

D. Gender Trouble im Abstammungsrecht

Die leibliche Abstammung steht in untrennbarem Zusammenhang mit einer weiteren Leiblichkeitsdimension im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung, dem Geschlecht.⁶⁷⁸ Die Regelungen in § 1591 und § 1592 BGB knüpfen unmittelbar an das Geschlecht des Elternteils an und normieren so geschlechtsspezifisch unterschiedliche Voraussetzungen, um eine „Mutter-schaft“ oder „Vaterschaft“ für ein Kind begründen zu können. Schon dadurch steht dem Abstammungsrecht in seiner geltenden Fassung die Geschlechterthematik auf die Stirn geschrieben. Die Frage nach der Bedeutung der leiblichen Abstammung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung hat außerdem ergeben, dass die leibliche Vaterschaft im Zentrum der Aufmerksamkeit steht – was auf eine weitere Dimension der Geschlechtsproblematik des Abstammungsrechts hindeutet. Gleichwohl ist die Kategorie Geschlecht im Abstammungsrecht bislang nicht tiefergehend bearbeitet worden. Das soll hier nachgeholt werden. Das Abstammungsrecht, so wird dieses Kapitel zeigen, befindet sich im Gender Trouble.⁶⁷⁹

Die dogmatischen Ärgernisse, die das Geschlecht dem Abstammungsrecht bereitet, zeigen sich eindrücklich gerade in den Familienkonstellationen, die außerhalb der heteronormativen Mutter-Vater-Kind-Familie stehen. Werden trans, inter oder nichtbinäre Personen Eltern, erweisen sich schon die einfach-rechtlichen Vorgaben für ihre rechtliche Zuordnung als uneinheitlich und dogmatisch inkonsistent (I.). So soll das Geschlecht der gebärenden Person für die Zuordnung als erster Elternteil irrelevant sein. Hingegen soll es für die Eintragung als zweiter Elternteil maßgeblich auf den männlichen Geschlechtseintrag ankommen. Eine Zusammenschau der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu queerer Elternschaft verdeutlicht, dass das heteronormative Abstammungsrecht keineswegs per se queerfeindlich ist (II.). Vielmehr tritt ein Gender Bias in der Rechtsprechung zu Tage. Während Zwei-Mütter-Familien bislang

678 „Der Diskurs über die ‚wahre‘ genetische Abstammung und Elternschaft enthält immer auch einen Diskurs über das ‚wahre‘ biologische Geschlecht“, *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 160.

679 In Anlehnung an *Butler* (1990) Gender Trouble. Vgl. auch *Krüger-Kirn/Tichy* (Hrsg., 2021) Elternschaft und Gender Trouble.

nicht originär entstehen können, hat der XII. Zivilsenat die Gründung von Zwei-Väter-Familien ermöglicht und dem privaten Samenspender im Kontext von Zwei-Mütter-Familien umfassende Rechte zugesprochen. Anhand der Rechtsprechung zeigt sich, wie das Geschlecht im Abstammungsrecht nicht nur die Familienrechtsdogmatik veruneinlicht, sondern auch den Grund- und Menschenrechtsschutz unterminiert. So wird das volle Ausmaß der dogmatischen Misere sichtbar (III.).

I. Der rechtliche Geschlechtseintrag und seine Wirkung im Abstammungsrecht

Wenngleich das Abstammungsrecht offen an das Geschlecht anknüpft, ist weitgehend ungeklärt, was damit eigentlich gemeint ist. Geht es um das Geschlecht als Statuskategorie oder um körperliche Merkmale? Oder anders gefragt: Was qualifiziert eine Person als „Frau“, um im Sinne des § 1591 BGB als „Mutter“ eingetragen zu werden? Und wann ist eine Person „Mann“ genug, um im Sinne des § 1592 BGB „Vater“ zu werden? Auf diese vermeintlich einfachen Fragen hält das Gesetz keineswegs kongruente Antworten bereit.⁶⁸⁰

1. Das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht

Es wäre verfassungsrechtlich zulässig, auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag zu verzichten.⁶⁸¹ Der deutsche Gesetzgeber hat sich bislang jedoch dazu entschieden, jeder Person, die in Deutschland geboren wird, mit dem Zeitpunkt der Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ein bestimmtes Geschlecht zuzuweisen. Zur Auswahl standen lange Zeit nur die Zuordnungen „weiblich“ und „männlich“.⁶⁸² Seit 2013 ermöglicht § 22 Abs. 3 PStG⁶⁸³ den Geschlechtseintrag offen zu lassen, wenn das Kind „we-

680 Vgl. Sacksofsky (2012) Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, S. 428.

681 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 30, Rn. 65.

682 Vgl. Nr. 21.4.3. PStG-VwV, die wohl seit jeher praktiziert, aber erst 2010 in der Verwaltungsvorschrift zum PStG aufgeschrieben wurde, Niedenthal (2021) Rechtliche Wege zur Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt, S. 29.

683 Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG) vom 7. Mai 2013 (BGBl. I S. 1122).

der dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann“. Seit Dezember 2018 ist die Möglichkeit hinzugekommen, dem Kind den Geschlechtseintrag „divers“ zuzuweisen.⁶⁸⁴ Demnach stehen bei der Geburt eines Kindes heutzutage vier Optionen der Geschlechtsangabe zur Auswahl.

Doch woher weiß das Standesamt, welches Geschlecht es eintragen soll? Dazu schweigt das Gesetz. Es gibt keine Regelung,

„auf welche Weise das Geschlecht des Kindes ermittelt wird, insbesondere stellt das Gesetz keine Zuordnungskriterien zu einem Geschlecht auf.“⁶⁸⁵

Damit ist die Frage, welches rechtliche Geschlecht einer Person zugewiesen wird, der Einzelfallentscheidung des Standesamtes überantwortet. Faktisch wird sich das Standesamt für die Geschlechtsregistrierung an das ärztliche Personal in der Geburtsklinik halten, das das Geschlecht des Kindes in den meisten Fällen wohl nach den sichtbaren Genitalien bestimmt.⁶⁸⁶ Abgesehen davon, dass die äußeren Geschlechtsmerkmale nicht in allen Fällen eindeutig sind, muss die Geschlechtszuweisung auch nicht mit der tatsächlichen Geschlechtsidentität eines Menschen übereinstimmen. Die rechtliche Geschlechtszuweisung ist damit von Anfang an fragwürdig.

Als bloßem Registerakt, für den es keine materielle Zuordnungsregel gibt, dürfte dem rechtlichen Geschlechtseintrag eigentlich keine weitreichende Bedeutung zukommen. Andernfalls dürfte der Gesetzgeber – schon nach der sogenannten Wesentlichkeitstheorie – die materiellen Voraussetzungen nicht ungeregt lassen. Auch unter Berücksichtigung der dogmatischen Funktion des Personenstandsrechts als „dienendes Recht“⁶⁸⁷ sollte ein Eintrag ohne materielle Grundlage keine fundamentale Wirkung entfal-

684 Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 21. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2635).

685 Dutta/Hepting (2019) Familie und Personenstand, S. 433, Rn. IV-225.

686 Gössl Das dritte Geschlecht, FF 2019, 298, S. 299; Schulz (2024) Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht, S. 94 f. mwN. Eine qualitative Befragung von ärztlichem Personal über den Umgang mit Kindern, die das Fachpersonal nicht ohne Weiteres als eindeutig männlich oder weiblich einordnen kann, ergab „eine inkonsequente Umsetzung“ von § 22 PStG in der Praxis, vgl. Althoff/Schabram/Follmar-Otto (2017) Geschlechtervielfalt im Recht, S. 18.

687 „Diener des [...] materiellen Rechts“, Beitzke Anmerkung zu BGH Beschl. vom 15. Februar 1984 – IVb ZB 701/81, StAZ 1984, 198, S. 198; ähnlich Dutta/Hepting (2019) Familie und Personenstand, S. 54; BGH Beschl. v. 22.6.2016 – XII ZB 52/15 Dritte Option, Rn. 15.

ten. Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat dies zum Geschlechtseintrag von intergeschlechtlichen Personen zutreffend festgehalten:

„Weil das materielle Familienrecht keine spezifischen Regelungen für ein Geschlecht ‚inter/divers‘ bereithält, kommt einer entsprechenden Angabe im Personenstandsregister keine eigenständige, konstitutive Bedeutung zu“.⁶⁸⁸

Das Fehlen einer materiellen Grundlage ist kein Spezifikum der Kategorien „inter“ oder „divers“. Auch die Geschlechtseinträge „weiblich“ oder „männlich“ haben keinen „materiellen Gehalt“ im Sinne einer spezifischen materiellen Rechtsgrundlage. Die Feststellung des Bundesgerichtshofs, dass eine materielle Grundlage fehle, ist somit für alle Geschlechtskategorien zutreffend, die bei der Geburt des Kindes zugewiesen werden.

Familienrechtsdogmatisch folgt daraus: Das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht ist kein Status im Sinne einer materiell begründeten Rechtsposition, an die umfangreiche Rechtswirkungen geknüpft sind. Der Geschlechtseintrag im Geburtenregister ist lediglich eine „Realkategorie“, die auf Grund der äußeren Geschlechtsmerkmale eines Neugeborenen vergeben wird. Unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten ist deshalb fragwürdig, inwiefern das Abstammungsrecht an diese fremdbestimmte Realkategorie anknüpfen kann, um den Elternstatus zu begründen bzw. die Statuszuweisung zu verwehren. Wenn das Familienrecht mit dem Statusprinzip Realbeziehungen gerade nicht mit Rechtsfolgen versehen will, ist nicht nachvollziehbar, warum das rechtliche Geschlecht als Realkategorie ein Bezugspunkt für die Statuszuweisung sein sollte. Zudem dürften auch keine besonderen Anforderungen an eine Änderung des rechtlichen Geschlechtseintrags gestellt werden. Die Änderung einer Realkategorie müsste vielmehr unaufwendig möglich sein, sollte sich im späteren Verlauf des Lebens herausstellen, dass die primäre Eintragung unzutreffend war und nicht mit der selbstbestimmten Geschlechtsidentität übereinstimmt.

Der Bundesgerichtshof hat aus der fehlenden materiellen Grundlage indes einen anderen Schluss gezogen. Der XII. Zivilsenat war der Auffassung, dass einer lediglich deklaratorischen personenstandsrechtlichen Eintragung keine grundrechtliche Relevanz zukomme:

„Wenn [...] der Bezeichnung ‚inter‘ oder ‚divers‘ im Geburtenregister kein materieller Gehalt gegenübersteht, macht es für den Betroffenen

688 BGH Beschl. v. 22.6.2016 – XII ZB 52/15 *Dritte Option*, Rn. 24 mwN.

im Ergebnis keinen – verfassungsrechtlich bedeutsamen – Unterschied, ob ein geschlechtszuordnender Eintrag unterbleibt oder [...] ein Eintrag erfolgt, der keinem bestehenden ‚Geschlecht‘ zugeordnet werden kann, also rein deklaratorischer Natur ist“.⁶⁸⁹

Für diese Einordnung ist der XII. Zivilsenat zu Recht kritisiert worden.⁶⁹⁰ Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sodann auch klargestellt, dass dem personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag sehr wohl eine Grundrechtsrelevanz zukommt.⁶⁹¹ Aus der fehlenden Statureigenschaft folgt also nicht, dass das Geschlecht im Recht keinen Grundrechtsschutz genießt.

2. Änderungen des rechtlichen Geschlechtseintrags

Obwohl der rechtliche Geschlechtseintrag eine Realkategorie ist und lediglich deklaratorisch wirkt, war es bislang unmöglich, den Geschlechtseintrag einfach unter Beweis der Unrichtigkeit gemäß § 54 PStG zu ändern. Für Personen, die ihren rechtlichen Geschlechtseintrag nachträglich ändern wollen, sah das Gesetz bis November 2024 zwei unterschiedliche Verfahren vor: a) das gerichtliche Verfahren nach dem sogenannten Transsexuellengesetz und b) das personenstandsrechtliche Verfahren gemäß § 45b PStG. Die beiden Möglichkeiten der Änderung des Geschlechtseintrags hatten unterschiedliche Voraussetzungen und waren mit unterschiedlichen Wirkungen im Abstammungsrecht verbunden. Seit dem 1. November 2024 gilt einheitlich das standesamtliche Verfahren nach dem Selbstbestimmungsgesetz (c).

a) Transsexuellengesetz (TSG)

Wer sein rechtliches Geschlecht in „weiblich“ oder „männlich“ ändern wollte, war bis November 2024 auf das Transsexuellengesetz (TSG)⁶⁹² ver-

689 BGH Beschl. v. 22.6.2016 – XII ZB 52/15 *Dritte Option*, Rn. 24 mwN. In diese Richtung argumentierte auch Helms (2015) Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 26.

690 Theilen Intersexualität bleibt unsichtbar, StAZ 2016, 295, S. 298. Differenzierte Diskussion u.a. bei Schulz (2024) Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht, S. 97 f. mwN.

691 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1.

692 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG) vom 10. September

wiesen. Als dieses Gesetz 1981 in Kraft getreten war, galt es als fortschrittlich, denn nur wenige Länder erlaubten es damals überhaupt, den mit der Geburt zugewiesenen Geschlechtseintrag rechtlich zu ändern. Zugleich entstammte das TSG einer Zeit, in der Transsexualität als Krankheit galt und männliche Homosexualität noch unter Strafe stand.⁶⁹³

Auch damit hängt zusammen, dass das Gesetz im Jahr 2024 heillos veraltet war, was sich schon am Begriff „transsexuell“ zeigt. Die Bezeichnung lehnen viele Betroffene heutzutage ab, weil sie pathologisierend ist und die Geschlechtsidentität zudem nicht zwingend „sexuell“ sein muss.⁶⁹⁴ Alternativ wird verbreitet der Begriff „trans“ als Adjektiv verwendet, der verschiedene geschlechtliche Identitäten umfasst.

Mit dem TSG war es möglich geworden, dass – unter der Voraussetzung, dass zwei Sachverständigengutachten eingeholt wurden, die unabhängig voneinander den „Transsexualismus“ der antragstellenden Person bestätigen (§ 4 Abs. 3 TSG), – eine Person ihr Geschlecht und ihren Vornamen im amtsgerichtlichen Verfahren ändern konnte. Zwingende Voraussetzungen waren nach der ursprünglichen „großen Lösung“ gemäß § 8 Abs. 1 TSG unter anderem, dass eine Person dauerhaft fortpflanzungsunfähig ist (Nr. 3) und „sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist“ (Nr. 4). Trans Personen mussten also, um rechtlich anerkannt zu werden, fortpflanzungsunfähig werden.⁶⁹⁵ Fast alle Voraussetzungen, die § 8 Abs. 1 TSG für

1980 (BGBl. I S. 1654). Instrukтив zur Regelungsmaterie: *Adamietz* (2011) *Geschlecht als Erwartung*; *Adamietz/Bager* (2016) *Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen*. Zum Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte: *Richarz/Sanders* (2021) *Trans Rights in Germany*, S. 280 ff.; *Mangold/Roßbach* *Das Grundrecht auf geschlechtliche Selbstbestimmung*, JZ 2023, 756, S. 758 mwN.

693 Vgl. *Adamietz/Bager* (2016) *Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen*, S. 61 mwN. Der seit der deutschen Reichsgründung geltende § 175 StGB wurde 1935 von den Nationalsozialisten massiv verschärft. In Westdeutschland blieb der Paragraf bis 1969 unverändert in Kraft und wurde erst 1994 vollständig abgeschafft. In der DDR wurde § 175 StGB 1968 gestrichen; seine Folgeregelung blieb bis 1989 in Kraft, vgl. <https://www.lsvd.de/de/ct/379-Vor-25-Jahren-in-DDR-Streichung-des-Sonderstrafrechts-gegen-Homosexuelle-151-DDR-StGB> (31.3.2025).

694 Vgl. *Schulz* (2024) *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, S. 39 f. mwN; *Adamietz/Remus* *Begrifflichkeiten und Bedeutungswandel von Trans- und Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft*, S. 17 f. mwN.

695 Der Gesetzentwurf der Bundesregierung begründete das vor allem damit, dass männliche Homosexualität verhindert werden sollte, vgl. BT-Drs. 8/2947, S. 12.

den rechtlichen Geschlechtswechsel normierte, hat das Bundesverfassungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen für verfassungswidrig erklärt.⁶⁹⁶

Gemäß § 10 Abs. 1 TSG sollten sich mit Rechtskraft der Entscheidung alle „vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht richten, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“ Diese Formulierung wies darauf hin, dass es sich beim geänderten rechtlichen Geschlecht der Person um einen Status mit umfassender und einheitlicher Wirkung für und gegen alle handelte. Gleichwohl gab es eine andere Bestimmung, die diese Statuswirkungen des Geschlechts für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung sogleich wieder aushebelte. § 11 Satz 1 TSG schrieb vor, dass die „Entscheidung, daß der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist [...], das Rechtsverhältnis zwischen dem Antragsteller und [...] seinen Kindern unberührt“ lässt. Abstammungsrechtlich wurde ein trans Mann, der ein Kind geboren hatte, demnach nicht (geschlechtskonsistent) „Vater“ seines Kindes, sondern zwingend die statusrechtliche „Mutter“; eine trans Frau konnte nicht „Mutter“, sondern gemäß § 1592 BGB nur „Vater“ werden.⁶⁹⁷

Das TSG selbst verhinderte lange Zeit, dass eine trans Person nach Änderung ihres Geschlechtseintrags ein Kind bekommen konnte. Mit den Worten von *Roßbach* war „eine Gleichzeitigkeit von Elternschaft und Transgeschlechtlichkeit nicht denkbar.“⁶⁹⁸ Denn gemäß § 8 Nr. 3 TSG musste die antragstellende Person „dauerhaft fortpflanzungsunfähig“ sein, um ihren Geschlechtseintrag zu ändern. Im Jahr 2011 entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass der Operations- und Sterilisationszwang als Voraussetzung für die rechtliche Geschlechtsänderung ver-

696 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; BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.8.1996 – 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632 *Trans IV*; BVerfG Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvL 3/03 *Trans V*, BVerfGE 115, 1; BVerfG Beschl. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1/04 u.a. *Trans VI*, BVerfGE 116, 243; BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175.

697 Ursprünglich war es nicht vorgesehen, das Geschlecht des Elternteils in der Geburtsurkunde des Kindes zu erfassen. Die Geschlechtsangabe der Eltern im Geburtenregister des Kindes gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG wurde erst nach der Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare im Jahr 2017 eingeführt. Damit sollte „z. B. eine fehlerhafte Eintragung der Ehefrau der Mutter als ‚Vater‘ künftig verhindert“ werden (BT-Drs. 19/4670, S. 31). Seit 2021 enthält auch Nr. 21.4.4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV) die entsprechende Anweisung, die Vornamen und das Geschlecht einzutragen, die vor Rechtskraft der TSG-Entscheidung einzutragen gewesen wären.

698 *Roßbach* (2025) Das personenstandsrechtliche Geschlecht, S. 253.

fassungswidrig ist.⁶⁹⁹ Erst seit dieser Entscheidung war es rechtlich also überhaupt möglich, dass ein Mann ein Kind zur Welt bringt und eine Frau mit Samenzellen zur Entstehung eines Kindes beiträgt. Im Zuge dessen erachtete es das Bundesverfassungsgericht jedoch als berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers,

„wenn er mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts ausschließen will, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder gebären oder rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen, weil dies dem Geschlechtsverständnis widerspräche und weitreichende Folgen für die Rechtsordnung hätte“.⁷⁰⁰

Dieses Obiter Dictum des Bundesverfassungsgerichts hat die familienrechtliche Rechtsprechung als verfassungsrechtliche Billigung der abstammungsrechtlichen Sonderregelung im TSG gewertet.⁷⁰¹ Zu welchen praktischen Konsequenzen das führte, verdeutlicht die Rechtsprechung zu trans Elternschaft, um die es unter II. 3. gehen wird. Mit Blick auf das Statusprinzip fällt bereits an dieser Stelle auf, dass das nach Klarheit und Generalität strebende Familienrecht dieses Ziel hier verfehlte, denn das Geschlechtsverständnis des TSG war weder klar noch einheitlich.

b) „Dritte Option“ nach § 45b PStG

Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Dritten Option“⁷⁰² hatte der Gesetzgeber im Jahr 2018 die Geschlechtskategorie „divers“ neu geschaffen. Seither enthielt § 45b PStG (inzwischen aF) eine materielle Zuweisungsnorm für „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“. Diese konnten gegenüber dem Standesamt erklären, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht in einem deutschen Personenstands-

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

700 BVerfG Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 *Trans VIII*, BVerfGE 128, 109, S. 134 mwN.

701 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 26; BGH Beschl. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16 *Mutterschaftsanerkennung einer trans Frau*, Rn. 16.

702 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1. Umgesetzt mit dem Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 21. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2635).

eintrag durch eine andere in § 22 Abs. 3 PStG vorgesehene Bezeichnung ersetzt oder gestrichen werden soll. Bei diesem standesamtlichen Verfahren mussten also weder teure Gutachten wie nach dem TSG vorgelegt werden, noch brauchte es eine gerichtliche Entscheidung. Es reichte eine ärztliche Bescheinigung darüber, dass „eine Variante der Geschlechtsentwicklung“ vorlag (§ 45b Abs. 3 PStG), sowie die Beurkundung durch das Standesamt.⁷⁰³ Diese Regelung konnte trans, inter und nichtbinäre Personen betreffen.⁷⁰⁴ Sie wurde jedoch seit einem Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern und für Heimat (BMI) aus dem Jahr 2019⁷⁰⁵ verengt nur auf biologisch-medizinisch feststellbare „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ angewendet.⁷⁰⁶

Wenngleich die Norm im PStG verankert war, handelte es sich bei § 45b PStG um eine materiell-rechtliche Vorschrift zum Geschlecht.⁷⁰⁷ Fraglich ist aber, ob auch dem nach § 45b PStG geänderten Geschlechtseintrag eine statusrechtliche Wirkung zukam. Eine gesetzliche Wirkung für

703 Personen, die über keine ärztliche Bescheinigung einer erfolgten medizinischen Behandlung verfügen und bei denen das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung wegen der Behandlung nicht mehr oder nur durch eine unzumutbare Untersuchung nachgewiesen werden kann, sind von der Attestpflicht ausgenommen, sofern sie dies an Eides statt versichern.

704 Die Bezeichnung inter bzw. intergeschlechtliche Menschen verweist zumeist auf eine auch körperlich verankerte Geschlechtlichkeit jenseits oder zwischen den Kategorien „Mann“ und „Frau“, vgl. *Adamietz/Remus* Begrifflichkeiten und Bedeutungswandel von Trans- und Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft, S. 18 mwN; *Roßbach* Ein Regenbogen an Begriffen: Das Vokabular rund um sexuelle und geschlechtliche Vielfalt, djbZ 2023, 1, S. 2. Umfassender bezeichnet „nichtbinär“ eine Verortung zwischen oder außerhalb der binär angelegten Geschlechtskategorien „männlich“ und „weiblich“, *Sauer* (2018) in *LSBTIQ-Lexikon*, Nicht-binär.

705 Rundschreiben des BMI vom 10.4.2019 - V II 1 - 20103/27#17 -, <https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/PERS/DE/rundschreiben/2019/0122-aenderung-geburtenregister.html> (31.3.2025).

706 Kritisch u.a. *Gössl* Das dritte Geschlecht, FF 2019, 298, S. 302 f.; *Niedenthal* (2021) Rechtliche Wege zur Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt, S. 35 f. Zur Frage, ob dieses Tatbestandsmerkmal medizinisch-biologisch oder umfassender zu verstehen ist, vgl. *Mangold/Markwald/Röhner* (2019) Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz sowie *Gössl* Das dritte Geschlecht, FF 2019, 298, S. 302 f. mwN; *Gössl/Dannecker/Schulz* Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden?, NZFam 2020, 145, S. 147. Der Bundesgerichtshof ging 2020 davon aus, dass die Norm bei „lediglich empfundener Intersexualität“ nicht anwendbar sei, BGH Beschl. v. 22.4.2020 – XII ZB 383/19. So auch *Bornhofen* in *Gaaz/Bornhofen/Lammers*, § 45b PStG, Rn. 9.

707 Der Gesetzgeber lade damit „zunehmend das Personenstandsrecht materiellrechtlich auf.“ *Dutta/Hepting* (2019) Familie und Personenstand, S. 54, Rn. I-11.

und gegen alle war, anders als in § 10 Abs. 1 TSG, hier schon gar nicht vorgesehen. Zwar gab es auch keine abstammungsrechtliche Sonderregelung wie in § 11 TSG und das TSG fand auf Personen mit Geschlechtseintrag „divers“ auch keine Anwendung. Gleichwohl wurde auch der Geschlechtseintrag nach § 45b PStG in seiner Wirkung eingeschränkt.

So enthielt § 42 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes (Personenstandsverordnung – PStV) schon seit 2018 eine Sonderregelung der Eltern-Kind-Zuordnung für Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet waren. Demnach konnte eine Mutterschaft nach § 1591 BGB auf Grund der Geburt des Kindes unabhängig vom Geschlecht des Elternteils begründet werden.⁷⁰⁸ Eine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB, also auf Grund der Ehe oder auf Grund einer Anerkennungserklärung, war für Personen mit „divers“ als Geschlechtseintrag oder ohne einen solchen hingegen nicht möglich. Sie konnten gemäß § 42 Abs. 2 Satz 4 PStV (a.F.) nur dann „Vater“ des Kindes werden, wenn ihre Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden war.⁷⁰⁹ Bei der zu Grunde liegenden Änderung der PStV handelte es sich um eine Verordnung des BMI.⁷¹⁰ Im Ergebnis wurde das materielle Abstammungsrecht für Personen ohne oder mit Geschlechtseintrag „divers“ beschränkt, ohne dass es eine Grundlage in Form eines Parlamentsgesetzes gab.⁷¹¹

708 § 42 Abs. 2 Satz 1 und 3 PStV lauteten bis 2024: „Im Geburtenregister wird bei der Erstbeurkundung der Geburt der Person, die das Kind geboren hat, die Nummer ‚1‘ zugeordnet und sie wird in dem Datenfeld für die familienrechtliche Bezeichnung als ‚Mutter‘ eingetragen. [...] Satz 1 gilt auch für Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet sind.“

709 § 42 Abs. 2 Satz 2 und 4 PStV lauteten bis 2024: „Der Person, deren Vaterschaft zu dem Kind nach § 1592 des Bürgerlichen Gesetzbuches besteht, wird die Nummer ‚2‘ zugeordnet und sie wird in dem Datenfeld für die familienrechtliche Bezeichnung als ‚Vater‘ eingetragen. [...] Satz 2 gilt für Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet sind, nur dann, wenn sich die Vaterschaft aus § 1592 Nummer 3 BGB ergibt.“

710 Erste Verordnung zur Änderung der Personenstandsverordnung vom 24. Oktober 2018 (BGBl. I S. 1768).

711 *Roßbach* verweist darauf, dass diese Regelung das Verhältnis von Familienrecht und Personenstandsrecht umkehrt: „Obwohl die Personenstandsregister die materiell zu treffende Eltern-Kind-Zuordnung lediglich abbilden und beweisen sollen, muss in dieser Konstellation – wegen des Fehlens einer materiellen Zuordnungsregel [für nichtbinäre Personen] – aus der Beurkundung als ‚Mutter‘ ein Rückschluss auf die materielle Rechtslage getroffen werden.“ *Roßbach* (2025) Das personenstandsrechtliche Geschlecht, S. 258 f.

