

B. Zur Bedeutung der leiblichen Abstammung

Der Begriff „Abstammungsrecht“ legt nahe, dass es dabei um leibliche Abstammungsverhältnisse gehen würde. Dieser Eindruck trägt jedoch. Das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung zielt als Statusrecht in erster Linie darauf ab, Verantwortungsbeziehungen rechtlich abzusichern (vgl. A. II. *Familienrechtsdogmatik*). Verkürzt wäre es aber auch, der leiblichen Abstammung ihre Bedeutung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung abzusprechen. Die Zuordnung anhand der §§ 1591 ff. BGB dürfte in den meisten Fällen dazu führen, dass die leiblichen Eltern des Kindes dessen rechtliche Eltern werden. Die Dinge sind jedoch komplizierter. So ist bei der ersten Elternstelle mit ihrer Anknüpfung an die Geburt die leibliche Beziehung zwischen dem Kind und der gebärenden Person offenkundig. Bei der Anknüpfung der Zuordnung an die Ehe oder eine Vaterschaftsanerkennungserklärung ist die leibliche Abstammung hingegen nicht zwingend gegeben. Sie wird aber „vermutet“.²⁰⁴ Bezogen auf die Vaterschaftsanfechtung ist die Leiblichkeit das einzige Rechtsargument, um eine Korrektur der rechtlichen Vaterschaft zu erreichen. Hingegen ist die Mutterschaft nicht anfechtbar, auch nicht, wenn eine andere Frau als die rechtliche Mutter eine leibliche Verbindung zum Kind nachweist. Es klingt diffus und ist es auch. Wie sich zeigen wird, wird die Bedeutung der leiblichen Abstammung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung nämlich situativ unterschiedlich gewichtet. Sie ist zudem von Geschlechtervorstellungen geprägt, die dem statusprinzipiellen Anliegen der umfassenden Absicherung von Kind und Eltern entgegenlaufen (was unter D. genauer analysiert wird).

Im Folgenden geht es zunächst darum, die dogmatischen Widersprüchlichkeiten in familien- und verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen zur leiblichen Abstammung herauszustellen (I.). In den letzten Jahrzehnten war insbesondere das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und zum Elternrecht des nur leiblichen Vaters Triebfeder für eine Stärkung von Leiblichkeitsaspekten im Abstammungsrecht (II.). Diese Verleiblichungstendenzen haben

204 Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Narrativ der Abstammungsvermutung vgl. D. II. 1. c) aa) *Zum Argument der fehlenden Abstammungsvermutung* und E. IV. 2. a) *Die „Abstammungsvermutung“ als unzulässige Typisierung*.

jedoch verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich unlösbare Probleme geschaffen (III.).

I. Widersprüchliche Familienrechtsdogmatik

Welche Bedeutung hat die leibliche Abstammung für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung? Über diese Frage wird, wie *Kiehnle* es ausdrückt, „seit Jahrzehnten erbittert gestritten“.²⁰⁵ Auch für *Schwab* stellt sie „das große Rätsel unseres Abstammungsrechts“ dar.²⁰⁶ In der Tat werden die Dinge, je tiefer man der Frage im familienrechtlichen Schrifttum auf den Grund zu gehen versucht, immer rätselhafter. Die meisten Darstellungen erheben die leibliche Abstammung zu einer Art Leitprinzip des Abstammungsrechts, gestehen aber zugleich ein, dass dieses Leitprinzip in der konkreten Ausgestaltung des Rechts eigentlich kaum eingehalten wird (1.). Zudem ist die Rede von der Statuswahrheit als tragendem Element des Statusprinzips. Das jedoch steht im Widerspruch dazu, dass der Status gerade als Gegenbegriff zur „Realbeziehung“ fungiert (2.).

1. Primat der leiblichen Abstammung

Es ist schon oben bei der Darstellung der primären Eltern-Kind-Zuordnung (A. II. 2.) deutlich geworden, dass insbesondere die rechtliche Vaterschaft anhand der einfach feststellbaren Merkmale der Ehe mit der Mutter oder einer beurkundeten Vaterschaftsanerkennung statusrechtlich begründet wird. Obwohl die leibliche Abstammung in diesem Zusammenhang nicht überprüft wird und damit keine Voraussetzung ist, rechtlicher Vater zu werden, geht das familienrechtliche Schrifttum davon aus, dass die leibliche Abstammung von überragender Bedeutung sei. *Coester-Waltjen* zu Folge bestehen „kaum Zweifel“, dass nach der „ursprünglichen Intention des Gesetzgebers“ mit der Abstammung „grundsätzlich die genetische Verbindung zwischen Eltern und Kind gemeint war.“²⁰⁷ Dem deutschen Abstammungsrecht liege, so auch *Reuß*, ein „Primat der genetischen Abstammung“ zu Grunde: „Rechtliche Eltern eines Kindes sollen daher in erster Linie

205 *Kiehnle* Zweck, Lücke, Plan: Warum Kinder lesbischer Ehepaare wie Kinder heterosexueller Eheleute zu behandeln sind, JURA 2019, 563, S. 567.

206 *Schwab* Was ist und bedeutet Familie?, FF 2022, 53, S. 56.

207 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 541, Rn. 8.

die genetischen Eltern des Kindes sein.“²⁰⁸ In der Kommentarliteratur weist etwa *Hahn* die Abstammung als ein „im Kern“ auf „Blutsverwandtschaft – natürlicher, leiblicher Verwandtschaft – beruhendes Rechtsverhältnis“ aus.²⁰⁹ Auch *Wellenhofer* erachtet die „Blutsverwandtschaft“ als „Verwandtschaft im engeren Sinne“. Sie sieht die „Abstammung als Grundlage der Verwandtschaft (§ 1589) [...] grundsätzlich durch die genetisch-biologische Abstammung von den Eltern, also von Mutter und Vater, begründet und bestimmt“.²¹⁰ Blut und Gene gelten in diesem Verständnis als begründende oder jedenfalls bestimmende Faktoren der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung.

Während die einen die Bedeutung der genetischen Abstammung schon historisch begründet sehen, verweisen andere auf eine durchaus „lebendige Geschichte“²¹¹ des Abstammungsrechts. So konstatiert *Röthel*:

„Die Entwicklung der väterlichen Abstammung widerlegt die Vermutung, dass es eine historische Präferenz für eine auf natürliche Tatsachen, also biologisch begründete Abstammung gegeben hätte.“²¹²

Vielmehr sei die Vaterschaft bei Inkrafttreten des BGB „ein Kunstprodukt“ gewesen.²¹³ In der Tat zeigt sich, je nachdem, auf welche Elternstelle und auf welchen historischen Gesetzgeber man schaut, ein durchaus erheblicher Wandel der Begründungsansätze. Der Gesetzgeber des BGB von 1900 konnte kaum ein Verständnis von „genetischer Verwandtschaft“ haben, denn die Genetik entstand als neuer Forschungsansatz erst 1906²¹⁴ – einige Jahre, nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft getreten war.²¹⁵ Dementsprechend behaupten andere, die Bedeutung der genetischen Ab-

208 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 137. Ähnlich: „Als ‚wahrer‘ bzw. ‚richtiger‘ Vater wird eben grundsätzlich der Erzeuger begriffen.“ *Wellenhofer* in *MüKoBGB*, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 23.

209 *Hahn* in *BeckOK BGB*, § 1589, Rn. 1.

210 *Wellenhofer* in *MüKoBGB*, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 20.

211 *Gietl* (2014) Abstammung, S. 6.

212 *Röthel* (2023) Natur als Normbegründung, S. 217.

213 Ebd.

214 Die Bezeichnung geht auf *William Bateson* zurück, der im Jahr 1906 auf dem Internationalen Botanikerkongress dazu sprach, vgl. *Keller* (2001) Das Jahrhundert des Gens, S. 11.

215 „In der Geschichte etwa war lange Zeit die Frage der biologischen Vaterschaft eine rein akademische, da die Erzeugerschaft nicht im modernen Sinne konzeptualisiert und darüber hinaus nicht zu klären war.“ *Fangerau* Die Entwicklung des Vaterschaftsgutachtens in der gerichtlichen Medizin/Forensik, *RdJB* 2016, 256, S. 256; *Röthel* (2023) Natur als Normbegründung, S. 218 mwN.

stammung sei erst durch die in den letzten Jahrzehnten zunehmend entwickelten Möglichkeiten ihrer Feststellung „erheblich gewachsen“.²¹⁶

So sehr die genetische Abstammung als Grundlage des Abstammungsrechts beschworen wird, so wenig ist sie bislang jedoch als Anknüpfungspunkt für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung normiert. Weder bei der Zuordnung der Mutter noch bei der primären Zuordnung des Vaters wird tatsächlich geprüft, ob das Kind genetisch mit den Eltern verwandt ist. Die „Abstammung im Rechtssinne“ ist also, wie *Wellenhofer* wenige Sätze nach ihrer oben zitierten Darstellung zur Blutsverwandtschaft einräumt,

„bereits dann gegeben [...], wenn für die Mutter die Voraussetzung des § 1591 oder für den Vater einer der Tatbestände des § 1592 erfüllt ist, unabhängig davon, ob dieser Elternteil auch genetischer Elternteil ist.“²¹⁷

Auch *Helms* gibt zu bedenken, dass „die Tatsache der biologischen Abstammung für sich genommen – soweit sie nicht statusrechtliche Anerkennung gefunden hat – grundsätzlich keine rechtlich relevanten Wirkungen“ entfaltet.²¹⁸

Zugleich sind sich Literatur und Rechtsprechung aber auch einig, dass der Vaterschaftszuordnung qua Ehe eine „Abstammungsvermutung“ zu Grunde liege. Der Ehemann werde gemäß § 1592 Nr.1 BGB rechtlicher Vater des Kindes, weil er es mutmaßlich gezeugt habe. Was sich bei der ehelichen Zuordnung noch mit dem (fragwürdigen) Gebot der „Ausschließlichkeit der Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten als unverzichtbares Element der monogamen Ehe“²¹⁹ erklären lassen mag, ist bei der Vaterschaftsanerkennung jedoch kaum begründbar. So wird die Leiblichkeitsgrundlage bei der Vaterschaftszuordnung nach § 1592 Nr. 2 BGB auch weniger offensiv vertreten. *Coester-Waltjen* meint etwa, die Anerkennungserklärung sei „in der Praxis jedenfalls zu einem nicht geringen Teil zu einer Art Bekenntnis zum Kind und zu einer Verantwortungsübernahme

216 *Wellenhofer* in MüKoBGB, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 23; *Helms* (2014) Abstammungsrecht und Kindeswohl, S. 22.

