154 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde?* – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft, S. 27 mwN.

1155 *Arni* (2008) Reproduktion und Genealogie: Zum Diskurs über die biologische Substanz, S. 293, Herv. im Orig.

1156 Vgl. nur für den deutschsprachigen Kontext statt vieler *Schmitz/Ebeling* (Hrsg., 2006) *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*; *Fausto-Sterling* (1988)

gen“ keine objektiven Findings darstellen, sondern von einer bestimmten Fragestellung, einem Erwartungshorizont und von jeweils unbewussten Vorannahmen beeinflusst sind.¹¹⁵⁷ Die Biologin und Wissenschaftshistorikerin *Haraway* hat in diesem Zusammenhang den Begriff des „situierten Wissens“ geprägt.¹¹⁵⁸ Die Umstände der Forschung – die mehr sind als die konkrete Forschungssituation – und die Positionalität der Forschenden beeinflussen, welche „Fakten“ daraus hervorgehen. Eindrückliches Beispiel für solch ein situiertes Wissen sind die historischen Zeugungsmythen (s. oben 2. a). Frauen waren bis ins 20. Jahrhundert vom Zugang zu Universitäten ausgeschlossen. Und so bot das Naturgeheimnis der Fortpflanzung männlichen Wissenschaftlern allerlei Projektionsflächen, um kreative Ideen zu verbreiten, die allesamt einen maßgeblich männlichen Schöpfungsakt phantasierten.¹¹⁵⁹ Ein weiteres Beispiel sind „wissenschaftliche“ Thesen über das vermeintliche „Wesen der Frau“ – etwa die des Neurologen *Möbius*, der 1900 eine Abhandlung „Über den psychologischen Schwachsinn des Weibes“ verfasste. Darin befand er:

„Körperlich genommen, ist, abgesehen von den Geschlechtsmerkmalen, das Weib ein Mittelding zwischen Kind und Mann, und geistig ist sie es, wenigstens in vielen Hinsichten, auch.“¹¹⁶⁰

Eine solche „wissenschaftliche“ Erkenntnis war freilich wenig objektiv und auch nicht biologisch nachgewiesen, sondern vielmehr ideologisch begründet.¹¹⁶¹ Auf diese Weise sollten pseudowissenschaftliche Fakten die vermeintlich defizitäre Natur von Frauen belegen und somit rechtfertigen,

Gefangene des Geschlechts?; *Pasero/Gottburgsen* (Hrsg., 2002) Wie natürlich ist Geschlecht?; *Orland/Scheich* (Hrsg., 1995) Das Geschlecht der Natur.

1157 „Natur“ wurde und wird konstruiert anstatt entdeckt; ihre „Wahrheiten“ werden nicht gefunden, sondern von Wissenschaftlern gemacht.“ *Orland/Rössler* (1995) Women in Science – Gender and Science, S. 14. Dazu auch *Wetterer* (2010) Konstruktion von Geschlecht, S. 130 f. mwN; *Ebeling/Schmitz/Bauer* (2006) Tierisch menschlich. Ein un/geliebter Dualismus und seine Wirkungen, S. 347 ff.

1158 *Haraway* (1995) Situiertes Wissen [1988], S. 73 ff.

1159 So hat etwa die Medizinhistorikerin *Lesky* aufgearbeitet, wie antike Forscher versuchten, den Produktionsort von Samen zu verorten – im Gehirn, Rückenmark oder gar im Herzen, vgl. *Lesky* (1950) Die Zeugungs- und Vererbungslehren der Antike und ihr Nachwirken sowie die Darstellung von *Voß* (2015) Making Sex Revisited.

1160 Digitalisiert unter: <https://www.projekt-gutenberg.org/moebius/schweib/chap002.html> (31.3.2025).

1161 *Villa* nennt es die „Natur-ist-Schicksal-Ideologie“, *Villa* (2020) Bodies matter, S. 146.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

dass ihnen das Wahlrecht sowie der Zugang zu Universitäten und politischen Ämtern vorenthalten wurde.¹¹⁶² Die gesellschaftliche und politische Privilegierung von Männern blieb als Norm unmarkiert, wodurch sie nicht in Rechtfertigungsnoten geriet. Es ging also „nicht um biologische Fragen über die Wirkungen von Organen und Hormonen [...], sondern um kulturelle, politische Fragen“.¹¹⁶³

b) Komplexität des „natürlichen“ Geschlechts

Für das Bundesverfassungsgericht ist es seit langem eine

„wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis, dass die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Geschlecht nicht allein nach den äußerlichen Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt seiner Geburt bestimmt werden kann, sondern sie wesentlich auch von seiner psychischen Konstitution und selbstempfundenen Geschlechtlichkeit abhängt“.¹¹⁶⁴

Die Soziologin *Villa* hat das Geschlecht in ähnlicher Tendenz als „eine biosoziale Form“ beschrieben, mithin als

„soziale Differenzierung, die, so historisch und kulturell spezifisch, so medial wie praktisch bedingt und so sozial gemacht sie auch ist, darin zugleich eine körperliche, eine somatische, eine biologische Dimension hat.“¹¹⁶⁵

Wenn Geschlecht mithin ein „sowohl – als auch“ ist, wäre zu klären, ob nicht die biologische Komponente eine Eindeutigkeit aufweist, auf die sich das Abstammungsrecht beziehen könnte. In diese Richtung lässt sich etwa der Versuch von *Jestaedt* lesen, das Geschlecht im Sinne der Eltern-Kind-Zuordnung auf das natürliche Geschlecht zu reduzieren:

„Das Grundgesetz setzt als ‚natürlich‘ voraus, dass Eltern eines Kindes dessen Mutter und dessen Vater sind – und zwar *allein* dessen Mutter und dessen Vater. Die Kennzeichnung als ‚Mutter‘ und als ‚Vater‘ bezieht

1162 Vgl. nur *Gerhard* (1990) Unerhört; *Schröder* (1979) Die Frau ist frei geboren. Eindrücklich ist auch die Darstellung der Geschichte des Zugangs von Frauen zu juristischen Berufen von *Röwekamp* Die ersten deutschen Juristinnen, S. 25 ff.

1163 *Laqueur* (1996) Auf den Leib geschrieben, S. 36.

1164 BVerfG Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 *Trans VIII*, BVerfGE 128, 109, S. 124.

1165 *Villa* (2020) Bodies matter, S. 145.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

sich [...] auf die biologische Abstammung, also auf das [...] nicht fungible und änderbare Geschlecht.“¹¹⁶⁶

Auch diese Argumentation geht jedoch nicht auf. Selbst wenn man die Betrachtung des Geschlechts – nur für das Abstammungsrecht – auf biologische Aspekte begrenzen, das Geschlecht also auf rein körperliche Esszenen reduzieren wollte, wäre „die Natur“ vielfältiger und komplexer als gemeinhin angenommen. Auch das hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2017 unter Verweis auf zahlreiche Quellen festgehalten: „Aus medizinischer Sicht wird an einer allein binären Geschlechtskonzeption nicht festgehalten.“¹¹⁶⁷

Nach einem biologisch-medizinischen Geschlechtsverständnis werden gemeinhin „vier miteinander zwar verknüpfte, aber nicht deterministisch-kausal zusammenhängende Ebenen“ angesprochen.¹¹⁶⁸ Das Geschlecht umfasst demnach neben den primären und sekundären Geschlechtsmerkmalen eine hormonelle, chromosomale und gonadale Ebene.¹¹⁶⁹ Die Biologin und Naturwissenschaftsforscherin *Schmitz* weist darauf hin, wie auch hier ein „dualistische[s] Grundprinzip der Zweigeschlechtlichkeit“ zum Tragen kommt:

„Ausgehend von den Chromosomen (XX oder XY) über die Unterscheidung von Ei und Spermium, von weiblichen und männlichen Geschlechtsmerkmalen, von weiblichen und männlichen Geschlechtshormonen bis hin zur Trennung in weibliche und männliche Gehirne wird ein durchgängig binäres, polarisiertes Kategorienschema aufgebaut“.¹¹⁷⁰

Diese dichotomen Naturalisierungen sind jedoch nicht zwingend „natürlich“, sondern abermals das Ergebnis von Forschungsarbeiten, die von einer bestimmten Prämisse ausgehen – zumeist von der, dass Zweigeschlechtlich-

1166 *Jestaedt* (2015) Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, S. 88.

