

F. Schlussbetrachtungen

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass das Abstammungsrecht nicht zwingende Naturverhältnisse abbildet, sondern Natürlichkeiten aufdrängt. Dabei interessiert sich das Abstammungsrecht bei näherem Hinsehen eigentlich gar nicht für die Natur, sondern bringt sein eigenes Konstrukt ebendieser hervor. So wird deutlich, dass es weniger um Fragen der Biologie geht als vielmehr um das, was *Villa* in einem anderen Zusammenhang als „Mechanismen biopolitisch begründeter Exklusion“ bezeichnet hat.¹²⁵⁸

I. Mumifiziertes Patriarchat im Familienrecht

Eine Mumie entsteht, wenn ein Lebewesen nach seinem Tod nicht natürlich verwest, bis es irgendwann ganz verschwunden ist, sondern durch eine künstliche Behandlung vor seinem Verfall bewahrt wird. So wurden etwa im Alten Ägypten Menschen nach ihrem Tod einbalsamiert und in Tücher gehüllt, damit ihre Körper erhalten blieben. Das geschah im Glauben daran, dass sie so ewig weiterleben würden.

Eine Mumifizierung hat – im übertragenen Sinne – auch der „pater familias“ erfahren. Der Vater war historisch das Oberhaupt der Familie¹²⁵⁹, die sich erst im 18./19. Jahrhundert von einer Haus- und Hofgemeinschaft zu der uns heute vertrauten individuellen Kernfamilie wandelte. Als Familienoberhaupt hatte der Vater die Entscheidungsgewalt über „seine“ Familienmitglieder und die alleinige Repräsentationshoheit nach außen. Zu diesen Rechten gehörten auch Pflichten, etwa auf Versorgung der Familie durch Unterhalt.¹²⁶⁰ Diese Bedeutung hat die Figur des Vaters zwar längst verlo-

1258 *Villa* (2020) *Bodies matter*, S. 147.

1259 Der Begriff der Familie geht etymologisch auf das lateinische Wort „*famulus*“ zurück, dem Diener. Der lateinische Begriff der „*familia*“ meinte ursprünglich vor allem Sklaven und leibeigene Dienerschaft, später dann die ganze Hausgenossenschaft, vgl. zur historischen Entwicklung nur <https://www.dwds.de/wb/Familie> (31.3.2025).

1260 *Wapler* (2018) *Familie als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, S. 393 mwN.

ren.¹²⁶¹ Gleichwohl ist die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung bis heute von hierarchisierten Geschlechterbeziehungen geprägt. Das Abstammungsrecht hat den „pater familias“ in gewisser Weise konserviert; Einbalsamierungstechniken in Form biologistischer Narrative verhindern seinen Zerfall.

Die Zwei-Mütter-Familie ist das Paradebeispiel dafür, wie das Abstammungsrecht Natürlichkeiten aufdrängt und dadurch eine selbstbestimmte Familiengründung jenseits patriarchaler Grundmuster verhindert. Jedes Kind hat eine Mutter und einen Vater, so lautet das „abstammungsrechtliche Naturgesetz“. Wie aufgedrängt und wie wenig „natürlich“ diese rechtliche Konstruktion von Familie jedoch ist, zeigt sich mit Blick darauf, was eigentlich Stand der naturwissenschaftlichen Forschung zu Fortpflanzungs- und Geschlechterverhältnissen ist. So begründen naturalistische Argumente gerade keine Vormachtstellung des Vaters, sondern sie verdeutlichen seine relative Bedeutungslosigkeit. Einbalsamiert von Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung wird die Vaterfigur im Recht dadurch zwar wirkmächtig vor dem Verfall bewahrt, sie ist und bleibt aber künstlich.

II. Perspektiven eines Fürsorge-basierten Elternschaftsrechts

Während die Mumien im Keller des Familienrechts viel Schaden für Familien und insbesondere für Kinder anrichten, die auf Grund fehlender Eltern-Kind-Zuordnung nicht umfassend abgesichert sind, ließe sich das Abstammungsrecht minimalinvasiv reformieren, ohne dass das Familienrecht grundlegend umgebaut werden müsste. Es sollte, das haben bereits andere vorgeschlagen, zukünftig „nicht mehr an heteronormativen Leitbildern, sondern an praktisch gelebter Verantwortungsübernahme“ ausgerichtet werden.¹²⁶²

Die Forderung nach einem inkludierenden Abstammungsrecht, das real gelebte Fürsorgeverhältnisse einbezieht, ist nicht als Neuauflage des familienrechtsdogmatischen Appells „Vom Status zur Realbeziehung“¹²⁶³ zu

1261 Braun (2018) Blutsbande, S. 63.

1262 Lembke (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 109; *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 119.