217 *Wellenhofer* in MüKoBGB, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 14.

218 *Helms* (2011) Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, S. 106.

219 *Holler* Die Treuepflicht zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, S. 38 ff. mwN.

mutiert.²²⁰ Auf die tatsächlichen Abstammungsverhältnisse könne daraus kaum geschlossen werden.²²¹

In Anbetracht dessen hat *Kallikat* die Betonung der genetischen Abstammung als „liebevoll gepflegte Erzählung in der familienrechtlichen Literatur“²²² herausgestellt. Denn wie man es auch dreht und wendet: Es bleibt dabei, dass in den primären Zuordnungsregeln jedenfalls keine vorrangige Orientierung an der genetischen Abstammung umgesetzt ist. Wäre das Abstammungsrecht tatsächlich am „Primat der genetischen Abstammung“²²³ orientiert, müssten vielmehr sämtliche Zuordnungsregeln neu gefasst werden. Bevor einem Kind Eltern zugeordnet werden könnten, müsste ein DNA-Gutachten eingeholt werden. Das wäre theoretisch zwar möglich, jedoch nicht nur mit einem Kostenaufwand, sondern vor allem für das Kind auch mit erheblichen Risiken verbunden. Denn was, wenn sich herausstellt, dass das Kind genetisch nicht von der Person abstammt, die es geboren hat oder die mit der Mutter verheiratet ist bzw. die Vaterschaft anerkannt hat? Müssten diese Personen ihr Kind dann erst unter staatlicher Aufsicht adoptieren? Und was passiert, wenn die genetischen Eltern gar nicht rechtliche Eltern werden wollen? Wer übernimmt dann die Elternverantwortung für das Kind? All diese Fragen sollen sich freilich nicht stellen. Vielmehr zielt das Statusprinzip im Familienrecht darauf ab, dem Kind möglichst zum Zeitpunkt seiner Geburt rechtssicher die Personen als Eltern zuzuweisen, die voraussichtlich auch die Elternverantwortung übernehmen wollen und werden. Zu Recht wird das hier aufgezeigte Szenario deshalb als „unverhältnismäßiger Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Familienmitglieder“ abgelehnt.²²⁴

2. Statuswahrheit

Die Familienrechtswissenschaft hat das Statusprinzip im Familienrecht stets verteidigt und will es gerade in Abgrenzung zur Realbeziehung verstanden wissen. Gleichzeitig hat sich, bezogen auf das Abstammungsrecht,

220 *Coester-Waltjen* Keine Mit-Mutterschaft der Ehefrau der Mutter, Anmerkung, FamRZ 2018, 1922, S. 1923.

221 So auch *Wellenhofer* in MüKoBGB, § 1594 BGB, Rn. 5 mwN.

222 *Kallikat* (2021) Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, S. 83 f.

223 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 137.

224 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 228 mwN; *Helms* (2014) Abstammungsrecht und Kindeswohl. Ähnlich auch *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 42.

aber die Annahme eines „Wahrheitsanspruchs“ im Statusrecht etabliert. So will *Reuß* die „Statuswahrheit“ als kennzeichnendes Element des familienrechtlichen Statusprinzips ausmachen. „Statuswahrheit“, so schreibt er,

„bedeutet im konkreten Verständnis des deutschen Abstammungsrechts die Übereinstimmung der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung mit der genetischen Abstammung.“²²⁵

Ähnlich geht auch *Flindt* von einem „Regelungsanliegen“ der „Statuswahrheit“ aus, nach dem sich jedenfalls die rechtliche Vaterschaft „möglichst mit der genetischen Wahrheit decken“ solle.²²⁶ Allerdings habe die Statuswahrheit seiner Ansicht nach „an Bedeutung verloren“; sie dürfe „nicht zu eng verstanden werden“ und bedeute „nicht, dass rechtliche Zuordnung und wirkliche (genetische) Abstammung zwingend übereinstimmen müssen.“²²⁷

Auch *Coester-Waltjen* sieht die „Statuswahrheit“ als Kennzeichen des Statusprinzips, schreibt ihr aber einen „schillernden Charakter“ zu. Es sei nämlich unklar, worauf sich die „Wahrheit“ eigentlich beziehen solle.²²⁸ Die Eltern-Kind-Zuordnung nach §§ 1591, 1592 BGB, so schreibt *Coester-Waltjen*,

„mag zwar in der Mehrzahl der Sachverhalte der ‚biologischen Wahrheit‘ entsprechen, die genetische Verbindung und damit die im engeren Sinne abstammungsmäßige Wahrheit ist jedoch kein ausschließliches und auch kein notwendiges Zuordnungskriterium.“²²⁹

Vielmehr könne die „Statuswahrheit“ im Sinne einer „wahren rechtlichen Elternschaft“ auch auf andere Aspekte als die Genetik gestützt werden, etwa auf die „Verantwortung für das Entstehen eines Kindes“.²³⁰ Insofern könne die Abstammung als Rechtsbegriff „nicht mit der Abstammung im medizinisch-genetischen Sinne gleichgesetzt werden.“²³¹

Muscheler, der nicht von „Statuswahrheit“, sondern vom „Prinzip der Verität“²³² spricht, meint in ähnlicher Tendenz, dass es im Abstammungsrecht nicht um genetische Wahrheit (Wahrheit im „strengen“ Sinne) gehe, son-

225 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 137.

226 *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 47.

227 *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 48.

228 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 543.

229 Ebd.

230 Ebd.

231 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 542.

232 *Muscheler* (2017) Familienrecht, § 7, Rn. 190.

dern um Wahrheit in einem formellen, rechtlichen Sinne – „verstanden als Verität der Statusbeziehung“.²³³ Allerdings bleibt im Ergebnis offen, welchen Mehrwert es haben soll, die Statuswahrheit als eine besondere Eigenschaft hervorzuheben. Jede Rechtsbeziehung erhebt doch den Anspruch, „wahr“ im Sinne von „zutreffend“ zu sein.

In eine etwas andere Richtung geht die Idee von *Kriewald*. Ihr zufolge sollte ein Statusverhältnis im Interesse des Rechtsverkehrs „einen es ausfüllenden, materiellen Kern“ haben, „also wahrhaftig“ sein.²³⁴ Das begründet sie mit „Privilegierungen“, die an den Status geknüpft sind, etwa steuerlicher oder aufenthaltsrechtlicher Art. Die umfangreichen Rechtswirkungen des Status sind ihrer Ansicht nach „nur dann gerechtfertigt, wenn die Betroffenen nicht lediglich durch das formale Band des Status verbunden sind.“ Denn, so *Kriewald* weiter, dem Status wohne „die Gefahr des Missbrauchs naturgemäß inne.“²³⁵ Allerdings gesteht die Autorin ein, dass auch sie nicht genau wisse, „was im Abstammungsrecht unter ‚Statuswahrheit‘ zu verstehen ist.“²³⁶ In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 GG will sie ausmachen, „dass die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten ist.“²³⁷ Es könne daher „grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass Statuswahrheit im Kindschaftsrecht gleichbedeutend ist mit Abstammungswahrheit.“²³⁸

Lembke weist zu Recht kritisch darauf hin, dass eine solche Rede von der Statuswahrheit impliziert, „dass soziale Elternschaft eine Lüge sei“.²³⁹ Was das Bundesverfassungsgericht für die Ausgestaltung des Abstammungsrechts vorgibt, wird noch zu untersuchen sein (s. unter II., *Verleiblichungstendenzen*). Es operiert bislang jedenfalls nicht mit den Begriffen der „Statuswahrheit“ oder „Abstammungswahrheit“.²⁴⁰ Doch auch die Familienrechtswissenschaft scheint nicht so recht ausmachen zu können, was genau mit der „Statuswahrheit“ als Kennzeichen des Statusprinzips

233 *Muscheler* (2017) Familienrecht, § 7, Rn. 190.

234 *Kriewald* (2009) Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, S. 34.

235 Ebd.

236 Ebd.

237 Ebd.

238 Ebd.

239 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 159.

240 Erstmals im Urteil vom 9. April 2024 hat sich das Bundesverfassungsgericht überhaupt mit dem Abstammungsrecht als Statusrecht befasst. Der Erste Senat würdigt an mehreren Stellen die Statusbeständigkeit und Statusklarheit, spricht aber nicht von Statuswahrheit, vgl. BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 72 ff. et passim.

gemeint sein soll. Sie wird zwar behauptet, zugleich aber auch diffus relativiert. So kommentiert *Balzer* § 1592 BGB:

„Das Prinzip der Statuswahrheit postuliert, dass die rechtliche Vaterschaftszuordnung möglichst mit der leiblichen Abstammung übereinstimmen soll. Dieses wesentliche Grundprinzip des Abstammungsrechts beeinflusst sämtliche Zuordnungsalternativen gem. § 1592 Nr. 1-3 in unterschiedlichem Maße.“²⁴¹

Und drei Randnummern später: „Die weitgehende Unerheblichkeit der biologischen Vaterschaft dient [...] der Statusklarheit.“²⁴² Abgesehen davon, dass die primären Zuordnungsregeln der §§ 1591, 1592, Nr. 1 und Nr. 2 BGB tatsächlich keinen Wahrheitsanspruch erheben können, stünde ein Postulat der „Statuswahrheit“ auch nicht widerspruchsfrei neben den anderen Kennzeichen des Statusprinzips (Klarheit und Generalität, Stabilität und Publizität). Wenn die Realbeziehung vielmehr der Gegenbegriff zum Statusprinzip ist, dann wäre es ein massiver Bruch mit dem Statusprinzip, würde das Familienrecht im Abstammungsrecht die tatsächlichen Lebens- und Abstammungsverhältnisse ermitteln und den Status damit von der Realbeziehung abhängig machen.

Im Unterschied zu den Vertreter*innen der „Statuswahrheit“ verortet *Brock* den mit der „Abstammungswahrheit“ postulierten Anspruch so auch nicht innerhalb des Statusprinzips. Vielmehr sieht sie beide als Gegensätze. Mit Abstammungswahrheit sei eine Orientierung des Rechts an der „biologischen“ Abstammung gemeint. Diese komme aber nicht in jedem Fall zur vollen Entfaltung, weil sie vom Statusprinzip verdrängt werde. Mit den Worten von *Brock*:

„Dass die Eltern-Kind-Zuordnung nicht ausnahmslos dem Prinzip der biologischen Abstammungswahrheit folgt, nimmt das Recht zugunsten des sogenannten Statusprinzips in Kauf.“²⁴³

In diesem Zusammenhang erinnert *Brock* an die „Leitidee des Statusprinzips“, dem Kind „möglichst schnell, leicht, eindeutig und unverrückbar“ rechtliche Eltern zuzuordnen.²⁴⁴ Zwar löst sich auch *Brock* nicht von der

241 *Balzer* in BeckOGK, § 1592 BGB, Rn. 18 mwN.