1167 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 7, Rn. 9 mwN.

1168 *Villa* (2006) Sexy Bodies, S. 117 ff. mwN.

1169 *Maurer* (2002) Sexualdimorphismus, Geschlechtskonstruktion und Hirnfor- schung, S. 70 ff.

1170 *Schmitz* (2006) Entweder — Oder? Zum Umgang mit binären Kategorien, S. 332 mwN.

keit dem Erhalt der Menschheit diene, weil sie Fortpflanzung und eine optimale Weitergabe der Gene ermögliche.¹¹⁷¹

Eine solche bipolare Konstruktion des natürlichen Geschlechts funktioniert nur auf Kosten einer zum Teil auch gewaltvollen¹¹⁷² Ausblendung vielfältiger Erscheinungsformen des – natürlichen, biologischen – Geschlechts. Intergeschlechtliche Menschen haben körperliche Merkmale, die geschlechtlich nicht eindeutig sind; sie können sowohl „männliche“ als auch „weibliche“ Körpereigenschaften aufweisen. Intergeschlechtlichkeit kann unterschiedliche Kombinationen von Chromosomen, Hormonlevels und körperlichen Attributen umfassen.¹¹⁷³ Trans Personen haben vermeintlich eindeutige körperliche Geschlechtsmerkmale, die jedoch nicht mit ihrer Geschlechtsidentität übereinstimmen müssen. Trans und intergeschlechtliche Personen verdeutlichen dadurch mit ihrer Existenz, dass auch das natürliche Geschlecht nicht bipolar und nicht eindeutig sein muss.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass selbst dann, wenn die meisten (nicht alle) Körper anhand bipolarer Geschlechtszuweisungen klassifiziert werden könnten, fraglich bleibt, welche Aussagekraft damit eigentlich verbunden ist. Zumeist sind die Differenzen innerhalb einer als „männlich“ oder „weiblich“ gefassten Geschlechtskategorisierung sehr viel größer als zwischen den binär gedachten Geschlechtern. Diese Erkenntnis ist insbesondere für die Medizin enorm wichtig geworden, seit die Genderforschung systematisch aufdeckt, wie kurzsichtig die Orientierung an einer einzigen, vermeintlich klaren Geschlechterdifferenz ist. Tatsächlich unter-

1171 Dabei wird auch gerne auf das Tierreich als Begründung verwiesen, was unter anderem *Haraway* sowie in jüngerer Zeit *Fine* und *Cooke* anschaulich dargelegt und widerlegt haben, vgl. *Haraway* (1995) Im Streit um die Natur der Primaten [1983], S. 123 ff.; *Fine* (2017) Testosterone Rex; *Cooke* (2023) Bitch. Ein revolutionärer Blick auf Sex, Evolution und die Macht des Weiblichen im Tierreich.

1172 Inter Personen wurden bis in die jüngste Zeit entwürdigenden Operationen unterzogen. So hat u.a. *Plett* darauf aufmerksam gemacht, „was seit den 1950er Jahren mit intersexuell Geborenen geschieht. Ihr zweideutiges Geschlecht wird mittels Skalpells und Medikamenten eindeutig gemacht – durch Operationen bereits im Säuglingsalter, denen meistens weitere Operationen im Kindes- und Jugendlichenalter folgen müssen [...], und durch lebenslänglich verordnete medikamentöse Behandlung, um die dem zugewiesenen Geschlecht entsprechenden Hormone dem Körper zuzuführen, die dieser nicht selbst zu bilden vermag. Auf diese Weise trägt die Medizin zur Durchsetzung einer exklusiven Zweigeschlechtlichkeit bürgerlicher Gesellschaften bei – exklusiv in dem Sinne, dass jeder Mensch als männlich oder weiblich registriert wird und diese Eigenschaft grundsätzlich von Geburt bis zum Tod behält“, *Plett* (2003) Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, S. 22 mwN.

1173 *Klöppel* (2015) XX0XY ungelöst.

scheiden sich Menschen nach Körperbau, Körpergröße, Fettverteilung, Bartwuchs, Brustgröße und Stimmlage sowie in vielen weiteren Merkmalen, ohne dass „das Geschlecht“ die markante Differenzierungslinie wäre. So fasst die Biologin und Kulturwissenschaftlerin *Palm* zusammen:

„Inhaltlich stimmen die meisten kritischen Biolog_innen darin überein, dass eine sexismusfreie Biologie Geschlechtskörper weniger in einer kategorialen binären Differenz, sondern in ihren vielfältigen individuellen Variationen bzw. einem Kontinuum von Körpераusprägungen beschreiben sollte, die quer zu bisherigen dichotomen Festlegungen durch vielfältige temporäre Ähnlichkeiten von Merkmalsausprägungen immer wieder neue biologische Gruppenbildungen ermöglichen bzw. zerstören.“¹¹⁷⁴

Hinzukommt, worauf *Mangold*, *Markwald* und *Röhner* hingewiesen haben:

„Es besteht keine wissenschaftliche Einigkeit darüber, wie Geschlecht entsteht und was die bestimmenden Faktoren und Prozesse sind, vielmehr finden Studien immer neue zu berücksichtigende Aspekte.“¹¹⁷⁵

In ihrem Rechtsgutachten kommen sie zu dem Schluss, dass medizinische Erkenntnisse „kein stabiles Fundament“ bieten, „auf dem die Rechtsordnung einfach aufbauen und auf welches sie ohne Weiteres zurückgreifen kann.“¹¹⁷⁶ Das Geschlecht erweist sich auch in seiner vermeintlich eindeutig „natürlichen“ körperlichen Kategorisierung als komplex und lässt sich nicht bipolar, sondern besser als Kontinuum bzw. als „Spektrum“¹¹⁷⁷ verstehen.

1174 *Palm* (2019) Biologie: materielle Dimensionen von Geschlecht in biologisch-kritischer Perspektive, S. 731.

1175 Mit Verweis auf das zelluläre Geschlecht *Mangold/Markwald/Röhner* (2019) Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, S. 4.

1176 Ebd.

1177 *Mangold/Markwald/Röhner* (2019) Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, S. 5. *Lembke* beschreibt das biologische Geschlecht als „multifaktoriell, divers und prozesshaft“, *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 97.

c) Keine natürliche Verschränkung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion

Auch die Fortpflanzungsfunktion ist kein geeignetes Kriterium, um Menschen rechtlich in eine von zwei dichotomen Geschlechtskategorien einzurorden.

Es beginnt schon damit, dass nicht alle Menschen zwingend und ihr Leben lang gleichbleibend fortpflanzungsfähig sind. Zwar wird für gewöhnlich das Schwangerwerden können als „weibliche“ Fortpflanzungsfunktion angenommen und bei den Keimzellen zwischen „weiblichen“ Eizellen und „männlichen“ Samenzellen unterschieden. Das ist aber keineswegs zwingend und trifft auch nicht in jedem Fall zu. Nicht alle Frauen können schwanger werden und/oder haben (fortpflanzungsfähige) Eizellen¹¹⁷⁸; nicht alle Männer haben (fortpflanzungsfähige) Samenzellen. Würde das Geschlecht eines Menschen auf seine Fortpflanzungsfunktion reduziert, hätten all jene Personen kein Geschlecht, deren reproduktive Organe fehlen oder nicht wie erwartet funktionieren. Auch wäre die Existenz von Frauen und Männern dann auf einen vergleichsweise kurzen Lebensabschnitt begrenzt, denn je nach Alter sind Menschen natürlicherweise noch nicht oder nicht mehr fortpflanzungsfähig.