In der Familienrechtswissenschaft war diese Sonderregelung des § 42 Abs. 2 PStV nicht umfassend diskutiert worden, es gibt nur wenige Veröffentlichungen dazu.⁷¹² *Helms* hatte keine Bedenken, die Mutterschaftsnorm des § 1591 BGB „im Wege teleologischer Auslegung“ auf eine nichtbinäre Person anzuwenden.⁷¹³ Es bestünden auch

„keine Schwierigkeiten, sich etwa über den Wortlaut von § 1592 Nr. 3 BGB im Wege teleologischer Auslegung hinwegzusetzen und eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung auch durch oder gegen einen intersexeuellen Erzeuger zuzulassen.“⁷¹⁴

Wenn aber ausgeschlossen sei, dass die nicht männliche Person das Kind gezeugt habe, könne sie nicht unter das Tatbestandsmerkmal „Mann“ gefasst werden. Vielmehr sei hier der Weg der Stiefkindadoption einschlägig, um zweiter rechtlicher Elternteil des Kindes zu werden.⁷¹⁵ *Dutta* sah das in Bezug auf die erste Elternstelle ähnlich, plädierte aber im Hinblick auf „das unbestimmte oder ‚diverse‘ Geschlecht“⁷¹⁶ dafür, die Begriffe „Mann“ und „Frau“ umfassend „funktional“ auszulegen. Damit ist konkret gemeint, jede Person als „Vater“ einzutragen, bei der die Voraussetzungen des § 1592 BGB vorliegen – also eine nichtbinäre Person auch auf Grund von Ehe oder Anerkennungserklärung zuzuordnen.⁷¹⁷ „Die Zeiten, in denen die rechtliche Vaterschaft an die ‚Vermutung der genetischen Elternschaft‘ gekoppelt war“, seien „lange vorbei.“⁷¹⁸ Vielmehr liege auf der Hand, dass Personen ohne Geschlechtseintrag oder mit dem Eintrag „divers“ die Eltern eines Kindes seien, „wenn sie die Voraussetzungen der §§ 1591, 1592 BGB erfüllen, losgelöst von ihrem Geschlechtseintrag.“⁷¹⁹

Auch für § 45b PStG kann an dieser Stelle nur konstatiert werden, dass die Zielsetzung eines klaren und einheitlichen Statusprinzips im Familienrecht nicht erreicht wurde.

712 Kritisch zum Ganzen aber *Roßbach* (2025) Das personenstandsrechtliche Geschlecht, S. 250 ff.

713 Konkret: „unproblematisch anwendbar“, *Helms* (2015) Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 19. Zustimmung auch *Dutta/Hepting* (2019) Familie und Personenstand, S. 435, Rn. IV-229.

714 *Helms* (2015) Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 20.

715 Ebd.

716 *Dutta/Hepting* (2019) Familie und Personenstand, S. 435, Rn. IV-229.

717 Ebd. Hingegen hält *Helms* in diesem Fall eine Stiefkindadoption für notwendig, vgl. *Helms* (2015) Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, S. 20.

718 *Dutta* Anm. zu AG München, FamRZ 2021, 767, S. 767.

719 Ebd.

c) Selbstbestimmungsgesetz – SBGG

Der Bundestag verabschiedete im April 2024 das „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften“ (SBGG).⁷²⁰ Es trat zum 1. November 2024 in Kraft und schaffte damit die bisherigen Normen des TSG und § 45b PStG ab.

Gemäß § 2 Abs.1 Satz1 SBGG kann seither jede Person, deren Geschlechtsidentität von ihrem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister abweicht, gegenüber dem Standesamt erklären, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht geändert werden soll. Als Änderungsoptionen können alle in § 22 Abs. 3 PStG vorgesehenen Angaben gewählt werden; der Geschlechtseintrag kann auch gänzlich gestrichen werden. Die Person muss gemäß § 2 Abs. 2 SBGG mit ihrer Erklärung versichern, dass der nunmehr bestimmte Geschlechtseintrag ihrer Identität am besten entspricht und dass ihr die Tragweite der damit verbundenen Folgen bewusst ist. Zudem muss die Person ihre Erklärung drei Monate im Voraus beim Standesamt anmelden und binnen sechs Monaten nach der Anmeldung tatsächlich abgeben (§ 4 SBGG). Der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag ist gemäß § 6 SBGG im Rechtsverkehr „maßgeblich, soweit auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung [...] Bezug genommen wird und durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“

Das Selbstbestimmungsgesetz enthält wie seine Vorgängerregelungen Sondervorschriften zum Recht der Eltern-Kind-Zuordnung. So stellt Art. 8 Abs.1 SBGG klar, dass Gesetze und Verordnungen, die Regelungen zur Schwangerschaft, Gebärfähigkeit, künstlicher Befruchtung sowie zur Entnahme oder Übertragung von Eizellen oder Embryonen treffen, unabhängig von dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht der jeweiligen Person gelten. Gleiches soll gemäß § 8 Abs. 2 SBGG für Gesetze und Verordnungen gelten, die an die Entnahme oder Übertragung von Samenzellen oder die Verwendung von Samenzellen zur künstlichen Befruchtung anknüpfen, die mit einer Stellung als leiblicher Vater verbunden sind oder die daran anknüpfen, dass ein Mann der Mutter eines Kindes während dessen Empfängniszeit beigeohnt hat. Mit § 11 Abs. 1 SBGG hat der Gesetzgeber die bis dato nur vom Ordnungsgeber geregelten Vorgaben des § 42 Abs. 2 PStV in Gesetzesform gegossen. So regelt § 11 Abs. 1 Satz 1 SBGG fortan, dass der Geschlechtseintrag im Personenstandsregister für die Eltern-Kind-Zuordnung nach §§ 1591 und 1592 Nr. 3 BGB „unerheblich“ ist.

720 BT-Drucks. 20/9049.

„Mutter“ wird also die Person, die das Kind geboren hat. „Vater“ wird, wer gerichtlich als Elternteil festgestellt wurde. Die Gesetzesbegründung stellt jedoch klar, dass es für die Feststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB auf die Zeugung mittels „männlicher Keimzellen“ ankommen soll:

„§ 1592 Nummer 3 BGB gilt nur, wenn die festzustellende biologische Abstammung der Person auf einer Zeugung durch männliche Gameten, also Samen, beruht und nicht durch weibliche Eizellen; die genetische Mutter kann nicht als Vater nach § 1592 Nummer 3 BGB festgestellt werden.“⁷²¹

Während der Geschlechtseintrag für die Zuordnung gemäß §§ 1591, 1592 Nr. 3 BGB „unerheblich“ sein soll, sieht ihn § 11 Abs. 1 Satz 2 SBGG für die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB als „maßgeblich“ an. Soweit es also um die Elternschaft qua Ehe oder Anerkennungserklärung geht, soll dem personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag „männlich“ „ein konstitutives Verständnis“⁷²² zu Grunde gelegt werden. Wiederum soll es hier aber auch möglich sein, im Rahmen der Beurkundung der Geburt des Kindes gegenüber dem Standesamt zu erklären, dass der „Geschlechtseintrag vor Abgabe der Erklärung gemäß § 2 maßgeblich sein soll“. Das heißt, eine Person, die bei Geburt den Geschlechtseintrag „männlich“ erhalten hatte, diesen aber später geändert hat, kann sich nur für die Elternschaftsbegründung wieder darauf beziehen.

Während die erste Elternstelle schon weitgehend vom personenstandsrechtlichen Geschlecht entkoppelt wurde – letzter Rest ist nach dem Wegfall des TSG noch die Bezeichnung als „Mutter“ –, steht eine diesbezügliche Öffnung der zweiten Elternstelle weiterhin aus. Das SBGG hat insofern sogar mehr Männlichkeit als bisher in das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung gebracht, als dass es die Zuordnungsmöglichkeiten eines zweiten Elternteils auf zwei Typisierungen verengt hat: die Elternschaft qua männlichem Geschlechtseintrag und die Elternschaft qua „männlichen Gameten“.⁷²³

Unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten ist das nicht überzeugend: Ein und dasselbe Personenstandskriterium (Geschlecht) entfaltet in ein und derselben Regelungsmaterie (Abstammungsrecht) unterschiedliche Rechtswirkung. Dogmatisch bleibt das Geschlecht damit ein Ärgernis im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung, wenngleich sich die Brisanz für die Familien

721 BT-Drucks. 20/9049, S. 51.

722 BT-Drucks. 20/9049, S. 52.

723 Vgl. *Chebout* (2023) Es steht ein Pferd auf dem Flur, Verfassungsblog; *Rosbach* (2025) Das personenstandsrechtliche Geschlecht, S. 260 ff.

im Alltag reduzieren dürfte. § 48 PStV wurde nämlich um einen Absatz 1a erweitert. Demzufolge ist es möglich, „[a]uf Verlangen der als ‚Mutter‘ oder ‚Vater‘ in einer Geburtsurkunde eingetragenen Person“ diese Bezeichnung in der Geburtsurkunde durch die geschlechtsneutrale Bezeichnung als „Elternteil“ zu ersetzen. Das heißt, im Register selbst bleibt es bei der zweigeschlechtlichen Elternschaftsvorgabe; im Rechtsverkehr nach außen ist hingegen eine geschlechtsneutrale Benennung möglich.

Der Gesetzgeber hat es bislang nicht vermocht, eine einheitliche und konsistente Regelung des Geschlechts im Abstammungsrecht zu etablieren. Leider hat auch die Familienrechtswissenschaft nicht dazu beigetragen, den Wirrungen um das Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung Einhalt zu gebieten. Dabei hätte es sich gerade unter Rückgriff auf das Statusprinzip angeboten, auf die Kernanliegen des Familienrechts hinzuweisen. Am Ende bleibt es somit der standesamtlichen und gerichtlichen Einzelfallpraxis überantwortet, mit den gesetzlichen Herausforderungen umzugehen.

II. Rechtsprechung zu queerer Elternschaft

Die gesetzlichen Unzulänglichkeiten des geltenden Abstammungsrechts wirken sich in erster Linie zu Lasten all jener Familien aus, die auf Grund fehlender Zuordnungsnormen rechtlich nicht abgebildet und dadurch nicht abgesichert sind. Um das Geschlechtsproblem im Abstammungsrecht besser zu verstehen, sind insbesondere Fallkonstellationen aufschlussreich, die außerhalb des geschlechtsbinären Familienmodells stehen und die deshalb vom geltenden Abstammungsrecht nicht erfasst werden. Das sind sogenannte queere Familien, das heißt gleichgeschlechtliche Elternpaare sowie trans und nichtbinäre Personen als Elternteile. Wo Recht in Form von positiven Regelungen fehlt, bleibt es freilich nicht aus, dass sich dennoch rechtliche Fragen stellen. Und so haben in der Vergangenheit immer wieder Einzelpersonen und Familien abstammungsrechtliche Fragen an die Gerichte herangetragen.

Die zahlenmäßig größte Gruppe queerer Familien sind sogenannte Zwei-Mütter-Familien.⁷²⁴ Für lesbische Frauen scheint der eigene Kinderwunsch naturgemäß leichter realisierbar zu sein als für schwule Männer, denn alles,

724 Laut Schätzungen von Verbänden sind das rund 90 Prozent der queeren Familien in Deutschland.

was sie dafür brauchen, ist eine Samenspende.⁷²⁵ Das gilt allerdings auch nur, wenn eine von ihnen das Kind austragen und zur Welt bringen kann, was zwar gemeinhin unterstellt wird, aber keinesfalls für alle Frauen möglich ist. Ist ersteres der Fall, wird rechtlich die erste Elternstelle der Frau zugeordnet, die das Kind geboren hat. Bezogen auf die zweite Elternstelle greift jedoch keine gesetzliche Zuordnung, so dass die Familien auch nach der Eheöffnung auf den Weg der Stiefkindadoption verwiesen sind (1.). Wenn zwei Männer einen gemeinsamen Kinderwunsch haben, stehen sie naturgemäß vor größeren Herausforderungen: Sie brauchen zwingend sowohl eine Eizelle als auch eine Person, die das Kind für sie austrägt. Soll die gebärende Person im Leben des Kindes keine Elternrolle einnehmen und wollen zwei Männer gemeinsam Eltern eines genetisch eigenen Kindes werden, geht das nur durch eine sogenannte Leihmutterschaft.⁷²⁶ Diese ungleiche Ausgangssituation führt gemeinhin zu der Annahme, dass Männer auch rechtlich in einer schwierigeren Situation seien. Ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt diese Annahme jedoch nicht, sondern zeigt, dass schwule Männer sich in ihrem Anliegen, rechtliche Eltern eines Kindes zu werden, stets durchsetzen konnten (2.). Eine besondere Herausforderung für die familien- und personenstandsrechtliche Rechtsprechung stellt die Elternschaft von trans, inter und nichtbinären Personen dar. An ihr wird das volle Ausmaß des Geschlechterproblems im Abstammungsrecht deutlich und vor allem auch, welche normierende und zurechtweisende Wirkmacht davon ausgeht (3.).

Die drei hier dargestellten Fallkonstellationen betreffen unterschiedliche Normen des Abstammungsrechts und sind deshalb nicht unmittelbar vergleichbar. Das ist auch nicht das Ziel. Vielmehr geht es um die unterschiedlichen Voraussetzungen hinsichtlich ein und desselben Anliegens (rechtliche Elternschaft) sowie um die unterschiedlichen Argumentationslinien der Gerichte mit Blick auf das Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuord-

725 Die Kosten einer reproduktionsmedizinischen Behandlung müssen Frauenpaare im Unterschied zu heterosexuellen Paaren zumeist selbst tragen, *Richarz* (2022) *The state's hands in our underpants*, S. 58 f.

726 *Sitter* verweist darauf, dass die Terminologie „oftmals verwirrend“ und im Schrifttum nicht einheitlich sei: „Neben Trag-, Ersatz- und Leihmutterschaft ist auch von Surrogatmutter, Geburtsmutter, Mietmutter, Ammenmutter, Gastmutter, Eimutter, physiologische Mutter, übernommener Mutterschaft und Substitutionsmutter die Rede.“ *Sitter* (2017) *Grenzüberschreitende Leihmutterschaft*, S. 31 mwN. In der Diskussion scheint sich der Begriff der Leihmutterschaft etabliert zu haben, weshalb ich ihn im Rahmen dieser Arbeit ebenfalls verwende. Er ist allerdings unzutreffend, denn es wird nichts verliehen und die gebärende Person soll gerade nicht die Mutter des Kindes sein.

nung. In der Zusammenschau zeigt sich, dass queere Familiengründung nicht in allen Fällen verwehrt blieb. Das Abstammungsrecht erscheint in diesem Licht also nicht als grundsätzlich exkludierend gegenüber queerer oder nicht-leiblicher Elternschaft. Vielmehr bestätigt sich ein Geschlechts- und Leiblichkeits-Bias im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung zugunsten von Vaterschaften.

1. Keine Mit-Mutterschaft

Schon lange vor der Eheöffnung stellte sich für Kinder, die in eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft zweier Mütter hineingeboren wurden, die Frage, ob die bestehenden Zuordnungsregeln der Vaterschaft analog oder verfassungskonform auch für eine zweite Mutter angewendet werden könnten. Das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sowie einige Jahre später der Bundesgerichtshof entschieden, dass das nicht möglich sei. Die Partnerin der Mutter könne das Kind nicht gezeugt haben, so dass sie auch nicht wie ein Vater behandelt werden könne.

a) Rechtsprechung zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter

Bereits im Jahr 2009 versuchten zwei eingetragene Lebenspartnerinnen aus Hamburg, beide als rechtliche Mütter in der Geburtsurkunde ihres Kindes eingetragen zu werden, ohne dafür ein Adoptionsverfahren durchlaufen zu müssen. Sie machten geltend, dass die eingetragene Lebenspartnerin der Mutter wie ein Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB zweiter Elternteil des Kindes werden sollte. Sie konnten sich damit jedoch nicht durchsetzen.⁷²⁷

Das Bundesverfassungsgericht nahm ihre Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.⁷²⁸ Ausnahmsweise begründete es jedoch den Nichtannahmebeschluss. Die 2. Kammer des Ersten Senats sah in der verwehrt Primärzuordnung zur zweiten Mutter keine Verletzung von Art. 6 Abs. 1

727 AG Hamburg Beschl. v. 10.1.2009 – 60 III 224/08; AG Hamburg Beschl. v. 24.6.2009 – 60 III 35/09; LG Hamburg Beschl. v. 4.11.2009 – 301 T 596/09; OLG Hamburg Beschl. v. 26.1.2010 – 2 Wx 125/09, BeckRS 2014, 15870; BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*; EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland*.

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

oder Abs. 2 GG. Auch gleichheitsrechtliche Bedenken hatte die Kammer nicht, denn:

„Lebenspartner haben keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit rechtlichen oder leiblichen Vätern eines Kindes hinsichtlich der Eintragung in die Geburtsurkunde des Kindes. Insoweit unterscheiden sich die Vergleichsgruppen, da aufgrund einer tatsächlich-biologischen oder einer rechtlichen Vaterschaft zwischen den Vätern und den Kindern eine Rechtsbeziehung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten besteht, während dies bei Lebenspartnern nicht der Fall ist, sofern sie das Kind nicht adoptiert haben. Dass bei Lebenspartnern anders als bei Ehegatten nicht gesetzlich vermutet wird, der Partner der Mutter sei der andere Elternteil des Kindes, stellt keine Ungleichbehandlung dar. Denn diese Vermutung beruht auf der biologischen Herkunft des Kindes und ist bei Lebenspartnern nicht begründet.“⁷²⁹

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diese Rechtsprechungslinie bestätigt.⁷³⁰ Auch er stellte maßgeblich darauf ab, dass § 1592 Nr. 1 BGB die Abstammung des Kindes deshalb an die Ehe knüpfe, weil damit eine „Abstammungsvermutung“ verbunden sei. Der Ehemann werde nicht nur Vater, weil er mit der Mutter verheiratet sei, sondern weil das Gesetz typisierend davon ausgehe, dass er das Kind auch gezeugt habe.⁷³¹ Eine solche Vermutung könne für die Lebenspartnerin von vornherein nicht greifen. Dadurch seien die Sachverhalte nicht vergleichbar und in der Folge sei die Ungleichbehandlung der eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe gerechtfertigt.⁷³²

b) Ehefrau der Mutter – Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2018

Während die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur eingetragenen Lebenspartnerschaft in der familienrechtswissenschaftlichen Diskussion weitge-

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

730 EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland* und erneut in EGMR 12.11.2024 – 46808/16 *R.F. u.a. gegen Deutschland* (dazu ausführlich unter d) *Exkurs*).

731 EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland*, Rn. 30.

732 EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland*, Rn. 30.

hend unkommentiert blieben, entflammte rund um die Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare eine ausgiebige Debatte zu der Frage, ob § 1592 Nr.1 BGB auch auf die Ehefrau der Mutter anzuwenden sei.⁷³³ Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschied bereits 2018 – nur wenige Monate nach Inkrafttreten des Eheöffnungsgesetzes –, dass § 1592 Nr.1 BGB weder direkt noch analog auf die Ehefrau der Mutter anzuwenden sei.

Anlass gab der Fall zweier Ehefrauen, die über eine Samenbank eine anonyme Samenspende bezogen hatten. Das so entstandene Kind kam im Herbst 2017 zur Welt. Gleich nach der gesetzlichen Einführung der „Ehe für alle“ hatten die beiden Frauen geheiratet; das Kind war mithin ein eheliches. Zu klären war nun die Frage, ob die Ehefrau der Mutter zweiter rechtlicher Elternteil des Kindes war.

Das zuständige Standesamt in Sachsen lehnte es ab, die zweite Mutter gemäß § 1592 Nr.1 BGB im Geburtenregister einzutragen. Die Familie beantragte deshalb beim Amtsgericht Chemnitz, das Standesamt gemäß § 49 Abs.1 PStG anzuweisen, die zweite Mutter im Geburtenregister einzutragen. Das Amtsgericht beteiligte die Standesamtaufsichtsbehörde am Verfahren. Diese vertrat die Auffassung, dass § 1592 Nr.1 BGB analog auf die Ehefrau der Mutter anwendbar sei, unterstützte also die Zuordnung der zweiten Mutter.⁷³⁴ Daraufhin entschied das Amtsgericht zu Gunsten der Familie und wies das Standesamt an, die Ehefrau als zweite Mutter einzutragen.⁷³⁵

Dann geschah allerdings etwas, das man als strategische Prozessführung einer Behörde bezeichnen könnte. Gegen den amtsgerichtlichen Beschluss legten nämlich sowohl das Standesamt als auch die Standesamtaufsicht – die ja zuvor für die Eintragung der zweiten Mutter plädiert hatte – Beschwerde ein. Die Standesamtaufsicht wollte damit „eine grundsätzliche obergerichtliche Klärung dieser Frage“ erreichen.⁷³⁶ Schon wenige Wochen

733 Vgl. nur *Binder/Kiehnle* „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, NZFam 2017, 742; *Kaiser* Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, 1889; *Löhnig* Ehe für alle – Abstammung für alle?, NZFam 2017, 643; *Engelhardt* Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder, NZFam 2017, 1042; *Schmidt* Anwendung von § 1592 Nr.1 BGB auf Co-Mütter?, NZFam 2017, 832. *Scheliha* berichtet von Einzelfällen, in denen Standesämter die zweite Mutter als „Vater“ eingetragen haben, vgl. *Scheliha* (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 259, dort Fn. 1375.

734 Der Sachverhalt wird wiedergegeben in: OLG Dresden Beschl. v. 27.4.2018 – 3 W 292/18, Rn. 9.

735 AG Chemnitz Beschl. v. 21.2.2018 – 8 UR III 38/17, S. 3.

736 OLG Dresden Beschl. v. 27.4.2018 – 3 W 292/18.

nach dem amtsgerichtlichen Beschluss entschied das Oberlandesgericht Dresden daraufhin, dass aus der „Ehe für alle“ keine „Abstammung für alle“ folge.⁷³⁷ Dagegen legte abermals die Standesamtaufsichtsbehörde die zugelassene Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein. Der Bundesgerichtshof wies die Rechtsbeschwerde der Standesamtaufsicht kaum fünf Monate später zurück.⁷³⁸

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschied, dass die Ehefrau der Mutter weder direkt noch analog gemäß § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Elternteil des Kindes werden könne (aa). Dies verstöße nicht gegen Grund- und Menschenrechte (bb).

aa) Keine Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB für die Ehefrau der Mutter

§ 1592 Nr. 1 BGB, so der Senat, sei nicht unmittelbar auf eine Frau anwendbar. Die Norm regle „nach ihrem klaren Wortlaut allein die Vaterschaft“ und weise diese „einem bestimmten Mann“ zu.⁷³⁹ Es sei keine „Auslegung gegen diesen Wortlaut“ möglich,⁷⁴⁰ denn das Gesetz sehe – „ausgehend davon, dass ein Kind einen männlichen und einen weiblichen Elternteil hat“ – nur eine Zuordnung „zu zwei Elternteilen unterschiedlichen Geschlechts“ vor.⁷⁴¹ Insofern solle § 1592 BGB seinem „Sinn und Zweck“ nach „nicht die gleichgeschlechtliche Elternschaft normieren“.⁷⁴²

§ 1592 Nr. 1 BGB könne auch nicht analog auf die Ehefrau der Mutter angewendet werden, weil nach Ansicht des Senats weder eine planwidrige Regelungslücke vorliege noch die Interessenlage bei verschieden- und gleichgeschlechtlicher Elternschaft vergleichbar sei.

Das Abstammungsrecht sei durch die Einführung der „Ehe für alle“ nicht planwidrig lückenhaft geworden. Zunächst habe der Gesetzgeber mit der Eheöffnung nicht jede Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Paaren beenden wollen. Der Senat bezog sich dabei auf den Gesetzgebungsprozess:

737 OLG Dresden Beschl. v. 27.4.2018 – 3 W 292/18, Rn. 19 ff.

738 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*.

739 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 12.

740 Ebd.

741 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 13.

742 Ebd.

„Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber mit der ‚Ehe für alle‘ bestehenden Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität in allen gesellschaftlichen Bereichen beenden und hierzu rechtliche Regelungen, die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften schlechter stellen, beseitigen wollte (BT-Drs. 18/6665 S.11). Dies lässt aber nicht den Schluss zu, er habe es versehentlich verabsäumt, die bestehende Differenzierung im Abstammungsrecht aufzuheben (vgl. Plenarprotokoll 18/234 S. 23825). Vielmehr hatte der Gesetzgeber bei der Neuregelung insbesondere eine ‚konkrete und symbolische Diskriminierung‘ im Blick, die er darin erkannte, dass gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe verwehrt war. [...] Darüber hinaus sah er eine zu beseitigende Benachteiligung insbesondere im Adoptionsrecht (vgl. BT-Drs. 18/6665 S. 1; vgl. auch BR-Drucks. 274/15).“⁷⁴³

Daraus schlussfolgerte der Senat, dass mit der Eheöffnung „nicht jedwede unterschiedliche rechtliche Behandlung von homo- und heterosexuellen Paaren“ beendet sein sollte, sondern dass der Gesetzgeber nur „ganz bestimmte – und dann auch mit der Gesetzesänderung berücksichtigte – Bereiche“ habe erfassen wollen.⁷⁴⁴ Die Abstammung sei „nach der gesetzlichen Systematik“ auch nicht als Ehwirkung, „sondern als selbstständiger Tatbestand im Verwandtschaftsrecht konzipiert“.⁷⁴⁵

Des Weiteren habe der Gesetzgeber „bislang von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand genommen“.⁷⁴⁶ So habe der Arbeitskreis Abstammungsrecht⁷⁴⁷ seinen Abschlussbericht nur wenige Tage vor dem parlamentarischen Beschluss zur „Ehe für alle“ veröffentlicht. Der Arbeitskreis habe sich „dabei auch intensiv mit der Frage gleichgeschlechtlicher Elternschaft befasst“. Es sei „angesichts dieses zeitlichen Zusammenhangs“, so der Senat, „auszuschließen, dass schlicht vergessen wurde, abstammungsrechtliche Folgen der gleichgeschlechtlichen Ehe zu regeln“.⁷⁴⁸ Dass die damalige Oppositionsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen einen Gesetzesentwurf eingebracht hatte, um das Abstammungsrecht für Zwei-Mütter-Fa-

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

744 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 19.