1263 Die Forderung von Schwenzer war durchaus komplexer: „Ein an der Realbeziehung ausgerichtetes Familienrecht beinhaltet beides: Die Anerkennung privatautonomer Gestaltung der persönlichen Lebensverhältnisse und das Abstellen auf die konkret gelebte Beziehung im Einzelfall.“ Schwenzer (1987) Vom Status zur Realbeziehung, S. 274.

verstehen. Vielmehr ist es ein Rettungsversuch für das Statusprinzip als familienrechtliches Regelungsmodell.

Es ist deutlich geworden, dass das geltende Abstammungsrecht mit seiner statusprinzipiellen Regelungstechnik und dem Streben nach Klarheit, Generalität und Stabilität einen guten Rahmen bietet, um kindeswohlorientiert Elternverantwortung zu ermöglichen und abzusichern. Das Recht muss jedoch dringend von seinen Leiblichkeitsnarrativen befreit werden. Denn nicht die zunehmend vielfältigen Familienformen gefährden die Familienrechtsdogmatik. Vielmehr führen – wie gezeigt werden konnte – Verleiblichungstendenzen zu Erosionen der Dogmatik. Das Problem lässt sich beheben, indem der Status der Eltern-Kind-Zuordnung diskriminierungsfrei für alle Menschen zugänglich gemacht wird.

Die bisherigen Anknüpfungskriterien der Geburt, der Ehe sowie der Anerkennungserklärung sind gut geeignet, um die Anliegen des Statusprinzips umzusetzen. Sie sind jedoch weniger als „Abstammungsvermutungen“ oder Leiblichkeitsanknüpfungen zu lesen, sondern vielmehr als Indizien für die Erwartung willentlicher Fürsorge für das Kind. Der genetischen Verbindung kann keine eigenständige Bedeutung zukommen, auch nicht auf der sekundären Korrektorebene. Für die zukünftige Gesetzgebung stellt sich vielmehr die Aufgabe, Konkurrenzfälle zu verhindern, die durch eine Überbewertung der Leiblichkeit entstehen.

1. Primäre Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt

a) Anknüpfen an Schwangerschaft als Fürsorge

Schwangerschaft und Geburt werden bislang als Inbegriff der leiblichen Abstammung angesehen. Ein Kind muss zwingend ausgetragen und geboren werden. Schwangerschaft und Geburt sind insofern natürliche Imperative. § 1591 BGB trägt dem Rechnung und weist die erste Elternstelle unmittelbar der gebärenden Person zu. Es sprechen gute Gründe dafür, diese Anknüpfung beizubehalten. Sie ermöglicht eine schnelle und einfache Absicherung des Kindes im Sinne des Statusprinzips, indem unter Bezugnahme auf den Geburtsvorgang unmittelbar geklärt ist, wer rechtlich für das Kind verantwortlich ist.

§ 1591 BGB sollte jedoch nicht maßgeblich leiblichkeitsbasiert gedacht werden, sondern als Zuweisungsnorm auf Grund der vorgeburtlich erbrachten Fürsorgeleistung für das Kind. Die gebärende Person ist mit dem

Kind, das sie zur Welt bringt, zuvor über mehrere Monate aufs Engste verbunden gewesen und ihr gesamter Organismus hat zum Heranwachsen des Fötus beigetragen. Die Geburt markiert insofern den Abschluss der Schwangerschaft als fundamentale Versorgungsleistung der schwangeren Person.¹²⁶⁴

Schwangerschaft und Geburt fürsorgebasiert zu deuten, müsste jedoch auch den Willen zur fortgesetzten Fürsorge berücksichtigen. Der Rückschluss ist erlaubt, dass die Person, die ein Kind ausgetragen und zur Welt gebracht hat, auch die Intention hat, für das Kind die Elternverantwortung zu übernehmen. Das Recht hat insofern die Aufgabe, dies zu ermöglichen. Fehlt die Intention jedoch nachhaltig, wären Anfechtungsmöglichkeiten auch für die erste Elternstelle zu schaffen.¹²⁶⁵

b) Voluntative Zuordnung eines zweiten Elternteils

Anders als beim ersten Elternteil fehlt beim zweiten Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt eine bereits etablierte Fürsorgebeziehung zum Kind. *Sanders* verweist zwar darauf, dass auch schwangerschaftsbegleitende Zuwendungen als eine indirekte Fürsorge für das Kind erachtet werden könnten.¹²⁶⁶ Ein Anspruch auf eine zweite gleichberechtigte Elternzuordnung kann jedoch daraus schon auf Grund der Ungleichheit dieses Beitrags gegenüber der Schwangerschaft nicht begründet werden. Ein zweiter Elternteil kann daher zum Zeitpunkt der Geburt stets nur prognostisch mit Blick auf die zukünftige Übernahme von Elternverantwortung zugeordnet werden.