Entscheidender ist, dass die Geschlechtsidentität eines Menschen gar nicht mit dem vermeintlichen Geschlecht seiner Fortpflanzungsfunktion kongruent sein muss. Der Fall des gebärenden trans Mannes verdeutlicht dies eindrücklich. Es handelt sich um eine Person, die sich geschlechtlich „ungeachtet ihrer körperlichen Ausstattung *in nicht verhandelbarer Weise*“ als Mann identifiziert und dies in einem Gerichtsverfahren und anhand medizinischer Gutachten rechtsverbindlich hatte feststellen lassen.¹¹⁷⁹ Im Leben des Kindes und des Mannes ist die männliche Geschlechtsidentität auch nicht in Frage gestellt, sondern eine alltäglich erlebte Tatsache. Die Verschränkung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion ist also gerade

1178 Das hat u.a. *Lorber* wie folgt verdeutlicht: „Menstruation, Milchbildung und Schwangerschaft unterscheiden Frauen nicht von Männern. Nur manche Frauen sind schwanger, und auch dann nur eine gewisse Zeit; manche Frauen haben keine Gebärmutter oder keine Eierstöcke. Bei manchen Frauen setzt die Menstruation zeitweise aus, andere sind bereits in den Wechseljahren, und manche haben eine Totaloperation hinter sich. Manche Frauen stillen eine gewisse Zeit, aber auch bei manchen Männern kommt es zur Milchbildung“, *Lorber* (2003 [1995]) Gender-Paradoxien, S. 87.

1179 *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861, S. 1861, Herv. im Orig.

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

in diesem Fall nicht „unbestreitbar biologisch begründet“. Vielmehr ist der trans Mann, der ein Kind zur Welt gebracht hat,

„darum nicht ‚eigentlich‘ oder ‚teilweise‘ noch weiblichen Geschlechts [...]. Er ist ein Mann. Bekommt er ein Kind, übernimmt er die soziale Rolle eines Vaters.“¹¹⁸⁰

Für das Recht, zumal für das am Statusprinzip orientierte Familienrecht, erweist sich die Fortpflanzungsfunktion somit also auch nicht als verlässliche Grundlage eines in Naturtatsachen verorteten Geschlechtsbegriffs.

d) Zwischenfazit

Ein binäres naturalistisches Verständnis von Geschlecht, wie es im gelgenden Abstammungsrecht zum Ausdruck kommt, lässt sich mit zwingenden Naturargumenten nicht begründen. Wird das Geschlecht, mit den Worten von *Baer*,

„als soziale Konstruktion verstanden [...], dann gerät das bislang Allgemeine, Selbstverständliche und als neutral Behauptete unter Verdacht.“¹¹⁸¹

Mit dieser Erkenntnis haben insbesondere die Legal Gender Studies offen gelegt, dass auch das Recht nicht objektiv oder neutral existiert, sondern stets mit bestimmten Interessen und Voreinstellungen derer verflochten ist, die die Regelungen erschaffen haben.¹¹⁸² Unter Verweis auf die sozialen und gesellschaftlichen Produktionsprozesse der Natürlichkeit von Geschlecht zeigt sich vielmehr, dass das Recht selbst – ähnlich wirkmächtig wie die Medizin – „immer wieder neue Definitionen dieses angeblichen Faktums, dieser Natur“ hervorgebracht hat.¹¹⁸³ Die Elternkategorien „Mutter“ und „Vater“ gehören dazu. Das Geschlecht erweist sich vor diesem Hintergrund nicht als Naturproblem, dessen Lösung das Abstammungsrecht zwingend

1180 *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861, S. 1861.

1181 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft*, S. 29.

1182 Vgl. statt vieler die Übersichtstexte von *Sacksofsky* (2012) *Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft*; *Baer/Elsuni* (2021) *Feministische Rechtstheorien*; *Valentiner* *Geschlecht und Recht*, JuS 2022, 1094 sowie die Beiträge in *Foljanty/Lembke* (Hrsg., 2012) *Feministische Rechtswissenschaft*; *Rudolf* (Hrsg., 2009) *Geschlecht im Recht*; *cognitio/F.Ius u.a.* (Hrsg., 2023) *Gender und Recht*.

1183 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft*, S. 27 mwN.

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

erfordern würde. Vielmehr ist es umgekehrt: Das Abstammungsrecht konstruiert selbst ein Geschlechtsverständnis, das es in „der Natur“ aber gar nicht gibt.

4. Fazit

Damit ist die zwingende Natürlichkeit der leiblichen Abstammung und des Geschlechts als Determinanten eines vergeschlechtlichten Abstammungsrechts insgesamt in Frage gestellt und widerlegt. Die Ungleichbehandlungen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung können nicht mit biologischen Differenzen begründet werden, weil sich die Naturvorstellungen des Abstammungsrechts in großem Umfang als unzutreffend erweisen. „Schlicht biologistische Stereotype“, darauf weisen *Baer* und *Markard* hin, „tragen verfassungsrechtlich ebenso wenig wie pauschale Annahmen über soziale Rollen.“¹¹⁸⁴ „Die Natur“ rechtfertigt mithin keine zwingend zweigeschlechtlich biologistische Ausgestaltung des Abstammungsrechts.

IV. Keine Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht

Wenn die Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht (s. oben I.) nicht mit zwingenden biologischen Unterschieden gerechtfertigt werden können, verbleibt noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht. Dies wird nachfolgend für die einzelnen Tatbestände der Eltern-Kind-Zuordnung geprüft. Auch dabei wird sich zeigen, dass die Anknüpfung der Elternschaft an die Geburt unproblematisch ist (1.), die geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlungen jedoch nicht begründbar und mithin verfassungswidrig sind (2. bis 4.).

1. Geburt als Zuweisungskriterium für den ersten Elternteil

Die Frage, ob die Eltern-Kind-Zuordnung auf Grund der Fortpflanzungsfunktion des Gebärens gleichheitsrechtlich problematisch sein könnte, wurde bislang kaum diskutiert. Wenn dies überhaupt geschehen ist, wurde

¹¹⁸⁴ *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 450.

sie zutreffend verneint.¹¹⁸⁵ Faktisch stellt sich bei dieser Statuszuweisung auf Grund der Geburt kein geschlechtsspezifisches Diskriminierungsproblem mehr, da die gebärende Person unabhängig von ihrem Geschlechtseintrag als erster Elternteil zugewiesen wird. Die unterschiedliche Fähigkeit von Menschen, ein Kind zu bekommen, ist zudem biologisch begründet. Dass die Zuweisung unabhängig vom Geschlecht der gebärenden Person erfolgt, wäre gesetzgeberisch in § 1591 BGB klarzustellen. (Zum Problem der Statusbenennung als „Mutter“ s. sogleich unter 4.)

2. Anknüpfung an den Geschlechtseintrag „männlich“

Dass der zweite Elternteil eines Kindes gemäß § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB nur ein „Mann“ sein kann, wird als gesetzliche Ungleichheit im Abstammungsrecht kritisiert.¹¹⁸⁶ Viele verorten das Problem jedoch im allgemeinen Gleichheitssatz.¹¹⁸⁷ Das ist erstaunlich, weil die Anknüpfung an das Geschlecht doch offenkundig ist und die Regelungen daher am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 GG zu prüfen sind.

Zwei Rechtfertigungsargumente sind in diesem Zusammenhang noch abzuarbeiten. Das Erste betrifft die Rede von der Abstammungsvermutung, die nur die Zuweisung eines Mannes als zweiten Elternteil begründen soll, sich bei näherer Betrachtung jedoch als unzulässige Typisierung erweist (a). Das Zweite betrifft ein Gleichberechtigungsgesetz zu Gunsten von Männern, das jedoch ebenfalls nicht trägt (b).

1185 So auch *Sitter* (2017) Grenzüberschreitende Leihmutterchaft, S. 150. Allenfalls wird unter Verweis auf Art. 3 GG die Legalisierung der Leihmutterchaft gefordert, vgl. u.a. *Esser* (2021) Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?, S. 277, 245 ff.

1186 So etwa schon 2005 von *Siegfried* Kinder vom anderen Ufer, FPR 2005, 120, S. 121. Zudem u.a. *Richarz* Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53, S. 64; *Chebaut/Sanders/Valentiner* Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694, S. 3697; *Sanders* Wunschkinder, Wunscheltern und das Grundgesetz, FF 2021, 341, S. 348 f.; *Hartmann* (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 135 f.