242 *Balzer* in BeckOGK, § 1592 BGB, Rn. 21.

243 *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 45.

244 Ebd.

Bedeutung der leiblichen Abstammung.²⁴⁵ Immerhin erkennt sie aber das Problem – nämlich, dass ein gesteigerter Fokus auf die „biologische Abstammungswahrheit [...] zu einer Schwächung des Statusprinzips“ führt.²⁴⁶

3. Zwischenfazit

Im Familienrecht ist die dogmatische Bedeutung der leiblichen Abstammung nicht abschließend geklärt. Die einfachgesetzliche Zuordnung einer Mutter knüpft an den Realvorgang der Geburt an, was eine leibliche Verbindung zum Kind begründet. Diese muss jedoch nicht zwingend auf einer genetischen Verbindung qua Eizelle beruhen. Die einfachgesetzliche Zuordnung des Vaters knüpft nicht an Leiblichkeitskriterien an, wird aber in der Literatur als „Abstammungsvermutung“ gelesen. Eine solche Interpretation der Eltern-Kind-Zuordnung als vorrangig an Leiblichkeit und Abstammungswahrheit orientiert führt aber zu Friktionen mit dem tragenden familienrechtsdogmatischen Prinzip des Statusrechts. Die dogmatischen Wirrungen schwappen über die Akzessorietät des Elternrechts auch in das Verfassungsrecht. Dort mehren sich die Unklarheiten, indem der einst ausschließlich gesetzesakzessorisch konzipierte Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG aufgespalten wird und neben den rechtlichen Eltern auch die leiblichen Eltern vollständig in den Schutzbereich einbezogen sein sollen. Dieses Verständnis geht maßgeblich zurück auf Entwicklungen der Rechtsprechung des Ersten Senats, die zunehmend zu einer Verleiblichung des Elternrechts beigetragen haben (II.). Diese Verleiblichungstendenzen führen zu rechtlich unlösbaren Folgeproblemen (III.).

II. Verleiblichungstendenzen im Verfassungsrecht

Zum Bedeutungszuwachs der leiblichen Abstammung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung hat kein geringerer Akteur als das Bundesverfassungsgericht maßgeblich beigetragen. Dreh- und Angelpunkt ist die Bedeutung der leiblichen Vaterschaft. Wenn Literatur und Rechtsprechung heute wie selbstverständlich davon ausgehen, sowohl der rechtliche als auch der leib-

245 So meint auch *Brock*, das Gesetz greife „auf Umstände zurück, die [...] erfahrungsgemäß einen Schluss auf die biologische Abstammung“ zuließen, *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 46.

246 *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 251.

liche Vater seien vom Elternrecht geschützt, ist dieses Verständnis dem Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG jedoch keineswegs in die Wiege gelegt (1.). Seit den späten 1980er Jahren hat das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Kenntnis der Abstammung als schergewichtiges Grundrecht anerkannt (2.). Wenngleich dieses Grundrecht nicht in Art. 6 GG, sondern als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angelegt ist, hat es die Auffassung befördert, dass die leibliche Abstammung von immenser Bedeutung sei. Zum Teil auf dieser Rechtsprechung aufbauend hat das Bundesverfassungsgericht in den vergangenen 20 Jahren außerdem den verfassungsrechtlichen Elternbegriff umgebaut: Bezogen auf die Vaterschaft ist neben den gesetzessakzessorischen Grundrechtsschutz ein eigenständiger Schutz des nur leiblichen Vaters getreten (3.).

1. Verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft

Wer sind die verfassungsrechtlich geschützten Eltern? Diese vermeintlich einfache Frage ist überaus schwer zu beantworten, weil auch verfassungsrechtlich nicht geklärt ist, welche Bedeutung die leibliche Abstammung für den Grundrechtsschutz hat. So beschreibt *Heiderhoff* die Elternschaft im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG als „reale Elternstellung“ und meint damit „freilich eine Lebensrealität und nicht (allein) die genetische oder biologische Verwandtschaft“.²⁴⁷ Demgegenüber lesen andere einen auf die leibliche Abstammung bezogenen Elternbegriff in die Verfassung hinein. *Landenberg-Roberg* beschreibt den „verfassungsgesetzlich anvisierten Grundfall der leiblichen Elternschaft aufgrund eines natürlichen Zeugungsaktes von Mann und Frau“.²⁴⁸ Auch *Vasel* sieht vorrangig „die biologische Elternschaft“ als „Anknüpfungspunkt“ für die verfassungsrechtliche Elternschaft.²⁴⁹ *Coelln* liest schon die Formulierung „natürliches Recht“ als Indiz dafür, dass Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vorrangig die leiblichen Eltern seien.²⁵⁰ Zwar interpretierte das Bundesverfassungs-

247 *Heiderhoff* in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 108.

248 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 729.

249 *Vasel* in Stern/Becker, Art. 6 GG, Rn. 87.

250 „Die Qualifizierung als ‚natürlich‘ in Art. 6 II bringt (primär) zum Ausdruck, dass das Recht prinzipiell an den biologischen Tatbestand der Elternschaft anknüpft“, *Coelln* in Sachs, Art. 6 GG, Rn. 52 mwN. In diese Richtung auch *Leisner-Egensperger* (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn. 39. Zu Recht kritisch zu diesem Wortlautargument aber *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S. 96.

gerichtet diesen Wortlaut eher dahingehend, dass der verfassungsrechtliche Schutz „den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird“.²⁵¹ Gleichwohl lässt sich eine vorrangig biologistische Lesart des Elternrechts nicht von der Hand weisen.²⁵² Diese wird unter anderem auch am Wortlaut festgemacht. Auch wenn der „normtextlichen Zusatzqualifikation als natürliches Recht“ nach Ansicht von *Höfling* „keine überschießende Funktion“ zukomme, verweise die Formulierung doch „auf den ‚natürlichen‘ Vorgang von Zeugung und Geburt“.²⁵³ Dies ist nach *Seiler* „Ausdruck lebensweltlicher Selbstverständlichkeit“.²⁵⁴ Das Recht knüpfe, so auch *Robbers*, „an natürliche Vorgänge an“.²⁵⁵

Hinzukommt, dass das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG überhaupt ein ziemlich „einzigartiges Grundrecht“²⁵⁶ ist. Es wird als „grundrechtsdogmatische Anomalie“²⁵⁷, als „komplexes und in vielerlei Hinsicht irreguläres Grundrecht“²⁵⁸ oder gar als das „Sorgenkind der Grundrechtsdogmatik“²⁵⁹ beschrieben. Das Elternrecht verarbeite „eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgehalte und -impulse“²⁶⁰ und weise „mit Abwehrrechten, Schutzpflichten und Institutsgarantien [...] eine ganze Reihe verfassungsdogmatischer Figuren, Strukturen und Funktionen“ auf, „die seine Einordnung erschweren.“²⁶¹ Zwar wird beschwichtigend eingewendet, dass sich „mit dem Instrumentarium der allgemeinen Grundrechtsdogmatik“ auch das Elternrecht in den Griff bekommen lasse.²⁶² Gleichwohl sei „eine tiefe Verunsicherung über die eigentliche Natur“ von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht

251 BVerfG Urt. v. 9.2.1982 – 1 BvR 845/79 *Schülerberater*, BVerfGE 59, 360, S. 376; BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 100; BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 34 mwN.

252 *Wapler* Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, 57, S. 74. Ähnlich: *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Art. 6 GG, Rn. 46 mwN; *Coelln* in *Sachs*, Art. 6 GG, Rn. 52; *Reimer/Jestaedt* in *BK*, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 176 ff.

253 *Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 15.

254 *Seiler* (2008) Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, S. 47.

255 *Robbers* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 6 GG, Rn. 183 mwN.

256 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 117.

257 *Reimer/Jestaedt* in *BK*, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 66; *Jestaedt* (2021) Ehe, Familie und Erziehung, Rn. 59.

258 *Jestaedt* (2015) Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, S. 80.

259 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 1.

260 *Reimer/Jestaedt* in *BK*, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 142.

261 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 117–118.

262 *Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 13 ff.

von der Hand zu weisen.²⁶³ So erweist sich eben schon die vermeintlich einfache Frage, wer die Personen sind, die das Grundgesetz als „Eltern“ schützt, als herausfordernd in der Beantwortung. *Landenberg-Roberg* fasst es zutreffend zusammen: Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist gekennzeichnet durch eine „schwer zu erfassende Ambivalenz [...] zwischen natürlicher und rechtsgeprägter Freiheitskonzeption“.²⁶⁴

Die dogmatischen Herausforderungen liegen auch an der Akzessorietät des Elternrechts und der damit einhergehenden Verflechtung von Verfassungsrecht und einfachem Recht.²⁶⁵ Das Elternrecht ist als normgeprägtes Grundrecht darauf angewiesen, dass der einfache Gesetzgeber es anerkennt, ermöglicht und ausgestaltet.²⁶⁶ Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung braucht, mit anderen Worten, einfachgesetzliche Rahmenbedingungen, um faktisch lebbar zu sein.²⁶⁷ Ein gesetzesakzessorisches Verständnis des verfassungsrechtlich geschützten Elternrechts hat den Vorteil, dass es nicht zu Friktionen und Inkonsistenzen zwischen dem familienrechtlichen Status und der verfassungsrechtlich geschützten Elternschaft kommen kann. Zugleich ist die konkrete Ausgestaltung der Statuszuordnung einer verfassungsrechtlichen Kontrolle damit jedoch weitgehend entzogen.²⁶⁸ Könnte der Gesetzgeber also bei der Eltern-Kind-Zuordnung theoretisch jedwede Person zum rechtlichen Elternteil machen? Oder gibt es doch verfassungsimmanente Vorgaben, die bei der Ausgestaltung des Abstammungsrechts zwingend zu berücksichtigen sind? *Jestaedt* plädiert in diesem Sinne „für einen eigenständigen verfassungsrechtlichen, nicht mit dem bürgerlich-rechtlichen Elternbegriff identischen Elternbegriff.“²⁶⁹ Auch nach Ansicht von *Leisner-Egensperger* ist die „Bestimmung der Eltern“ eine Aufgabe, „die auf Verfassungsebene zu erfolgen hat“.²⁷⁰ Das Bundesver-

263 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 292.

264 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 293.