Auch aus „natürlichen“ Aspekten ergibt sich für eine zweite Person kein Anspruch auf eine gleichrangige Zuordnung als Statuselternteil. Die Verschmelzung der Keimzellen ist zwar wie die Schwangerschaft und Geburt zwingende Entstehungsvoraussetzung für das Kind. Ein einzelner Keimzellenbeitrag begründet aber für sich genommen die Entstehung des Kindes noch nicht. Eine Zuordnung qua Genetik müsste also immer mehrere Elternstellen vorsehen – für alle Personen, die ihre Keimzellen zur Entste-

1264 *Wanitzek* (2002) Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 205 mwN.

1265 Damit soll nicht der Forderung nach einer Legalisierung von Leihmutterschaft beigetreten werden. Vielmehr geht es auch hier darum, auf die Grenzen biologistischer Argumentationen im Recht hinzuweisen.

1266 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 294.

hung des Kindes beigetragen haben. Davon abgesehen steht zum Zeitpunkt der Geburt nicht rechtssicher fest, wer die Keimzellen beigetragen hat, so dass die Anknüpfung an die Keimzellen auch unter statusprinzipiellen Erwägungen keine vergleichbar rechtssichere Eltern-Kind-Zuordnung ermöglichen würde. Zudem ist fraglich, welche Bedeutung hochkomplexe biochemische Prozesse, die aus der Keimzellen-Verbindung folgen, überhaupt für die Entwicklung des Kindes haben. Für die Pflege und Erziehung halten sie keine Antworten bereit.

Der Punkt ist – und auch das setzt das Abstammungsrecht bereits um:¹²⁶⁷ Die zweite Elternschaftszuweisung ist nicht losgelöst von der ersten Elternperson zu denken; sie steht vielmehr in einem Abhängigkeitsverhältnis. Die Ehe oder eine mit Zustimmung des ersten Elternteils erklärte Anerkennung der Elternschaft sind Indizien dafür, das Kind nachgeburtlich auch versorgen und die Elternverantwortung für das Kind übernehmen zu wollen. Daran knüpfen die primären Regelungen des § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB die Zuordnung des zweiten Elternteils an. Die Ehe oder Anerkennungserklärung sind jedoch nicht leiblichkeitsbasiert und auch nicht individualistisch zu verstehen, sondern in ihrer Bezogenheit auf den ersten Elternteil. Der Wille zur Elternschaft allein kann für die gemeinsame Elternverantwortung nicht individuell und losgelöst vom anderen Elternteil betrachtet werden, sondern setzt ein Mindestmaß an elterlicher Kooperation und Übereinstimmung voraus. Das hat *Schrupp* gut auf den Punkt gebracht:

„Gemeinsame Elternschaft setzt voraus, dass die beteiligten Erwachsenen einvernehmlich miteinander auskommen, denn sie erfordert ein großes Maß an Kooperation und Beziehung. Deshalb darf Co-Elternschaft nicht gegen den Willen der Schwangeren etabliert werden. Schwangere müssen die Möglichkeit haben, ein Kind zur Welt zu bringen, ohne damit zugleich in eine gemeinsame Elternbeziehung mit dem genetischen Mitzeuger einzuwilligen.“¹²⁶⁸

Das bedeutet, dass initial niemand gegen den Willen des ersten Elternteils in die Statusposition gebracht werden kann, weil damit ein Konflikt zum

1267 So schrieb schon *Schwenzer* zur Idee einer intentionalen Elternschaft: „Eine derartige intentionale Elternschaft ist nichts grundstürzend Neues. Denn um nichts anderes handelt es sich, wenn heute ein Mann eine schwangere Frau heiratet, ein nichteheliches Kind anerkennt oder der heterologen Insemination seiner Ehefrau zustimmt, wohl wissend, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist.“ *Schwenzer* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705, S. 723.

1268 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 82 f.

Sorgerecht vorprogrammiert wäre, den es im Kindeswohlinteresse zu verhindern gilt. Die gemeinsame Elternschaft ist mithin abhängig vom Willen der gebärenden Person und von der sozialen Bindung unter den Erwachsenen. Die Ehe sowie alternativ die zustimmungsbedürftige Willenserklärung gewährleisten das. Bezieht man mit ein, dass eine gebärende Person (in aller Regel eine Frau) bis heute die überwiegenden Lasten trägt und es für sie regelmäßig nicht möglich ist, den zweiten Elternteil (in der Regel ein Mann) gegen seinen Willen zu Sorgeleistungen zu verpflichten, erscheint das nicht ungerecht oder gar gleichheitswidrig, sondern substantiell gleichberechtigt.