1187 Vgl. dazu schon Fn. 1039.

a) Die „Abstammungsvermutung“ als unzulässige Typisierung

Die 2. Kammer des Ersten Senats sah im Jahr 2010 „keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG“ darin, dass die Lebenspartnerin der Mutter nicht als zweiter Elternteil im Geburtenregister des Kindes eingetragen wurde.¹¹⁸⁸ Die eingetragene Lebenspartnerin, so führte die Kammer aus, habe „keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit rechtlichen oder leiblichen Vätern eines Kindes“. Dass bei ihr – anders als beim Ehemann der Mutter – nicht vermutet werde, sie „sei der andere Elternteil des Kindes“, stelle „keine Ungleichbehandlung“ dar. Die Vermutung beruhe „auf der biologischen Herkunft des Kindes“ und sei bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerinnen unbegründet.¹¹⁸⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verneinte im gleichen Fall eine gleichheitsrechtliche Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.¹¹⁹⁰ Auch er stützte sich auf die fehlende Abstammungsvermutung: Es sei „aus biologischen Gründen ausgeschlossen“, dass das Kind von der Lebenspartnerin der Mutter abstamme.¹¹⁹¹ Darauf bezog sich auch der Bundesgerichtshof, um die nach der Einführung der „Ehe für alle“ fortbestehende Ungleichbehandlung der Ehefrau zu legitimieren.¹¹⁹² Die Gerichte stützten sich also auf das Argument der Abstammungsvermutung als vermeintlich natürliche Unterschiedlichkeit von Ehemännern und Ehefrauen. Diese rechtfertigte aus Sicht der Gerichte die ungleiche Situation im Abstammungsrecht.

Eine Rechtfertigung der Diskriminierung mit dem Argument einer Abstammungsvermutung zu Gunsten von Männern scheitert schon daran, dass die Zuordnung des Ehemannes oder des anerkennenden Vaters an den *rechtlichen* Geschlechtseintrag knüpft. Der rechtliche Geschlechtseintrag lässt aber gerade keine Vermutung der Abstammung zu, sondern ist ein rechtliches Konstrukt. Mit der Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes kann künftig jeder *rechtliche* Mann Vater werden – somit auch eine Frau, die ihren Geschlechtseintrag rechtzeitig vor der Geburt des Kindes in „männlich“ geändert hat.¹¹⁹³ Zudem erhält auch ein Kind, das nicht vom Ehemann abstammt, etwa weil es im Rahmen einer Kinderwunschbehand-

1188 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 30.

1189 Ebd.

1190 EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland*, Rn. 31.

1191 Ebd.

1192 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 28 mwN.

1193 Für trans Frauen reicht der Nachweis, dass sie früher den Geschlechtseintrag „männlich“ geführt haben.

lung mit Keimzellen eines Dritten oder in einer außerehelichen Beziehung der Mutter entstanden ist, den Ehemann oder Anerkennenden als rechtlichen Vater. Schon deshalb kann die Anknüpfung an das Geschlecht nicht mit einer „Abstammungsvermutung“ begründet werden.

Eine „Abstammungsvermutung“, die nur für einen Mann gelten würde, wäre darüber hinaus eine unzulässige Typisierung. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht den Typisierungsbegriff bislang nicht für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung bemüht hat, taucht die Terminologie zuweilen auf. So stellt etwa *Landenberg-Roberg* fest, der Gesetzgeber könne den Eltern-Kind-Status „als differenzierten Zuordnungsprozess ausgestalten“ und dürfe dabei „zur tatbestandlichen Bündelung bestimmter Konstellationen und Situationen auf einer primären Zuordnungsebene auf Typisierungen und Vermutungsregeln zurückgreifen“.¹¹⁹⁴ Das Kammergericht Berlin sieht die „Typisierung“ des § 1592 Nr. 1 BGB zu Gunsten eines Ehemannes als nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG an.¹¹⁹⁵

Verfassungsrechtlich verweist die Typisierung auf etwas, das *Britz* als „Generalisierungsunrecht“ und als „spezifisches Gleichheitsproblem des atypischen Falls“ bezeichnet hat.¹¹⁹⁶ § 1592 BGB enthält – verstanden als „Abstammungsvermutung“ – ein solches Generalisierungsunrecht: Ein Mann wird rechtlicher Vater qua Ehe oder Anerkennungserklärung, auch wenn er nicht der leibliche Vater und die Abstammungsvermutung des § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB konkret widerlegt ist. Eine Frau hingegen kann (ohne den Umweg über die Stiefkindadoption) nicht einmal dann zweiter rechtlicher Elternteil werden, wenn sie nachweist, dass das Kind aus ihrer Eizelle entstanden ist und mithin genetisch von ihr abstammt.¹¹⁹⁷

Dem Gesetzgeber ist es grundsätzlich gestattet, typisierende Regelungen zu treffen. Er tut dies auch regelmäßig – etwa im Steuerrecht zur Bewältigung von „Massenerscheinungen“.¹¹⁹⁸ Allerdings muss die Typisierung

1194 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 758, Herv. LC; ähnlich auch *Jestaedt* (2015) Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 44.

1195 Vgl. KG Berlin Beschl. v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20 *Nodoption II*, Rn. 70 ff. A.A. aber ebenfalls unter Verwendung der Typisierungsterminologie *Moes* Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, NJW 2021, 3359, S. 3361 f.

1196 *Britz* (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 3 et passim.

1197 OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 *ROPA I*, Rn. 18.

1198 BVerfG Beschl. v. 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 *Wahlrecht*, BVerfGE 151, 1, S. 21, Rn. 47.

verhältnismäßig sein.¹¹⁹⁹ Neben anderen Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht die folgende Formel geprägt:

„Die Typisierung ist dann verhältnismäßig, wenn die Ziele, die mit ihr verfolgt werden, von einem solchen Gewicht sind, dass sie die Ungleichbehandlungen gegenüber den Benachteiligten rechtfertigen können.“¹²⁰⁰

Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz darf zudem „nicht sehr intensiv“ sein.¹²⁰¹ So unterliegt der Gesetzgeber auch bei der Typisierung „einer strengerer Bindung, wenn sich die Regelung auf die Ausübung eines Grundrechts auswirken kann.“¹²⁰²

Das hat auch für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung Folgen. Eine typisierte Regelung des Sorgerechts hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Vergangenheit als unzulässig erachtet. Sowohl den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht als auch die Beeinträchtigung des Kindeswohls sah das Gericht als „von erheblichem Gewicht“ an.¹²⁰³ Wenn aber schon das Sorgerecht nicht typisierend geregelt werden darf, müsste dies erst recht für die Statuszuordnung als dessen Voraussetzung gelten.

Eine etwaige Rechtfertigung des typisierenden geschlechtsspezifischen Abstammungsrechts scheitert jedenfalls daran, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der gesetzgeberische Spielraum für Typisierungen spätestens dort endet, „wo die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG betroffen sind“.¹²⁰⁴ Typisierende Regelungen, die an das Geschlecht anknüpfen, sind demnach per se verfassungswidrig.¹²⁰⁵ Das Geschlecht des Elternteils dürfte der Gesetzgeber also selbst dann nicht als Anknüpfungspunkt nutzen, wenn man § 1592 Nr. 1

1199 *Britz* (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 40.

1200 *Ebd.*, mwN.

1201 BVerfG Beschl. v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 *Steuervergünstigungen*, BVerfGE 84, 348, S. 360 mwN; BVerfG Beschl. v. 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 u.a. *Betriebsrenten*, BVerfGE 98, 365, S. 385.

1202 BVerfG Beschl. v. 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 u.a. *Betriebsrenten*, BVerfGE 98, 365, S. 385.

1203 BVerfG Beschl. v. 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 *Ehelichkeitserklärung*, BVerfGE 84, 168, S. 183.

1204 BVerfG Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06 u.a. *Ehegattensplitting und eingetragene Lebenspartnerschaft*, BVerfGE 133, 377, S. 413, Rn. 88 mwN. So auch *Britz* (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 29 f.