265 Für *Leisner-Egensperger* speist sich daraus ein „dogmatisches Dilemma“, weil die Verfassung seit 1949 „im Wortlaut unangetastet“ ist, das Familienrecht jedoch einen enormen Wandel erfahren habe, *Leisner-Egensperger* (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn. 8.

266 *Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 23.

267 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 130. So auch *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 176.

268 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 149 mwN.

269 *Jestaedt* (2018) Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, S. 26; *Jestaedt* (2015) Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, S. 83 f.

270 *Leisner-Egensperger* (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn. 40.

fassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber regelmäßig einen weiten Gestaltungsspielraum zu. Der Gesetzgeber sei aber bei der Ausgestaltung „an die das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG prägenden Strukturmerkmale gebunden“.²⁷¹ Seiler spricht insofern von einem „spannungsgeladenen Doppelcharakter eines sowohl tatsächlich vorstrukturierten als auch rechts- und normgeprägten Grundrechts“, das „erst im Wege einfachrechtlicher Konkretisierung zur vollen Entfaltung gebracht“ werden könne.²⁷²

Wer aber sind nun die Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG? Das Grundgesetz selbst lässt diese Frage unbeantwortet. Historisch galt der Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zunächst der leiblichen Mutter und, nur wenn diese verheiratet war, dem Ehemann der Mutter (aa). Dieser anhand der leiblichen Mutterschaft und der ausschließlich rechtlichen Vaterschaft konturierte Schutzbereich hat durch Gesetzesänderungen im Laufe der Zeit Erweiterungen erfahren. Dies hat das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform angesehen (bb). Bezogen auf die Vaterschaft wird die Akzesorietät des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs jedoch seit geraumer Zeit eingeholt von einem verfassungsimmanenten leiblichen Elternbegriff (cc).

a) Historische Grundkonstellation

In Darstellungen zu Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist die Behauptung verbreitet, dass der Verfassungsgeber die „leiblichen, ehelichen Eltern“ als Grundrechtsträger angesehen habe.²⁷³ Diese Darstellung ist ungenau, denn der verfassungshistorische Elternbegriff ist geschlechtsspezifisch verschieden. Während gebärende Mütter stets als Elternteil im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG angesehen wurden – unabhängig von ihrem Ehestatus und auch unabhängig von einer einfachgesetzlichen Statusnorm –, war verfassungsrechtlich als Vater nur der Ehemann der Mutter anerkannt.

271 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 37. Die Begrifflichkeit taucht im Zusammenhang mit dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erstmals in dieser Entscheidung auf. Strukturmerkmale bzw. Strukturprinzipien der Ehe konturierte das Bundesverfassungsgericht bereits in BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175.

272 Seiler (2008) Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, S. 40 (allerdings allgemein auf Art. 6 GG bezogen).

273 Robbers in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 163; Uhle in BeckOK Grundgesetz, Art. 6 GG, Rn. 58a.

aa) Mutterschaft qua Geburt

„Mater semper certa est“ – das galt bis 1997 nicht nur für das einfache Recht, sondern auch für das Verfassungsrecht. Die Frau, die das Kind zur Welt gebracht hat, war die Mutter, auch wenn das einfache Recht bis 1997 gar keine materiell-rechtliche Zuordnungsnorm enthielt. Der verfassungsrechtliche Schutz der Mutter, der in Art. 6 Abs. 4 GG gesondert bestätigt wird, folgte unmittelbar aus der leiblichen Verbindung zum Kind. Egal, ob die Mutter verheiratet war oder nicht, wurde ihr die Elternverantwortung für das Kind zugewiesen. Das stand auch im Zusammenhang damit, dass die „eheliche Kleinfamilie“ in den Jahren nach 1945 nicht der mehrheitlichen Lebensrealität entsprach.²⁷⁴ Gerade in der Zeit, in der der Parlamentarische Rat das Grundgesetz ausarbeitete, waren alleinerziehende Mütter in der großen Überzahl.²⁷⁵ Für die Abgeordneten gaben die Umstände Anlass, sich vor allem mit der Situation von nichtehelichen Kindern auseinanderzusetzen. Exemplarisch verdeutlicht das ein Redebeitrag der Abgeordneten Nadig:

„Es ist vor wenigen Tagen schon auf den Überschuß von 7 Millionen Frauen hingewiesen worden, den wir zur Zeit haben. Wenn wir daran denken, daß dieser Frauenüberschuss im wesentlichen in der Altersgruppe von 22 bis 45 Jahren liegt, dann wissen wir, daß daraus eine ungeheuer veränderte Form der Lebensgemeinschaft erwachsen wird. Wir müssen damit rechnen, daß wir in Zukunft eine Mutter-Familie bekommen, und wir haben alle Veranlassung, dem unehelichen Kind rechtlich wirklich die Gleichstellung mit dem ehelichen Kind zu geben.“²⁷⁶

274 Was aber nicht dazu führte, dass sich familiäre Verbindungen damit – wie oft befürchtet – aufgelöst hätten. Im Gegenteil waren Familie und Verwandtschaft dadurch sogar bestärkt worden, vgl. Nave-Herz Eine kleine Geschichte des soziologischen Familienbegriffs, NZFam 2018, 1057, S. 1059 mwN.

275 Durch den Krieg hatten unzählige Kinder ihre Eltern verloren. „Tatsache ist, daß durch Krieg und Nachkriegszeit in Deutschland 1,4 Millionen Voll- und Teilwaisen zurückgeblieben sind.“ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 1330 ff. Auf die zahlreichen elternlosen Kinder nach dem Krieg wies auch der Abgeordnete Seebohm (DP) hin und forderte eine Anweisung an den Gesetzgeber, die Adoptionsregeln für diese Kinder zu erleichtern. *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 610.

276 *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 601 f.

Art. 6 Abs. 5 GG ist das Ergebnis dieser Bemühungen. Das soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Bürgerlichen Gesetzbuch noch viele Jahrzehnte staatliche Bevormundungen von Müttern in Kraft waren.²⁷⁷ Die verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft war für Frauen historisch nicht mit vollwertigen Rechten gegenüber dem Kind verbunden. Innerhalb der Ehe waren die Befugnisse der Mutter zum Sorgerecht durch Vorrechte des Vaters beschränkt.²⁷⁸ Die nicht verheiratete Mutter wurde nicht von ihrem Ehemann, sondern vom Staat bevormundet. Auch sie war in ihrer Sorgebefugnis auf den Bereich der Personensorge beschränkt. In Vermögensangelegenheiten durfte sie das Kind nicht vertreten. Dem nichtehelichen Kind wurde von Amts wegen ein Vormund bestellt.²⁷⁹ Ab 1970 wurden diese Vorgaben gelockert, jedoch erst mit der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 ganz abgeschafft.²⁸⁰

Als Trägerin des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG stand die alleinerziehende nicht verheiratete Mutter jedoch zu keiner Zeit in Zweifel. In historischer Perspektive ist der verfassungsrechtliche Elternbegriff für die Mutterschaft mithin – mangels einfach-gesetzlicher Zuordnungsnorm – allein durch die leibliche Verbindung begründet. Der historische Normalfall war insofern nicht die „eheliche, leibliche“, sondern allein die leibliche Mutterschaft.

bb) Die doppelt statusakzessorische Vaterschaft

Anders als die leibliche Mutterschaft war die verfassungsrechtlich geschützte Vaterschaft historisch auf die eheliche Vaterschaft beschränkt. Für einen Mann war der verfassungsrechtliche Elternbegriff mithin doppelt akzessorisch: Nur der Ehemann konnte rechtlicher Vater werden und nur der rechtliche Vater war vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG um-

277 Vgl. *Schwab* (1997) Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, S. 790 ff.

278 Vgl. *Berneike* (1995) Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, S. 24 ff.; *Peschel-Gutzeit* Die geschichtliche Entwicklung der Vaterstellung im deutschen Recht seit 1900, FPR 2005, 167, S. 167 f.

279 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 361 f.; *Peschel-Gutzeit* Die geschichtliche Entwicklung der Vaterstellung im deutschen Recht seit 1900, FPR 2005, 167, S. 169 mwN.

280 *Plett* (2021) Das unterschätzte Familienrecht, S. 132 mwN.

fasst. Der nur leibliche Vater war hingegen lange Zeit ein „juristischer Niemand“.²⁸¹

(1) Rechtliche Vaterschaft im BGB von 1900

Man muss sich dazu die rechtliche Situation klarmachen, die schon die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches geprägt hatte, das zum 1. Januar 1900 in Kraft getreten war. Das Recht sah damals nur für Kinder, die in eine Ehe hineingeboren wurden, einen rechtlichen Vater vor.²⁸² § 1589 Abs. 2 BGB a.F. schrieb fest: Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt. Schon damals argumentierte der Autor des BGB-Familienrechtsbuchs, *Gottlieb Planck*, mit der leiblichen Verbindung zwischen Vater und Kind, die er allerdings in konträrer Weise zur heutigen Auffassung interpretierte. Er war überzeugt, dass die leibliche Verbindung zwischen Vater und Kind keinerlei Näheverhältnis begründet:

„Die durch die Natur zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Erzeuger geknüpften Bande führen in den wenigsten Fällen zu einer innigeren Verbindung zwischen beiden. Meistens steht der Vater dem unehelichen Kinde gleichgültig und fremd gegenüber. Er betrachtet dasselbe als eine Last und hat kein Interesse an dem Wohlergehen, der körperlichen und geistigen Ausbildung des Kindes. An dem Familienleben und an dem Vermögen ihres Vaters nehmen die unehelichen Kinder in den seltensten Fällen unmittelbaren Antheil [...]. Es ermangeln hier völlig die faktischen und sittlichen Voraussetzungen für die Begründung familien- und erbrechtlicher Beziehungen“.²⁸³

Was zu welcher Zeit als „natürlich“ angesehen wird, unterliegt kulturellen, gesellschaftlichen und politischen Einflüssen. Und so dürfte es schon damals unter dem Deckmantel der „Natur“ eher um sittliche und auf den Schutz der Ehe bedachte Erwägungen gegangen sein, weswegen eine nicht-eheliche Vaterschaft im Recht verhindert werden sollte. So führt *Planck*

281 *Pauli* (2016) Der sogenannte biologische Vater, S. 2. Soweit *Höfling* behauptet, die „Grundrechtssubjektivität des Vaters“ sei „umstritten“ gewesen (*Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 69 mwN), ist dem zu widersprechen. Die fehlende Grundrechtsträgerschaft des nichtehelichen Vaters war vielmehr eindeutig.