Freilich führt das nicht dazu, dass die zweite Elternstelle nach ihrer Besetzung dann auch fortgesetzt vom ersten Elternteil abhängig ist. Ein Kind ist nicht davor geschützt, dass es zum Konflikt zwischen den rechtlichen Eltern kommen kann. Im Sinne des Statusprinzips ist ein einmal begründeter Status jedoch sicher, stabil und in seinem Bestand zu wahren.

2. Sekundäre Korrekturmöglichkeiten

In einem fürsorgebasierten Abstammungsrecht hätte auch zukünftig jedes Kind eine Person, die ihm initial als erster Elternteil zugeordnet wird. Die zweite Elternstelle wird im voluntativen Einvernehmen des ersten und des zweiten Elternteils besetzt. Bleibt die zweite Elternstelle frei, kann sie nachträglich besetzt werden – abermals durch Einvernehmen; zudem aber auch durch Elternverantwortung, die faktisch über einen längeren Zeitraum im Einvernehmen mit dem ersten Elternteil erbracht wurde. Eine Person, die über Jahre im Rahmen eines familiären Arrangements mit dem ersten Elternteil substantielle Fürsorgeaufgaben für das Kind übernommen hat, sollte nicht daran gehindert sein, auch statusrechtlicher Elternteil zu werden – im Zweifel mittels eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens und auch gegen den Willen des ersten Elternteils. Dies jedenfalls dann, wenn eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind besteht, die im Sinne des Kindeswohls auch fortgesetzt werden soll.

Denkbar ist und bleibt, dass die leibliche Abstammung als Auffangtatbestand herangezogen wird, um für ein Kind die Elternverantwortung auch für einen zweiten Elternteil begründen zu können. Auch das ist im geltenden § 1592 Nr. 3 BGB schon vorgesehen, dürfte zukünftig aber freilich nicht auf Männer beschränkt bleiben und – wie gezeigt – überhaupt nicht an das Geschlecht der Person oder ihrer Keimzellen anknüpfen.

Die gerichtliche Feststellung eines zweiten Elternteils ist zudem nicht biologistisch, sondern verantwortungsorientiert zu denken. So kommen neben den Personen, mit deren Keimzellen das Kind entstanden ist, auch diejenigen als Verantwortliche qua Verursachungsbeitrag in Betracht, die übereinstimmend mit der gebärenden Person in eine reproduktionsmedizinische Kinderwunschbehandlung eingewilligt haben.

„Nicht die leibliche Elternschaft, sondern die Veranlassung der Zeugung wird in diesen Fällen zur Grundlage der Verantwortung für das Kind.“¹²⁶⁹

Abgesehen von diesen Fällen der nachträglichen Besetzung einer freien zweiten Elternstelle muss das Abstammungsrecht die schwierige Frage beantworten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein einmal begründeter Status nachträglich veränderbar sein soll. Der Status ist als Dauerrechtsverhältnis angelegt, so dass nachträgliche Korrekturmöglichkeiten für die Eltern-Kind-Zuordnung auch in Zukunft minimal gehalten sein sollten. Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass es verfassungswidrig ist, wenn nur der leiblichen Abstammung von einem Mann Bedeutung beigemessen wird. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die leibliche Verbindung zum Kind überhaupt eine Korrekturmöglichkeit der zweiten Elternstelle begründen können sollte. Da die Elternverantwortung und die Fürsorge im Zentrum des Abstammungsstatus stehen, muss der tatsächlich und einvernehmlich erbrachten Fürsorgeleistung eine vorrangige Bedeutung auch auf der Sekundärebene zukommen. Eine Person, die über viele Jahre mit dem Kind in sozial-familiärer Gemeinschaft lebt oder gelebt hat, darf nicht nachträglich von einer nur genetisch verwandten Person aus dem Elternstatus verdrängt werden können.

3. Registerebene

Der Eltern-Kind-Status ist fundamental abhängig von seiner personenstandsregisterlichen Eintragung. Ob und wie eine Person als Elternteil staatlich anerkannt wird, ist insofern doppelt grundrechtsrelevant: einerseits durch die gesetzliche Ausgestaltung des materiellen Abstammungsrechts und andererseits durch das Handeln des Standesamtes als zuständiger Behörde. Hier braucht es zukünftig nicht nur klarere Regeln, sondern in Anbetracht der Grundrechtssensibilität auch eine verwaltungsrechtliche

1269 Duden (2018) Mehr Freiheit wagen im Familienrecht – Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht, S. 101.

Kontrolle des Standesamtes als öffentlicher Behörde. Abgesehen davon verspricht eine Rückbesinnung auf das Statusprinzip auch hier sachgerechte Lösungen, indem der Zugang zu Personenstandskategorien diskriminierungsfrei ermöglicht wird und der Status dann – stabil und klar – generell sowie einheitlich für und gegen alle wirkt.