1205 *Britz* (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 140 mwN; *Sachs* (1987) Grenzen des Diskriminierungsverbots, S. 478 f.; *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 58.

und Nr. 2 BGB als eine „Abstammungsvermutungsregel“ interpretieren wollte.¹²⁰⁶

b) Kein Gleichstellungsgebot für Männer

Kollidierendes Verfassungsrecht, das die Zuweisung eines rechtlichen Mannes erzwingen würde, ist nicht ersichtlich. Auf den Schutz des Elternrechts kann sich ein Mann nicht qua seines Geschlechtseintrags beziehen. Auch aus Sicht des Kindes sind keine Grundrechtspositionen erkennbar, die die Zuweisung eines Mannes als zweiten Elternteil zwingend notwendig machen.

Die an das Geschlecht anknüpfende Regelung ist auch nicht erforderlich, um die Gleichberechtigung von Frauen und Männern tatsächlich durchzusetzen und bestehende Nachteile zu beseitigen. In diese Richtung könnte man Überlegungen der Gerichte deuten. Der XII. Zivilsenat sorgte sich etwa um die „Diskriminierung männlicher Ehepaare“¹²⁰⁷ Bevor die Ehefrau der Mutter zweiter Elternteil werden könne, so die Richter, bedürfe es

„einer gesetzgeberischen Klärung, ob und in welcher Weise bei zwei männlichen Ehegatten vergleichbare, auf bei Geburt bestehender Ehe beruhende Eltern-Kind-Verhältnisse begründet werden können.“¹²⁰⁸

Dass ein Mann daran gehindert sein könnte, rechtlicher Vater eines Kindes zu werden, trieb mehrere Gerichte so sehr um, dass sie die zweite Elternstelle lieber für einen anonymen Samenspender frei hielten, als dem Kind eine zweite Mutter zuzuordnen.¹²⁰⁹ Nicht einmal ein gebärender trans Mann durfte als Vater seines Kindes eingetragen werden, weil dies nach An-

1206 Kaulbach/Pickenhahn/Scheliha Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768, S. 773; Sanders, FF 2021, 341, S. 346 mwN; Cheboud/Sanders/Valentiner, NJW 2022, 3694, S. 3697.

1207 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 23 mwN.

1208 Ebd.

1209 Vgl. BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*; OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 *ROPA I*; OLG Köln Beschl. v. 26.3.2015 – 14 UF 181/14 *ROPA II*. Die Richter bemühten Art. 3 Abs. 2 GG in diesen Zusammenhängen nicht und führten die Gedanken auch nicht näher aus. Die Sorge um die Gleichberechtigung von Männern ist jedoch gerade im Kontext von Zwei-Mütter-Familien nicht selten, vgl. auch OLG Celle Beschl. v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 *Nodoption I*, Rn. 162; AG München Beschl. v. 11.11.2021 – 542 F 6701/21 *Nodoption IV*, Rn. 37.

sicht des XII. Zivilsenats die Zuordnung des (im konkreten Fall abermals anonymen) Samenspenders als weiteren Vater angeblich blockiert hätte.¹²¹⁰ Doch nicht nur in der familiengerichtlichen Rechtsprechung tritt die Förderung von Väterrechten hervor.¹²¹¹ Auch der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in den vergangenen Dekaden das Elternrecht von leiblichen Vätern gestärkt.¹²¹² Wenngleich die Gerichte dazu nicht Art. 3 GG mobilisierten, tragen die Entscheidungen einen gleichheitsrechtlichen Impetus. Es ging den Gerichten mutmaßlich auch darum, eine befürchtete Benachteiligung von Männern im Familienrecht zu unterbinden.

Die „gleichberechtigte Elternschaft“ war dem Bundesverfassungsgericht von Anfang an ein Anliegen. Schon früh stellte das Gericht klar: „Art. 3 Abs. 2 GG ist eine echte Rechtsnorm“, auch und gerade im Familienrecht.¹²¹³ Unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wies das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber mit mehreren Entscheidungen an, das Familienrecht von seinen patriarchal geprägten Normen zu befreien.¹²¹⁴ Ging es zunächst darum, die Diskriminierung von Frauen im Familienrecht zu beseitigen, kam später unter Verweis auf Gleichheitsrechte die Forderung hinzu, dass Mütter und Väter die gleichen Rechte haben sollten. So urteilte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1981, dass es zwar (noch) keinen Gleichheitsverstoß darstelle, wenn die nichteheliche Mutter allein sorgeberechtigt sei. Es entnahm Art. 3 Abs. 2 GG jedoch ein Anliegen, „für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durch[zu]setzen.“¹²¹⁵ Dem entspreche es, wenn Sorgerechtsregelungen „nicht von vornherein von einem Primat der Mutter ausgehen.“¹²¹⁶

Diesen Gleichberechtigungsanspruch liest Landenberg-Roberg als Strukturprinzip direkt in Art. 6 GG hinein:

„Der wohlverstandenen Institutsgarantie ist die Gleichberechtigung von Mutter und Vater [...] bereits *strukturimmanent* und bedarf der zusätzli-

1210 Warum das Argument auch rechtlich unzutreffend ist, s. unter D. II. 3. c) *Kritische Würdigung der Rechtsprechung*.

1211 S. unter D. II. *Rechtsprechung zu queerer Elternschaft*.

1212 S. unter B. II. *Verleiblichungstendenzen im Verfassungsrecht*.

1213 BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225, S. 239.

1214 Vgl. Wapler *Familie und Familienschutz im Wandel* – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, 57, S. 63 ff. Kingreen schreibt Erna Scheffler eine maßgebliche Rolle dabei zu, Kingreen in BK, Art. 3 GG, Rn. 462 f. mwN.

1215 BVerfG Urt. v. 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78 u.a. *Sorgerecht des nichtehelichen Vaters*, BVerfGE 56, 363, S. 389 mwN.

1216 Ebd.

chen wertsetzenden Entscheidung des Art. 3 Abs. 2 GG insofern eigentlich nicht mehr: Die ‚Vereinbarkeit des Art. 6 mit Art. 3 Abs. 2 GG‘ erweist sich nicht ‚bloß‘ als eine Folge der ‚Gesamtschau‘ der wertsetzenden Grundentscheidungen, sondern folgt nach diesem Begründungsstrang bereits aus einem angemessenen Verständnis der Art. 6 Abs. 2 GG fundierenden Leitidee ‚natürlicher Elternverantwortung‘.¹²¹⁷

Eine solche Setzung ist nicht überzeugend, unter anderem deshalb, weil sie die Schutzrichtung von Gleichheitsrechten verkennt. Art. 3 Abs. 2 GG enthält kein „Paritätsgebot“ zu Gunsten der statusrechtlichen Vaterschaft, denn dieses wäre „mit dem Risiko behaftet, als Vorgabe schematischer Ergebnisse missverstanden zu werden“.¹²¹⁸ Unter dem Aspekt von verfassungsrechtlicher Gleichberechtigung im Elternrecht kann es also nicht darum gehen, dass jedes Kind formal einen statusrechtlichen Vater und eine statusrechtliche Mutter bekommt oder dass nur ein Mann zweiter Elternteil werden kann, weil zur Entstehung des Kindes auch eine Samenzelle notwendig ist. Eine solche Lesart verkürzt Art. 3 Abs. 2 GG auf ein formelles Gleichheitsverständnis.¹²¹⁹ Ein formelles Gleichheitsverständnis sieht Diskriminierung als unzulässige Differenzierung an. Das Problem liegt dabei „in der schematisierenden Benachteiligung eines Menschen aufgrund eines der verpönten Merkmale.“¹²²⁰ Es erscheint als ungerecht, „Menschen nach Kategorien zu beurteilen, die sie nicht beeinflussen können.“¹²²¹ Zwar ist Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG symmetrisch formuliert. Seine „Schutzrichtung nach Regelungsgrund und Telos“ ist jedoch „historisch und aktuell“ auf den „Abbau der Benachteiligung von Frauen“ gerichtet.¹²²² Die Norm ist insofern im Anschluss an *Sacksofsky* „als zugunsten von Frauen wirkendes, antipatriarchales ‚Dominierungsverbot‘“ auszulegen.¹²²³ Es geht um substantielle Gleichheit, um Recht gegen Diskriminierung als Dominierungs- und

1217 *Landenberg-Röberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 318.