745 Ebd. mwN.

746 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 20.

747 Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) setzte 2015 den Arbeitskreis Abstammungsrecht mit dem Auftrag ein, den „Reformbedarf im Abstammungsrecht zu prüfen und ggf. Reformvorschläge für ein stimmiges Gesamtkonzept zu entwickeln.“ Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, S. 13.

748 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 20.

milien anzupassen, wertete der XII. Zivilsenat als weiteres Indiz gegen eine planwidrige Regelungslücke im Abstammungsrecht.⁷⁴⁹

Nach Auffassung des Senats fehlte es auch an der zweiten Voraussetzung für eine Analogie, nämlich der vergleichbaren Interessenlage. So sei die Ehe zweier Frauen nicht vergleichbar „mit der von § 1592 Nr. 1 BGB geregelten Elternschaft des mit der Kindesmutter verheirateten Mannes.“⁷⁵⁰ Dazu führte der Senat aus, dass die Zuordnung qua Ehe „im Regelfall denjenigen Mann als rechtlichen Vater erfassen“ wolle, „von dem das Kind biologisch abstammt.“⁷⁵¹ Die Vaterschaft des Ehemannes beruhe darauf, „dass diese rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung auch die tatsächliche Abstammung regelmäßig abbildet.“ Zwar könne „in der Lebenswirklichkeit im Einzelfall“ auch ein Mann Vater werden, der nicht der genetische Vater des Kindes sei. Allerdings würden solche Einzelfälle „nicht die Richtigkeit der regelhaften Annahme“ beseitigen. Hingegen sei eine solche Abstammungsvermutung für die Ehefrau der Mutter „keinesfalls begründet“. Diese sei vielmehr „zwingend und damit abweichend von dem die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB tragenden Regelfall personenverschieden zum leiblichen Vater des Kindes.“⁷⁵²

Infolgedessen sei „unklar“, ob der Gesetzgeber für die Ehe von zwei Frauen zum gleichen „Abwägungsergebnis“ wie in § 1592 Nr. 1 BGB gelangt wäre.⁷⁵³ In diesem Zusammenhang verwies der Senat auch auf „Folgefragen“, die eine Zuordnung zu einer zweiten Mutter nach sich zögen. Genannt wurde hier etwa die Frage der Anfechtbarkeit der Mit-Mutterschaft bei einem „zwingenden Auseinanderfallen von gesetzlich bestimmter und genetischer Verwandtschaft“.⁷⁵⁴ Zudem 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.“⁷⁵⁵ Auch müsse der Gesetzgeber „die sich im Rahmen des § 1592 BGB in seiner derzeitigen Fassung nicht stellende Frage“ beantworten, welche Rechtsposition einem privaten Samenspende zukommen solle. Dieser wäre nämlich „zwingend als Dritter von der

749 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 20.

750 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 21.

751 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 22.

752 Ebd. mwN.

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

754 Ebd. mwN.

755 Ebd.

rechtlichen Beziehung zwischen den beiden gleichgeschlechtlichen weiblichen Elternteilen und dem Kind ausgenommen.“⁷⁵⁶

bb) Keine konventions- oder grundrechtlichen Bedenken

Der Bundesgerichtshof äußerte, dass es „nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken“ treffe, wenn die Ehefrau der Mutter kein zweiter rechtlicher Elternteil werde.⁷⁵⁷ Der Senat übernahm dabei nahezu wörtlich, was das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur eingetragenen Lebenspartnerin ausgeführt hatten (s. oben a) *Nichtannahmeentscheidungen*).⁷⁵⁸ Art. 6 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, weil bereits der Schutzbereich nicht berührt werde. Die fehlende Eintragung im Geburtenregister betreffe nicht „das Familienverhältnis der Ehepartner mit dem Kind“. Die Eintragungen im Personenstandsregister hätten auch „keine rechtserzeugende Kraft“.⁷⁵⁹ Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sei nicht verletzt, weil die Ehefrau der Mutter weder leiblicher noch rechtlicher Elternteil des Kindes sei – und damit keine Grundrechtsträgerin im Sinne der Norm.⁷⁶⁰ Es liege auch „keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG“ vor, denn die Unterscheidung sei dadurch gerechtfertigt, dass „die Ehefrau nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein kann, während der Gesetzgeber dies für den Regelfall vermutet und darauf die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB gründet.“⁷⁶¹ Mit der gleichen Begründung schloss der XII. Zivilsenat auch einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK „für sich genommen oder in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK“ aus.⁷⁶²

Der Bundesgerichtshof prüfte auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes. Aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folge

„nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, [dem Kind] durch das Abstammungsrecht eine leiblich nicht verwandte Person als rechtlichen

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

757 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 24.

758 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 25 ff.

759 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 25 mwN.

760 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 26 mwN.

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

762 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 30 mwN.

Elternteil zuzuordnen, selbst wenn diese bereit und in der Lage ist, Elternverantwortung zu übernehmen.“⁷⁶³

Vielmehr, so der Senat weiter, habe das Kind

„einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf die rechtliche Möglichkeit, Kenntnis von seiner Herkunft zu erlangen [...]. Darauf aufbauend kann es grundsätzlich die entsprechenden abstammungsrechtlichen Zuordnungen erreichen.“⁷⁶⁴

Zwar erkannte der Senat an, dass das Kind im Wege einer reproduktionsmedizinischen Behandlung unter Verwendung einer anonymen Samenspende entstanden war. Trotzdem erachtete das Gericht eine Feststellung des Samenspenders als rechtlichen Vater für möglich. Unabhängig davon stehe der Familie die „Sukzessivadoption“ offen:

„Auf diesem rechtlichen Weg werden sowohl die Rechte des betroffenen Kindes gewahrt [...] als auch [...] die Rechte des in solchen Fallgestaltungen notwendigerweise zusätzlich zu den beiden Ehegatten existierenden biologischen Vaters.“⁷⁶⁵

Damit entschied der Senat gegen eine analoge Anwendbarkeit von § 1592 Nr. 1 BGB auf die Ehefrau der Mutter. Soweit ersichtlich war das Verfahren damit beendet und wurde eine Verfassungsbeschwerde nicht erhoben. Im Ergebnis dieser Entscheidung blieb die zweite Elternstelle im Geburtenregister des Kindes frei. Das eheliche Kind zweier Mütter ist damit rechtlich das Kind einer alleinerziehenden Mutter. Mit der Ehefrau der Mutter ist es rechtlich nicht verwandt; sie gilt dem Kind gegenüber als Fremde.

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur eingetragenen Lebenspartnerin sind jeweils als Nichtannahmeentscheidungen ergangen. Als solche kann sich daraus kein Anspruch auf eine allumfassende grund- und menschenrechtliche Würdigung ergeben.

763 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 27.

764 Ebd.

765 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 29 mwN.

Anders ist das bei der Entscheidung des XII. Zivilsenats. Diese fällt jedoch bereits durch grobe Fehler auf und kann so weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugen. Dass der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss konsequent die Stiefkindadoption mit der Sukzessivadoption verwechselt und den Willen des Gesetzgebers der „Ehe für alle“ prüft, wo es auf den Willen des historischen Gesetzgebers des § 1592 Nr. 1 BGB angekommen wäre,⁷⁶⁶ zählt dabei noch zu den kleinsten Fehlleistungen.

aa) Zum Argument der fehlenden Abstammungsvermutung

Ob § 1592 Nr. 1 BGB verfassungskonform oder analog auf die Ehefrau der Mutter anwendbar wäre, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.⁷⁶⁷ Die eingetragene Lebenspartnerin oder Ehefrau der Mutter konnte nach Ansicht des XII. Zivilsenats jedenfalls nicht zweiter rechtlicher Elternteil werden, weil für sie die „Abstammungsvermutung“ des § 1592 BGB nicht greife. § 1592 Nr. 1 BGB ist jedoch keine Vermutungsregel,⁷⁶⁸ sondern normiert die materiellen Voraussetzungen der Statuszuweisung. Es handelt sich insofern um eine „Definitionsnorm“.⁷⁶⁹ Die Rede von der Ehe als Abstammungsvermutung ist deshalb dogmatisch irreführend.

Vermutungsregeln sind prozessualer und nicht materiell-rechtlicher Natur. So sind Tatsachen oder Rechte, für die eine gesetzliche Vermutungsregel besteht, in einem gerichtlichen Verfahren nicht beweisbedürftig.⁷⁷⁰ Da-

766 Instruktiv dazu *Kiehnle* Zweck, Lücke, Plan: Warum Kinder lesbischer Ehepaare wie Kinder heterosexueller Eheleute zu behandeln sind, JURA 2019, 563.

767 Vgl. ebd. sowie auch *Chebout/Xyländer* Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil – Zur verfassungskonformen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB, NJW 2021, 2472, S. 2473 f.; *Kaulbach/Pickenhahn/Scheliha* Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768, S. 769 f.

768 Auch soweit § 1592 Nr. 1 BGB zuweilen als „Fiktion“ eingeordnet wird (*Balzer* in BeckOGK, § 1592 BGB, Rn. 54 f.), ist das unzutreffend. Denn eine Fiktion „ist die Anordnung einer Tatsache oder rechtlicher Umstände durch das Gesetz als wahr wider besseres Wissen.“, *Gietl* (2014) Abstammung, S. 83. Typisches Kennzeichen einer Fiktionsregel ist das Wort „gilt“, das in § 1592 BGB nicht vorkommt, vgl. zu weiteren Auseinandersetzungen und Argumenten *Vollersen* (2011) Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 114 ff. Die Statuszuweisung qua Ehe enthält aber gar keine Aussagekraft zu den biologischen Abstammungsverhältnissen, weder in die eine noch in die andere Richtung.

769 *Vollersen* (2011) Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, S. 121; *Gietl* (2014) Abstammung, S. 84 f.

770 Vgl. etwa für den Zivilprozess: *Greger* in Zöller, vor § 284, Rn. 10.

bei unterscheidet das Recht zwischen widerleglichen und unwiderleglichen Vermutungen. Eine widerlegliche Vermutung kann in einem gerichtlichen Verfahren durch Beweis des Gegenteils entkräftet werden; bei einer unwiderleglichen Vermutung ist das nicht möglich.⁷⁷¹

Eine unwiderlegliche Vermutung ist im Gesetz auch sprachlich gekennzeichnet, etwa in § 1566 BGB, der „unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit mindestens drei Jahren getrennt leben.“ Das heißt jedoch nicht, dass der Ehestatus nach drei Jahren Getrenntleben automatisch erlischt. Vielmehr bedeutet es – und hier kommt die prozessuale Beweisregel zum Tragen –, dass, wenn ein Ehegatte nach drei Jahren die Scheidung beantragt, der andere Ehegatte die Scheidung mehr nicht verhindern kann, da die Scheidungsvoraussetzung des Scheiterns der Ehe nunmehr unwiderleglich vermutet wird.

Auch das Abstammungsrecht enthält eine Vermutungsregel, die auch so heißt. Es ist jedoch nicht der besagte § 1592 Nr.1 BGB, sondern § 1600c BGB, der eine „Vaterschaftsvermutung im Anfechtungsverfahren“ normiert. Demnach wird im Verfahren der Vaterschaftsanfechtung vermutet, dass das Kind von dem Mann abstammt, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr.1 und Nr.2 BGB besteht. Damit wird eine Beweislastumkehr erreicht, die Vaterschaftsanfechtungen ins Blaue hinein verhindern soll.

§ 1592 Nr.1 BGB ist hingegen keine prozessuale, sondern eine materielle Zuordnungsregel für die zweite Elternstelle, eben eine Definitionsnorm. Schon der Wortlaut legt nicht nahe, dass es sich um eine Vermutungsregel handeln würde. Bei einer unwiderleglichen Vermutung wäre die Vaterschaft qua Ehe zudem auch nie anfechtbar. Die Tatsache, dass auch die Vaterschaft des Ehemannes unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar ist, zeigt jedoch, dass die Zuordnung korrigierbar ist und damit gerade nicht unwiderleglich vermutet wird. Der Ehemann der Mutter *gilt* nicht nur als Vater, sondern er *ist* es.⁷⁷² Die gesetzliche Primärzuordnung des Ehemannes kann nicht durch einen Beweisantritt beeinflusst werden.⁷⁷³

771 Greger in Zöller, § 292, Rn. 1.

772 Hammermann in Erman-BGB, § 1592 BGB, Rn. 3. Unzutreffend ist daher die Annahme des EGMR, dass es sich hier um eine widerlegliche Vermutung handle.

773 Die sogenannte Dreiererklärung gemäß § 1599 Abs.2 BGB ist insofern kein Beweisantritt bezogen auf die Abstammungsverhältnisse. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzliche Möglichkeit, die Primärzuordnung zu beeinflussen. Sie betrifft Fälle, in denen die Statuswirkung der Ehe noch nicht entfallen ist, ein Scheidungsverfahren aber bereits anhängig ist. Auch hier kommt es also maßgeblich auf den Ehestatus und nicht auf den Beweis biologischer Abstammung an.

bb) Die Ehe als Grundrecht und als Status

Die Entscheidungen zur Versagung einer zweiten Mutter auf Grund formalisierter Partnerschaft mit der Geburtsmutter lassen eine eingehende Würdigung des besonderen Eheschutzes in Art. 6 Abs. 1 GG ebenso vermissen wie eine umfassende Auseinandersetzung mit der Ehe als Status.

Art. 6 GG beginnt in Absatz 1 mit dem besonderen Schutz von Ehe und Familie. Dieser Schutz ist nicht nur grundrechtlich, sondern auch menschenrechtlich garantiert, etwa in Art. 8 Abs. 1 und Art. 12 EMRK, Art. 16 AEMR, Art. 23 IPbpr, Art. 10 IPwskR sowie auch europarechtlich in Art. 7 und Art. 9 GRCh.⁷⁷⁴ Art. 6 Abs. 1 GG schützt sowohl die Eheschließungsfreiheit als auch die Gestaltungsfreiheit des ehelichen Zusammenlebens.⁷⁷⁵ Oftmals ist von einer „Institutsgarantie“⁷⁷⁶ die Rede. Gemeint ist damit, dass der Staat die Ehe als formalisierte Paarbeziehung rechtlich ermöglichen und absichern muss. Wie das Elternrecht ist auch der Eheschutz ein normgeprägtes Grundrecht.⁷⁷⁷ Es ist also auf die Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber angewiesen. Welche verfassungsimmanen Vorgaben der Gesetzgeber zu beachten hat und wie weit sein Gestaltungsspielraum reicht, ist umstritten.

Seit Jahrzehnten wird darüber gestritten, ob die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten ein Strukturmerkmal der verfassungsrechtlich geschützten Ehe ist (1). Für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung spielt das jedoch keine Rolle, denn der verfassungsrechtliche Schutz der ehelichen Elternschaft ist gerade nicht an die Fortpflanzungsfähigkeit der Ehegatten geknüpft. Die Ehe wird vielmehr als idealer organisatorischer Rahmen für das Aufwachsen von Kindern angesehen (2). Das entspricht auch dem Statusprinzip, das in der Rechtsprechung zu Zwei-Mütter-Familien aus dem Blick geraten ist (3.).

(1) Strukturmerkmale des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs

„Zu den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien von Ehen“, so der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts 2023, gehöre,

774 Ausführlich dazu Mückl (2010) Ehe und Familie.

775 Ipsen (2009) Ehe und Familie, Rn. 6 mwN.

776 Zweifelnd am dogmatischen Bedeutungsgehalt der Institutsgarantie: Ipsen (2009) Ehe und Familie, Rn. 47 ff.

777 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 83.

„dass es sich um eine rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten einhergehende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft handelt, die aufgrund eines jeweils freien Entschlusses durch die Eheschließung als formalisierten, nach außen erkennbaren Akt begründet wird“.⁷⁷⁸

In dieser Zusammenfassung fällt auf, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten kein prägendes Strukturmerkmal des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs ist.⁷⁷⁹ In der verfassungsrechtlichen Literatur ist gleichwohl bis heute umstritten, ob die Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG eine heterosexuelle Verbindung von Mann und Frau meint.⁷⁸⁰ Im Handbuch des Staatsrechts (dessen aktuelle 3. Auflage allerdings auf das Jahr 2009 datiert) wird folgende Auffassung dazu vertreten:

„Als unbestritten darf gelten, daß die Ehe eine Lebensgemeinschaft von Mann und Frau ist, die Verbindung der beiden Geschlechter also dem Ehebegriff wesenseigen ist. Die gelegentlich in der Literatur und einzelnen Gerichtsentscheidungen vertretene Gegenansicht stellt keinen ernst zu nehmenden Beitrag im rechtswissenschaftlichen Diskurs dar, sondern kann allein als Provokation in der öffentlichen Debatte um gleichgeschlechtliche Partnerschaften verstanden werden.“⁷⁸¹

Das vertreten andere mit guten Gründen anders.⁷⁸² Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 GG definiert die Ehe nicht und ist daher als Argument für die Begrenzung auf heterosexuelle Ehen untauglich. Historisch wurde die Ehe freilich als verschiedengeschlechtliche Gemeinschaft verstanden – was je-

778 BVerfG Beschl. v. 1.2.2023 – 1 BvL 7/18 *Kinderehe*, BVerfGE 166, 1, S. 65, Rn. 114.

779 Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute schon 2008 nicht als zwingend angesehen, BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175. In anderen Entscheidungen ging jedoch auch das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten zu den Strukturmerkmalen der Ehe gehöre.

780 Zur Diskussion vgl. statt vieler die umfangreiche Darstellung von *Wollenschläger/Coester-Waltjen* (2018) *Ehe für Alle*. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive.

781 *Ipsen* (2009) *Ehe und Familie*, Rn. 9 mwN. In aktuelleren Darstellungen vertreten die Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturmerkmal u.a. *Uhle* in BeckOK Grundgesetz, Art. 6 GG, Rn. 4; *Badura* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 GG, Rn. 42; *Coelln* in Sachs, Art. 6 GG, Rn. 6; *Antoni* in Hömig/Wolff/Kluth, Art. 6 GG, Rn. 5.

782 *Heiderhoff* in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 58 ff.; *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 47; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 103 ff.; *Leisner-Egensperger* (2022) *Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens*, Rn. 25 ff.

doch, wie am Beispiel des Elternrechts eines nur leiblichen Vaters gesehen, kein Hindernis darstellt, es heute anders zu bewerten.

Verfechter des heterosexuellen Ehebegriffs führen ins Feld, dass „natürlicherweise“ nur aus einer verschiedengeschlechtlichen Ehe Kinder hervorgehen könnten. Der Ehe komme, so die aktuelle Auflage eines anderen Handbuchs zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland aus dem Jahr 2022, „in erster Linie“ eine „Reproduktionsfunktion“ zu; sie sichere die „Erzeugung von Nachwuchs“ ab.⁷⁸³ Seine Schlagkraft büßt dieses Natürlichkeitsargument jedoch schon dadurch ein, dass heterosexuelle Ehen auch dann verfassungsrechtlich geschützt sein sollen, wenn keine Kinder aus ihnen hervorgehen (können).⁷⁸⁴ Zudem hat das Bundesverfassungsgericht schon im Jahr 1978 klargestellt, „daß die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau nicht Voraussetzung für eine Eheschließung ist.“⁷⁸⁵ Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe kann somit gerade nicht mit der Familiengründung gerechtfertigt werden.⁷⁸⁶

Die Frage muss für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung an dieser Stelle nicht tiefergehend behandelt werden. Zum einen hat der Gesetzgeber 2017 die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Einen dagegen angekündigten abstrakten Normenkontrollantrag haben Abgeordnete der damaligen CDU/CSU-Bundestagsfraktion nach eingehender Prüfung verworfen. Das Ehegrundrecht ist Gesetzesakzessorisch, so dass der einfachrechtliche Ehestatus auch zum Grundrechtsschutz führt. Für den Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte die Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute zuletzt kein Strukturmerkmal der Ehe mehr dar. Damit erübrigt sich auch die Diskussion um das Abstandsgebot der Ehe gegenüber

783 Leisner-Egensperger (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn.13 mwN. (Das überrascht, weil die Autorin im weiteren Verlauf ihrer Abhandlung die Fortpflanzungsfähigkeit nicht als Voraussetzung für den Schutz der Ehe erachtet, vgl. ebd., Rn.26.) Ähnlich, wenngleich etwas abgeschwächt: „[W]eil sie typischerweise die Vorstufe zur Familie ist“, Ipsen (2009) Ehe und Familie, Rn.14; „Die Ehe soll sich zur Familie erweitern“, Steiner (2011) Schutz von Ehe und Familie, Rn.7.

784 „Die Ehe ihrem Wesen nach als Vorstufe der Familie zu begreifen, bedeutet nicht, daß Ehen, die aus eigenem Entschluß der Partner oder aufgrund von Fertilitätsstörungen kinderlos bleiben, einen rechtlich minderen Rang einnehmen würden.“ Ipsen (2009) Ehe und Familie, Rn.16.

785 BVerfG Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72 *Trans I*, BVerfGE 49, 286, S. 300.

786 Steiner (2011) Schutz von Ehe und Familie, Rn.7; Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. III.

anderen Lebensgemeinschaften.⁷⁸⁷ Aus dem Schutz der Ehe im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 GG folgt ein einheitlicher Ehebegriff und ein „intrainstitutionelles Diskriminierungsverbot“.⁷⁸⁸ Das Grundgesetz kennt keine Ehen erster oder zweiter Klasse.⁷⁸⁹

Vor diesem Hintergrund ist es verfassungsrechtlich bedenklich, wenn Kinder, die in eine Ehe von zwei Frauen hineingeboren werden, rechtlich nicht abgesichert sind.

(2) Die Ehe als idealer Rahmen der Elternverantwortung

Wenngleich an der Gleichwertigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften kein Zweifel bestehen kann, wird der Ehe bis heute eine besondere Kindeswohldienlichkeit zugeschrieben.⁷⁹⁰ Auch wenn immer wieder versucht wird, dies mit der Natur zu begründen, ist die Ehe nicht auf Grund der Leiblichkeit der besonders geeignete Rahmen für die Eltern-Kind-Zuordnung. Vielmehr bieten auch Eheleute, deren Kinder im Rahmen einer reproduktionsmedizinischen Kinderwunschbehandlung entstanden sind, eine gleichwertige Garantie dafür, dass ihre Kinder in rechtlich umfassend abgesicherten Verhältnissen aufwachsen können.

Das wird eindrücklich deutlich in einer Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007. Ein nichteheliches Paar konnte „auf natürlichem Wege“ keine Kinder bekommen und wollte deshalb eine kommerzielle Kinderwunschbehandlung in Anspruch nehmen.⁷⁹¹ Gemäß § 27a SGB V umfassen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung auch eine solche reproduktionsmedizinische Kinderwunschbehandlung – jedoch nur, wenn die Personen, die die Maßnahmen in Anspruch nehmen wollen, miteinander verheiratet sind (§ 27a Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts urteilte, dass diese Beschränkung auf Eheleute rechtmäßig sei, und unterstrich dafür den

787 Zu den Entwicklungslinien vgl. *Kingreen* Das gute alte Grundgesetz und wir Nachkonstitutionellen, Der Staat 2020, 195, S. 203 ff.

788 *Brosius-Gersdorf* in *Dreier*, Art. 6 GG, Rn. 174 ff.

789 So schon BVerfG Urt. v. 21.10.1980 - 1 BvR 179/78 u.a., BVerfGE 55, 114, S. 128: „Jede Ehe hat vor der Rechtsordnung den gleichen Rang.“ Ferner *Steiner* (2011) Schutz von Ehe und Familie, Rn. 7; *Antoni* in *Hömig/Wolff/Kluth*, Art. 6 GG, Rn. 5.

790 *Badura* in *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 6 GG, Rn. 60; *Leisner-Egensperger* (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn. 26.

791 Vgl. zum Sachverhalt BVerfG Urt. v. 28.2.2007 - 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316, S. 319 f.

„besonderen rechtlichen Rahmen“, den die Ehe als „Lebensbasis für ein Kind“ darstelle.⁷⁹²

„So ist die Ehe nach § 1353 Abs.1 BGB auf Lebenszeit angelegt und nur unter den Voraussetzungen der Aufhebung (§§ 1313 ff. BGB) oder Scheidung (§§ 1564 ff. BGB) wieder auflösbar, während nichteheliche Partnerschaften jederzeit beendet werden können, auch wenn diese sich im konkreten Fall als eine feste Bindung erweisen. Die ehelichen Bindungen bieten einem Kind grundsätzlich mehr rechtliche Sicherheit, von beiden Elternteilen betreut zu werden. Auch sind Ehegatten einander nach § 1360 BGB gesetzlich verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie zu unterhalten. Dieser Unterhalt ist mit auf die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder ausgerichtet, begünstigt auch sie und bestimmt maßgeblich ihre wirtschaftliche und soziale Situation [...]. Zudem wird die wirtschaftliche und soziale Situation eines ehelichen Kindes [...] durch die für die Ehe geltenden besonderen güter-, versorgungs- und erbrechtlichen Regelungen gestärkt.“⁷⁹³

Das Bundesverfassungsgericht schrieb der Ehe eine erhöhte Belastbarkeit zu, die sie von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft unterscheide.⁷⁹⁴ Dass es dabei nicht um die leibliche Verbindung ging, wird an einer Stelle auch besonders deutlich: Im konkreten Fall sollten nämlich die Samenzellen des Lebensgefährten verwendet werden (sog. homologe Samenspende).⁷⁹⁵ Das nichteheliche Paar wollte mithin eine finanzielle Unterstützung, um ein genetisch eigenes Kind bekommen zu können, das also von beiden Partner*innen leiblich abstammte. Der Erste Senat stellte darauf nicht ab, sondern sah die Ehe als Status gegenüber der Leiblichkeit als geeigneteren Anknüpfungspunkt für die Zuweisung der Elternverantwortung.