282 Zu den historischen Hintergründen vgl. *Gietl* (2014) Abstammung, S. 52 ff. mwN.

283 *Planck* (1983 [1876 - 1887]) Familienrecht. T. 2. Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, S. 612 [1598].

weiter aus, dass „namentlich in den unteren Volksklassen, die Ehelosigkeit und das Konkubinat befördert werde“, wenn außerhalb einer Ehe eine rechtliche Vaterschaft ermöglicht würde.²⁸⁴ Eine nichteheliche Vaterschaft war selbst dann ausgeschlossen, wenn „Liebe und Zuneigung zu dem Kinde oder der Wunsch, dessen Lage zu verbessern“, die Motivation des Vaters waren.²⁸⁵ Eine gemeinsame rechtliche Elternschaft von nicht miteinander verheirateten Eltern blieb bis 1970 rechtlich unmöglich.²⁸⁶

(2) Diskussion zum leiblichen Vater im Parlamentarischen Rat

Als knapp ein halbes Jahrhundert nach Inkrafttreten des BGB die Mitglieder des Parlamentarischen Rates 1948/1949 zusammenkamen, gelangten sie – trotz zwischenzeitlich geführter Reformdiskussionen²⁸⁷ – zu keiner anderen Auffassung über die verfassungsrechtliche Bedeutung des nur leiblichen Vaters. Zwar diskutierten die Abgeordneten intensiv über die rechtliche Gleichstellung von nichtehelichen Kindern. Dabei ging es ihnen aber vornehmlich um die Verantwortungsverteilung für die kindliche Erziehung zwischen Staat und Familie, nicht um verschiedene Vaterschaftskonstellationen.²⁸⁸

Einzelne Abgeordnete der SPD wollten ein Grundrecht auf Verwandtschaft ins Grundgesetz bringen. So forderte etwa die Abgeordnete *Friederike Nadig*, dass auch ein nichtehelicher leiblicher Vater und sein Kind als miteinander verwandt gelten sollten – dies, so *Nadig*, sei „doch wohl das natürlichste Recht“ überhaupt.²⁸⁹ Auch die Abgeordnete *Elisabeth Selbert* forderte eine rechtliche Verwandtschaft zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater. Sie verwies dazu auf die „Tatsächlichkeiten des Lebens“ und führte aus:

284 *Planck* (1983 [1876 - 1887]) Familienrecht. T. 2. Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, S. 613 [1599].

285 Ebd.

286 *Scheiwe* (2022) Familie, Gesellschaft und Familienrecht, S. 291 f.

287 Vgl. *Deichfuß* (1991) Abstammungsrecht und Biologie; *Schubert* (1986) Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichteelichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts.

288 *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 613 ff.; *Kallikat* (2021) Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, S. 88; *Wapler* (2015) Kinderrechte und Kindeswohl, S. 108.

289 „Es ist doch wohl das natürlichste Recht, daß das Kind mit seinem Vater, selbst wenn er gesetzlich nur ‚Erzeuger‘ genannt wird, verwandt ist. Darum ist es notwendig, das jetzt auch in die Grundrechte hineinzunehmen.“ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 602.

„Es hieße, am Leben unserer Zeit vorbeigehen, wenn wir nicht klar sehen, daß sich heute außerhalb der Ehe bereits neue Lebensformen bilden, die keineswegs als unmoralisch oder nicht zu billigen anzusehen sind. Man kann den Millionen Frauen nicht den Anspruch auf ein eigenes Liebesglück, auch nicht auf das Glück eines Kindes absprechen. Wir werden in absehbarer Zeit ein ganz gewaltiges Ansteigen der Ziffern der unehelichen Kinder erleben. [...] – Tatsache ist es schon jetzt.“²⁹⁰

Für *Selbert* ging es dabei vor allem um die finanzielle Versorgung des Kindes, für die der leibliche Vater ihrer Ansicht nach die Verantwortung übernehmen sollte. Die Abgeordnete wies darauf hin, dass der Staat nicht dafür sorgen könne, eheliche und nichteheliche Kinder tatsächlich gleichzustellen, wie es in Art. 6 Abs. 5 GG seinen Niederschlag finden sollte:

„Man will dem unehelichen Kind weitestgehende Fürsorge des Staates zuteil werden lassen, in einer Zeit, in der die Staaten um ihre Existenz ringen, in der die Finanzlage des Staates so ist, daß er sehr oft seinen einfachen Aufgaben nicht gerecht werden kann. Da zeigen Sie mir einmal einen Weg, wo die ausreichenden Mittel zur Verfügung stehen sollen, um dem unehelichen Kind alle sozialen Bedingungen zuteil werden zu lassen, um ihm dieselben Lebensbedingungen wie dem ehelichen zu geben. Ich sehe auch nicht ein, warum hier der Staat belastet werden soll, um auf der anderen Seite den Erzeuger zu entlasten. Ich sehe eine viel wichtigere Aufgabe darin, das Gefühl der Verantwortung des Erzeugers wie auch der unverehelichten Mutter gegenüber dem unehelichen Kind zu heben.“²⁹¹

Aus diesem Grund forderte *Selbert*, „daß das uneheliche Kind mit seinem Erzeuger, mit seinem Vater als verwandt gelten soll“, um dadurch unter anderem ein Erbrecht sowie einen Anspruch auf Unterhalt zu bekommen.²⁹² Mit der rechtlichen Vaterschaft sollten aus Sicht der Abgeordneten jedoch keine gleichen Elternrechte verbunden sein. Ein Sorgerecht des nichtehelichen Vaters lehnte sie ab:

„Ich bin keineswegs der Meinung, daß man darüber hinaus dem Vater auch alle Rechte einräumen sollte, [...]. Wo zwei reife und verantwortungsbewußte Menschen ein gemeinsames Kind haben, auch wenn es

290 *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, S. 1341.

291 *Ebd.*

292 *Ebd.*

außerhalb der Ehe geboren ist, ist das gar kein Problem. Da wird die unverehelichte Mutter dem Erzeuger jederzeit die Möglichkeit geben, in die Erziehung des Kindes hineinzureden. Aber da das Kind nun einmal außerhalb der Lebenssphäre des unehelichen Erzeugers steht und in der persönlichen Sphäre der Mutter aufwächst, seine persönlichen Beziehungen allein zu der Mutter hat, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das gesetzliche Vertretungsrecht und das Personensorgerecht bei der Mutter liegen muß.“²⁹³

Bekanntlich ist Art. 6 Abs. 2 GG im Ergebnis ohne eine solche Klarstellung in Kraft getreten. Mithin war die verfassungsrechtliche Vaterschaft historisch keine „leibliche, eheliche“, sondern allein die eheliche Vaterschaft. Der Elternbegriff war für den Vater ein statusakzessorischer und kein leiblicher.²⁹⁴ Freilich mag die leibliche Abstammung vom Ehemann unterstellt worden sein.²⁹⁵ Gerade in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, als der Parlamentarische Rat tagte, dürfte es jedoch nicht wenige Kinder gegeben haben, die nicht vom Ehemann der Mutter abstammten oder erst nach der Geburt durch spätere Heirat der Mutter mit einem anderen Mann als ehelich legitimiert wurden. Der Punkt ist: Der nur leibliche Vater war bei Entstehung des Grundgesetzes kein Grundrechtsträger.²⁹⁶ Er stand weder unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG noch konnte er aus dem einfachen Recht eine Statusposition gegenüber dem Kind ableiten.

293 *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (2009) Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, S. 1341 f.

294 Diesem Befund entspricht die damalige Rechtsprechung. 1949 bestätigte der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone in Köln: „[D]ie blutmäßige Abstammung ist [...] kein Rechtsverhältnis, sondern eine Tatsache“, OGHBrZ Köln NJW 1949, 750, S. 754. Auf „Druck der Literatur“ hat der Bundesgerichtshof ab 1952 Feststellungsklagen über die „blutmäßige Abstammung“ zugelassen, vgl. dazu die Darstellung bei Meyer (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 48 ff.

295 Sanders weist auf die historische Formulierung von § 1591 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (1900) hin, die explizit auf die Beiwohnung abstellte und damit die leibliche Verbindung zwischen Vater und Kind stärker betonte als die heutige Zuordnung qua Ehe, vgl. Sanders (2018) Mehrelternschaft, S. 39 ff.

296 Ausführlich mit Verweisen auf das Schrifttum der damaligen Zeit Landenberg-Robert (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 363 ff. mwN.

b) Erweiterung durch einfach-gesetzliche Änderungen

Den ersten Schritt in Richtung Pluralisierung der verfassungsrechtlichen Elternschaft machte der Gesetzgeber, als er im Zuge der ersten großen Kindschaftsrechtsreform die Möglichkeiten der rechtlichen Vaterschaft erweiterte.²⁹⁷ § 1589 Abs. 2 BGB a.F., der seit 1900 die Nichtverwandtschaft des Kindes mit seinem nichtehelichen Vater statuierte, wurde gestrichen. Die Vaterschaft des nichtehelichen Kindes konnte fortan mit dem neu eingeführten § 1600a BGB (inzwischen a.F.) anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden. Dem gesetzesakzessorischen Verständnis der Vaterschaft im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG entsprechend waren nunmehr auch der nichteheliche Vater und der gerichtlich festgestellte Vater vom Schutzbereich umfasst – eben als rechtliche Väter. Die verfassungsrechtlich geschützte Vaterschaft wurde dadurch jedoch nicht zu einer leiblichen. Sie blieb vielmehr gesetzesakzessorisch und stimmte insofern immer mit dem Status der Eltern-Kind-Zuordnung überein. Ob das Kind vom anerkennenden Vater abstammte, wurde und wird genauso wenig überprüft wie bei der ehelichen Vaterschaft.

Im Zuge der zweiten großen Kindschaftsrechtsreform trat im Jahr 1998 eine neue Fassung des Abstammungsrechts in Kraft, derzufolge erstmals die Mutterschaft in § 1591 BGB statusrechtlich normiert wurde. Dadurch wurde auch die verfassungsrechtliche Mutterschaft gesetzesakzessorisch.²⁹⁸

Gewandelt hat sich auch, welche Elternkonstellationen verfassungsrechtlich als geschützt angesehen werden. Das Bundesverfassungsgericht sah es 2003 noch als erwiesen an, dass Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „nur eine Mutter und ein Vater“ sein könnten.²⁹⁹ Daraus folgte das verfassungsrechtliche Schrifttum: „Nicht als Eltern in Betracht kommen zwei Männer oder zwei Frauen“.³⁰⁰ Ebenfalls im Jahr 2003 führte der Gesetzgeber für gleichgeschlechtliche Paare das Rechtsinstitut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft ein.³⁰¹ Im weiteren Verlauf ermöglichte

297 Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (Nichtehelichengesetz - NEhelG) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1243).

298 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16.12.1997 (BGBl. I S. 2942).