1218 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361.

1219 Vgl. zur Konzeption formeller vs. materieller Gleichheit *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 76 ff. bzw. zu formaler vs. asymmetrisch-materieller Gleichheit *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 418 f.

1220 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 77 mwN.

1221 Ebd.

1222 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361.

1223 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361. Zu Art. 3 Abs. 2 GG als „Dominierungsverbot“ vgl. *Sacksofsky* (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung.

Hierarchisierungsverbot.¹²²⁴ Von einer Dominierung oder Hierarchisierung im Abstammungsrecht zu Gunsten von Frauen kann aber in Anbetracht der Ausführungen in den vorherigen Kapiteln keine Rede sein. Männer sind im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung nicht benachteiligt. Ihnen stehen vielmehr zahlreiche Wege offen, um rechtlicher Elternteil eines Kindes zu werden. Dass sie dies bei der Primärzuordnung nur in Übereinstimmung mit der gebärenden Person tun können, ist gerechtfertigt, denn es braucht zwingend eine Person, die das Kind zur Welt bringt. Ein zweiter Elternteil kann zum Zeitpunkt der Geburt natürlich begründet keinen gleichwertigen Zugang auf volle Elternrechte für sich beanspruchen. Dass das Abstammungsrecht zwei Statuselternstellen vorsieht, ist eine rechtliche Entscheidung, die im Sinne des Kindeswohls auch begründbar ist – unter der Voraussetzung, dass sie einvernehmlich mit der ersten Elternperson begründet wird.

Für Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG betont das Bundesverfassungsgericht den Zweck, „Angehörige strukturell diskriminierunggefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“¹²²⁵ Diskriminierungsverbote sind demnach „kontextsensibel auf historisch vorgeprägte Praktiken und Strukturen der Diskriminierung gerichtet“¹²²⁶ Unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten geht es im Abstammungsrecht darum, den Zugang zu den familienrechtlichen Status umfassend diskriminierungsfrei zu gewährleisten. Ein Gleichstellungsgebot streitet mithin nicht zu Gunsten einer exklusiv männlichen Elternstelle, sondern im Gegenteil für eine Statuszugänglichkeit, die Menschen aller Geschlechter gleichwertig offensteht.

c) Ergebnis

Es ist nicht gerechtfertigt, dass nur ein Mann durch Ehe oder Anerkennungserklärung zweiter rechtlicher Elternteil des Kindes werden kann, während dies Personen anderen Geschlechts nicht möglich ist. Mit seiner Anknüpfung an das Geschlecht in § 1592 BGB verstößt das Abstammungsrecht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

1224 Grundlegend *Sacksofsky* (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung; *Baer* (1995) Würde oder Gleichheit?

1225 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 28, Rn. 59 mwN.

1226 *Achenbach* in Dreier, Art. 3 GG, Rn. 76.

3. Anknüpfung an den Beitrag der Samenzelle

Auch die Ungleichbehandlung von Eizelle und Samenzelle wird in der Literatur thematisiert, vor allem jedoch mit Blick auf die Kompensation von männlicher und weiblicher Infertilität.¹²²⁷ Auch die Differenzierung im Abstammungsrecht nach dem Geschlecht der Keimzellen ist nicht durch „natürliche“ Gründe gerechtfertigt. Es ist zwar zutreffend, dass die Keimzellen den Grundbaustein für die Entstehung eines neuen Menschen liefern. Ein Kind stammt jedoch genetisch nie nur von einem Mann ab, sondern es sind stets mehrere Personen erforderlich, die ihre Keimzellen beitragen. Die genetische Verbindung auf Grund eines Keimzellenbeitrags ist mithin nicht singulär männlich.

Wollte man eine Differenzierung nach der Art der Keimzelle vornehmen und etwa nach dem Ei- und Samenzellenbeitrag unterscheiden, ergäbe sich aus der natürlichen Unterschiedlichkeit der Keimzellen zudem eher eine geringere Bedeutung der Samenzelle gegenüber der Eizelle.¹²²⁸ Das gilt insbesondere für reproduktionsmedizinische Behandlungen. Zur Entstehung eines Kindes steuert die samenspendende Person regelmäßig den kleinsten Anteil bei. Demgegenüber ist die Gewinnung einer Eizelle ein aufwendiger Prozess, der wochenlange Hormonbehandlungen und operative Eingriffe sowohl bei der eizellabgebenden als auch bei der schwangeren Person erfordert.

Die Tatsache, dass die Eizelle im Abstammungsrecht bislang als gänzlich irrelevant angesehen wird, während aus der Samenzelle mitunter vollwertige Elternrechte folgen sollen, lässt sich weder mit einem Verweis auf die Natur noch mit kollidierendem Verfassungsrecht rechtfertigen. Es verstößt mithin gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, dass über den Nachweis der genetischen Abstammung eine Eltern-Kind-Zuordnung erzwungen werden kann, wenn die Abstammung aus dem Beitrag der Samenzelle resultiert, aus der genetischen Verbindung qua Eizelle hingegen keinerlei Rechte hergeleitet werden können.

1227 Während es für unfruchtbare Männer möglich ist, mittels Samenspende eines Dritten ein Kind zu bekommen, ist es für unfruchtbare Frauen nicht möglich, eine Eizellspende in Anspruch zu nehmen. Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sehen das u.a. *Reinke* (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 102 ff.; *Jofer* (2014) Regulierung der Reproduktionsmedizin, S. 304 ff.; *Heun* (2008) Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 61; *Dethloff* (2018) Reproduktive Autonomie, S. 231.

1228 Dazu schon unter III. 2. c) *Natürlich ungleiche Keimzellen*.

4. Vergeschlechtlichte Statusbenennung

Dass das Abstammungsrecht Menschen eine vergeschlechtlichte Statusbezeichnung als „Mutter“ oder „Vater“ aufzwingt, die alternativlos ist und im Gegensatz zur gelebten Geschlechtsidentität einer Person steht, kann nicht mit der Natur begründet werden. Der Unterschied, dass ein trans Mann anders als andere Männer schwanger werden kann, steht nicht in einem zwingend biologischen Zusammenhang mit seiner Geschlechtsidentität.¹²²⁹ Es ist ohne Weiteres natürlich möglich, dass eine Person als Mann und Vater lebt und ein Kind zur Welt bringt.

Für Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind, hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darin gesehen, dass das Personenstandsrecht eine positive Geschlechtsbezeichnung jenseits der Kategorien männlich oder weiblich versagte.¹²³⁰ In diesem Sinne stellt die Verpflichtung, sich abstammungsrechtlich in eine der binären Kategorien „Mutter“ oder „Vater“ einzuordnen zu lassen, folglich für nichtbinäre Personen eine nicht zu rechtfertigende Geschlechterdiskriminierung dar. Wenn es keinen Grund gibt, nichtbinären Personen den Grundpersonenstandseintrag zu verwehren, kann es erst recht keinen rechtfertigenden Grund geben, sie im Abstammungsrecht falsch zuzuordnen.

Für trans Personen hat *Nußberger* dargestellt, dass der „Konflikt zw. Abstammungsrecht und Diskriminierungsverbot“ anhand eines „strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab[s] aufzulösen“ sei und ein trans Mann als Vater eingetragen werden müsse.¹²³¹ In der Tat verkennt die personenstandsrechtliche Zuweisung einer Person unter Anknüpfung an eine bestimmte Fortpflanzungsleistung den Schutz von Art. 3 Abs. 3 GG, denn dieser liegt gerade darin, „nicht auf ein Merkmal reduziert zu werden, ist also auch ein Recht auf Anerkennung von Individualität.“¹²³²

1229 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 32 mwN.

1230 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 27, Rn. 57.