(3) Die Ehe zweier Frauen – Status ohne Wirkung

Die Eltern-Kind-Zuordnung ist ein interdependenter Status, der in seiner Begründung auf weitere Kategorien rekurriert, die ihrerseits familienrechtliche Status sind. Deshalb ist es familienrechtsdogmatisch weitreichend, wenn der Familiensenat des Bundesgerichtshofs der Ehe keine statusrecht-

792 BVerfG Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316, S. 328.

793 BVerfG Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316, S. 328 f. mwN.

794 BVerfG Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316, S. 327 f. mwN.

795 BVerfG Urt. v. 28.2.2007 – 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316, S. 324.

liche Wirkung beimitst und die Familienrechtswissenschaft dem nicht widerspricht. Dabei wird das Statusprinzip hier nicht nur im Abstammungsrecht, sondern auch im Eherecht missachtet.

Ab 2001 konnten gleichgeschlechtliche Paare eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen.⁷⁹⁶ Das gilt seit 2017 gemäß § 1353 Abs.1 BGB auch für das Statusrechtsverhältnis der Ehe.⁷⁹⁷ Die Anpassung der Regelung zur Eltern-Kind-Zuordnung in § 1592 Nr.1 BGB steht bislang jedoch aus. Da die Eltern-Kind-Zuordnung als interdependenter Status angelegt ist, bleiben die Rechtsänderungen im Eherecht aber nicht ohne Auswirkungen im Abstammungsrecht.

Die Ehe ist – wie die Abstammung – ein auf Dauer angelegter Status, an den einheitliche Rechtsfolgen geknüpft sind. Zwar sind die Ehewirkungen vertraglich modifizierbar. Die abstammungsrechtliche Wirkung der Ehe gemäß § 1592 Nr.1 BGB lässt sich aber nicht abbedingen.⁷⁹⁸ Wird ein Kind in eine Ehe hineingeboren, ist die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung insofern eine zwingende Konsequenz der Ehe.⁷⁹⁹ Vor diesem Hintergrund ist unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten schwer begründbar, der Ehe zweier Frauen die abstammungsrechtliche Wirkung zu versagen.

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs stellte lediglich fest, dass die Abstammung keine Ehewirkung sei. Er verweist dazu auf einen Satz eines Artikels von *Kaiser*, in dem die Autorin argumentiert, dass das BGB „das Abstammungsrecht nicht als Wirkung der Ehe, sondern als selbstständigen Tatbestand der Mutterschaft (§ 1591) und der Vaterschaft (§ 1592) im Recht der Verwandtschaft“ regelt.⁸⁰⁰ In einer Fußnote verweist *Kaiser* auf eine andere Entscheidung des XII. BGH-Zivilsenats, nämlich die zur Co-Mutterschaft nach dem südafrikanischen Recht. Darin hatte der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass diese Co-Mutterschaft „nicht als Wirkung

796 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266).

797 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787).

798 Das gilt jedenfalls für intakte Ehen. Ist ein Scheidungsverfahren anhängig, kann im Wege übereinstimmender Erklärungen des Ehemannes, der Mutter und eines aner kennenden Vaters eine Vaterschaft außerhalb der Ehe begründet werden, wenn das Kind vor rechtskräftiger Scheidung geboren wird (sogenannte Dreier-Erklärung).

799 Zur Ehe als „dominierende“ Statusrechtsverbindung auch im Eltern-Kind-Verhältnis vgl. *Schwenzer* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705, S. 706.

800 *Kaiser* Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, *FamRZ* 2017, 1889, S. 1895.

der Lebenspartnerschaft im Sinne von Art. 17b Abs. 4 EGBGB anzusehen“ sei.⁸⁰¹ Der Senat hatte damals weiter dargelegt:

„Dieses Verständnis wird durch die gesetzliche Regelung der väterlichen Abstammung in § 1592 Nr. 1 BGB gestützt. Zwar ist die zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes bestehende Ehe Anknüpfungsmerkmal für die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns. Die Abstammung ist aber nach der gesetzlichen Systematik dennoch nicht als Wirkung der Ehe konzipiert, sondern als selbstständiger Vaterschaftstatbestand im Recht der Verwandtschaft. Die rechtliche Abstammung betrifft auch das Kind als dritte Person, das bei Anwendung der Kappingsregelung die rechtliche Zuordnung zu einem Elternteil verlieren würde. Die Ehe kann für das Kind indessen keine unmittelbaren Wirkungen zeitigen. Damit steht im Einklang, dass nach der gesetzlichen Regelung zur väterlichen Abstammung das Fortbestehen der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung wie auch die Anfechtung der Vaterschaft vom Bestand der Ehe unabhängig sind. Weder endet die nach § 1592 Nr. 1 BGB begründete rechtliche Abstammung mit Scheidung der Ehe noch hindert die bestehende Ehe eine Anfechtung der Vaterschaft gemäß § 1600 BGB.“⁸⁰²

Abgesehen davon, dass der XII. Zivilsenat sich mit dem Verweis auf *Kaiser* indirekt selbst zitiert, ging es in der Entscheidung zur südafrikanischen Co-Mutterschaft um ein ganz anderes Anliegen. Dort wollte der Senat eine restriktive Auslegung von Art. 17b Abs. 4 EGBGB a.F. verhindern. In diesem Zusammenhang stellte der Senat allerdings auch fest, dass die „vom Gesetzgeber mit dem Begriff der Wirkungen verbundenen konkreten Vorstellungen [...] unklar und den Gesetzgebungsmaterialien nicht verlässlich zu entnehmen“ seien. Unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten können die Ausführungen des XII. Zivilsenats zu § 1592 Nr. 1 BGB jedenfalls hier wie dort nicht überzeugen.

(a) Einheitliche Statusfolgen mit genereller Wirkung

Die Abstammung und die Ehe sind zwei familienrechtliche Statusinstitute. Sie sind in § 1592 Nr. 1 BGB interdependent miteinander verknüpft. Der Status der Abstammung rekurriert auf den Status der Ehe; für den Eltern-Kind-Status ist die Ehe mithin konstitutive Voraussetzung. Aus Sicht der

801 BGH Beschl. v. 20.4.2016 – XII ZB 15/15 *Südafrikanische Co-Mutter*, Rn. 43.

802 BGH Beschl. v. 20.4.2016 – XII ZB 15/15 *Südafrikanische Co-Mutter*, Rn. 46.

Ehe ist die Eltern-Kind-Zuordnung eine automatische, nicht disponible Folge, wenn ein Kind in die Ehe hineingeboren wird. Die Unabhängigkeit der Eltern-Kind-Zuordnung vom Bestand der Ehe ist eine Ausprägung des Statusprinzips bei der rechtlichen Elternschaft, konkret der Statusbeständigkeit. Auch die Möglichkeit, die Vaterschaft trotz bestehender Ehe anzufechten, ändert daran nichts, denn die abstammungsrechtliche Wirkung der Ehe betrifft die Primärzuordnung. Die Anfechtung betrifft hingegen die Korrektorebene. Ist sie rechtlich begründet, muss ein gerichtlicher Feststellungsbeschluss ergehen, der seinerseits Statuswirkung entfaltet und damit die Wirkung des Ehestatus ablöst.

Auch die Generalität des Status wird durch die Auffassung des Bundesgerichtshofs unterminiert. Danach wirkt der Status für und gegen alle und gilt einheitlich für alle Rechtsbereiche. Eine Person ist demnach in Bezug auf ihre Eltern einheitlich „Kind“ im rechtlichen Sinne – ob im Sozialrecht, Erbrecht oder Strafrecht. Und gleiches gilt für den Ehestatus. Selbst wenn also der XII. Zivilsenat die Abstammung nicht als Ehewirkung versteht, bleibt das Problem bestehen, dass der Ehestatus absolut wirkt – für und gegen alle und rechtsverbindlich einheitlich. Mit der „Ehe für alle“ wurde eine Unterscheidung zwischen der (verschiedengeschlechtlichen) Ehe einerseits und der (gleichgeschlechtlichen) eingetragenen Lebenspartnerschaft andererseits gerade beendet. Ausgehend von der Statusgeneralität folgt aus der Zugänglichkeit der Ehe als Status für alle gleichermaßen, dass auch die Statuswirkungen gleich sein müssen. Nur der gleichgeschlechtlichen Ehe die abstammungsrechtliche Wirksamkeit zu versagen, würde dazu führen, diese Ehe durch die Hintertür zu einem minderwertigen Status (weil ohne Abstammungsfunktion), also zu einer Ehe zweiter Klasse zu machen. Weitergehend würde dies die Statusfunktion der Ehe damit insgesamt in Frage stellen.

(b) Ziel des Status: Absicherung

Unabhängig davon, wie weit man die Leiblichkeitsvermutung des § 1592 Nr. 1 BGB spannen würde, wäre sie jedenfalls auch nicht darauf beschränkt. Sinn und Zweck der ehelichen Zuordnung ist statusprinzipiell eine schnelle Absicherung des Kindes. Es soll nicht lange in der Schwebe bleiben, wer rechtlich für das Kind verantwortlich ist. Die schnelle und rechtsverbindliche Zuordnung dient damit dem Kindeswohl, wie der XII. Zivilsenat in einer Entscheidung zur Zwei-Väter-Familie auch herausgearbeitet hat

(s. sogleich 2.). Selbst wenn man also die Ehe als Leiblichkeitsvermutung interpretieren wollte, wäre anzuerkennen, dass sie nicht auf diesen Aspekt beschränkt ist. Vielmehr dient die Zuordnung dem Kindeswohl, indem sie dem Kind Absicherung durch rechtliche Stabilität verleiht und die sozial-familiäre Beziehung des Kindes absichert.⁸⁰³ Der einseitige Fokus auf die Abstammungswahrheit wird dem Statusprinzip daher nicht gerecht.⁸⁰⁴

cc) Trivialisierung des Familiengrundrechts

Das Bundesverfassungsgericht führte in seinem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahr 2010 aus, warum Art. 6 Abs. 1 GG nicht verletzt sei, wenn der eingetragenen Lebenspartnerin die Eintragung als zweite Mutter versagt werde. Der Schutzbereich des Familiengrundrechts sei schon „nicht eröffnet“. Das begründete die 2. Kammer des Ersten Senats wie folgt:

„Die Eintragung eines Lebenspartners in die Geburtsurkunde eines Kindes des anderen Lebenspartners betrifft [...] nicht das Familienverhältnis der Lebenspartner mit dem Kind. Die Geburtsurkunde soll lediglich die rechtlichen Abstammungsverhältnisse des Kindes nachweisen. Damit handelt es sich um ein Dokument, mit dem nach außen mit Beweisfunktion nur diese rechtlich erheblichen Tatsachen nachgewiesen werden. Das Zusammenleben des Kindes mit seinen Eltern im Rahmen der Familie wird dadurch nicht berührt. Eintragungen in eine Personenstands-urkunde haben keine rechtserzeugende Kraft. Auch die gesetzliche Regelung des § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB der die Abstammung des Kindes an die Vermutung knüpft, dass Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder die Vaterschaft anerkannt hat, greift selbst nicht in das Recht der Familie ein.“⁸⁰⁵

Auf diese Ausführungen hat sich der Bundesgerichtshof 2018 nahezu wortgleich bezogen.⁸⁰⁶ Damit ignorierte der Bundesgerichtshof nicht nur, dass sich der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2013 in seinem

803 Kiehnle Zweck, Lücke, Plan: Warum Kinder lesbischer Ehepaare wie Kinder heterosexueller Eheleute zu behandeln sind, JURA 2019, 563, S. 570.

804 So auch Kaulbach/Pickenhahn/Scheliha Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768, S. 771.

805 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 27.

806 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 25.

Urteil zur Sukzessivadoption nuanciert anders zum Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG geäußert hatte. In seiner Entscheidung zur Zwei-Mütter-Familie trivialisierte der Bundesgerichtshof zugleich die Tragweite seiner Entscheidung, indem er unterstellte, dass die versagte Eintragung der zweiten Mutter im Personenstandsregister des Kindes quasi bedeutungslos sei. Eine solche Argumentation verkennt, dass die tatsächliche familiäre Beziehung zwischen Kind und Elternteil rechtlich nicht existiert, solange sie nicht durch eine entsprechende Geburtsurkunde nachgewiesen werden kann.

Das Familienleben ist massiv davon betroffen, dass in der Geburtsurkunde nur ein Elternteil eingetragen ist, denn rechtlich gilt das Kind damit als Kind einer alleinerziehenden Mutter. Abgesehen von den umfangreichen Statusfolgen, die allesamt für das Kind und den zweiten Elternteil nicht greifen, solange die statusrechtliche Zuordnung fehlt,⁸⁰⁷ ist das alltägliche Familienleben dadurch gekennzeichnet, dass der zweite Elternteil eine Sorgevollmacht der rechtlichen Mutter benötigt. Muss das Kind akut in medizinische Behandlung, will der zweite Elternteil eine Grenze überqueren oder das Kind auch nur von der Kita abholen – in all diesen Situationen ist er darauf angewiesen, dass Dritte die Sorgevollmacht akzeptieren, die im Übrigen auch jederzeit entziehbar ist. Kommt es zum Konflikt zwischen den Eltern, offenbart sich, dass es ohne statusrechtliche Zuweisung und Registrierung eben keine gleichberechtigte Elternschaft ist. Verstirbt der einzige rechtliche Elternteil, ist das Kind Vollwaise und kommt in staatliche Obhut. In Anbetracht all dieser Folgen lässt sich eine fehlende Eintragung im Geburtenregister nicht auf ein Problem „rein deklaratorischer Natur“ beschränken. Im Gegenteil, die Bedeutung der Eintragung kann nicht tiefgreifend genug eingeschätzt werden.

Die fehlende Statuszuordnung hat auch wirtschaftliche Auswirkungen auf das Familienleben, weil den Familien staatliche Familienleistungen verwehrt bleiben. Für eheliche Zwei-Mütter-Familien wird der fehlende Status der Eltern-Kind-Zuordnung teilweise durch den Status der Ehe kompensiert. Hingegen fällt die nichtrechtliche zweite Mutter nicht in den Kreis der Anspruchsberechtigten nach § 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Sie kann also zunächst für das Kind weder Elterngeld noch Eltern-

807 Das Kind kann weder den Familiennamen noch die Staatsangehörigkeit des nicht-rechtlichen Elternteils erlangen. Es ist nicht unterhalts- oder erbberechtigt und der zweite Elternteil ist nicht sorgeberechtigt, s. unter A. II. 4. *Rechtsfolgen der Eltern-Kind-Zuordnung*.

zeit in Anspruch nehmen. In nichtehelichen Familien ist der Anspruch abhängig von einem Adoptionsantrag, der allerdings frühestens acht Wochen nach der Geburt des Kindes beurkundet werden kann.⁸⁰⁸ Auch beamtenrechtliche Familienleistungen werden ohne rechtliche Elternschaft nicht gewährt.⁸⁰⁹

dd) Stiefkindadoption – Keine Abhilfe für Grundrechtsbeeinträchtigungen

Die Situation der Zwei-Mütter-Familie erschien den Gerichten möglicherweise auch deshalb als nicht so gravierend, weil der zweiten Mutter der Weg der Stiefkindadoption offenstand. Dies sahen die Gerichte als quasi gleichwertige und zumutbare Alternative zur gesetzlichen Eltern-Kind-Zuordnung an. Dabei ist zu berücksichtigen, dass für die Stiefkindadoption in einer Zwei-Mütter-Familie grundsätzlich die gleichen Regeln gelten wie für die Adoption eines fremden Kindes. So sieht § 1744 BGB eine Probezeit vor, in der das Kind beim „neuen“ Elternteil eingewöhnt werden soll. Schon daran wird deutlich, wie unpassend das Adoptionserfordernis für Zwei-Mütter-Familien ist,⁸¹⁰ denn in den meisten Fällen (so auch in den oben geschilderten) leben die Kinder von Beginn an mit beiden Müttern zusammen. Es handelte sich damit um sogenannte Herkunftsfamilien, in denen im Unterschied zu Adoptionsfamilien keine staatlich begleitete Eingewöhnung des Kindes notwendig ist. Zudem ist bei einer Adoption eine umfangreiche Begutachtung durch das Jugendamt sowie eine Entscheidung des Familiengerichts erforderlich. Die Stiefkindadoption ist deshalb schon

808 Die gebärende Person kann ihre Zustimmung zur Stiefkindadoption erst erteilen, wenn das Kind acht Wochen alt ist, § 1747 Abs. 2 Satz 1 BGB.

809 Einer verbeamteten Richterin am Berliner Kammergericht, deren eingetragene Lebenspartnerin das Kind zur Welt gebracht hatte und in der Folge schwer erkrankt war, wurde von ihrem Dienstherrn die Inanspruchnahme von Sonderurlaub unter Fortzahlung der Bezüge verwehrt. Der Präsident des Kammergerichts begründete das damit, dass es sich bei dem Kind der Lebenspartnerin nicht „um das eigene oder angenommene Kind“ der Richterin handeln würde. Die Klage der Richterin vor dem Berliner Verwaltungsgericht hatte Erfolg, vgl. VG Berlin Urt. v. 9.9.2021 – VG 36 K 68/19, STREIT 2022, 170.

810 So u.a. auch *Dethloff* (2010) *Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*. Ein rechtsvergleichender Überblick, S. 168 mwN; *Dethloff* *Neue Familienformen*. Herausforderungen für das Recht, ZfF 2016, 178-190, S. 184 mwN; *Dethloff/Timmermann* (2017) *Multiple Elternschaft - Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis*, S. 180 f.; *Richarz/Mangold* (2021) *Zwei-Mutterschaft vs. Heteronormatives Recht*, S. 57 ff.

im Ausgangspunkt kein Äquivalent zur gesetzlichen Primärzuordnung. Dazu kommt, dass sie sowohl für das Kind als auch für die Eltern mit Risiken belastet ist, die das Statusprinzip im Familienrecht gerade verhindern will.

(1) Risiken aus Sicht des Kindes

Aus Perspektive des Kindes ist die Adoption schon deshalb keine gleichwertige Alternative zur gesetzlichen Primärzuordnung, weil das Kind selbst keinen Anspruch auf eine Adoption hat.⁸¹¹ Einen Antrag auf Stiefkindadoption kann nur die annehmende Mutter stellen. Zur Annahme des Kindes ist gemäß § 1747 BGB die Einwilligung der Eltern erforderlich.⁸¹² Die Einwilligung kann gemäß § 1747 Abs. 2 BGB aber erst erteilt werden, wenn das Kind acht Wochen alt ist. Anders als bei der gesetzlichen Primärzuordnung ist die Zuordnung eines zweiten Elternteils im Wege der Adoption somit zeitlich erheblich verzögert,⁸¹³ weil sich an die Annahmeerklärung auch noch ein gerichtliches und behördliches Prüfverfahren anschließt.

Eine weitere Voraussetzung dafür, dass ein Kind adoptiert werden kann, ist die intakte Beziehung der Eltern. Ist die zweite Elternstelle frei, kann die rechtliche Mutter jederzeit einen Mann die Vaterschaft anerkennen lassen, ohne dass die intendierte zweite Mutter etwas dagegen tun könnte. Das Kind verlöre damit seine zweite soziale Mutter. Ebenso könnte die nicht-rechtliche Mutter jederzeit den Kontakt zum Kind abbrechen und die – ohne rechtliche Grundlage auf freiwilliger Basis erbrachten – Versorgungsleistungen einstellen. Die statusmäßige Absicherung des Kindes hängt also davon ab, dass die Eltern als Paar funktionieren. Trennen sich die Eltern vor Abschluss des Adoptionsverfahrens, kann eine Eltern-Kind-Zuordnung nicht mehr erfolgen.⁸¹⁴ Auch wenn ein Elternteil verstirbt, bleibt die zweite

811 AG Regensburg Beschl. v. 4.2.2022 – UR III 19/21, Rn. 47.

812 Das ist jedenfalls die rechtliche Mutter. In Fällen der privaten Samenspende ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die Einwilligung des Samenspenders notwendig, vgl. BGH Beschl. v. 18.2.2015 – XII ZB 473/13 *Einwilligung des Samenspenders in die Adoption*.

813 Helms (2016) Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, S. F33 mwN.

814 Eindrücklich dazu die Schilderungen in OLG Hamburg Beschl. v. 14.3.2017 – 2 UF 160/16.

Elternstelle für das Kind möglicherweise dauerhaft unbesetzt.⁸¹⁵ Gerade aus Sicht des Kindes ist die Stiefkindadoption deshalb keine gleichwertige Alternative zur automatischen Zuordnung des zweiten Elternteils qua Geburt.

(2) Diskriminierungsgefahren im Adoptionsverfahren

Des Weiteren tragen die Dauer von Adoptionsverfahren und die unterschiedliche Ausgestaltung solcher Verfahren zur Rechtsunsicherheit bei.⁸¹⁶ Stiefkindadoptionsverfahren sind in der Praxis eine Blackbox. Es gibt nur wenige gesetzliche Vorgaben und die Familien haben kaum Möglichkeiten, darauf Einfluss zu nehmen, welche Unterlagen das Gericht von ihnen verlangt oder wie das Jugendamt bzw. die Adoptionsvermittlungsstelle das Kindeswohl im Einzelfall prüft.

Zwar werden die meisten Verfahren in der ersten Instanz stattgebend entschieden.⁸¹⁷ Nur selten kommt ein Verfahren zum Beschwerdegericht. Die wenigen veröffentlichten Entscheidungen deuten aber auf die Diskriminierungsgefahr hin, die für Zwei-Mütter-Familien in Adoptionsverfahren besteht. So ließ ein Richter in Hamburg einen Adoptionsantrag erst mehrere Jahre liegen und wies ihn schließlich mit der Begründung zurück, dass die Stiefkindadoption in „verfassungskonformer Auslegung“ des Gesetzes bei lesbischen Familien nur auszusprechen wäre, wenn sie aus Kindeswohlgründen zwingend erforderlich sei.⁸¹⁸ Der Richter meinte, dass von der Adoption eine Gefahr für das Kind ausginge, weil sein Grundrecht auf Kenntnis seiner Abstammung verletzt werde. Zudem stehe hier nicht das Kindeswohl im Zentrum, sondern „die Interessen und Bedürfnisse der Erwachsenen nach Gründung einer Familie“.⁸¹⁹ Desgleichen lehnte das Amtsgericht Schwandorf eine Adoption durch die Ehefrau der Mutter ab,

815 Scheliha (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 261; Helms (2016) Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, S. F33.

816 Scheliha (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 261; Dethloff (2010) Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, S. 168.

817 Dazu dürfte beitragen, dass nur ein stattgebender Antrag mit der Beschwerde nicht anfechtbar ist.

818 AG Hamburg Beschl. v. 19.10.2011 – 60 XVI 69/08.

819 Die Begründung wird wiedergegeben in LG Hamburg Beschl. v. 18.1.2012 – 301 T 493/11, Rn. 8. Das Landgericht Hamburg hob den abweisenden Beschluss im Beschwerdeverfahren auf und sprach die Adoption aus – vier Jahre nach Antragstellung.

weil die Familie „in unsicheren wirtschaftlichen Verhältnissen, nämlich größtenteils von Leistungen des Jobcenters“ lebte und „nicht unerhebliche Schulden angehäuft“ habe.⁸²⁰ Auch dieses Gericht sah das Kindeswohl gefährdet, hier aus dem Grund, weil das Kind „später Unterhaltsansprüchen nicht nur seiner Mutter, sondern auch seiner Stiefmutter ausgesetzt“ werde und die Eltern nicht imstande seien, „die Vermögensinteressen des Kindes sachgerecht wahrzunehmen.“⁸²¹ Ein Richter am Amtsgericht Schweinfurt war sogar davon überzeugt, dass das Adoptionsrecht für eingetragene Lebenspartnerinnen gegen die Verfassung verstoße. Er setzte das Verfahren aus und legte dem Bundesverfassungsgericht einen konkreten Normenkontrollantrag vor, der nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Es gab erhebliche Zulässigkeits- und Begründungsmängel.⁸²² Durch die Aussetzung dauerte das Verfahren für die Familie dennoch mehrere Jahre. In ähnlicher Tendenz hat das Amtsgericht Schöneberg einen Adoptionsantrag zurückgewiesen, weil die beiden Mütter den Samenspender gegenüber dem Kleinkind nicht als „Vater“ bezeichnen wollten. Die Richterin führte in ihrem Beschluss aus, die Mütter hätten sich

„bis zuletzt geweigert, das Kind altersgemäß zu informieren, dass es einen Vater hat. Beide sind bis heute nicht bereit, den leiblichen Vater auch korrekt in dieser Funktion zu benennen, nämlich nicht nur als ‚Samenspender‘, ‚Erzeuger‘ oder ‚der Mann, der uns geholfen hat [...]‘, sondern mit dem kindgerechten Begriff ‚Vater‘ (oder einer Entsprechung wie Vati, Papa usw.). Die Auffassung [der beiden Mütter], ‚Vater‘ sei nur der soziale Vater ist sachlich falsch.“⁸²³

Es ist zu hoffen, dass diese Entscheidungen in der Gesamtschau doch Ausnahmen bilden. Dennoch prägen sie die Wahrnehmung dieser Verfahren bei den Betroffenen. So zeigen auch Studien, wie belastend, einschüchternd

820 Wiedergegeben in OLG Nürnberg Beschl. v. 2.7.2019 – 9 UF 208/19, Rn. 4.

821 Ebd. Das Amtsgericht Schwandorf hatte außerdem „verfassungsrechtliche Bedenken“, weil es in das Persönlichkeitsrecht des Kindes eingreife, „wenn es zwei Mütter erhalte, den Vater aber verliere“. Nur hatte das Kind in dem Fall gar keinen Vater, denn der Samenspender war anonym, die zweite Elternstelle mithin unbesetzt. Die Entscheidung wurde im Beschwerdeverfahren aufgehoben und dem Adoptionsantrag wurde schließlich stattgegeben.

822 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 10.8.2009 – 1 BvL 15/09.