299 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 101.

300 *Burgi* (2011) Elterliches Erziehungsrecht, S. 1285.

301 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.2.2001 (BGBl. I S. 266).

der Gesetzgeber im Jahr 2005 auch die Stiefkindadoption in eingetragenen Lebenspartnerschaften.³⁰² Dadurch konnten nunmehr nicht nur faktisch, sondern auch statusförmig gleichgeschlechtliche Elternschaften entstehen.

Wenngleich manche Stimmen die Verfassungsmäßigkeit dieser Gesetzesänderung in Zweifel zogen,³⁰³ stellte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zur Sukzessivadoption 2013 klar, dass auch diese gesetzlich begründete gleichgeschlechtliche Elternschaft vom Schutzbereich des Elternrechts umfasst ist:

„Sofern das einfache Recht die rechtliche Elternschaft zweier gleichgeschlechtlicher Partner begründet, sind diese auch im verfassungsrechtlichen Sinne als Eltern anzusehen. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt nicht nur verschiedengeschlechtliche Eltern, sondern schützt auch zwei Elternteile gleichen Geschlechts.“³⁰⁴

Darin, dass zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes Homosexualität noch unter Strafe stand, sah der Erste Senat keinen Grund, gleichgeschlechtlichen Eltern den Schutz des Elternrechts zu versagen. Vielmehr habe für den Gesetzgeber eine rechtliche Elternschaft von zwei Personen gleichen Geschlechts „schlicht außerhalb des damaligen Vorstellungshorizonts“³⁰⁵ gelegen. Der Erste Senat verwies damit auf die „Grenzen der damaligen Vorstellungswelt“. Inzwischen jedoch habe sich „gegenüber der Situation bei Inkrafttreten des Grundgesetzes“ nicht nur das Gesetz, sondern „auch die Einstellung der Gesellschaft zur Gleichgeschlechtlichkeit und der Lebenssituation gleichgeschlechtlicher Paare erheblich gewandelt“.³⁰⁶ Dementsprechend sei mittlerweile auch die gleichgeschlechtliche Elternschaft vom Schutzbereich des Elternrechts umfasst.³⁰⁷

302 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3396).

303 „Die durch die Stiefkindadoption ausgelöste Gleichberechtigung beider Lebenspartner mit Blick auf das leibliche Kind eines der beiden Partner führt dem Institut der Stiefkindadoption keine verfassungsrechtliche Legitimation zu, sondern löst, gerade im Gegenteil, den verfassungsrechtlichen Legitimationsbedarf erst aus, bedarf also ihrerseits der Rechtfertigung vor der Verfassung“, *Jestaedt* (2015) Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, S. 84.

304 BVerfG Ur. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 77, Rn. 48.

305 BVerfG Ur. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 79, Rn. 55.

306 Ebd.

307 *Britz* Gleichgeschlechtliche Elternschaft, StAZ 2016, 8, S. 10, Herv. im Orig.; BVerfG Ur. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 78, Rn. 51.

Tonangebend bei dieser Schutzbereichserweiterung war jedoch nicht das Bundesverfassungsgericht, worauf *Britz* zutreffend hinweist.³⁰⁸ Es hat lediglich einen Wandel nachvollzogen, den zuvor schon der Gesetzgeber einfachrechtlich manifestiert hatte. Insofern blieb die verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft auch weiterhin Gesetzesakzessorisch. Das änderte sich erst durch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, auf die unter 3. einzugehen ist. Zuvor geht es jedoch um das Recht auf Kenntnis der Abstammung, das der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts seit Ende der 1980er Jahre als Grundrechtsposition etabliert hat.

2. Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist heute nicht mehr wegzudenken aus Diskussionen zur rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung. Es wird als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verortet, ist jedoch keine verfassungsrechtliche Besonderheit. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat aus Art. 8 EMRK ein Recht des Kindes auf persönliche Identität und Entwicklung abgeleitet, wozu die Kenntnis der Abstammung zählt.³⁰⁹ Zentral für die Bedeutung, die dem Kenntnisrecht heute im abstammungsrechtlichen Diskurs in Deutschland zugeschrieben wird, ist ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1989. Mit diesem Urteil hat das Gericht die Kenntnis der leiblichen Abstammung zu einem grundrechtlichen Anspruch ausgeformt. Die Annahme, dass die Kenntnis der leiblichen Vorfahren rechtlich relevant sei, ist jedoch viel älter. Bereits im Jahr 1935 – und sicherlich nicht losgelöst vom Abstammungsdiskurs jener

308 *Britz* Gleichgeschlechtliche Elternschaft, StAZ 2016, 8, S. 9.

309 Vgl. EGMR 13.7.2006 – 58757/00 *Jäggi gegen die Schweiz*; EGMR 16.6.2011 – 19535/08 *Pascaud gegen Frankreich*. Diese menschenrechtliche Garantie geht in ihrem Gewährleistungsgehalt jedoch nicht über die Maßgaben des Grundgesetzes hinaus. Gleiches gilt für Art. 7 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention (KRK), der jedem Kind „soweit möglich“ ein Recht gewährt, „seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden.“ Der Wortlaut ist mit der Formulierung „soweit möglich“ bewusst restriktiv gehalten. Hintergrund für diese Formulierung waren Einwände von Staaten, in denen Adoptionsverfahren unter völliger Anonymität der leiblichen Eltern möglich waren, vgl. *Schmahl* in NomosKommentar Kinderrechtskonvention, Art. 7/8, Rn. 8 mwN. Soweit sich aus Art. 8 KRK ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner leiblichen Abstammung ableiten ließe, würde diese Gewährleistung abermals nur im Rahmen der nationalen Gesetze anerkannt, vgl. ebd., Rn. 12 mwN.

Zeit³¹⁰ – hatte das Kammergericht entschieden, dass ein Kind „in jedem Fall ein Interesse an der Klärung seiner blutmäßigen Abstammung“ habe und dass demgegenüber „alle anderen Gesichtspunkte zurückzutreten“ hätten.³¹¹ Seither wurde das Kenntnisrecht in der Literatur und seit den 1970er Jahren auch gerichtlich thematisiert und konturiert.³¹²

Nachfolgend steht der verfassungsrechtliche Schutz der Kenntnis der Abstammung im Fokus. Seine Entwicklung lässt sich anhand von drei Phasen nachzeichnen. Bis Ende der 1970er Jahre galt die Statussicherheit als persönlichkeitsrechtlich höheres Gut des Kindes. Ab den 1980er Jahren setzte eine Wende zu Gunsten der Abstammungswahrheit ein, die maßgeblich mit dem Recht auf Kenntnis der Abstammung begründet wurde. Interessanterweise gaben zu dieser Entwicklung aber Fälle den Anlass, die gar kein persönlichkeitsrechtliches Problem von Kindern enthielten. Vielmehr wurde mit dem Kenntnisrecht argumentiert, um Statuskorrekturen zu ermöglichen (a). In einer zweiten Phase konturierte das Bundesverfassungsgericht das Kenntnisrecht weiter – und entkoppelte die Kenntnis der Abstammung von der statusrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung (b). Die dritte Phase lässt sich als Demontierung des Kenntnisrechts beschreiben. Immer dann, wenn Menschen nämlich tatsächlich versuchten, Kenntnis über ihre Abstammung zu erlangen, erwies sich der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG als nicht durchschlagend (c).

a) Von der Statussicherheit zur Statuswahrheit

Das Kenntnisrecht wird in aktuellen Darstellungen zumeist in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1989 verortet. In dieser Entscheidung hatte der Erste Senat zwar maßgeblich auf das Recht auf Kenntnis der Abstammung abgestellt und es aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung

310 Lesenswert dazu *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 122 ff.

311 Kammergericht in DJ 1935, 1150 zitiert nach: KG Beschl. v. 24.2.1966 – 1 W 3402/65, NJW 1966, 1320, S. 1321 f., in der das Kammergericht diese Ansicht nicht aufrecht erhalten hat.

312 Eine Übersicht zur historischen Entwicklung des Kenntnisrechts geben unter anderem *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 345 ff., *Helms* (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 32 ff. und *Meyer* (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 39 ff. Kritisch zur Menschenwürdeverankerung des Kenntnisrechts schon *Frank* Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?, FamRZ 1988, 113, S. 118.

mit Art. 1 Abs. 1 GG herausgebildet. Der Entscheidung lag jedoch ein Fall zu Grunde, in dem das Wissen um die Abstammung des Kindes gar nicht relevant war.

aa) Ausgangsfallkonstellation

Die Antragstellerin³¹³ war eine erwachsene Frau, deren rechtlicher Vater der Ehemann ihrer Mutter war. Ihr leiblicher Vater war aber ein anderer Mann, mit dem die Frau sich familiär auch verbunden fühlte. Als Erwachsene wollte sie nun eine Statuskorrektur herbeiführen und statt des Ehemannes der Mutter ihren leiblichen Vater zum rechtlichen Vater machen. Die Mutter und der Ehemann waren damit einverstanden. Auch der leibliche Vater stimmte zu. Allein das Gesetz verhinderte die Statuskorrektur, denn eine Vaterschaftsanfechtung war zum damaligen Zeitpunkt nur möglich, wenn entweder die rechtlichen Eltern geschieden waren oder die Ehe aufgehoben bzw. für nichtig erklärt worden war. Ein eheliches Kind konnte seine rechtliche Zuordnung zu einem Vater also nicht korrigieren, so lange die Ehe der Eltern intakt war. Im Fall der Antragstellerin wollten die Eheleute jedoch verheiratet bleiben. Das Bundesverfassungsgericht sah 1989 im fehlenden Recht des Kindes auf Statuskorrektur eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, namentlich in seiner Ausprägung als „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung“.³¹⁴

bb) Kontextualisierung

Mit Fragen der Divergenz von Abstammungs- und Statuswahrheit befasste sich das Bundesverfassungsgericht 1989 nicht zum ersten Mal. Bis dahin hatte es jedoch stets zu Gunsten des Statuserhalts entschieden und das Interesse an der leiblichen Abstammung als weniger bedeutend gewichtet.

313 Der Fall gelangte über einen konkreten Normenkontrollantrag zum Bundesverfassungsgericht, daher wird hier die Parteibezeichnung des Ausgangsgerichts beibehalten.

314 In einem weiteren Fall, der ebenfalls das Anfechtungsrecht des ehelich geborenen Kindes betraf, bestätigte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1994 die persönlichkeitsrechtliche Gewährleistung des Kenntnisrechts, vgl. BVerfG Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90, BVerfGE 90, 263.