1231 *Nußberger* in Sachs, Art. 3 GG, Rn. 289. Im Ergebnis auch so, jedoch mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründend *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 226 mwN. Das Problem benennend, die Lösung aber offenlassend („Diskriminierungsverbot berührt“): *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 457. A.A. *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 204 mwN.

1232 *Baer/Markard* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 441.

In diesem Zusammenhang bleibt noch zu prüfen, ob sich aus kollidierendem Verfassungsrecht eine andere Wertung ergibt, die eine Zuweisung der zweigeschlechtlichen Status „Mutter“ oder „Vater“ notwendig machen könnte. In der familienrechtlichen Diskussion stehen ein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion (a) sowie Mutterschutzregeln (b) als potentiell rechtfertigende Gründe eines zweigeschlechtlichen Abstammungsrechts im Raum. Im Ergebnis ist keine dieser Positionen und sind auch keine anderen Grundrechte (c) einschlägig, um die Diskriminierung bei der statusrechtlichen Registrierung zu rechtfertigen.

a) Kein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion

Der XII. Zivilsenat sah die zwingende Zuordnung des gebärenden Mannes als „Mutter“ durch ein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion gerechtfertigt:

„Wesentliche, dem Geburtenregister zu entnehmende Informationen zu seiner Abstammung würden dem Kind [...] vorenthalten, wenn das familienrechtliche Statusrecht nicht klarstellen oder nur in einer im Widerspruch zu den biologischen Gegebenheiten stehenden Weise darstellen würde, auf welche Fortpflanzungsfunktion (Geburt oder Zeugung) es die konkrete Eltern-Kind-Zuordnung zurückführen will.“¹²³³

Auch diese Begründung kann gleichheitsrechtlich nicht überzeugen. Es ist bereits fraglich, ob es überhaupt ein Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion seiner Eltern gibt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der Abstammung legt dies nicht nahe. Das Kenntnisrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährt demnach kein generelles Recht auf Verschaffung von Abstammungsinformationen. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in jeder Entscheidung zum Kenntnisrecht wiederholt, dass das Kenntnisrecht lediglich „vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe“ schütze.¹²³⁴ Der Staat ist aber nicht verpflichtet, in jedem Fall die Kenntnis der Abstammung auch zu verschaffen. Vielmehr

1233 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 29.

1234 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 269; BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 63. Vgl. ausführlich unter B. II. 2. *Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung*.

ist anerkannt, dass es „Fälle gibt, in denen die Abstammung unaufklärbar bleibt“.¹²³⁵

Abgesehen davon, dass das Kenntnisrecht seinerseits mit anderen betroffenen Grundrechten abgewogen werden müsste, ist hier schon gar nicht ersichtlich, welche Relevanz das Wissen über die *Fortpflanzungsfunktion* des Elternteils für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes überhaupt haben könnte. Selbst wenn man ein solches „Recht auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion“ konstruieren wollte, ist nicht erkennbar, warum es durch eine statusrechtliche Zuweisung des gebärenden Mannes als Vater beeinträchtigt wäre. Der gebärende trans Mann wird dem Kind kaum verheimlichen, dass er es geboren hat. Warum sollte er auch? Der Umgang mit Geschlecht und Körperlichkeit dürfte gerade bei trans Personen sehr viel reflektierter und dem Kind gegenüber mit weniger stereotypisierenden Tabus behaftet sein als in *cis*-heteronormativen Familienkonstellationen. Zudem dürfte auch das Umfeld darüber informiert sein, weil eine Schwangerschaft regelmäßig nicht verborgen bleibt. Wächst ein Kind mit einem Vater auf, der es zur Welt gebracht hat, ist es daher vielmehr naheliegend, dass sich dieser Mann umfassend mit seiner eigenen Geschlechtsidentität auseinandergesetzt hat. Gerade Personen, die das binäre Geschlechtersystem als unterdrückend erleben, werden Ansätze suchen und finden, um diese Belastung nicht selbst – etwa durch Geheimhaltung oder Tabuisierung – zu perpetuieren.

Hinzukommt, dass der Bundesgerichtshof in anderem Zusammenhang der Meinung war, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung „jedenfalls nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten“ sei.¹²³⁶ So hat der Senat wiederholt ausgeführt, dass sich „der Grundsatz der Registerwahrheit nicht auf die biologische oder genetische Wahrheit“ beziehe, sondern vielmehr erfordere, „dass die bestehende Rechtslage zutreffend wiedergegeben wird.“¹²³⁷ Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht begründen, warum das Geburtenregister einerseits gerade nicht die Abstammungswahrheit, sondern Rechtsverhältnisse abbilden, andererseits für das Kind eines trans Elternteils jedoch einen spezifischen Fortpflanzungsbeitrag dokumentieren sollte.

1235 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, Rn. 44.

1236 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 63.

1237 BGH Beschl. v. 12.1.2022 – XII ZB 142/20, Rn. 25, Herv. LC.

b) Mutterschutzregeln erfordern keine Statusmutterschaft

Art. 6 Abs. 4 GG gewährt jeder Mutter einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Gelegentlich findet sich die Behauptung, im „Schutzzentrum“ dieser Norm stehe die „leibliche Kindesmutter“,¹²³⁸ deren „Belastungen durch Schwangerschaft, Geburt, nachgeburtliche Regeneration und Stillzeit“ ausgeglichen werden sollen.¹²³⁹ Die Auflösung der Statuskategorie „Mutter“ würde, so argumentieren Einzelne, dazu führen, dass dieser besondere Schutz verlorengehe. Dieser Ansatz kann unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht überzeugen. So bringt es *Sacksofsky* auf den Punkt:

„Diskriminierungsschutz darf nicht dazu zwingen, Menschen in Kategorien einzuordnen, denen sie sich nicht zugehörig fühlen. Im Gegenteil verlangt Diskriminierungsschutz gerade, die Selbstbeschreibung und Selbstzuordnung von Menschen zu respektieren. Diskriminierungsschutz will individuelle Selbstbestimmung fördern und ermöglichen, nicht repressiv Menschen in Raster pressen, die für sie nicht passen.“¹²⁴⁰

Mit anderen Worten kann der besondere Schutz einer gebärenden Person nicht dazu zwingen, sich selbst als „Mutter“ klassifizieren zu lassen. Richtig verstanden schützt Art. 6 Abs. 4 GG auch nicht zwingend nur eine Frau als „Mutter“, sondern ist funktional auf das gerichtet, was *Sinder* als „die drei körperlichen Dimensionen der Mutterschaft“ bzw. als „Trias der Körperlichkeit“ beschrieben hat, namentlich auf die Schwangerschaft, Niederkunft und Stillzeit.¹²⁴¹ Naturgemäß sind diese Körperlichkeiten nicht

1238 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 451.

1239 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 438.

1240 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 100.

1241 *Sinder* Der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Mutterschutzes, Der Staat 2021, 523, S. 545. *Sinder* fordert eine „Rückbesinnung auf die körperliche Dimension der Mutterschaft“. Diese vom Geschlecht und Fragen der emotionalen Zuwendungsaspekte entkoppelte Fokussierung würde es ihrer Ansicht nach auch ermöglichen, „bislang noch weitgehend unintelligiblen Erscheinungsformen körperlicher Sonderbelastungen durch die biologische Dimension der Elternschaft die ihnen gebührende Anerkennung zuteilwerden zu lassen.“ Als Beispiele nennt *Sinder* trans Menschen, die Kinder bekommen, oder Personen, die ihr Adoptivkind stillen, vgl. *Sinder* Der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Mutterschutzes, Der Staat 2021, 523, S. 525 mwN. *Brosius-Gersdorf* will auch die Eizellspenderin in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 4 GG einbeziehen, die Schutzwirkung allerdings auf die Zeit der Eizellspende („Hormonbehandlung, Eizellenentnahme, postoperative Regeneration“) beschränken, vgl. *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 450.