823 AG Schöneberg Beschl. v. 31.7.2023 – 24 F 164/19 (nicht veröffentlicht).

und ohnmächtig queere Familien die Adoptionsverfahren erleben.⁸²⁴ Auch vor diesem Hintergrund ist der Umweg über den Weg der Stiefkindadoption für Zwei-Mütter-Familien keine gleichwertige Alternative zur gesetzlichen Primärzuordnung, sondern mit erheblichen Risiken und Belastungen verbunden.

d) Exkurs: Keine Mit-Mutterschaft der Eizellspenderin

Das Bundesverfassungsgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Bundesgerichtshof haben in den dargestellten Entscheidungen einer rechtlichen Elternschaft der zweiten Mutter die fehlende „Abstammungsvermutung“ entgegengehalten. Doch was, wenn die zweite Mutter nachweist, dass das Kind von ihr abstammt? Mit dieser Frage waren Gerichte in Köln in den Jahren 2014 und 2015 gleich zweifach befasst.⁸²⁵ Zwei eingetragene Lebenspartnerinnen hatten in Belgien eine reproduktionsmedizinische Behandlung in Form der sogenannten ROPA-Methode bzw. reziproker Eizellspende vornehmen lassen. Dabei wurde der einen Frau (im Folgenden: zweite Mutter) eine Eizelle entnommen. Diese Eizelle wurde mittels Samen aus einer anonymen Spende befruchtet und sodann in die Gebärmutter der anderen Frau eingesetzt, die das Kind austrug und zur Welt brachte. Das Kind hatte in dem Fall also eine biologisch-genetische Verbindung zu beiden Frauen. Die Familie beantragte unter Vorlage eines DNA-Gutachtens, aus dem sich ergab, dass die zweite Mutter mit dem Kind genetisch verwandt war, auch die zweite Mutter als rechtlichen Eltern teil feststellen zu lassen. Das Oberlandesgericht Köln entschied zwei Mal letztinstanzlich, dass die Feststellung einer zweiten Mutter nicht möglich sei.⁸²⁶ Die Verfassungsbeschwerde der beiden Mütter nahm das Bundesverfassungsgericht ohne Begründung nicht zur Entscheidung an. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wies – das Kind war inzwischen

824 Richarz/Mangold (2021) Zwei-Mutterschaft vs. Heteronormatives Recht, S. 62 ff.; Mangold/Schröder (2020) „Ganz normal und doch immer besonders“ – Kategorisierungsarbeit queerer Familien, S. 128 ff.

825 AG Köln Beschl. v. 30.5.2014 – 378 III 35/14; AG Köln Beschl. v. 11.9.2014 – 304 F 310/13; 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.

826 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.

elf Jahre alt – die Individualbeschwerde der Familie im November 2024 schließlich zurück.⁸²⁷

Die Rechtsprechung hat der Eizellspenderin bislang also keine Bedeutung zugesprochen. Auch nach der einhelligen Meinung der Familienrechtswissenschaft und -praxis kann die Person, aus deren Eizelle das Kind entstanden ist, nicht einmal dann rechtlicher Elternteil werden, wenn die zweite Elternstelle frei ist, die Spenderin mit der gebärenden Mutter in formalisierter Partnerschaft zusammenlebt und nicht nur genetischer, sondern auch intendierter und sozialer Elternteil des Kindes ist.⁸²⁸

2. Vaterschaften im Kontext queerer Familiengründung

Während lesbischen Müttern die primäre Zuordnung als zweiter Elternteil ihres Kindes stets verwehrt blieb, hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs Zwei-Väter-Familien und privaten Samenspendern im Kontext von Zwei-Mütter-Familien umfassende Elternrechte zugesprochen.

a) Zwei-Väter-Familie qua kalifornischer Leihmutterschaft

Im Jahr 2011 kam in Kalifornien ein Kind zur Welt, dessen Geburtsbeurkundung in Deutschland mehrere Gerichte einschließlich des Bundesgerichtshofs beschäftigen sollte. Zwei deutsche Staatsbürger, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebten, hatten sich ihren gemeinsamen Kinderwunsch mit Hilfe einer Leihmutter erfüllt. Ausweislich des vom Amtsgericht Schöneberg und Kammergericht Berlin festgestellten Sachverhalts⁸²⁹ hatten die Beteiligten nach dem in Kalifornien geltenden Recht einen Leihmutterschaftsvertrag geschlossen. In diesem war vereinbart, dass die Vertragspartnerin, eine unverheiratete US-Amerikanerin, Embryonen austragen sollte, die aus einer anonym gespendeten Eizelle und dem Samen

827 EGMR 12.11.2024 – 46808/16 *R.F. u.a. gegen Deutschland*. Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. *Chebout* (2024) Stiefmütterliche Behandlung, Verfassungsblog.

828 Überzeugt von der Verfassungswidrigkeit dieser Rechtslage sind jedoch das Amtsgericht München (Beschl. v. 19.4.2023 – 528 F 11449/22 *Nodoption V*) sowie das Amtsgericht Pforzheim (Beschlüsse vom 1.6.2025 – 3 F 64/23 und 3 F 141/24 *Nodoption VII* und *Nodoption VIII*).

829 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12; AG Schöneberg Beschl. v. 25.10.2012 – 70 III 70/12.

des einen Lebenspartners gezeugt wurden. Die beiden Männer wollten die alleinigen rechtlichen Eltern des Kindes werden. Während der Schwangerschaft erklärte der genetische Vater mit Zustimmung der Leihmutter vor dem deutschen Generalkonsulat in San Francisco eine Vaterschaftsanerkennung. Ebenfalls noch bevor das Kind geboren war, hatte der Superior Court of the State of California⁸³⁰ auf Antrag der beiden Männer entschieden, dass der Leihmutterchaftsvertrag wirksam sei, und festgestellt, dass ausschließlich die beiden Männer die rechtlichen Eltern des Kindes seien.⁸³¹ Wenige Tage nach der Geburt kehrten die Väter mit dem Kind nach Deutschland zurück und beantragten beim zuständigen Standesamt die Nachbeurkundung der Auslandsgeburt.

aa) Verfahrensgang

Das Standesamt hatte nun zu prüfen, ob die kalifornische Gerichtsentscheidung in Deutschland gemäß §§ 108 ff. FamFG anzuerkennen sei oder ob ein Verstoß gegen den *ordre public* vorliege. Das Standesamt musste also keine eigene Eltern-Kind-Zuordnung auf Grund des deutschen Rechts vornehmen, sondern hatte zu prüfen, ob die Statusentscheidung des kalifornischen Gerichts in Deutschland anzuerkennen sei. Damit ist die sogenannte „verfahrensrechtliche Anerkennung“ betroffen.⁸³² Gemäß § 108 FamFG werden ausländische Entscheidungen anerkannt, ohne dass es eines weiteren Verfahrens in Deutschland bedarf. § 109 FamFG normiert aber verschiedene

830 Superior Courts sind die erste Instanz, es entscheidet ein*e Einzelrichter*in, vgl. https://www.courts.ca.gov/documents/California_Judicial_Branch.pdf (31.3.2025).

831 Vgl. sec. 7962 lit. f (2) des California Family Code. Zur kalifornischen Rechtslage *Rauscher* Anerkennung zweier Väter kraft kalifornischer Leihmuttervereinbarung, JR 2016, 97, S. 100; *Duden* (2015) Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 75 ff. Zu kalifornischen Feststellungsurteilen siehe auch *Duden* (2015) Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 119 mwN.

832 Grundlegend zur verfahrensrechtlichen Anerkennung vgl. *Duden* (2015) Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, S. 111 f.; *Hoffmeister* (2022) Reproduktives Reisen und Elternschaft, S. 106 ff. Internationale Fallkonstellationen sind allerdings vielschichtig und lassen sich hier nicht abschließend darstellen. Es wird insofern unterschieden zwischen der verfahrensrechtlichen und der kollisionsrechtlichen Anerkennung. Gibt es, wie in Kalifornien, eine Gerichtsentscheidung über die Eltern-Kind-Zuordnung, ist die verfahrensrechtliche Anerkennung betroffen. Fehlt es an einer ausländischen Entscheidung, stellt sich für das deutsche Recht die Frage der sogenannten kollisionsrechtlichen Anerkennung, vgl. dazu *Sitter* (2017) Grenzüberschreitende Leihmutterchaft, S. 23 ff.

Anerkennungshindernisse. So ist nach Nr. 4 die Anerkennung zu versagen, wenn sie „zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

Es ging nun in diesem Fall zum einen darum, zu ermitteln, was die „wesentlichen Grundsätze“ des deutschen Abstammungsrechts sind. Zum anderen war zu klären, ob eine im Ausland durch Leihmutterschaft begründete Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner damit und mit den Grundrechten vereinbar ist.

Unter Verweis auf die gesetzgeberischen Erwägungen zum Verbot der Leihmutterschaft lehnten sowohl das Amtsgericht Schöneberg⁸³³ als auch das Kammergericht Berlin⁸³⁴ die Nachbeurkundung der kalifornischen Geburtsurkunde ab, die beide Männer als Väter auswies. Die Leihmutterschaftsvereinbarung sei „mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar“⁸³⁵ und stehe zu diesen vielmehr „in untragbarem Widerspruch.“⁸³⁶ Das Kammergericht sah in dem Vorgehen der beiden Männer darüber hinaus einen Verstoß gegen die Menschenwürde der Leihmutter und des Kindes, das zum „Gegenstand eines Handelsgeschäfts“⁸³⁷ gemacht werde. Es sei eine „grundlegende Wertentscheidung und Kernbestand des deutschen Rechts“, eine solche Leihmutterschaftsabrede abzulehnen.⁸³⁸ Eine Anerkennung der kalifornischen Gerichtsentcheidung sei auch nicht allein deshalb zu gewähren, weil der Vertrag bereits vollzogen worden sei. Dies erscheine „im Hinblick auf die überragende Bedeutung“ der Menschenwürde als „untragbar.“⁸³⁹ Das Kammergericht hielt deshalb nur die rechtliche Elternschaft des Mannes für begründet, der im deutschen Konsulat mit Zustimmung der Mutter seine Vaterschaft anerkannt hatte. Der zweite intendierte Vater hätte den Weg der Adoption beschreiten müssen, um ebenfalls rechtlicher Elternteil des Kindes zu werden.

833 AG Schöneberg Beschl. v. 25.10.2012 – 70 III 70/12.

834 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12.

835 AG Schöneberg Beschl. v. 25.10.2012 – 70 III 70/12, Rn. 10.

836 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12, Rn. 27.

837 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12, Rn. 29.

838 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12, Rn. 30.

839 KG Berlin Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12, Rn. 31.

bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2014

Gegen die Entscheidung des Kammergerichts wandten sich die beiden Männer im Wege der Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof. Der XII. Zivilsenat gab ihnen Recht; er hob die vorangegangenen Entscheidungen auf und wies das Standesamt an, die Geburt im deutschen Geburtenregister mit beiden Vätern nachzubeurkunden.

Anders als Amtsgericht und Kammergericht, die sich eng am gesetzlichen Verbot der Leihmutterschaft und dem dahinterstehenden Willen des Gesetzgebers orientiert hatten, stellte der Bundesgerichtshof das Kindeswohl ins Zentrum. Aus dem Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG), aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK) sowie aus Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention und Art. 24 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta folge ein Anspruch des Kindes, beide intendierte Väter als originäre Eltern zu erhalten.⁸⁴⁰

Dass das Kind nach dem deutschen Recht bereits einen rechtlichen Vater hatte, wurde nach Ansicht des Bundesgerichtshofs dem Kindeswohl nicht umfassend gerecht, „weil das Kind dann abweichend von dem in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG unterstellten Fall nicht zwei Eltern, sondern nur einen Elternteil hätte“.⁸⁴¹ Eine sozial-familiäre Beziehung zum zweiten Vater, die rechtlich aber nicht abgesichert sei, wahre das Kindeswohl nicht ausreichend. Zu diesem gehöre vielmehr, so der XII. Zivilsenat weiter, „die verlässliche rechtliche Zuordnung zu den Eltern als den Personen, die für [das] Wohl und Wehe [des Kindes] kontinuierlich Verantwortung übernehmen.“⁸⁴²

In diesem Zusammenhang führte der Senat aus, warum eine Stiefkind-adoption durch den zweiten Vater im vorliegenden Fall nicht erforderlich sei: „Die Lage unterscheidet sich insoweit von der Adoption, als das Kind ohne die Leihmutterschaftsvereinbarung nicht gezeugt und geboren worden wäre.“⁸⁴³ Und weiter:

„Im Unterschied zu Adoptiveltern nehmen die Wunscheltern im Fall der Leihmutterschaft für die spätere Identitätsfindung des Kindes als für des-

840 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 41.

841 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 56.

842 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 57.

843 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 60.

sen Entstehung (mit-)verantwortliche Personen zweifellos eine zentrale Rolle ein“.⁸⁴⁴

In diesen Konstellationen, so der Bundesgerichtshof, müsse das Kindeswohl nicht zwingend individuell im Adoptionsverfahren überprüft werden.

„Die Adoption würde zwar eine vom Auslandsrecht für Fälle der Leihmutterchaft getroffene Wertung, die einer Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern den Vorzug gibt, durch eine individuelle Prüfung ersetzen. Die mit der individuellen Prüfung des Kindeswohls verbundene Adoption wird aber gerade in den Fällen der Stiefkindadoption regelmäßig zum selben Ergebnis führen. Das übereinstimmende Ergebnis spricht deutlich gegen die Annahme eines *ordre public*-Verstoßes.“⁸⁴⁵

Vielmehr berge ein Adoptionserfordernis gegenüber der sogleich bei Geburt erfolgten rechtlichen Zuordnung „zusätzliche Gefahren für das Kind“. So stehe es

„auch noch nach der Geburt des Kindes im Belieben der Wunscheltern, ob sie das Kind als eigenes annehmen oder – etwa wegen einer Behinderung des Kindes – von ihrem Kinderwunsch Abstand nehmen.“⁸⁴⁶

Auch wenn sich die Wunscheltern trennten, „wäre es jedenfalls dem genetisch nicht verwandten Wunschelternteil möglich, eine rechtliche Elternschaft dauerhaft nicht zur Entstehung kommen zu lassen.“ Als „Initiatoren der medizinisch assistierten Zeugung“ sollten die Wunscheltern jedoch auch deshalb die rechtliche Elternverantwortung übernehmen, da „das Kind ihrer Entscheidung seine Existenz zu verdanken hat.“⁸⁴⁷ Der XII. Zivilsenat sah mithin aus Kindeswohlgründen nicht nur keine Notwendigkeit für ein Stiefkindadoptionsverfahren, sondern unterstrich auch die Elternverantwortung der beiden Väter, ohne deren Initiative das Kind nicht entstanden wäre und die sich deshalb nicht im Nachhinein der Verantwortung für das Kind entziehen können sollten.

Der Senat befand, dass es im konkreten Fall nicht dem Kindeswohl entspreche, die Leihmutter als rechtlichen Elternteil anzusehen. Nach ihrem kalifornischen Heimatrecht sei die Leihmutter rechtskräftig als Elternteil ausgeschlossen. Entsprechend der dortigen Gerichtsentscheidung, so der

844 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 60.

845 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 58.

846 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 59.

847 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 59 f.

Bundesgerichtshof, sei davon auszugehen, dass die Leihmutter das Kind „freiwillig herausgegeben hat und zudem auch keine Elternstellung einnehmen wollte und will“.⁸⁴⁸ Insofern sei die Situation vergleichbar mit der einer Frau, die ihr Kind zur Adoption freigegeben hat.⁸⁴⁹ Abgesehen davon wäre dem Kindeswohl mit einer rechtlichen Zuordnung der Leihmutter auch deshalb nicht gedient, weil diese „im Gegensatz zu den Wunscheltern weder die Fürsorge für das Kind noch dessen Erziehung übernehmen“ wolle.⁸⁵⁰ Demgegenüber stünden mit den Wunscheltern zwei Personen bereit, die „die Elternstellung einnehmen und dem Kind die für seine gedeihliche Entwicklung nötige Zuwendung zuteil werden lassen wollen.“⁸⁵¹

Die statusmäßige Eltern-Kind-Zuordnung könne, so der Bundesgerichtshof weiter, auch nicht auf Grund des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung verweigert werden. Denn das Personenstandsrecht gewährleiste keine Kenntnis der Abstammung.⁸⁵² Das Personenstandsrecht beziehe sich ausschließlich auf die rechtliche Elternschaft und sei „auch in anderen Belangen (etwa im Fall der Zeugung mittels Samenspende) nicht zur Information über die biologische oder genetische Elternschaft bestimmt“.⁸⁵³ In diesem Zusammenhang stellte der Senat klar, dass die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung nicht zwingend auf einer biologisch-genetischen Abstammung basiere. Dass keine leibliche Verwandtschaft des zweiten Vaters mit dem Kind vorliege, sei insofern kein Zuordnungshindernis. Das deutsche Recht kenne bereits „die unmittelbare Zuordnung der rechtlichen Elternschaft zu einem genetisch nicht verwandten Wunschelternteil“.⁸⁵⁴ Das Kind verdanke seine Existenz in Fällen der reproduktionsmedizinischen Behandlung den intendierten Wunscheltern, die sich – wie auch § 1600 Abs. 5 BGB verdeutliche – nicht im Nachhinein der Verantwor-

848 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 48.

849 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 49 ff. Diese Argumentation blendet allerdings aus, dass die Leihmutter im konkreten Fall alle Erklärungen vorgeburtlich abgegeben hatte, sich also schon vor der Geburt rechtsverbindlich zur Herausgabe verpflichtet hatte. Das unterscheidet die Situation von einer Adoption in Deutschland, in die die Gebärende frühestens acht Wochen *nach* der Geburt einwilligen kann.

850 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 55.

851 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 56.

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

853 Ebd.

854 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 52.

tung entziehen dürften.⁸⁵⁵ Hier mobilisierte der Senat also das Argument der Verursacherhaftung.

Die Motive des Gesetzgebers, die Leihmutterschaft zu unterbinden, seien von Erwägungen getragen, die sich auf die Zeit vor der Geburt bezögen.⁸⁵⁶ Doch wären angesichts des bereits geborenen Kindes generalpräventive Erwägungen, die die Entstehung eines Kindes im Wege eines Leihmutter-schaftsarrangements verhindern wollten, nicht beachtlich. Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung könne nicht im Nachhinein mit einer Begründung versagt werden, die sich auf die vorgeburtliche Entstehungsgeschichte des Kindes beziehe. Mit anderen Worten: Sei das Kind einmal geboren, stehe „das Kindeswohl im Mittelpunkt der Betrachtung“. Es sei „festzuhalten, dass das Kind auf die Umstände seiner Entstehung keinen Einfluss hat und dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann.“⁸⁵⁷ Der Senat stellte hier also für die Zuordnung auf den Zeitpunkt nach der Geburt ab und ließ die vorgeburtlichen Zeugungs- und Entstehungsbeiträge zum Kind dahinter zurücktreten.

Dementsprechend wies der Bundesgerichtshof das Standesamt an, beide Väter im Geburtenregister des Kindes einzutragen.⁸⁵⁸

b) Der private Samenspender im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie

Deutsche Gerichte waren bereits mehrmals mit Männern befasst, die sich für Zwei-Mütter-Familien als private Samenspender zur Verfügung gestellt hatten und nach der Geburt der jeweiligen Kinder Rechte als leibliche Väter geltend machten – die die Gerichte ihnen stets auch zusprachen.⁸⁵⁹ Nachfolgend wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofs dargestellt, mit der der XII. Zivilsenat 2013 etablierte, dass der private Samenspender im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie der Mutter „beigewohnt“ habe und deshalb Rechte wie ein leiblicher Vater geltend machen könne.

855 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 52.

856 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 47.

857 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 56.

858 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 65.

859 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*; BGH Beschl. v. 16.6.2021 – XII ZB 58/20; OLG Stuttgart Beschl. v. 7.4.2022 – 11 UF 39/22; OLG Köln Urt. v. 17.5.2011 – 14 UF 160/10.

aa) Fallkonstellation und Verfahrensgang

Der Fall betraf die rechtliche Vaterschaft eines Kindes, das 2008 in eine eingetragene Lebenspartnerschaft zweier Mütter hineingeboren worden war. Der private Samenspender lebte seinerseits in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft und hatte sein Sperma „in einem Gefäß übergeben“⁸⁶⁰. Am eigentlichen Zeugungsvorgang des Kindes war er nicht beteiligt. Zwischen den Paaren war im Nachhinein streitig, welche Rolle der Samenspender im Leben des Kindes einnehmen sollte. Die beiden Mütter wollten gemeinsam Eltern werden – was nach geltendem Recht nur im Wege einer Adoption und mit Zustimmung des leiblichen Vaters möglich war. Der Samenspender erhob aber selbst einen Anspruch auf die rechtliche Vaterstellung. Er gab eine Vaterschaftsanerkennung ab, die allerdings mangels Zustimmung der Mutter nicht wirksam werden konnte. In dieser Patt-Situation ließ die Mutter einen anderen Mann die Vaterschaft anerkennen, wodurch dieser der rechtliche Vater des Kindes wurde und die zweite Elternstelle also gewissermaßen blockierte. Der Samenspender zog daraufhin vor Gericht, um die rechtliche Vaterschaft des Anerkennenden durch Anfechtung zu beseitigen und selbst als rechtlicher Vater des Kindes festgestellt werden zu können. Dreh- und Angelpunkt war damit die Frage, ob der Samenspender anfechtungsberechtigt ist. Konkret war zu klären, ob ein „Becherspender“ nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB der Mutter „beigewohnt“ hat.

Das Amtsgericht Köln wies die Anfechtungsklage des Samenspenders zurück.⁸⁶¹ Schon der Wortlaut des § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB und die Gesetzgebungsmaterialien stünden dagegen. Das Oberlandesgericht Köln gab hingegen auf dessen Beschwerde hin dem Samenspender Recht. Bei „verfassungskonformer Auslegung“ stehe ihm ein Anfechtungsrecht zu.⁸⁶² Nach dem Willen des Gesetzgebers erstrecke sich der Ausschluss des Samenspenders nur auf Fälle der ärztlich dokumentierten Samenspende.⁸⁶³ Gegen die Entscheidung wendete sich die Mutter mit der Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof, der die Entscheidung des Oberlandesgerichts bestätigte.

860 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 1.

861 AG Köln Urt. v. 11.8.2010 – 315 F 226/09.

862 OLG Köln Urt. v. 17.5.2011 – 14 UF 160/10, Rn. 27 ff.

863 OLG Köln Urt. v. 17.5.2011 – 14 UF 160/10, Rn. 32.

bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2013

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschied, dass der Samenspende anfechtungsberechtigt sei, auch wenn er der Mutter unstreitig nicht „beigewohnt“ habe. Der Sinn und Zweck des Anfechtungsrechts sowie das System des Abstammungsrechts würden es gebieten, so der Bundesgerichtshof, dass die Norm gegen ihren Wortlaut auszulegen sei.⁸⁶⁴

Der Senat setzte sich zunächst mit der Gesetzgebungshistorie und den gesetzgeberischen Intentionen auseinander. Das Anfechtungsrecht habe der Gesetzgeber nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum leiblichen Vater (2003)⁸⁶⁵ neu eingeführt. Zwar gehe aus den Gesetzgebungsmaterialien hervor, dass „durch die Bezugnahme der eidesstattlichen Versicherung auf die Beiwohnung zugleich verhindert“ werden sollte, „dass ein samenspendender Dritter als ‚biologischer Vater‘ ein Anfechtungsrecht erhalte“.⁸⁶⁶ Dies habe jedoch „im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden“.⁸⁶⁷ Zudem habe, so die Interpretation des Bundesgerichtshofs, der Rechtsausschuss seine Ausführungen lediglich auf den Fall der sogenannten konsentierten Samenspende beziehen wollen, das heißt „auf den Fall der Einwilligung eines Wunschvaters in die Zeugung mittels Samenspende“.⁸⁶⁸ Nur wenn es eine Mutter und einen Wunschvater gebe, beschränke

„sich der Samenspende auf die Hergabe des Spermas, während er die Übernahme elterlicher Verantwortung dem Wunschvater überlassen und selbst regelmäßig im Rahmen des rechtlich Zulässigen (oder darüber hinaus) anonym bleiben will.“⁸⁶⁹

Der Bundesgerichtshof differenzierte also zwischen verschiedenen Familienformen, in die ein mittels Samenspende gezeugtes Kind hineingeboren werden kann. Für Familienkonstellationen mit einem „Wunschvater“ nahm der Senat an, dass der Samenspende auf seine rechtliche Vaterschaft verzichtet habe. In diesen Fällen solle das Anfechtungsrecht des Samenspenders weitgehend und selbst dann ausgeschlossen sein, wenn zwischen dem „rechtlichen (Wunsch-)Vater und dem Kind keine sozial-familiäre Bezie-

864 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 15.

865 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82. Dazu schon unter B. II. 3. *Verfassungswandel*.

866 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 20.

867 Ebd.

868 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 21.

869 Ebd.

hung mehr besteht.⁸⁷⁰ Die biologisch unzutreffende rechtliche Vaterschaft soll demnach in einer heterosexuellen Familienkonstellation selbst dann nicht anfechtbar sein, wenn es keine schutzbedürftige sozial-familiäre Beziehung zwischen Vater und Kind (mehr) gibt.

Den rechtlichen Vater, den es im vorliegenden Fall auf Grund der Anerkennung gab, sah der XII. Zivilsenat hingegen nicht als schutzwürdig an, weil er nicht an der Zeugung beteiligt war. Es handele sich daher um eine Samenspende, mit der „kein Verzicht auf die (spätere) Begründung des Elternrechts verbunden“ gewesen sein sollte.⁸⁷¹ „Mangelt es [...] an einem in die künstliche Befruchtung einwilligenden Wunschvater, kann ohne weiteres eine Feststellung des Samenspenders als Vater“ erfolgen.⁸⁷² Dass die beiden Lebenspartnerinnen eine gemeinsame Elternschaft anstrebten, sei „nicht ausschlaggebend“⁸⁷³ und, wenn überhaupt, in einem Adoptionsverfahren zu klären.⁸⁷⁴

Wer welche rechtliche Elternrolle übernehmen sollte und wollte, war zwischen den Parteien streitig geblieben. Der Bundesgerichtshof stellte jedoch darauf auf, dass der Samenspender dem Kind gegenüber jedenfalls nicht anonym bleiben, sondern „seine Rolle bei der Zeugung dem Kind später offengelegt werden“ sollte.⁸⁷⁵ Deshalb stehe der Samenspender, so der Bundesgerichtshof, „dem leiblichen Vater nach einer homologen Insemination näher“ als dem „bloßen Samenspender“ bei einer konsentierten heterologen Insemination.⁸⁷⁶ So gelangte der XII. Zivilsenat zu dem Zwischenergebnis, dass der Samenspender der Mutter zwar nicht „beigewohnt“ und dies auch nicht an Eides statt versichert hatte, er aber dennoch ein Anfechtungsrecht geltend machen könne.⁸⁷⁷ Dem Samenspender müsse „aufgrund seiner genetischen Vaterschaft [...] schon aus verfassungsrechtlichen Erwägungen wenigstens der Zugang zur Elternschaft grundsätzlich möglich sein.“⁸⁷⁸

Das Familiengrundrecht der beiden Lebenspartnerinnen und des Kindes sei „für den vorliegenden Streitgegenstand nicht erheblich“, weil durch die

870 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 24.