1973 hatte der Zweite Senat ausgeführt, das Familienrecht gewährleiste „im Interesse des Kindes und des Familienfriedens“ nicht in jedem Fall, „daß die Abstammungsverhältnisse zutreffend klargestellt werden.“³¹⁵ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei legitimerweise begrenzt durch das Interesse an Rechtssicherheit und daran, dass Statusverhältnisse nicht für unbestimmte Zeit veränderbar sein sollen.³¹⁶

Der Vorrang, den das Bundesverfassungsgericht der Statuskontinuität und Statussicherheit vor der Statuswahrheit einräumte, kommt noch deutlicher in einem Beschluss des Ersten Senats aus dem Jahr 1974 zum Ausdruck. Darin ging es um einen Ehemann, dessen Frau mit einem anderen Mann ein Kind gezeugt hatte – was der Ehemann wusste. Auf Grund der Ehe mit der Mutter war der Ehemann jedoch der rechtliche Vater des Kindes geworden. Nachdem die Ehe rechtskräftig geschieden war, das Kind war inzwischen etwa drei Jahre alt, wollte der Ex-Ehemann die Vaterschaft anfechten. Die Anfechtungsfrist war aber längst abgelaufen. Das Bundesverfassungsgericht sah in dieser Rechtslage kein verfassungsrechtliches Problem. Es stellte die verschiedenen Interessen des anfechtenden Vaters, der Mutter und des Kindes gegenüber. Im Ergebnis bewertete es das Interesse des Kindes am Fortbestand des einmal begründeten Statusverhältnisses als gewichtiger als die Zuordnung anhand der leiblichen Abstammungsverhältnisse. Ein Kind habe zwar, so der Erste Senat, auch ein Interesse an der Klärung seiner leiblichen Abstammung. Es habe jedoch

„vor allem ein selbständiges Interesse daran, daß möglichst frühzeitig und endgültig Gewißheit über seine familienrechtliche Stellung besteht. Der Personenstand des Kindes mit seinen vielfachen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Auswirkungen darf nicht für unbegrenzte Zeit in der Schwebe bleiben und in Frage gestellt werden können.“³¹⁷

Der Erste Senat befürchtete andernfalls eine Gefahr für das Kindeswohl. Das Kind könne im Falle der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung „erhebliche seelische Erschütterungen“ erleiden und „seine Stellung in der

315 BVerfG Beschl. v. 8.5.1973 – 2 BvL 5, 6, 7, 13/72 *Nichteheliche Vaterschaft und Versäumnis der Berufungsfrist*, BVerfGE 35, 41, S. 48.

316 BVerfG Beschl. v. 8.5.1973 – 2 BvL 5, 6, 7, 13/72 *Nichteheliche Vaterschaft und Versäumnis der Berufungsfrist*, BVerfGE 35, 41, S. 49.

317 BVerfG Beschl. v. 4.12.1974 – 1 BvL 14/73 *Ehelichkeitsanfechtung*, BVerfGE 28, 241, S. 251. Das entsprach auch der Auffassung des Bundesgerichtshofs zu jener Zeit, vgl. etwa BGH Beschl. v. 27.11.1974 – IV ZB 42/73, Rn. 22.

Gesellschaft eine Minderung“ erfahren.³¹⁸ Damals erachtete das Bundesverfassungsgericht also nicht „die Unkenntnis oder das Leben mit der Abstammungsunwahrheit“ als persönlichkeitsrechtliche Beeinträchtigung, sondern die nachträgliche Beseitigung des Eltern-Kind-Status. Das Interesse des Kindes, „als eheliches Kind in der Familie aufzuwachsen, in die es hineingeboren ist“, überwiege das Interesse „an der genauen Feststellung seiner Abstammung“.³¹⁹ Dieses Interesse des Kindes bestehe auch nach der Trennung der Eltern und nach Auflösung der Ehe fort. Denn der Status der Ehelichkeit sei „regelmäßig vorteilhafter“ als die Stellung als nichteheliches Kind „des wirklichen Erzeugers“. Besonders widerspreche es dem Kindeswohl, so der Erste Senat, den Status des Kindes „an das Schicksal der Ehe der Eltern zu binden“.³²⁰

Insofern kennzeichnete das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1989 tatsächlich eine Trendwende, indem der Erste Senat erstmals der Statuswahrheit den Vorrang vor der Statusbeständigkeit einräumte.

cc) Der Bundesgerichtshof als Wegbereiter

Das Bundesverfassungsgericht war bei genauer Betrachtung jedoch nicht Initiator dieser Trendwende. Es bestätigte verfassungsrechtlich nur, was der Bundesgerichtshof schon einige Jahre zuvor entschieden hatte. 1980 bildete der Bundesgerichtshof das Recht des Kindes „auf Feststellung seiner blutmäßigen Abstammung“ als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus „Art. 1 und 2 GG“ heraus.³²¹

In dem Anlassfall ging es um ein Kind, eine gewollt alleinerziehende Mutter und einen Vater, der den Behörden nicht bekannt war. Wurde zur damaligen Zeit (und bis ins Jahr 1998) ein Kind nichtehelich geboren und war ein Vater den Behörden unbekannt, trat automatisch eine sogenannte Amtspflegschaft des örtlichen Jugendamtes ein. Das Jugendamt vertrat das Kind unter anderem bei der Vaterschaftsfeststellung und der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen. Die Mutter hatte in diesen Bereichen keine Vertretungsbefugnis für ihr Kind, konnte also insbesondere nicht verhindern, dass das Jugendamt Ermittlungen darüber anstellte, wer der

318 BVerfG Beschl. v. 4.12.1974 – 1 BvL 14/73 *Ehelichkeitsanfechtung*, BVerfGE 28, 241, S. 251.

319 Ebd.

320 Ebd.

321 BGH Beschl. v. 11.11.1981 – IVb ZB 783/81, NJW 1982, 381, S. 382.

Vater des Kindes sei.³²² Im konkreten Fall beantragte die Mutter, die Amtspflegschaft für ihr Kind aufzuheben. Sie wollte den Namen des Vaters nicht angeben. Dazu trug sie vor, dass sie über Vermögen und monatliche Einkünfte von rund 12.000 DM verfügte, der Unterhalt des Kindes mithin gesichert sei. Zudem hatte die Mutter ein notarielles Testament errichtet, in dem sie das Kind zu ihrem Alleinerben eingesetzt hatte. Ebenfalls beim Notar hatte sie einen Umschlag hinterlegt, der den Namen des Vaters enthielt und der im Falle ihres Todes geöffnet werden sollte. Das Jugendamt wollte den Vater dennoch ermitteln und gerichtlich feststellen lassen – und brachte den Fall bis zum Bundesgerichtshof.

Der Bundesgerichtshof gab dem Jugendamt Recht und erhielt die Amtspflegschaft aufrecht. Mit materiellen Nachteilen durch den unbekannten Vater konnte das Gericht seine Entscheidung jedoch nicht begründen. Die Mutter hatte dargelegt, dass ihrem Kind trotz fehlendem zweiten Unterhaltsschuldner keine finanziellen Nachteile entstünden und das Kind darüber hinaus auch für den Fall ihres Todes abgesichert sei. Mit der statismäßigen Feststellung eines Vaters hätte sich die rechtliche Situation des Kindes dahingehend also nicht verbessert. Der Bundesgerichtshof stellte indessen auf die ideellen Interessen des Kindes ab. Der Tätigkeitsbereich des Amtspflegers verfolge „nicht allein wirtschaftliche Interessen des Kindes“, sondern diene auch „dessen Recht auf Feststellung seiner blutmäßigen Abstammung“.³²³ Als weitere Gründe für die persönlichkeitsrechtliche Bedeutung der leiblichen Abstammung führte der Bundesgerichtshof aus:

„Auf Grund einer rechtsverbindlichen Klärung der Abstammung wird der Name des Vaters [...] im Geburtenbuch des Kindes vermerkt. Ohne die Klärung der Vaterschaft kann das Kind weiter in Gefahr geraten, unwissentlich eine blutschänderische Beziehung einzugehen oder die Eheverbote des § 4 EheG zu übertreten [...]. Nicht zuletzt ist in Betracht zu ziehen, daß die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes durch die

322 Die juristische Diskussion über die Frage, ob die Mutter eines nichtehelichen Kindes verpflichtet ist, den Namen des Vaters zu nennen, reicht weit in die Geschichte zurück. Lange Zeit galt der Schutz der Intimsphäre der Mutter als vorrangig gegenüber den Kindesinteressen, etwa nach materieller Absicherung. Selbst zur Zeit des Nationalsozialismus wurde eine Auskunftspflichtung der Mutter überwiegend verneint. Das änderte sich erst mit der ersten großen Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1969, vgl. *Meyer* (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 53 f. und *Kleineke* (1976) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, S. 147 ff.

323 BGH Beschl. v. 11.11.1981 – IVb ZB 783/81, NJW 1982, 381, S. 382.

Ungewissheit über den Vater gehemmt werden kann [...]. Schließlich kann es im Krankheitsfall für das Kind auf die Kenntnis anlagemäßig bedingter Komponenten von der Vaterseite ankommen“.³²⁴

Das Gericht trug mithin zahlreiche praktische Konsequenzen zusammen, die sich aus der fehlenden Abstammungskennntnis ergeben könnten. Man muss sich allerdings fragen, ob es dem Bundesgerichtshof tatsächlich um die persönlichkeitsrechtlichen Anliegen des Kindes ging – es war zum Zeitpunkt der Entscheidung gerade ein Jahr alt – oder um die Durchsetzung staatlicher Eingriffsbefugnisse gegenüber einer finanziell unabhängigen und gewollt alleinerziehenden Mutter. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs stieß jedenfalls auf Kritik, unter anderem weil das Gericht die Grundrechte der Mutter überhaupt nicht in seine Erwägungen einbezogen hatte.³²⁵ Konsequenz der Entscheidung waren vermehrte Klagen von Jugendämtern, die alleinerziehende Mütter verpflichten wollten, die unbekannt gebliebenen leiblichen Väter ihrer Kinder zu benennen.³²⁶

dd) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 1989

In seinem Urteil aus dem Jahr 1989 übernahm der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Auffassung, dass das Wissen um die eigene Abstammung ein „konstitutiver Faktor“ des Individuums und damit persönlichkeitsprägend sei. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

„Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann [...]. Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung.“³²⁷

Dabei sei die Kenntnis der Abstammung mehr als genetische Information und zugleich psychologisch bedeutend für die Selbstfindung:

324 BGH Beschl. v. 11.11.1981 – IVb ZB 783/81, NJW 1982, 381, S. 382.

325 *Deichfuß* Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutsmäßigen (genetischen) Abstammung?, NJW 1988, 113-117, S. 113 („kaum nachzuvollziehen“, „harte Entscheidung“).