bei allen Menschen vorhanden. Wie der Fall des gebärenden trans Mannes zeigt, sind sie auch nicht deckungsgleich mit „naturgemäßen Unterschieden“ der Geschlechter. Anders gesagt: Nicht weil eine schwangere, gebärende oder stillende Person eine Frau ist, steht sie unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 4 GG, sondern weil sie die genannte Reproduktionsleistung erbringt.¹²⁴² Art. 6 Abs. 4 GG rechtfertigt insofern Ungleichbehandlungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG, soweit sie an den Umstand anknüpfen, schwanger zu sein bzw. ein Kind geboren zu haben.¹²⁴³ Die Schwangerschaft und Geburt legitimieren umgekehrt aber keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.

c) Keine anderweitigen kollidierenden Verfassungsgüter

Auch andere potentiell entgegenstehende verfassungsrechtlich geschützte Positionen sind nicht erkennbar. Das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schreibt seinem Wortlaut nach keine „Mutterschaft“ oder „Vaterschaft“ vor. Auch das Bundesverfassungsgericht hat „eine binäre Geschlechtsgebundenheit der Elternposition abgelehnt“¹²⁴⁴ und auf die geschlechtsneutrale Formulierung des Elternbegriffs in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG abgestellt.¹²⁴⁵

Für trans Personen hat das Bundesverfassungsgericht zudem entschieden, dass es mit der Verfassung nicht vereinbar sei, wenn die rechtliche Anerkennung des Geschlechts nur zu dem Preis möglich ist, dass das Statusverhältnis der Ehe vorher aufgelöst wird.¹²⁴⁶ Anhand dieser Maßgaben kann auch eine „faktische Erzwingung der ‚Entscheidung‘ zwischen

Für eine generelle „gebotene Ausnahme der nur-genetischen Mutter“ aus dem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 4 GG hingegen *Aubel* (2003) Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, S. 113 ff.

- 1242 Zu den diskursiven Herausforderungen von trans Männern im Zusammenhang mit der Schwangerschaft vgl. *Dionisius* (2020) Zwischen trans Empowerment und Cisnormativität, S. 81 ff.; *Spahn* (2019) Heteronormative Biopolitik und die Verhinderung von trans Schwangerschaften; *Stoll* (2020) Becoming trans* parents.
- 1243 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 439.
- 1244 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 147.
- 1245 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 78, Rn. 51.
- 1246 BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175, S. 192 ff.

rechtlich anerkannter Geschlechtsidentität und rechtlich anerkannter Elternschaft“ nicht gerechtfertigt sein.¹²⁴⁷

d) Ergebnis

Auch die zwingende Statusbenennung als „Mutter“ oder „Vater“ ist somit „eine persistente Verletzung des Geschlechterdiskriminierungsverbots“¹²⁴⁸ Die binären Elternbezeichnungen sind zwar tradiert, geburtenregisterlich aber doch nur statusrechtliche Konstrukte. Sie transportieren eine biologisch eben nicht zwingende Erwartung des Rechts¹²⁴⁹, etwa als gebärende Person die „Mutter“ zu sein.

V. Ausblick: Materielle Gleichheit im Familienrecht

Sacksofsky unterscheidet „zwei Phasen rechtlicher Diskriminierung bzw. Diskriminierungsbekämpfung“: Solange die Rechtsordnung explizit auf ein bestimmtes Merkmal Bezug nimmt und unterschiedliche Rechte etwa auf Grund des Geschlechts vorsieht, sei demnach ein Verständnis von Diskriminierung als Differenzierungsverbot „sinnvoll und hinreichend“, um Diskriminierung abzubauen.¹²⁵⁰ Mit Blick auf das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung befinden wir uns noch in dieser ersten Phase, weil die Rechtsordnung bislang explizit auf das Merkmal Geschlecht Bezug nimmt und unterschiedliche Elternrechte vorsieht. Ein erster Schritt zur Diskriminierungsbekämpfung wäre es, die primären und sekundären Zuordnungsregeln geschlechtsneutral und funktional zu fassen.¹²⁵¹ Demnach sollte es nicht um Mutterschaft und Vaterschaft als binär und komplementär ange-

1247 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 150.

1248 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 148.

1249 *Adamietz* (2011) Geschlecht als Erwartung.

1250 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 82 ff. mwN.

1251 So auch *Heiderhoff* (2023) Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung, S. 21; *Coester-Waltjen* Die Herausforderungen der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht, FF 2022, 279, S. 287 f.; *Gössl* Abstammung und Geschlecht, ZRP 2018, 174, S. 177. Auch mit Erläuterungen zur internationalen Situation *Lettmaier* (2023) Geschlechtliche Selbstbestimmung und Abstammungsrecht, S. 74 ff.

legte Status gehen, sondern um statusförmige *Elternschaft* – auf Grund von Schwangerschaft und Geburt (erste Elternstelle) sowie auf Grund von Ehe, Anerkennungserklärung oder Abstammungsfeststellung (zweite Elternstelle). Das wäre zwar nicht, wie *Wellenhofer* meint, eine „ganz große Lösung“¹²⁵², würde aber zumindest zu formaler Gleichheit im bestehenden Regelungssystem führen.

Sacksofsky merkt aber zutreffend an, dass eine „Abschaffung expliziter Differenzierungen in der Rechtsordnung“ noch keine grundlegende, substantielle Gleichheit schafft.¹²⁵³ Mit einem lediglich formalen Gleichheitsverständnis ist das eigentliche Potential von Gleichheitsrechten mithin noch nicht abschließend erfasst.¹²⁵⁴ Ein asymmetrisch-materielles Gleichheitsverständnis hat vielmehr den „gesellschaftlichen Kontext, insbesondere die historische Erfahrung“ miteinzubeziehen, wodurch „die strukturelle Natur von Diskriminierung in den Blick“ rückt.¹²⁵⁵ Ein so umfassend verstandenes materielles Gleichheitskonzept würde für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung also berücksichtigen, dass historisch und bis heute nicht Männer, sondern Frauen bzw. alle Personen, die nicht männlich waren und sind, im und durch das Recht benachteiligt werden. Die Beispiele der Rechtsprechung zu queerer Familiengründung im Recht verdeutlichen das eindrücklich. Zudem reicht die Geschichte der familienrechtlichen Diskriminierung von lesbischen Frauen weit zurück bis in die frühen Jahre der Bundesrepublik. Bis in die 1980er Jahre mussten Frauen, die sich von ihrem Ehemann scheiden ließen und fortan mit einer Frau zusammenlebten, befürchten, dass ihnen das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen würde. Die Historikerin *Plötz* hat rekonstruiert, welche Drohkulisse gerade das Familienrecht damals für die betroffenen Frauen darstellte.¹²⁵⁶ Die Situation im gegenwärtigen Abstammungsrecht kann vor diesem Hintergrund durchaus als Fortschreibung einer rechtlichen Maßregelung von Frauen und queeren

1252 *Wellenhofer* (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 48.

1253 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 84.

1254 So auch *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechterdiskriminierung!, S. 164 ff.

1255 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 83. „Die rechtliche Rede vom ‚Elternteil‘ statt von ‚Vater‘ und ‚Mutter‘ hat in der tatsächlichen Verteilung der Reproduktionsaufgaben kaum etwas verändert“, ebd.

1256 *Plötz* (2021) „... in ständiger Angst ...“. Nicht selten führte diese Angst dazu, dass sich Frauen auf existenzbedrohende Scheidungsvereinbarungen einließen, etwa auf Unterhalt und Vermögensausgleich verzichteten, oder ihre lesbische Beziehung geheim hielten. Eine umfassende Aufarbeitung dieser Unrechtserfahrungen steht aus.

Personen gelesen werden. Auch schwule Männer waren von gravierenden Diskriminierungen sowie strafrechtlicher Kriminalisierung und Verfolgung betroffen. Diese Diskriminierungen sind nicht gleich und gerade mit Blick auf das Familienrecht unterschiedlich wirksam. Bezogen auf das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung geht es bei einem substantiell verstandenen Gleichheitsanspruch darum, „[a]symmetrische, diskriminierende Versionen von Gender, die sich juristisch und sozial verfestigt haben“¹²⁵⁷, verfassungsrechtlich nach und nach abzutragen.

¹²⁵⁷ Baer Hat das Grundgesetz ein Geschlecht?, Blätter für deutsche und internationale Politik 2013, 107, S. 115 f.