871 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 23.

872 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 25.

873 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 27.

874 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 28.

875 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 22.

876 Ebd.

877 Ebd.

878 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 23.

Anfechtung „in die bestehende soziale Familie nicht unmittelbar eingegriffen“ werde.⁸⁷⁹ Es handele sich um ein Statusverfahren, das ausschließlich die rechtliche Vaterschaft betreffe.⁸⁸⁰ Weitergehende Fragen des Umgangs- oder eines etwaigen gemeinsamen Sorgerechts seien hier nicht zu behandeln und müssten notfalls in anderen Gerichtsverfahren geklärt werden.⁸⁸¹

Abschließend führte der Bundesgerichtshof aus, dass eine Vaterschaftsanerkennung durch einen Dritten, der keine Elternverantwortungsintention habe, „kein legitimes Mittel“ sei, „um eine Adoption zu erleichtern, indem der an einer Elternschaft in Wirklichkeit nicht interessierte rechtliche Vater in die Adoption [...] einwilligt.“⁸⁸² Das Vorgehen der Mutter, einen Dritten die Vaterschaft anerkennen zu lassen,

„würde nicht nur die Grundlage für die im Adoptionsverfahren anzustellende Beurteilung durch das Familiengericht verfälschen, sondern auch einen Missbrauch des durch die Anerkennung erworbenen Elternrechts darstellen“.⁸⁸³

Im Ergebnis etablierte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ein Anfechtungsrecht für private Samenspender für die Fälle, in denen keine Einwilligung eines Mannes („Wunschvaters“) in die Zeugung mittels Samenspende vorlag.

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

Die beiden dargestellten Entscheidungen zu privilegierten Vaterschaften im Kontext queerer Familiengründung zeichnen sich durch eine ermöglichende Grundhaltung des XII. Zivilsenats aus. Die Richter wollten offenbar den betroffenen Männern zur rechtlichen Vaterschaft verhelfen und taten dies auch – jedoch mit höchst konträren Argumenten. Beim Samenspender maß der XII. Zivilsenat den sozialen Aspekten der Elternschaft keine Bedeutung bei und stellte auf die leibliche Verbindung zum Kind ab. In der Entscheidung zur kalifornischen Leihmutterchaft blendete der gleiche Senat hingegen die Leiblichkeitsaspekte nahezu vollständig aus, um eine Eltern-Kind-Zuordnung auch zum zweiten, mit dem Kind nicht gene-

879 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 29.

880 Ebd.

881 Ebd.

882 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 30.

883 Ebd.

tisch verwandten Vater rechtfertigen zu können. Das zentrale Problem bei der Entscheidungen ist, dass der Bundesgerichtshof die gesetzgeberischen Wertentscheidungen offen übergangen hat (aa). Die Entscheidungen sind zudem hinsichtlich des Vorhabens aufschlussreich, die geschlechtsspezifische gleichheitsrechtliche Problematik des Abstammungsrechts genauer zu konturieren (bb).

aa) Missachtung von gesetzgeberischen Grundentscheidungen

Der XII. Zivilsenat hat sich in beiden Entscheidungen offen über grundlegende gesetzgeberische Wertentscheidungen hinweggesetzt. So wollte der Gesetzgeber ein Anfechtungsrecht des Samenspenders explizit ausschließen und die Leihmutterschaft in Deutschland verhindern.

(1) Kein Anfechtungsrecht des Samenspenders

Der Bundesgerichtshof hat in der Becherspende-Entscheidung § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegen seinen klaren Wortlaut ausgelegt.⁸⁸⁴ Demnach soll zur Anfechtung berechtigt sein, wer an Eides statt versichert, der Mutter während der Empfängniszeit „beigewohnt“ zu haben. Der Samenspender hatte der Mutter jedoch unstreitig nicht „beigewohnt“ und eine solche eidesstattliche Versicherung während des gesamten Verfahrens auch nicht abgegeben. Die Anfechtung hätte insofern schon daran scheitern müssen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vorlagen.

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters hatten sich die Bundesregierung, der Bundesrat und der Rechtsausschuss eingehend mit der Frage befasst, ob ein Samenspender anfechtungsberechtigt sein soll. Der Bundesrat brachte das Thema auf und wollte dem Samenspender in Fällen der „künstlichen Insemination“ kein Anfechtungsrecht zugestehen.

„§ 1600 Abs. 2 BGB in derzeit geltender Fassung schließt bei einverständlicher künstlicher Insemination die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter aus. Ein Bedürfnis klarzustellen, dass der Samenspender („Dritter“ in der Terminologie des Gesetzes) die Vaterschaft

884 *Löhnig/Preisner* Anfechtung der Vaterschaft durch den Samenspender, FamFR 2013, 340, S. 341.

nicht anfechten kann, bestand bislang nicht, da dem biologischen Vater bislang ja generell kein Anfechtungsrecht zustand. Nachdem dieses nunmehr eingeführt werden soll, besteht aber nunmehr Anlass klarzustellen, dass dem Samenspender kein Anfechtungsrecht zusteht.“⁸⁸⁵

In ihrer Gegenäußerung stimmte die Bundesregierung in der Sache zu, wollte einen Anfechtungsausschluss des Samenspenders aber nicht gesetzlich normieren.⁸⁸⁶ Mit Blick auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Anfechtungsrecht des biologischen Vaters⁸⁸⁷ könne „ein absoluter Ausschluss des Anfechtungsrechts problematisch erscheinen“.⁸⁸⁸ Die Bundesregierung ging jedoch davon aus, dass eine Anfechtung des samenspendenden Dritten ohnehin „faktisch ausgeschlossen“ sei. Als Grund dafür wurde angeführt, dass „im Regelfall eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem mittels künstlicher Befruchtung gezeugten Kind vorliegen wird“.⁸⁸⁹ Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages stellte in seiner Beschlussempfehlung hingegen auf einen anderen Aspekt ab. Ein Anfechtungsrecht des Samenspenders sei schon deshalb ausgeschlossen, weil dieser keine „Beiwohnung“ an Eides statt versichern könne. Wörtlich heißt es dazu:

„Dadurch dass sich die eidesstattliche Versicherung auf die Tatsache der Beiwohnung erstreckt, wird zugleich verhindert, dass ein samenspendender Dritter als ‚biologischer Vater‘ ein Anfechtungsrecht erhält. Gegen einen solchen Ausschluss des Anfechtungsrechts bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Unabhängig von der Frage, inwieweit der Samenspender als genetischer Vater in den Schutzbereich des Artikels 6 Abs. 2 GG einbezogen ist, ist jedenfalls seine erklärte Bereitschaft zur Teilnahme an einer Samenspende als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft und damit auf ein entsprechendes Anfechtungsrecht zu deuten.“⁸⁹⁰

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nahm in seinem Urteil auf die Gesetzgebungsmaterialien Bezug und deutete sie zu Gunsten des Samenspenders um. Die Interpretation des Bundesgerichtshofs ist aber bei genauerer Betrachtung kaum vertretbar.

885 BT-Drs. 15/2253, S. 15.

886 BT-Drs. 15/2253, S. 20.

887 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82.

888 BT-Drs. 15/2253, S. 20.

889 Ebd.

890 BT-Drs. 15/2492, S. 9.

§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfordert, dass der Anfechtende an Eides statt versichert, dass er der Mutter beigewohnt habe. Eine falsche Versicherung an Eides statt ist strafbewehrt.⁸⁹¹ Für den Rechtsausschuss war dieses Erfordernis der wesentliche Hebel, mit dem ein Anfechtungsrecht des Samenspenders ausgeschlossen werden sollte. Der Rechtsausschuss führte in seiner Beschlussempfehlung dazu aus:

„Dadurch, dass sich die eidesstattliche Versicherung auf die Tatsache der Beiwohnung erstreckt, wird zugleich verhindert, dass ein samenspendender Dritter als ‚biologischer Vater‘ ein Anfechtungsrecht erhält.“⁸⁹²

Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, wie der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs darauf kommen konnte, bei der eidesstattlichen Versicherung handle es sich „lediglich um eine (‚kleine‘) formelle Hürde [...], die eine Anfechtung ‚ins Blaue‘ hinein verhindern solle“.⁸⁹³ Gerade für den Samenspender sollte die eidesstattliche Versicherung keineswegs eine „kleine formelle Hürde“ sein. Vielmehr war die eidesstattliche Versicherung das zentrale rechtliche Kriterium, mit dem die Anfechtung des Samenspenders ausgeschlossen sein sollte. Abgesehen davon ging der Bundesgerichtshof darüber hinweg, dass der Samenspender im vorliegenden Fall überhaupt keine eidesstattliche Versicherung abgegeben hatte und damit selbst die „kleine formelle Hürde“ nicht genommen hatte.

Die Interpretation des Bundesgerichtshofs kann noch in einem weiteren Punkt nicht überzeugen. So behauptet der Senat, der Rechtsausschuss habe seine Ausführungen nur auf die Fälle beziehen wollen, in denen ein „Wunschvater“ in die Samenspende eingewilligt habe.⁸⁹⁴ In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses lässt sich eine solche Auffassung jedoch nicht finden. Vielmehr steht dort:

„Unabhängig von der Frage, inwieweit der Samenspender als genetischer Vater in den Schutzbereich des Artikels 6 Abs. 2 GG einbezogen ist, ist jedenfalls seine erklärte Bereitschaft zur Teilnahme an einer Samenspende als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft und damit auf ein entsprechendes Anfechtungsrecht zu deuten.“⁸⁹⁵

891 §§ 156, 163 StGB.

892 BT-Drs. 15/2492, S. 9.

893 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 20.

894 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 21.

895 BT-Drs. 15/2492, S. 9.

Hier wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht um die Willensrichtung eines Wunschvaters ging, sondern um den Willen des Samenspenders. Das Anfechtungsrecht des Samenspenders soll deshalb ausgeschlossen sein, weil dieser bereits mit der Spende einen konkludenten Verzicht darauf erklärt hat.

Auch methodisch können die Ausführungen des Bundesgerichtshofs nicht überzeugen. So meinte der Senat, die umfassenden Erwägungen von Bundesrat, Bundesregierung und Rechtsausschuss nicht berücksichtigen zu müssen, weil der Ausschluss des Anfechtungsrechts für Samenspender „im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden“ habe.⁸⁹⁶ Die Schwäche dieses Arguments wird schon daran deutlich, dass der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung ausdrücklich das Folgende festgehalten hat:

„Durch die Regelung eines Anfechtungsausschlusses über die Anforderungen an die Anfechtungsberechtigung bedarf es keiner eigenständigen Ausschlussvorschrift, wie sie vom Bundesrat vorgeschlagen ist.“⁸⁹⁷

Der Senat meinte jedoch, sich nicht weiter mit der Frage befassen zu müssen, ob die Ausführungen des Rechtsausschusses den gesetzgeberischen Willen repräsentierten.⁸⁹⁸ Gerade der Rechtsausschuss hatte den Ausschluss des Anfechtungsrechts aber in einer Weise begründet, die keinen Raum für die Interpretation des Bundesgerichtshofs lässt. Daher kommt es sehr wohl auf die Frage an, an welchen Dokumenten und Aussagen sich der gesetzgeberische Wille eigentlich festmachen lässt. In der Tat ist, so *Wischmeyer*,

„bislang ungeklärt, auf welche Dokumente aus dem umfangreichen, konfliktgezeichneten und oft widersprüchlichen Textkorpus, das jeden Gesetzesentstehungsprozess begleitet, ein Interpret sich stützen kann.“⁸⁹⁹

Wenngleich hier vieles ungeklärt sein mag – die Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses ist eine verlässliche Quelle, um den Willen des Gesetzgebers festzustellen. So auch in diesem Fall. Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses stellte die Grundlage dar, auf die das Parlament

896 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 20.

897 BT-Drs. 15/2492, S. 9.

898 BGH Urt. v. 15.5.2013 – XII ZR 49/11 *Becherspende*, Rn. 21.

899 *Wischmeyer* Der »Wille des Gesetzgebers« Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, 957, S. 958. Vgl. vertiefend auch *Sehl* (2018) Was will der Gesetzgeber?

seinen gesetzgeberischen Willen gestützt und das Gesetz final beschlossen hat.⁹⁰⁰

Dem Gesetzestext in Verbindung mit den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich mithin der klare Wille entnehmen, dass ein Anfechtungsrecht des Samenspenders ausgeschlossen ist, wofür die eidesstattliche Versicherung des Beiwohnungsaktes der rechtliche Hebel sein sollte. Das betrifft alle Familienkonstellationen und nicht nur die mit einem „Wunschvater“. Mit der Entscheidung, dem Samenspender im Fall der Zwei-Mütter-Familie dennoch ein Anfechtungsrecht zuzusprechen, haben sich die Richter des XII. Zivilsenats in offenen Widerspruch zu dieser Intention gesetzt.

(2) Verbot der Leihmutterschaft

Auch das Verbot der Leihmutterschaft ist unmissverständlich im deutschen Recht umgesetzt. Der Bundesgerichtshof musste insofern einen erheblichen argumentativen Aufwand betreiben, um zu dem – aus Kindeswohlperspektive überzeugenden – Ergebnis zu gelangen, dass die in Kalifornien etablierte Zwei-Väter-Familie auch im deutschen Geburtenregister als originäre Familie einzutragen ist.

In Deutschland ist die Leihmutterschaft (nach dem Wortlaut des Gesetzes „Ersatzmutterschaft“)⁹⁰¹ verboten. Das regelt seit 1989 das Embryonenschutzgesetz (ESchG).⁹⁰² Die Intention wird im ersten Satz des Gesetzentwurfs deutlich, in dem es heißt:

„Ersatzmutterschaften werden von der Rechtsordnung mißbilligt, weil sie der Werteordnung des Grundgesetzes widersprechen und zu psychischen und sozialen Konflikten für alle Beteiligten führen können.“⁹⁰³

900 So auch *Wischmeyer* Der »Wille des Gesetzgebers« Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, 957, S. 965.

901 Die „Ersatzmutter“ ist in § 13a AdVermiG wie folgt legal definiert: „Ersatzmutter ist eine Frau, die auf Grund einer Vereinbarung bereit ist, 1. sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder 2. einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Adoption oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen.“

902 Gesetz zum Schutz von Embryonen vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746).

903 BT-Drs. 11/4154, S. 1.

§ 1 Abs.1 ESchG verbietet bei Strafandrohung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe Eizellspenden und Leihmutterschaft.⁹⁰⁴ Die Verbotsnormen des ESchG werden flankiert durch das Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG), das in § 13c die Vermittlung von Leihmutter-schaftsarrangements untersagt.

Das gesetzliche Verbot war das Ergebnis langer und kontrovers geführter Debatten in den 1980er Jahren in Deutschland. Mit dem Verbot der Leih-mutterschaft sollte eine „gespaltene Mutterschaft“ verhindert werden – ein Anliegen, für das sich im Gesetzgebungsverfahren sowohl konservative als auch feministische Akteure stark gemacht hatten.⁹⁰⁵ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung benannte die Leihmutterschaft als „einschneidende[n] Eingriff in die Persönlichkeit“ vor allem der Kinder, „aber auch der für die Realisierung dieser Interessen benutzten Frauen“.⁹⁰⁶ Weiter ging der Gesetzentwurf davon aus, dass die „Entwicklung im Mutterleib“ sowie die „biologische und psychische Beziehung zwischen der Schwangeren und dem Kind“ bedeutsam seien für die Identitätsfindung und Persönlichkeits-entwicklung des Kindes.⁹⁰⁷ Die betreffenden Frauen und Kinder seien vor „gesundheitlichen und psychischen Gefährdungen nach der Geburt“ zu schützen. Bei den Kindern ginge es vor allem um eine ungestörte Identitäts- findung und eine gesicherte familiäre Zuordnung. Bei den Frauen sollten menschenunwürdige Konflikte aus einer Übernahme von Schwangerschaften als Dienstleistung und nicht zuletzt Streitigkeiten um die Herausgabe des Kindes ausgeschlossen werden.⁹⁰⁸ Es sei deshalb „in jeder Form abzu- lehnen“, dass eine Frau ein Kind austrägt, „die sich vor dem Beginn ihrer Schwangerschaft dazu verpflichtet hat, es nach der Geburt Dritten zu über- geben“. Die Missbilligung gelte für die kommerzielle und die altruistische Leihmutterschaft gleichermaßen. Das wurde mit dem Kindeswohl sowie mit den „psychosozialen Beziehungen zwischen der austragenden Frau und dem Kind“ begründet. So könne schon „die Entwicklung des Kindes im

904 Taupitz zählt „über 28 Straftatbestände“ im ESchG, Taupitz (2020) Rechtliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin, S. 56. Es gibt jedoch eine ganze Reihe von persönlichen Strafausschlussgründen, so dass im Wesentlichen ärztliches und beratendes Personal eine strafrechtliche Verfolgung fürchten muss. Vgl. für eine detaillierte Darstellung der Rechtslage Sitter (2017) Grenzüberschreitende Leihmut- terschaft, S. 44 ff.

905 Graumann (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 62.

906 BT-Drs. 11/4154, S. 6.

907 Ebd.

908 BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

Mutterleib“ durch eine Leihmutterschaftsabrede beeinträchtigt sein; erst recht könne es sich „nachteilig auswirken“, wenn das Kind und die Gebärende nach der Geburt getrennt würden. Zudem befürchtete der Gesetzgeber, dass ein „Auseinanderfallen zwischen austragender und sozialer Mutter [...] die Identitätsfindung des Kindes erheblich erschweren“ könne. Schließlich sei die Leihmutterschaft auch „mit großer Unsicherheit und möglichen psychischen Konflikten für alle Beteiligten sowie gesundheitlichen Risiken für die Ersatzmutter belastet.“ Insofern sei es „nicht zu verantworten, ein Kind in dem Wissen um all diese Risiken künstlich zu zeugen.“⁹⁰⁹

Vor diesem Hintergrund wird man nicht umhinkommen festzustellen, dass die in der Strafnorm zum Ausdruck kommende äußerste Missbilligung von Leihmutterschaften wohl zu den Grundentscheidungen des deutschen Abstammungsrechts zählt.⁹¹⁰ Mit der Reform des Kindschaftsrechts im Jahr 1998 bestätigte der Gesetzgeber diese Grundentscheidung und führte § 1591 BGB als einheitliche und ausschließliche Begründungsnorm der gesetzlichen Mutterschaft ein. Seither ist die Geburt das zwingende Anknüpfungskriterium für die Besetzung der ersten Elternstelle. Für diese gesetzgeberische Entscheidung war ausschlaggebend, dass „nur die gebärende Frau zu dem Kind während der Schwangerschaft sowie während und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung hat.“⁹¹¹ Dieser Beziehung komme eine so große Bedeutung zu, dass die daraus resultierende rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung unverrückbar feststehen solle. „Diese klare Regelung“, so die Begründung des Gesetzentwurfs, „dient auch der Verhinderung von Leihmutterschaften.“⁹¹²

Über all diese Erwägungen setzte sich der XII. Zivilsenat hinweg, indem er schlicht behauptete, dass sie lediglich die vorgeburtliche Situation des Kindes betreffen. Dem bereits geborenen Kind könnten solche generalpräventiven Erwägungen des Gesetzgebers nicht entgegengehalten werden.⁹¹³ Dieser Pragmatismus im Sinne des Kindeswohls vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Gesetzesbegründung eine solche Interpretation kaum zulässt. Wenn mit § 1591 BGB ausschließlich und einzig die gebärende Frau die Mutter sein soll und eine Veränderung dieser Statuszuweisung

909 BT-Drs. 11/5460, S. 15. Alle vorherigen Zitate beziehen sich auf diese Fundstelle.

910 Vgl. grundlegend *Duden* (2015) Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht; *Esser* (2021) Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? Weiterhin kritisch jedoch *Flügge* (2018) Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht, S. 239 ff.

911 BT-Drs. 13/4899, S. 82.

912 Ebd.

913 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 47.

nur im Wege eines Adoptionsverfahrens möglich ist, kann eine Anerkennung eines ausländischen Statusurteils, das in offener Umgehung dieser Grundsätze erwirkt wurde, kaum mit den Grundsätzen des deutschen Rechts in Einklang gebracht werden.

Das deutsche Verbot ändert freilich nichts daran, dass die Leihmutter-schaft und die Eizellspende international zu einem lukrativen Geschäft geworden sind – mit unterschiedlichen Angebotsspektren und Preiskategorien, die sich auch auf das Recht auswirken. Je nachdem, wie im Geburtsland des Kindes die Eltern-Kind-Zuordnung erfolgt, sind damit unterschiedliche Anerkennungswege im deutschen Recht verbunden. Eine Leihmutter in Kalifornien – dem „leihmutterchaftsfreundlichsten“⁹¹⁴ US-Bundesstaat – zu beauftragen, gehört zu den teuersten Angeboten der Reproduktions-industrie.⁹¹⁵ Im Preis inbegriffen ist eine Gerichtsentscheidung, mit der die statusrechtlichen Eltern bereits vorgeburtlich festgestellt werden. Mit seiner Rechtsprechung zu Gunsten der Anerkennung dieser ausländischen Entscheidung hat der Bundesgerichtshof dazu beigetragen, dass gerade die teuerste Form der Leihmutterchaft rechtlich belohnt wird. Wer es sich leisten kann, bekommt die rechtliche Absicherung; alle anderen Paare müssen mit rechtlicher Unsicherheit leben oder den Umweg der Stiefkindadoption in Kauf nehmen. Letzteres wäre im Übrigen auch das Ergebnis für die Zwei-Väter-Familie gewesen. Wenn der Bundesgerichtshof entschieden hätte, dass die kalifornische Statusentscheidung in Deutschland nicht anerkennungsfähig sei, wäre das Kind nicht elternlos gewesen. Vielmehr hätte es den rechtlichen Vater gehabt, der es mit Zustimmung der Leihmutter anerkannt hatte. Der zweite Vater hätte das Kind durch eine Stiefkindadoption annehmen müssen. Der Weg, der Frauen regelmäßig zugemutet wird, blieb der Zwei-Väter-Familie erspart.

bb) Privilegierte leibliche Vaterschaft im Kontext queerer Elternschaft

Die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs verdeutlichen, wie die leibliche Abstammung von einem Mann als abstammungsrechtliche

914 Sitter (2017) Grenzüberschreitende Leihmutterchaft, S. 62; Hoffmeister (2022) Reproduktives Reisen und Elternschaft, S. 100.

915 Die US-amerikanische Agentur „Circle Surrogacy“ weist auf ihrer Website die Kosten für „Surrogacy plus egg donation“ mit 184.750 US-Dollar aus. Davon entfallen rund 20 Prozent auf Rechtskosten der Leihmutter und der Wunscheltern, <https://www.circlesurrogacy.com/parents/gay-surrogacy-costs> (31.3.2025).

Superpower wirkt. Bei der Zwei-Väter-Familie aus Kalifornien bewirkte die leibliche Abstammung des Kindes von einem der beiden Männer, dass auch der zweite Vater automatisch Elternteil werden konnte. Die Strahlkraft der leiblichen Abstammung eines Mannes ersetzte das Erfordernis eines Adoptionsverfahrens. Im Kontext der Zwei-Mütter-Familie konnte sich der Samenspende sowohl gegen den rechtlichen Vater als auch gegen die beiden Mütter durchsetzen.

Liebscher und Remus haben zu Recht kritisiert, dass der XII. Zivilsenat die gesetzliche Benachteiligung von Zwei-Mütter-Familien, „bei denen die Co-Mutter bereits in einer schützenswerten elterlichen Sozialbeziehung zum Kind steht“,⁹¹⁶ damit fortgeschrieben hat. Soweit den Müttern missbräuchliches Handeln vorgeworfen werde, verkenne dies, so die Autorinnen,

„dass es die derzeitige diskriminierende Rechtslage selbst ist, die Mütter in die Zwangslage bringt, wie im hiesigen Fall den Dritten als eine Art Schutzvater um Anerkennung der Vaterschaft zum Zweck der späteren Adoptionseinwilligung zu bitten.“⁹¹⁷

In der Tat kam in diesem Fall genau die problematische Situation der Zwei-Mütter-Familie zum Tragen, die unter 1. dargestellt wurde: Die zweite Mutter war mangels gesetzlicher Grundlage nicht rechtlicher Elternteil geworden. Dadurch sah sie der XII. Zivilsenat als eine fremde Person an, die mit dem Samenspende nicht in Konkurrenz stand. Ausweislich der Sachverhaltsschilderung war die zweite Mutter jedoch an der Zeugung des Kindes beteiligt. Wäre sie ein Mann gewesen, hätte der XII. Zivilsenat sie als „Wunschvater“ behandelt und wäre auch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine Anfechtung des Samenspenders ausgeschlossen gewesen. Als eingetragene Lebenspartnerin hatte sie aber weder qua Gesetz noch in der Wertung des Gerichts eine schützenswerte Rolle.

Das Statusprinzip kommt hier an zwei Stellen für Zwei-Mütter-Familien nicht zum Tragen: Die zweite Mutter bleibt schon bei der Primärzuordnung außen vor, indem sie nicht automatisch rechtlicher Elternteil wird. Dadurch kann der Status auch auf der Sekundärebene keinen Schutz vor Eingriffen von außen entfalten. Die nach Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Zwei-Mütter-Familie ist dadurch rechtlich ohne Schutz. So kann der Sa-

916 *Remus/Liebscher* Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558, S. 2558.

917 *Remus/Liebscher* Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558, S. 2560.

menspender qua Nachweis der genetischen Verbindung zum Kind entweder ungehindert rechtlicher Vater werden (wenn die Elternstelle frei ist) oder (wie im Fall des Bundesgerichtshofs) im Wege der Anfechtung in die zweite Elternstelle einrücken. Die leibliche Abstammung bewirkt hier eine erzwungene Familienkonstellation, die im geschilderten Fall weder intendiert war noch der sozial gelebten Realität entsprach.

Diese Rechtslage bewerten *Remus und Liebscher* als grundrechtswidrig. Sie verletze

„das Recht beider Lebenspartnerinnen auf Gleichbehandlung gem. Art. 3 I GG und auf Nichtdiskriminierung gem. Art. 3 III GG. Denn lesbische Mütter sind durch die Regelung sowohl auf Grund ihrer sexuellen Identität als auch wegen ihres Geschlechts benachteiligt. Es handelt sich um einen gleichheitsrechtlich herausfordernden Fall mehrdimensionaler Diskriminierung.“⁹¹⁸

Auf die Frage, inwiefern das geltende Abstammungsrecht mit Art. 3 GG vereinbar ist, wird unter E. zurückzukommen sein. Interessanterweise sah die Mehrzahl der familienrechtswissenschaftlichen Kommentierungen das Problem des Abstammungsrechts jedoch in einer potentiellen Benachteiligung von Männern. So führte etwa *Heiderhoff* aus:

„Trotz rechtlich insofern gleicher Ausgangslage haben es Lebenspartnerinnen etwas einfacher als Lebenspartner, die gemeinsame Elternschaft zu erreichen. Eine Lebenspartnerin, die ein Kind gebiert, ist in jedem Fall die rechtliche Mutter des Kindes, während ein Mann zunächst die Vaterschaft anerkennen oder feststellen lassen muss. Außerdem hat eine Frau die Möglichkeit, eine anonyme Samenspende zu verwenden, um so den Weg zur Stiefkindadoption zu vereinfachen. Auch wenn sie dies nicht tut und das Kind mit Hilfe eines Sexualpartners oder eines nicht-anonymen Spenders zeugt, kann die Mutter versuchen, den Mann von der rechtlichen Vaterschaft auszuschließen. Schließlich kann die Mutter bei Adoptionswunsch der Lebenspartnerin fälschlich angeben, ihr sei der Vater des Kindes unbekannt. Dann nämlich ist nach § 1747 Abs. 4 BGB die Adoption auch ohne dessen Einwilligung möglich. Leider gibt es kaum Möglichkeiten, hiergegen vorzugehen.“⁹¹⁹

918 *Remus/Liebscher* Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? – Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, 2558, S. 2560 mwN.

919 *Heiderhoff* Anmerkung zu § 1600 I Nr. 2 BGB: Vaterschaftsanfechtung durch Samenspender, FamRZ 2013, 1212, S. 1212.

Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist diese Lesart erstaunlich. Anstatt den Gesetzgeber oder den Samenspender, der sich abredewidrig verhält, zu kritisieren, wird die selbstbestimmte Familiengründungsabsicht von Frauen zum Problem gemacht. *Löhnig* und *Preisner* stellten darüber hinaus sogar in Frage, ob sich ein Samenspender bereits präkonzeptionell dazu verpflichten könne, „gegebenenfalls niemals ernsthaftes Interesse an dem mit Hilfe seines Genmaterials gezeugten Kind zu zeigen“.⁹²⁰ Jedenfalls für Fälle der privaten Samenspende ließe sich daran nach Ansicht der Autor*innen „erheblich zweifeln“. Es sei zu berücksichtigen,

„dass der Samenspender möglicherweise vor sich selbst geschützt werden muss. Könnte er wirksam verzichten, machte er sich zur bloßen ‚Zeugungsmaschine‘, zum Lieferanten von Genmaterial, zum leiblichen Vater zweiter Klasse.“⁹²¹

In aktuelleren Reformdiskussionen zum Abstammungsrecht sieht *Helms* den Samenspender „als Dreh- und Angelpunkt“ bei der Frage, ob eine automatische Mit-Mutterschaft im Recht vorzusehen sei.⁹²² Auch *Wellenhofer* hält es für zwingend,

„bei Frauenpaaren in den meisten Fällen die Interessen eines Dritten, nämlich des Erzeugers, in die Betrachtung mit einzustellen“.⁹²³

So wird für Zwei-Mütter-Familien diskutiert, ob die Art der Samenspende ausschlaggebend für die gesetzliche Zuordnung sein sollte, weil nur im Fall von registrierten Samenspenden auszuschließen sei, dass der Spender in seinem Elternrecht verletzt sein könnte. Zwar würden, so *Wellenhofer*, auch verschiedengeschlechtliche Paare auf eine Samenspende zurückgreifen. Diese würden jedoch

„regelmäßig einen anonymen Spender von der Samenbank bevorzugen, womit sich der Rollenkonflikt mit dem Erzeuger nicht stellt.“⁹²⁴

920 *Löhnig/Preisner* Anfechtung der Vaterschaft durch den Samenspender, FamFR 2013, 340, S. 342.

921 Ebd.

922 *Helms* (2016) Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, S. F22.

923 *Wellenhofer* (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 44 mwN.

924 *Wellenhofer* (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 44.

Und weiter:

„Gleichgeschlechtliche Paare hingegen wählen überwiegend – insbesondere aus Kostengründen – einen privaten Samenspender, der ggf. Vaterrechte wahrnehmen will.“⁹²⁵

Eine solche Darstellung blendet mehrere Fakten aus. Die Zahlen sind fast zwei Jahrzehnte alt.⁹²⁶ Seither hat sich die Situation von queeren Familien insbesondere rechtlich verändert.⁹²⁷ Die Bundesinteressengemeinschaft Regenbogenfamilienfachkräfte (BIG Regenbogenfamilienfachkräfte) schätzte im Jahr 2019, dass „mindestens 40 Prozent der Frauenpaare eine Heiminsmination mit privater Samenspende vornehmen“.⁹²⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Entscheidung auch rechtlich beeinflusst sein kann. Bis heute ist der Zugang von queeren Familien zu kommerziellen Kinderwunschzentren nicht garantiert.⁹²⁹ Zudem ist die damit verbundene Kostenlast für sie ungleich höher, denn die Krankenkasse leistet – anders als bei heterosexueller Familiengründung – regelmäßig keinen Beitrag zu den Kosten.⁹³⁰

3. Trans, inter und nichtbinäre Eltern

Mit seiner Entscheidung zur gemeinsamen Vaterschaft nach kalifornischer Leihmutterchaft hat der Bundesgerichtshof es ermöglicht, dass im Gebur-

925 Wellenhofer (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 44.

926 Zum Beleg wird ein Gutachten von Helms angeführt, das seinerseits auf die Studie von Rupp aus dem Jahr 2009 verweist. Diese Studie basierte auf „Informationen für 693 Kinder von insgesamt 625 Elternpaaren“, die im Jahr 2006 in eingetragenen Lebenspartnerschaften lebten, vgl. Rupp (2009) Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, S. 281 f.

927 Die eingetragene Lebenspartnerschaft war 2006 noch jung und das Adoptionsrecht für eingetragene Lebenspartnerinnen gerade ein Jahr in Kraft. Spätestens seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption im Jahr 2013 steht auch rechtlich außer Frage, dass das Aufwachsen eines Kindes in gleichgeschlechtlichen Familien gleichwertig Kindeswohl dienlich ist, BVerfG Ur. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. Sukzessivadoption, BVerfGE 133, 59. Hinzukommt die Gleichstellung queerer Familien durch die Einführung der Ehe für alle im Jahr 2017.

928 Stellungnahme der BIG Regenbogenfamilienfachkräfte vom 3. Mai 2019 zum am 12. März 2019 durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Diskussionsteilentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, https://big-regenbogenfamilien.de/wp-content/uploads/BIG-RBFF_Stellungnahme_Abstammungsrechtsreform.pdf (31.3.2025).

929 Vgl. Richarz (2022) The state's hands in our underpants, S. 57 f. mwN.

930 Richarz (2022) The state's hands in our underpants, S. 58.

tenregister eines Kindes auf der ersten Elternstelle ein statusrechtlichen „Vater“ eingetragen werden kann. Auch dieses Privileg blieb jedoch cis Männern vorbehalten. Das verdeutlicht der Fall eines gebärenden trans Mannes, der nach Ansicht des XII. Zivilsenats zwingend als „Mutter“ zugeordnet werden müsse.

a) Der gebärende Mann als „Mutter“ – Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2017

Im Jahr 2013 wurde in Berlin ein Kind von einem Mann geboren. Der Gebärende hatte zuvor ein Verfahren nach dem TSG durchlaufen. Er trug rechtskräftig einen männlichen Vornamen und führte den Geschlechtseintrag „männlich“. Damit wollte er beim Standesamt im Geburtenregister des Kindes als „Vater“ eingetragen werden und eine entsprechende Geburtsurkunde erhalten.

Sowohl das Amtsgericht Schöneberg⁹³¹ als auch das Kammergericht⁹³² wiesen dieses Anliegen mit Verweis auf § 11 Satz 1 und § 5 Abs. 3 TSG zurück. Demnach sei der Gebärende als „Mutter“ mit dem vor der Geschlechtstransition geführten weiblichen Vornamen und dem weiblichen Geschlechtseintrag zu registrieren. Die dagegen eingelegte Rechtsbeschwerde des Mannes wies der Bundesgerichtshof zurück.⁹³³

Der Bundesgerichtshof setzte sich in seiner Entscheidung umfassend mit den abstammungsrechtlichen Folgen des Transsexuellengesetzes auseinander. Für den Fokus der vorliegenden Arbeit stehen die statusrechtlichen Erwägungen des Senats im Vordergrund, mit denen der Bundesgerichtshof begründete, warum der Gebärende „in statusrechtlicher Hinsicht“ zwingend als „Mutter“ des Kindes anzusehen sei.⁹³⁴

§ 11 Satz 1 TSG sei sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn und Zweck sowie mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm auch auf Fälle anzuwenden, in denen das Kind nach Abschluss der rechtlichen Transition geboren wurde.⁹³⁵

931 AG Schöneberg, Beschl. v. 13.12.2013 – 71 III 254/13.

932 KG Berlin Beschl. v. 30.10.2014 – 1 W 48/14.

933 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*.

934 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 13.

935 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 15 ff.

„Das Gesetz will damit in Bezug auf das Abstammungsrecht generell gewährleisten, dass der biologisch durch Geburt oder Zeugung festgelegte rechtliche Status als Mutter oder Vater des Kindes einer Veränderung nicht zugänglich ist.“⁹³⁶

Der Senat erkannte zwar, dass es „die Anerkennung der geschlechtlichen Identität eines transsexuellen Elternteils beeinträchtigen kann“, wenn ein Mann als „Mutter“ und damit mit einem rechtlichen Status zugewiesen werde, „welcher der geschlechtsbezogenen Elternrolle seines selbstempfundenen und rechtlich zugewiesenen Geschlechts nicht entspricht.“⁹³⁷ Eine Grundrechtsverletzung liege darin aber nicht. Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 1591, 1592 BGB führte der Senat aus:

„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. [...] Statusrechtliche Zuordnungsprobleme [...] können und müssen daher auf der Grundlage des bestehenden geschlechtsspezifischen Abstammungsrechts gelöst werden.“⁹³⁸

Der XII. Zivilsenat sah die geschlechtlich differenzierten Elternstatus als wesentliches Prinzip des deutschen Abstammungsrechts an. Demnach sei die „Mutter“ die Person, die das Kind geboren hat. Demgegenüber sei der

„Vater die Person, bei der aufgrund sozialer Beziehungen zur Mutter bei typisierender Betrachtungsweise davon ausgegangen werden kann oder bei der aufgrund gerichtlicher Feststellung erwiesen ist, dass es sich bei ihr um den genetischen Erzeuger des Kindes handelt.“⁹³⁹

936 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 19.

937 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 24.

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

939 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 26.

Damit entspreche das Abstammungsrecht auch dem verfassungsrechtlichen

„Gebot, die auf Abstammung gegründete Zuweisung der elterlichen Rechtsposition grundsätzlich an der biologischen Herkunft des Kindes auszurichten und dadurch möglichst eine Übereinstimmung zwischen leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen.“⁹⁴⁰

In dieses System füge sich auch § 11 TSG ein, der gewährleiste, „dass den betroffenen Kindern trotz der Geschlechtsänderung eines Elternteils rechtlich immer ein Vater und eine Mutter zugeordnet bleiben oder werden.“⁹⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht habe es als ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers erachtet, dass die Abstammung von Kindern „nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt“ werde.⁹⁴²

Neben der grundrechtlichen Rechtfertigung sah der Senat auch statusrechtliche Gründe, den Gebärenden zwingend als „Mutter“ einzutragen. Eine „von den biologischen Fortpflanzungsfunktionen abweichende statusrechtliche Zuordnung“ hätte, so der Bundesgerichtshof, „für die Kohärenz der Rechtsordnung weitreichende Folgen“.⁹⁴³ Die Status der Mutterschaft und der Vaterschaft seien „nicht beliebig austauschbar“, sondern hätten unterschiedliche Begründungsvoraussetzungen und Rechtswirkungen.⁹⁴⁴

„Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller kann auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht als rechtlicher Vater eines von ihm selbst geborenen Kindes angesehen werden [...], weil seine genetische Verbindung zum Kind nicht durch die Beisteuerung der Samenzelle, sondern [...] durch die Beisteuerung der Eizelle hergestellt wird. Liefße man eine über die Eizelle vermittelte genetische Abstammung maßgebend sein, stünde dies im Widerspruch zu der sich aus § 1591 BGB ergebenden gesetzlichen Wertentscheidung, dass die statusrechtliche Zuordnung gerade nicht an die genetische Herkunft der Eizelle angeknüpft werden soll. Eine abstammungsrechtliche Zuordnung zum betroffenen Kind kann deshalb für einen gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen systemgerecht nur auf

940 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 26.

941 Ebd.

942 Ebd.

943 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 27.

944 Ebd.

eine Mutterschaft im Sinne des § 1591 BGB zurückgeführt werden, weil er das Kind geboren hat.“⁹⁴⁵

Mit anderen Worten: Die Geburt des Kindes mache den Gebärenden zu einer „Mutter“. Erst dadurch, so der Senat weiter, könne ein Kind „rechtlich oder faktisch“ auch einen Vater erhalten.⁹⁴⁶ Zudem könne der gebärende trans Mann auch nur dann allein sorgeberechtigt für das Kind sein, wenn er als „Mutter“ und nicht als „Vater“ eingetragen werde.⁹⁴⁷

Das Gericht sah vor diesem Hintergrund weder eine rechtliche Möglichkeit noch eine Notwendigkeit, den Beschwerdeführer entsprechend seiner geschlechtlichen Identität als „Vater“ des Kindes einzutragen. Ohnehin komme es, so der Senat, „angesichts der kleinen Gruppe transsexueller Menschen“ eher selten vor, dass ein Mann ein Kind zur Welt bringe.⁹⁴⁸

aa) Grundrechte des Kindes

Der Senat prüfte auch die Grundrechte des Kindes. In diesem Zusammenhang erachtete der Bundesgerichtshof das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung als einschlägig. Dieses verschaffe zwar keinen Anspruch gegen den Staat, Kenntnis zu erlangen; es schütze aber davor, dass erlangbare Informationen durch staatliche Organe vorenthalten würden.⁹⁴⁹ Zu diesen erlangbaren Informationen zähle die Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion des jeweiligen Elternteils. Mit den Worten des XII. Zivilsenats:

„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.“⁹⁵⁰

Auch das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung könne betroffen sein, wenn dem Kind, „dem recht-

945 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 27 mwN.

946 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 27.

947 Ebd.

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

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

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

lich zunächst nur ein Elternteil zugewiesen ist, die statusrechtliche Zuordnung zu dem anderen Elternteil unmöglich gemacht“ werde.⁹⁵¹ Dazu führt das Gericht aus:

„Würde der [Gebärende] dem betroffenen Kind als rechtlicher Vater zugewiesen werden, könnte das Kind die mit Statusfolgen verbundene Feststellung seiner Abstammung von seinem genetischen Erzeuger – dem vertrauten Samenspender – nur noch unter der unzumutbaren Voraussetzung erreichen, zuvor die konkurrierende ‚Vaterschaft‘ des einzigen ihm bislang zugewiesenen Elternteils durch Anfechtung beseitigen zu müssen.“⁹⁵²

Als weiteren Kindeswohl-Aspekt nannte der Senat, dass schließlich nur „die Anknüpfung an die biologische Fortpflanzungsfunktion dem Kind eine rechtlich beständige Zuordnung zu einem Vater und einer Mutter“ verschaffe.⁹⁵³ Stellt man hingegen nicht auf die Fortpflanzungsfunktion, sondern auf das Geschlecht ab, ist dies nach Ansicht des Senats mit Unsicherheiten verbunden. Es gebe nämlich eine „– nicht nur theoretische – Möglichkeit, die personenstandsrechtliche Anerkennung des selbststempfun- denen Geschlechts wieder rückgängig zu machen“.⁹⁵⁴

bb) Keine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG

Die Zuweisung des trans Mannes als „Mutter“ verstoße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG. Der Senat prüfte, ob der Antragsteller im vorliegenden Fall „gegenüber anderen rechtlichen Männern“ diskriminiert werde, sah jedoch „biologisch zwingende Unterschiede“⁹⁵⁵, die eine Differenzierung im Abstammungsrecht rechtfertigen würden. Das begründeten die Richter (der XII. Zivilsenat entschied in rein männlicher Besetzung) wie folgt:

„Wie bereits das Beschwerdegericht ausgeführt hat, unterscheidet sich der [Gebärende] von anderen rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörenden Personen durch seine tatsächlich-biologische Disposition,

951 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 30.

952 Ebd.

953 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 31.

954 Von dieser Möglichkeit haben nach Angaben des Amtsgerichts Schöneberg in Berlin zwischen 2011 und 2013 zehn Personen Gebrauch gemacht, vgl. ebd.

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

Kinder empfangen und gebären zu können. Dies rechtfertigt es, ihn im statusrechtlichen Verhältnis zu einem von ihm selbst geborenen Kind anders zu behandeln als solche Männer, die diese Fähigkeit nicht besitzen.“⁹⁵⁶

Auch Art. 6 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, denn das Familienleben werde „nicht dadurch berührt, welche statusrechtliche Zuordnung [...] das Abstammungsrecht zuweist oder verweigert“.⁹⁵⁷

Der Bundesgerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass es rechtlich zwingend sei, einen rechtlichen Mann, der ein Kind zur Welt bringt, im Geburtenregister des Kindes als „Mutter“ mit weiblichem Vornamen und Geschlecht einzutragen.

b) Weitere Rechtsprechung

Nur wenige Monate nach der Entscheidung zum gebärenden trans Mann entschied der XII. Zivilsenat, dass auch eine trans Frau gemäß § 1592 Nr. 2 BGB statusrechtlich nur als „Vater“, nicht aber als „Mutter“ zugeordnet werden könne.⁹⁵⁸ Anlass zu dieser Entscheidung gab der Fall einer trans Frau, die zusammen mit ihrer Partnerin ein Kind bekommen hatte. Die beiden Partnerinnen mussten dazu nicht auf externe Keimzellen zurückgreifen, sondern verwendeten die Samenzellen der zweiten Mutter. Diese erklärte nach der Geburt zu notarieller Urkunde eine Mutterschaftsanerkennung, der die rechtliche Mutter zustimmte. Auf dieser Grundlage begehrte die Familie die Eintragung der zweiten Mutter im Geburtenregister des Kindes. Der Bundesgerichtshof entschied, dass die trans Frau dem Kind nur als „Vater“ mit männlichem Geschlecht und männlichem Vornamen zugeordnet werden könne. Die Mutterschaftsanerkennung erachtete der Bundesgerichtshof als unwirksam und entschied, dass auf dieser Grundlage gar keine Eltern-Kind-Zuordnung erfolgen könne.⁹⁵⁹

In beiden Fällen, über die der XII. Zivilsenat zu trans Elternschaft entschieden hatte, erhoben die betroffenen Familien Verfassungsbeschwer-

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

957 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 33.

958 BGH Beschl. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16 *Mutterschaftsanerkennung einer trans Frau*; zuvor schon: OLG Köln Beschl. v. 30.11.2009 – 16 Wx 94/09; KG Berlin Beschl. v. 6.9.2016 – 1 W 109/16.

959 BGH Beschl. v. 29.11.2017 – XII ZB 459/16 *Mutterschaftsanerkennung einer trans Frau*, Rn. 13.

den, die das Bundesverfassungsgericht jedoch ohne Begründung nicht zur Entscheidung annahm. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied im April 2023 über die Beschwerden der Familien und bestätigte unter Verweis auf den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten die Entscheidung des Bundesgerichtshofs.⁹⁶⁰

Im Hinblick auf trans Männer als Väter war die Rechtsprechung bislang nicht einheitlich. So entschied das Amtsgericht Schöneberg 2018,⁹⁶¹ dass ein trans Mann, der die Vaterschaft für ein Kind anerkannt hatte, gemäß § 1592 Nr. 2 BGB der Vater sei. Es komme personenstandsrechtlich nicht auf die biologische Abstammung, sondern auf die rechtliche Elternschaft an. Die Standesamtaufsicht reichte jedoch Beschwerde gegen diesen Beschluss ein und bekam vom Kammergericht Berlin Recht: Ein trans Mann könne das Kind nicht gezeugt haben und sei abstammungsrechtlich gemäß § 11 TSG auch nach der rechtlichen Transition als Frau zu behandeln.⁹⁶² Einen bis auf die Staatsangehörigkeit des anerkennenden Vaters identischen Fall hatte wenige Monate zuvor das Oberlandesgericht Schleswig jedoch anders entschieden.⁹⁶³ Auch in diesem Fall hatte das Amtsgericht Kiel dem Antrag des Anerkennenden stattgegeben und das Standesamt dagegen Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht Schleswig, das die Regelung des TSG außer Acht lassen konnte, gab dem anerkennenden trans Vater Recht. Die Zeugungsfähigkeit, so das Oberlandesgericht Schleswig, sei für die Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB irrelevant:

„Wenn es aber für die Vaterschaft kraft Anerkennung nicht darauf ankommt, ob der Anerkennende biologisch der Vater des Kindes sein kann, ist es auch ohne Bedeutung, ob er schon im Zeitpunkt der Geburt oder gar der Zeugung dem männlichen Geschlecht angehörte. Dass eine Person, die an der Zeugung eines Kindes nicht beteiligt gewesen sein kann, durch die Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB rechtlich zum Vater werden kann, hat der Gesetzgeber hingenommen.“⁹⁶⁴

Im Jahr 2022 hat das Amtsgericht Regensburg entschieden, dass ein verheirateter trans Mann gesetzlicher Vater des von seiner Frau geborenen Kindes wird.⁹⁶⁵ Die Standesamtaufsicht hat dagegen Beschwerde eingelegt.

960 EGMR 4.4.2023 – 7246/20 A.H. u.a. gegen Deutschland.

961 AG Schöneberg Beschl. v. 15.11.2018 – 71a III 96/18.

962 KG Berlin Beschl. v. 15.8.2019 – 1 W 432/18.

963 OLG Schleswig Beschl. v. 4.6.2019 – 2 Wx 45/19.

964 Ebd., Rn. 16.

965 AG Regensburg Beschl. v. 4.2.2022 – UR III 19/21.

Es gibt bislang keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage. Möglicherweise nahmen manche Standesämter die Eintragung eines trans Mannes als Vater des Kindes ohne Weiteres vor, so dass sich in der Praxis nicht immer ein gerichtliches Problem ergab.⁹⁶⁶ Die Einführung des SBBG dürfte vorerst jedenfalls zu dieser Frage Klarheit gebracht haben.

Wie Personen mit Geschlechtseintrag „divers“ oder ohne rechtlichen Geschlechtseintrag im Geburtenregister als Eltern einzutragen sind, war bis zur Einführung des SBBG ebenfalls offen. Im Falle eines ehelich geborenen Kindes, dessen zweiter Elternteil den Geschlechtseintrag „divers“ führte, verweigerte das Amtsgericht Frankfurt am Main eine Eintragung und verwies die Familie auf die Stiefkindadoption.⁹⁶⁷ Das Amtsgericht München⁹⁶⁸ hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem der zweite Elternteil keinen Geschlechtseintrag hatte. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass „die Person M[...] nicht ohne Weiteres als Vater des Kindes einzutragen“⁹⁶⁹ sei. In der Konsequenz verweigerte das Standesamt sogar, überhaupt ein Geburtenregister für das Kind anzulegen.⁹⁷⁰ Die Familie legte dagegen Beschwerde ein. Das Oberlandesgericht München setzte das Verfahren jedoch im Jahr 2021 mit der Begründung aus, es wolle die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die konkreten Normenkontrollanträge zu § 1592 BGB abwarten.⁹⁷¹ Für das Kind ist dieses Ergebnis besonders prekär, weil es bislang gar keine Geburtsurkunde hat.⁹⁷²

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

Die Situation von trans, inter und nichtbinären Personen in den dargestellten Entscheidungen verweist auf ein profundes Geschlechtsproblem im Abstammungsrecht. Am deutlichsten tritt dieses Problem in der Entscheidung des XII. Zivilsenats zum gebärenden trans Mann zu Tage, die im Zentrum der nachfolgenden kritischen Würdigung stehen soll.

966 Der Autorin sind aus dem privaten Umfeld Einzelfälle bekannt, in denen Standesämter trans Männer auch schon vor Inkrafttreten des SBBG ohne Weiteres als Vater eingetragen haben.

967 AG Frankfurt am Main Beschl. v. 18.2.2021 – 39 III 21/20.

968 AG München Beschl. v. 23.2.2021 – 722 UR III 65/21.

969 AG München Beschl. v. 23.2.2021 – 722 UR III 65/21, Tenor.

970 Mit deutlicher Kritik an der Entscheidung *Dutta* Anm. zu AG München, FamRZ 2021, 767, S. 767.

971 OLG München Beschl. v. 29.4.2021 – 31 Wx 122/21.

972 So schilderte es die betroffene Familie im Dezember 2023 auf ihrem privaten Instagram Kanal.

aa) Missachtung der Geschlechtsidentität

Es beginnt schon damit, dass der XII. Zivilsenat die Geschlechtsidentität des Gebärenden nicht anerkennt. Einen Mann im Geburtenregister seines Kindes zwangsweise als „Mutter“ mit weiblichem Geschlecht und weiblichem Vornamen einzutragen, missachtet die rechtsverbindlich festgestellte männliche Geschlechtsidentität des Gebärenden. Das Bundesverfassungsgericht erkennt die geschlechtliche Identität als „konstituierenden Aspekt der eigenen Persönlichkeit“ an und sieht sie durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt.⁹⁷³ Umfasst ist die Geschlechtsidentität aller Menschen, auch trans und nichtbinärer Personen.⁹⁷⁴ Dieser persönlichkeitsrechtliche Schutz wird dem trans Elternteil jedoch verwehrt. Mit den Worten von Wapler geht es um eine Person, die

„sich ungeachtet ihrer körperlichen Ausstattung *in nicht verhandelbarer Weise* als männlich erlebt. [...] Der transgeschlechtliche Mann, der ein Kind geboren hat, ist darum nicht ‚eigentlich‘ oder ‚teilweise‘ noch weiblichen Geschlechts, wie der *Senat* mit dem Hinweis auf dessen Gebärfähigkeit suggeriert. Er ist ein Mann. Bekommt er ein Kind, übernimmt er die soziale Rolle eines Vaters.“⁹⁷⁵

Die Missachtung der Geschlechtsidentität hat gravierende Folgen für das Familienleben des Betroffenen, denn der Gebärende lebt als Mann und ist im alltäglich gelebten Verhältnis zu seinem Kind der Vater. Im Geburtenregister und in der Geburtsurkunde ist jedoch eine „Mutter“ mit weiblichem Geschlecht und weiblichem Vornamen eingetragen, die es faktisch gar nicht (mehr) gibt. Dadurch kann der Vater seine Beziehung zum Kind im Rechtsverkehr nicht abbilden. Adamietz und Bager verdeutlichen das Problem am Beispiel der Schulanmeldung:

„Der transgeschlechtliche Vater muss sein Kind unter Vorlage der Geburtsurkunde anmelden. Wenn er auf dieser nicht vermerkt ist, sondern eine Frau, die nicht existiert und nicht als Sorgeberechtigte auftritt, ist er gezwungen, zur Erklärung dieses Umstands seine Transgeschlechtlich-

973 Grundlegend BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 19, Rn. 39 mwN.

974 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 20, Rn. 40.

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

keit zu offenbaren, und setzt damit sowohl sich selbst als auch sein Kind der Gefahr von Diskriminierungen und Würdeverletzungen aus.“⁹⁷⁶

In diesem Zusammenhang ist der Hinweis des Bundesgerichtshofs irreführend, der trans Elternteil könne sich eine Geburtsurkunde ausstellen lassen, in der die rechtlichen Eltern nicht aufgenommen seien.⁹⁷⁷ Das ist zwar möglich, löst aber das Problem nicht. *Wapler* weist auf „die große Leerstelle des Beschlusses“⁹⁷⁸ hin. Der Senat erkennt nämlich, dass bis zur Volljährigkeit des Kindes vor allem der trans Elternteil die Geburtsurkunde als Beweisdokument für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung vorlegen muss, so „etwa beim Antrag auf Kindergeld, Wohngeld oder andere Sozialleistungen, bei der Anmeldung zu Kindergarten und Schule, bei der Aufnahme eines Kredits oder dem Abschluss eines Arbeitsvertrags“.⁹⁷⁹ Eine Geburtsurkunde, die keine Angaben über die Eltern enthält, wäre hier nicht hilfreich. Denn mit der Vorlage muss der Elternteil nicht nur die Geburt an sich beweisen, sondern vor allem, dass es sich um sein Kind handelt.

bb) Missachtung des Statusprinzips

Auch in statusrechtlicher Hinsicht können die Ausführungen des Bundesgerichtshofs nicht überzeugen.

Unzutreffend ist die Behauptung, der Gebärende müsse zwingend den Status als Mutter zugewiesen bekommen, weil das Kind sonst keinen (zweiten) Vater haben könne und auch das Sorgerecht nicht geklärt sei. Der trans Mann hatte das Kind geboren und wollte als Vater zugewiesen werden. Es ging auf Grund der Anknüpfung an die Geburt um eine (analoge) Anwendung von § 1591 BGB (erste Elternstelle), nicht von § 1592 BGB (zweite Elternstelle). Der Bundesgerichtshof interpretierte das Anliegen des Gebärenden, Vater zu werden, aber als Anspruch auf die zweite Elternstelle. Die Eintragung eines Vaters auf der ersten Elternstelle – und nur das hatte der Gebärende beantragt – verhindert jedoch nicht die Eintragung eines zweiten Elternteils. Der Bundesgerichtshof übersah hier, „dass es in der

976 *Adamietz/Bager* (2016) Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, S. 119.

977 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 41.

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

979 Ebd.

geschilderten Situation gar nicht zu einer Konkurrenz zweier Personen um die gleiche Elternstelle“ kam.⁹⁸⁰

Abgesehen davon, dass der Gebärende alleinerziehend war und der Samenspende keine Vaterrolle einnehmen wollte, ist es auch unzutreffend, wenn der Bundesgerichtshof behauptet, dass das Sorgerecht des Gebärenden von seiner Zuordnung als „Mutter“ abhängen würde. Hat ein Kind nur einen rechtlichen Elternteil, ist dieser allein sorgeberechtigt. Das Sorgerecht hängt vom Elternstatus ab, nicht aber von der Elternbezeichnung oder dem Geschlecht des Elternteils. § 1626a BGB spricht nicht von Mutter oder Vater. Der Gebärende hätte auch mit der zutreffenden Bezeichnung als Vater erster und einziger Elternteil seines Kindes werden können, woraus das Recht zur alleinigen Sorge gleichermaßen folgen würde.

4. Gesamtschau

In den dargestellten Fällen ging es um die Eltern-Kind-Zuordnung in queeren Familien. Wenngleich die Rechtsgrundlagen, auf die die Eltern-Kind-Zuordnung gestützt wurde, jeweils verschieden waren, betrafen alle Fallkonstellationen die gleiche Fragestellung: Was sind die Kriterien der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung? Insbesondere, welche Rolle spielen die leibliche Abstammung und das Geschlecht dabei? Es zeigt sich, dass der Bundesgerichtshof höchst unterschiedlich darauf geantwortet hat. Die Gesamtschau der Rechtsprechung zu queerer Familiengründung verdeutlicht, dass sich die Ausschlüsse, Zurück- und Zurechtweisungen der gesetzlichen Regelungen unterschiedlich auswirken.

Nicht alle marginalisierten Personen werden gleichermaßen von den Lücken und Auslassungen des Rechts der Eltern-Kind-Zuordnung an der rechtlichen Elternschaft gehindert. Frauen werden auf die Rolle der Gebärenden reduziert. Eine Frau, die das Kind nicht selbst geboren hat, kann nicht rechtlicher Elternteil werden. Männern hingegen steht ein breites Spektrum an Möglichkeiten zur Verfügung, um rechtlicher Vater zu werden. Eine leibliche Verbindung zum Kind garantiert die Elternschaft; doch auch wenn sie fehlt, kann mitunter ein zweiter Vater anerkannt werden.

980 Lettmaier (2023) Geschlechtliche Selbstbestimmung und Abstammungsrecht, S. 80.

So wird eine Geschlechterhierarchie deutlich, die im Abstammungsrecht angelegt ist und die durch die Rechtsprechung fixiert wird.⁹⁸¹

Erst in der Gesamtschau wird deutlich, wie hochgradig konträr ein und derselbe Senat des Bundesgerichtshofs auf die familienrechtlichen Grundlagen des Abstammungsrechts (a) sowie auf die Grund- und Menschenrechte (b) Bezug nahm.

a) Uneinheitliche Familienrechtsdogmatik

Der XII. Zivilsenat hatte in seiner Entscheidung zur Zwei-Väter-Familie das Kindeswohl ins Zentrum seiner Erwägungen gestellt. Der Senat hatte darin umfassend dargelegt, warum (nur) die Zuordnung zu zwei intendierten Vätern dem Kindeswohl entspreche und dass es dabei unerheblich sei, dass der zweite Vater keine leibliche Verbindung zum Kind habe.⁹⁸² Demgegenüber nannte der gleiche Senat im Fall der Zwei-Mütter-Familie keinen einzigen Grund, warum auch die Zuordnung der zweiten Mutter dem Kindeswohl dienen würde. Die absichernden, statusbezogenen Kindeswohlaspekte kommen in der Entscheidung zur Ehefrau der Mutter nicht vor. Vielmehr stellte der Senat die leibliche Abstammung ins Zentrum. Das Kindeswohl sah der Senat hier als potentiell gefährdet an, weil dem Kind der Samenspender als rechtlicher Vater vorenthalten werde.

Bei der Zwei-Väter-Familie kamen für den Senat von vornherein nur die beiden Männer als rechtliche Eltern in Betracht. Die leibliche Mutterschaft sowohl der Gebärenden als auch der Eizellspenderin spielten für den Senat keine Rolle. Stattdessen sind in dieser Entscheidung die sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu beiden Vätern und die intendierte Elternschaft die tragenden Kriterien der Eltern-Kind-Zuordnung. Die Eizellspenderin war anonym. Die Leihmutter hatte vorgeburtlich in die Leihmutterschaftsvereinbarung eingewilligt, was der Senat als freiwilligen Verzicht auf die Elternschaft wertete. Während zur gleichen Zeit in anderen Zusammenhängen für den Samenspender diskutiert worden war, ob dieser als leiblicher Vater wirksam auf sein Elternrecht verzichten könne, wurden vergleichbare

981 „Fixierung einer Hierarchie“, vgl. Baer (2004) *Justitia ohne Augenbinde?* – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft, S. 29.

982 Im Wortlaut: „[...] dass das deutsche Recht im Hinblick auf die väterliche Abstammung bereits die unmittelbare Zuordnung der rechtlichen Elternschaft zu einem genetisch nicht verwandten Wunschelternteil kennt.“ BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 52.

Erwägungen nicht für die leibliche Mutterschaft angestellt. Dabei hätte es durchaus Ansätze gegeben, an dieser Stelle strenger zu prüfen und etwa zu fragen, ob die Leihmutter an der Vereinbarung auch noch freiwillig festhalten wollte, *nachdem* sie das Kind neun Monate lang ausgetragen und zur Welt gebracht hatte (oder ob sie dies etwa aus ökonomischen Zwängen tat). Die Leihmutter war bereits am vorgeburtlich von den beiden Vätern eingeleiteten kalifornischen Gerichtsverfahren nicht beteiligt und wurde auch nicht angehört. Somit wurde die Freiwilligkeit ihres Verzichts auf die Elternstellung für das Kind nicht rechtsförmig überprüft. Dennoch sah der Bundesgerichtshof keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die beiden intendierten Väter die rechtlichen Eltern sein sollten.

Im Fall der Zwei-Mütter-Familie, die mittels anonymer Samenspende entstanden war, war dies anders. Obwohl an der Freiwilligkeit der Samenspende und des damit verbundenen Verzichts auf eine rechtliche Elternschaft keine Zweifel bestanden und nur die beiden Ehefrauen als rechtliche Eltern des Kindes in Betracht kamen, erwog der Bundesgerichtshof hier etwaige Rechte des Samenspenders. Anstelle der Zuordnung einer zweiten Mutter blieb die zweite Elternstelle frei. Stattdessen zog der Bundesgerichtshof in Betracht, dass das Kind sein Grundrecht auf Kenntnis der Abstammung nutzen und den Samenspender als rechtlichen Vater feststellen lassen könne. Das ist jedoch rechtlich unmöglich. Das Kind hat in Fällen der registrierten Samenspende ein Informationsrecht gegenüber dem Samenspenderregister – ab dem 16. Lebensjahr. Vorher kann das Kind den Samenspender nicht ermitteln (lassen). Zudem schließt § 1600d Abs. 4 BGB aus, dass der registrierte Samenspender als rechtlicher Vater festgestellt werden kann. Abgesehen davon blendet der Vorschlag des Bundesgerichtshofs das Kindeswohl sowie die real gelebten Familienverhältnisse des Kindes und seiner Eltern aus. Die Ehefrau der Mutter ist die (zweite) Person, die seit der Geburt des Kindes die alltägliche Fürsorge erbringt. Sie ist die soziale Bezugsperson des Kindes und – auch in ehelicher Verbindung mit der Mutter – die Familie des Kindes. Deren rechtliche Absicherung wird durch das geltende Abstammungsrecht verwehrt – ein Problem, das der XII. Zivilsenat weder benannt noch beseitigt hat. Stattdessen mutete er der Zwei-Mütter-Familie zu, einen unbekannten Samenspender als rechtlichen Elternteil zuordnen und die Ehefrau der Mutter ganz außen vor zu lassen.

Die leibliche Abstammung wird als Rechtsargument im Abstammungsrecht also unterschiedlich und uneinheitlich mobilisiert. Frauen werden nur dann als Elternteil anerkannt, wenn sie das Kind geboren haben. Eine bereits etablierte oder intendierte Fürsorgebeziehung wird bei Frauen als

ebenso unbedeutend angesehen wie der Status der Ehe mit der Mutter. Nicht einmal ihr Eizellenbeitrag führt dazu, dass eine Frau dem Kind als zweiter Elternteil zugeordnet wird.⁹⁸³ Die Festlegung auf die Gebärfunktion geht so weit, dass es auf das Status-Geschlecht der gebärenden Person gar nicht mehr ankommt. Männer erhalten hingegen in queeren Kontexten väterliche Statusrechte auf vielfältige Weise – als Leihmutter-schaftsvertragspartner oder Becherspender. Die Abstammungswahrheit ist somit vergeschlechtlicht. Es geht nicht in allen Fällen darum, das Kind mit seinen genetischen Vorfahren zu verknüpfen, sondern darum, jedem Kind einen Vater zu sichern. Erst wenn die männliche Linie sichergestellt ist, so entsteht der Eindruck, können auch soziale Aspekte der Elternschaft berücksichtigt werden.

b) Uneinheitliche Bezüge auf Grund- und Menschenrechte

In den dargestellten Entscheidungen zeigt sich auch ein uneinheitlicher Umgang mit Verfassungsrecht. Bereits die Auswahl der geprüften Rechte wirkt eklektisch. Die Inkonsistenzen der Auswahl der einschlägigen Gewährleistungen setzen sich bei der Maßstababildung und Rechtfertigungsprüfung fort. Eine im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erforderliche Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen fehlt vollständig. Stattdessen werden Ausschnitte aus Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen wiedergegeben, ohne den jeweiligen Ausgangskontext zu klären und ohne die Maßstäbe auf den jeweiligen Einzelfall zu übertragen und anzuwenden.

aa) Grundrechte des Kindes

Bezüglich des Kindes stellt der Bundesgerichtshof unterschiedliche Grundrechtspositionen in seine Erwägung ein: So werden die Grundrechte des Kindes im Fall der Zwei-Väter-Familie als maßgeblich für die Zuordnung des zweiten Elternteils erachtet, während sie der Zuordnung einer zweiten Mutter oder eines trans Vaters nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eher entgegenstehen.

983 EGMR 12.11.2024 – 46808/16 R.F. u.a. gegen Deutschland.

(1) Staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

In der Entscheidung zur kalifornischen Leihmutterschaft stellte der XII. Zivilsenat vor allem auf das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG ab. Der XII. Zivilsenat fasste dieses Grundrecht weiter als das Bundesverfassungsgericht und entnahm ihm einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zuordnung zu zwei statusrechtlichen Eltern. In der Entscheidung zur Ehefrau der Mutter sprach der gleiche Senat das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung hingegen nicht einmal an, obwohl es freilich auch hier einschlägig gewesen wäre.

Während das Bundesverfassungsgericht dem Gewährleistungsrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG bislang keinen Anspruch entnommen hat, dem Kind einen zweiten fürsorgenden Elternteil zuzuweisen,⁹⁸⁴ sah der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs das Gewährleistungsrecht im Fall der Zwei-Väter-Familie als „betroffen“ an,

„wenn einem Kind die statusrechtliche Zuordnung zu einem (Wunsch-)Elternteil versagt wird, der dann nicht zum Wohl und zum Schutz des Kindes Elternverantwortung im rechtlichen Sinn übernehmen kann.“⁹⁸⁵

Werde einem Kind der zweite Elternteil vorenthalten, so der Bundesgerichtshof weiter, sei dies auch ein Eingriff in das Recht des Kindes „aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, eine rechtliche Eltern-Kind-Verbindung begründen zu können“.⁹⁸⁶ Mit dieser Auffassung ging der Bundesgerichtshof zwar sowohl über die Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts als auch über die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hinaus.⁹⁸⁷ Dem Bundesgerichtshof ist jedoch zuzustimmen, dass es dem Gesetzgeber in bestimmten Konstellationen nicht freistehen kann, einem Kind die rechtliche Zuordnung zu (seinen einzigen) zwei fürsorgenden Eltern zu ermöglichen. Die rechtliche Ermöglichung einer spezifischen elterlichen Hinwendung zum Kind ist der Kern des Gewährleistungsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und sie ist nicht auf leibliche Eltern beschränkt. So meint auch *Brosius-Gersdorf*:

984 S. unter C. I. 2. *Das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung*.

985 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 41.

986 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*.

987 Kritisch dazu *Dethloff* Elternschaft für das von einer Leihmutter geborene Kind – Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, JZ 2016, 207, S. 209 mwN.

„Sind Personen bereit, Pflege- und Erziehungsverantwortung für ein Kind zu übernehmen, das von ihnen nicht abstammt und das auf den Schutz und die Fürsorge Erwachsener angewiesen ist, muss der Gesetzgeber das grds. ermöglichen. Er muss die rechtlich verbindliche Übernahme von Pflege- und Erziehungsverantwortung für schutz- und fürsorgebedürftige Kinder durch Schaffung eines geeigneten Rechtsrahmens für rechtliche Familien- und Elternschaft regeln.“⁹⁸⁸

Wenn der Staat für Kinder queerer Eltern das Ob und das Wie elterlicher Hinwendung gar nicht regelt, verletzt er diesen Gewährleistungsanspruch. Ist von Anfang an ein zweiter Elternteil vorhanden, der die Elternverantwortung gleichberechtigt und zusammen mit dem ersten Elternteil übernimmt und übernehmen will, gibt es keinen Grund, warum die zweite Elternstelle frei bleiben sollte.⁹⁸⁹ Das gilt aber freilich für alle Familien und darf kein Privileg der im Ausland begründeten Zwei-Väter-Familie sein. Warum der XII. Zivilsenat das Gewährleistungsrecht beim Kind zweier Mütter nicht einmal anspricht, bleibt insofern rätselhaft. Die Grundrechtswirkungen sind jedenfalls für alle Kinder gleichermaßen sicherzustellen, so dass dem Kind zweier Mütter unter gleichen Erwägungen die Zuordnung zur zweiten Mutter nicht verwehrt bleiben dürfte.⁹⁹⁰

(2) Recht auf Kenntnis der Abstammung

Im Fall der Zwei-Väter-Familie hatte der Senat klargestellt, dass das Geburtenregister keine Aussage über die leiblichen Abstammungsverhältnisse trifft und lediglich die rechtlichen Abstammungsbeziehungen abbildet. Das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung stand der Zuordnung des zweiten Vaters mithin nicht entgegen.⁹⁹¹ Die gleichen Richter mobilisierten dann aber im Fall der Zwei-Mütter-Familie das Kenntnisrecht des Kindes dafür, der zweiten Mutter die abstammungsrechtliche Zuord-

988 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 220.

989 Chebout/Sanders/Valentiner Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694, S. 3696.

990 Zwar gäbe es – in Fällen der privaten Samenspende – unter Umständen die Möglichkeit, den Samenspender gemäß § 1592 Nr. 3 BGB gerichtlich als Vater feststellen zu lassen. Damit ist dem Gewährleistungsrecht des Kindes jedoch nicht Genüge getan. Vgl. zum fehlenden Konnex zwischen Genetik und Fürsorge unter C. III.

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

nung zum Kind zu versagen.⁹⁹² Auch beim gebärenden trans Mann sahen die Richter eine potentielle Grundrechtsverletzung des Kindes darin, wenn es registerlich einen „Vater“ erhalte, der es geboren hatte. Hier etablierte der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht nur ein entgegenstehendes Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung, sondern darüber hinaus ein rechtliches Interesse des Kindes an der „Abbildung der spezifischen Fortpflanzungsbeteiligung des jeweiligen Elternteils“⁹⁹³. Auf die Frage eines Grundrechts auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion wird an anderer Stelle zurückzukommen sein.⁹⁹⁴ Auch hier können aber nicht unterschiedliche Maßstäbe für Kinder gelten. Ist ein Kind zweier Väter nicht in seinem Recht auf Kenntnis der Abstammung beeinträchtigt, wenn es die eizellspendende und die gebärende Person nicht kennt, so ist auch nicht plausibel begründbar, warum eine Rechtsverletzung vorliegen sollte, wenn ein Kind den Samenspender nicht als rechtlichen Vater erhält⁹⁹⁵ bzw. wenn die gebärende Person als „Vater“ im Geburtenregister des Kindes eingetragen wird.

(3) Fehlende Gleichheitsperspektive

In ihrem Nichtannahmebeschluss zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter prüfte die 2. Kammer des Ersten Senats die Grundrechte des Kindes überhaupt nicht. Es könne, so die Kammer, „dahinstehen, ob das Kind ein grundrechtlich gewährleistetes Recht auf Eintragung bestimmter Personen in seine Geburtsurkunde hat.“⁹⁹⁶ Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bezog sich in seiner Entscheidung zur Ehefrau der Mutter darauf und beließ es dabei. Dabei hätte sich für den Bundesgerichtshof – nicht zuletzt

992 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 27.

993 Neßmann (2022) Transidentität im System der Grund- und Menschenrechte, S. 403 ff.

994 S. unter E. IV. 4. a) *Kein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion*.

995 Abgesehen von der Fragwürdigkeit des Rechts auf Kenntnis der Abstammung (dazu unter C. III. 2. b) *Welche Bedeutung hat das Wissen über die eigene Abstammung?*) dürfte dieses Recht in Samenspende-Konstellationen mittlerweile kaum mehr gefährdet sein. In Fällen der registrierten Samenspende hat das Kind einen Anspruch auf Auskunft gemäß des Samenspenderregistergesetzes. In Fällen der privaten Samenspende wird der Spender dem Kind meist bekannt sein. Eine Verheimlichungsgefahr wie in heterosexuellen Familien besteht in gleichgeschlechtlichen Familien nicht, weil offenkundig ist, dass es einen Spender gibt.

996 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 26.

in Anbetracht seiner eigenen Rechtsprechung – die Ungleichbehandlung des Kindes aufdrängen müssen. Dazu merkt *Richarz* an:

„Dass nicht das Kindeswohl, sondern die Aufrechterhaltung der Bioheteronorm im Zentrum der Erwägungen des BGH steht, zeigt sich daran, dass eine gleichheitswidrige Ungleichbehandlung der betroffenen Kinder gemäß Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt nicht geprüft wurde.“⁹⁹⁷

Damit blieb die Grundrechtsprüfung des Bundesgerichtshofs im Fall der Zwei-Mütter-Familie an einer entscheidenden Stelle unvollständig. Es lässt sich vertreten, dass sich unter freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten keine Maßgabe zur Schaffung eines pluralen Familienrechts ergibt und dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht. Der Bundesgerichtshof selbst hatte das für das Gewährleistungsrecht des Kindes auf elterliche Pflege und Erziehung zwar wie gezeigt anders bewertet. Unabhängig davon kann sich ein Gleichheitsverstoß aber jedenfalls auch ergeben, wenn Freiheitsrechte nur berührt, jedoch nicht verletzt sind.⁹⁹⁸ Mithin hätte der XII. Zivilsenat zumindest die Gleichheitsrechte des Kindes nicht unbeachtet lassen dürfen.

bb) Grundrechte der Eltern

Nach Ansicht des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs stieß die Versagung einer zweiten rechtlichen Mutter jedenfalls „nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken.“⁹⁹⁹ Diese Wertungen sind sowohl in der Literatur¹⁰⁰⁰ als auch bei Gerichten auf Kritik gestoßen. Seit 2021 haben

997 *Richarz* Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53, S. 63.

998 So hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen zum Adoptionsrecht unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten Verfassungsverstöße festgestellt, obwohl es Freiheitsrechte nicht als verletzt angesehen hat, vgl. BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101. Zu diesem Aspekt vgl. vertiefend *Britz* Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346, S. 349.

999 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 24.

1000 Vgl. *Kaulbach/Pickenhahn/Scheliha* Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768; *Richarz* Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53; *Kiehnle* Konkrete Normenkontrolle des § 1592 BGB – ein Plädoyer für die verfassungskonforme Analogie, JR 2022, 447; *Sanders* Wunschkind, Wunscheltern und das Grundgesetz, FF 2021, 341; *Chebout/Sanders/Valentiner*

fünf Familiengerichte dem Bundesverfassungsgericht konkrete Normenkontrollanträge gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vorgelegt, weil sie von der Verfassungswidrigkeit des geltenden Abstammungsrechts überzeugt waren.¹⁰⁰¹ Es zeigt sich jedoch auch unter den vorlegenden Gerichten eine Bandbreite an Argumenten, welche Grundrechte konkret verletzt seien. So sah das Oberlandesgericht Celle eine Verletzung des Elterngrundrechts aus „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG“.¹⁰⁰² Das Kammergericht Berlin hingegen hielt es für

„mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, dass das Gesetz es unterlässt, einem durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugten und in der gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geborenen Kind die Ehefrau der Mutter kraft Gesetzes als Elternteil zuzuordnen, während das Gesetz in § 1592 Nr. 1 BGB einem auf gleiche Weise gezeugten Kind, das in der verschiedengeschlechtlichen Ehe der Mutter geboren wird, den Ehemann der Mutter kraft Gesetzes als Elternteil zuordnet.“¹⁰⁰³

Interessant ist auch, dass die vorlegenden Gerichte alle die Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts der zweiten Mutter zwar benennen, diese jedoch nur anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG prüfen. Das spezifischere Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG findet keine Beachtung.

Die unterschiedlichen Begründungsansätze sind nicht trivial, denn je nachdem, ob freiheitsrechtliche oder gleichheitsrechtliche Maßstäbe für einschlägig erachtet werden, variieren Prüfungsdichte und auch die Reichweite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Wie dies verfassungsrechtlich zu beurteilen ist, bedarf daher der Klärung.

Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694.

1001 Zu den Hintergründen *Chebout* Queere Elternschaft im Recht, STREIT 2021, 160.

1002 OLG Celle Beschl. v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 *Nodoption I*, Rn. 23.

1003 KG Berlin Beschl. v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20 *Nodoption II*, Rn. 7. Dieser Argumentation haben sich die Amtsgerichte Brandenburg an der Havel und München in ihren Vorlagebeschlüssen im Wesentlichen angeschlossen.