326 Vgl. *Meyer* (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 26 ff.

327 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 268.

„Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein. Insofern hängt der Persönlichkeitswert der Kenntnis auch nicht von dem Maß an Aufklärung ab, das die Biologie derzeit über die Erbanlagen des Menschen, die für seine Lebensgestaltung bedeutsam sein können, zu vermitteln vermag. Bei Individualitätsfindung und Selbstverständnis handelt es sich vielmehr um einen vielschichtigen Vorgang, in dem biologisch gesicherte Erkenntnisse keineswegs allein ausschlaggebend sind. Als Individualisierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Daher umfaßt das Persönlichkeitsrecht auch die Kenntnis der eigenen Abstammung.“³²⁸

Mit diesen Worten etablierte der Erste Senat ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.

ee) Kritische Würdigung

Dass der Senat ein solches Gewicht auf das Persönlichkeitsrecht und das Wissen um die eigene genealogische Verortung legte, ist überraschend. Besonders, da es im konkreten Fall 1989 keinen Anlass gab, eine Persönlichkeitsbeeinträchtigung der Antragstellerin auf Grund fehlender Kenntnis anzunehmen. Manche vermuteten damals, dass es dem Bundesverfassungsgericht weniger um Fälle der Vaterschaftskonkurrenz ging, sondern dass der Erste Senat mit der Entscheidung einen richtungsweisenden Beitrag zur Diskussion um die Reproduktionsmedizin habe leisten wollen.³²⁹ Die 1980er Jahre waren in Deutschland geprägt von intensiven juristischen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der heterologen Insemination.

328 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 268-269.

329 Giesen Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 364; Deichfuß (1991) Abstammungsrecht und Biologie, S. 128; Helms (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 50. Auch der Fragenkatalog, mit dem das Bundesverfassungsgericht damals Stellungnahmen von Sachverständigen einholte, enthielt eine Frage zur Bedeutung der Vorlagefrage „für die Problematik der sogenannten heterologen Insemination“, Giesen Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 364, S. 366.

Dabei spielte das Kenntnisrecht des Spendekindes³³⁰ eine zentrale Rolle. Möglicherweise wollte der Senat hier also einen rechtspolitischen Akzent setzen. Das könnte auch erklären, warum er das Kenntnisrecht aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ableitete und als ein solches Schwergewicht herausbildete.

Statusrechtlich folgte aus dem Urteil von 1989, dass dem Kind ein eigenes Recht zur Vaterschaftsanfechtung zustehen müsse. Das Kind solle im Erwachsenenalter selbst bestimmen können, ob es den Ehemann der Mutter als nicht-leiblichen Vater behalten oder den leiblichen Vater als rechtlichen Vater im Geburtenregister eintragen lassen wolle. Das Ausgangsgericht und der Erste Senat hätten die konkrete Antragstellerin übrigens auf die Erwachsenenadoption verweisen können. Dieser Weg hätte ihr die Eintragung beider Väter als rechtliche Väter ermöglicht.³³¹ Auch dass diese gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Erwachsenenadoption nicht erwogen wurde, spricht dafür, dass das Bundesverfassungsgericht den (inhaltlich dafür kaum geeigneten) Ausgangsfall nutzen wollte, um mit Blick auf einen anderen Zusammenhang eine Grundsatzentscheidung zu treffen.

Das Bundesverfassungsgericht forderte jedenfalls keine Gesetzesänderung der primären Eltern-Kind-Zuordnung. Das Kenntnisrecht war nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts in den 1980er Jahren zu einem Vehikel der Statuswahrheit geworden. Mit dem Kenntnisrecht wurden das Anfechtungsrecht erwachsener Kinder und Ermittlungsbefugnisse der Jugendämter zur Feststellung der Vaterschaft begründet.

b) Die Entkoppelung der Kenntnis vom Status

Diese Bedeutung des Kenntnisrechts, die dem Kenntnisrecht durch die Rechtsprechung 1989 verliehen wurde, änderte sich fundamental mit einem Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr

330 Es wird gemeinhin von „Spenderkindern“ gesprochen, wenn Menschen gemeint sind, die durch eine reproduktionsmedizinische Kinderwunschbehandlung mittels Samenspende einer dritten Person entstanden sind. Der Begriff „Spenderkind“ rückt die Bedeutung des Spenders ins Zentrum, um die es aber nicht in erster Linie gehen sollte. Wollte man die Perspektive des betroffenen Kindes ins Zentrum rücken, das durch eine Keimzellspende entstanden ist, erschiene die Bezeichnung als „Spendekind“ zutreffender.

331 Vgl. §§ 1767, 1770 BGB (auch in der damals geltenden Fassung). Die Erwachsenenadoption ermöglicht mithin eine rechtliche Mehrelternschaft.

2007.³³² Mit dieser Entscheidung entkoppelte das Bundesverfassungsgericht das Kenntnisrecht nämlich vom Status.

Das Verfahren betraf ein im Jahr 1994 geborenes Kind. Der Verfassungsbeschwerdeführer hatte die Vaterschaft anerkannt und bis 1997 mit dem Kind und der Mutter zusammengelebt. Im Jahr 2001 focht der Mann seine Vaterschaft erstmalig an. Zur Begründung legte er ein Gutachten vor, das ihm eine Zeugungsfähigkeit von 10 Prozent attestierte. Die Familiengerichte wiesen seinen Antrag jedoch zurück.³³³ Daraufhin gab der Beschwerdeführer 2002 heimlich einen sogenannten Vaterschaftstest in Auftrag. Das gendiagnostische Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass das Kind einhundertprozentig nicht von ihm abstammte.³³⁴ Daraufhin leitete der Mann erneut ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren ein – und blieb damit abermals durch alle Instanzen hinweg erfolglos. Schließlich erhob er Verfassungsbeschwerde.

Der Erste Senat mobilisierte das Kenntnisrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses gewährleiste, so das Bundesverfassungsgericht, auch „das Recht eines Mannes auf Kenntnis der Abstammung des ihm rechtlich zugeordneten Kindes“.³³⁵ Wenngleich das Bundesverfassungsgericht dem Wissen um die Abstammungsverhältnisse auch hier eine persönlichkeitsrechtliche Relevanz zubilligte,³³⁶ beschränkte es zugleich dessen statusrechtliche Wirkmacht. Zur Gewährleistung gehöre, dass dem Mann ein Verfahren zur Verfügung stehe, um „die Abstammung eines Kindes von ihm klären und feststellen zu lassen.“³³⁷ Insofern habe der Gesetzgeber

„unter Verletzung seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG unterlassen, einen Verfahrensweg zu eröffnen, auf dem das Recht auf Kenntnis der Abstammung in angemessener Weise geltend gemacht und durchgesetzt werden kann.“³³⁸

332 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 207.

333 Ebd.

334 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 208.

335 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 225.

336 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 226. Kritisch dazu Schwab: „Den Sprung vom Recht auf Kenntnis der *eigenen* Abstammung zum Recht auf Kenntnis der Abstammung *einer anderen* Person absolviert das Bundesverfassungsgericht ohne großen Begründungsaufwand.“ Schwab (2009) Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung, S. 770, Herv. im Orig.

337 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 226.

338 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 227.

Dazu bedürfe es aber keiner Statuskorrektur. Dem Beschwerdeführer müsse es zwar möglich sein, die Abstammung des ihm rechtlich zugeordneten Kindes zu klären. Ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren entspräche dem alleinigen Kenntnisinteresse jedoch auf Grund „seines überschießenden Zieles der rechtlichen Trennung vom Kind“³³⁹ nicht.³⁴⁰ Im Ergebnis verhalf der Erste Senat dem Verfassungsbeschwerdeführer also nicht zu seinem Ziel, sich aus der Elternverantwortung für das nicht von ihm abstammende Kind zu lösen. Vielmehr bestätigte das Gericht die Ausgangsentscheidungen. Das Bundesverfassungsgericht gab dem Gesetzgeber auf,

„einen Verfahrensweg zu eröffnen, der dem Recht auf Kenntnis und Feststellung der Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zur Verwirklichung verhilft, ohne dies zwingend mit einem Anfechtungsverfahren zu verbinden.“³⁴¹

Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2007 eine weitere Wende im Verhältnis von Status und Kenntnis vollzogen: Es entkoppelte die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung vom Wissen um die leiblichen Abstammungsverhältnisse. Die Rechtsprechung von 1989 – von der Statuskontinuität zur Statuswahrheit – hat der Erste Senat damit umgeschrieben: zurück zur Statuskontinuität *und* von der Statuswahrheit zur Abstammungswahrheit.

c) Die Relativierung des Kenntnisrechts

In allen bisher dargestellten Fällen war die Kenntnis der Abstammung ein Vehikel, um damit anderweitige Rechtsansprüche durchzusetzen: Der Staat verfolgte monetäre Interessen (BGH 1980) und erwachsene Personen (denen ihre leibliche Abstammung bekannt war) wollten mit der Schwereichtigkeit des Kenntnisrechts eine Statuskorrektur erwirken (BVerfG 1989, 1997, 2007). Daneben gab es Fallkonstellationen, in denen „Kinder“³⁴²

339 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 237.

340 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 234 ff.

341 BVerfG Urt. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05, BVerfGE 117, 202, S. 242. Der Gesetzgeber hat diese Vorgabe mit dem Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren umgesetzt. Seither gewährt § 1598a BGB eine statusunabhängige Feststellung der Abstammungsverhältnisse.

342 Es waren freilich erwachsene Verfassungsbeschwerdeführerinnen, die hier in Bezug auf ihre Eltern als Kind bezeichnet werden.

tatsächlich auf der Suche nach ihrem leiblichen Vater waren und wissen wollten, von wem sie biologisch abstammten. Bemerkenswerterweise hat das Bundesverfassungsgericht das Kenntnisrecht aber gerade in diesen Fällen kaum zur Geltung gebracht und im Laufe der Jahre immer weiter relativiert. Lediglich in einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 1988³⁴³ wertete das Bundesverfassungsgericht das Wissenwollen eines Kindes als wichtigeren Grundrechtsbelang, der sich gegen das Interesse der Mutter durchsetzte, den Vater nicht zu benennen. In einem Senatsbeschluss aus dem Jahr 1997 stellte das Bundesverfassungsgericht jedoch klar, dass dem Kenntnisrecht kein genereller Vorrang vor den Interessen der anderen Beteiligten zukommt. Auch gegen einen potentiellen leiblichen Vater gewährt das Kenntnisrecht keinen Anspruch auf Mitwirkung an einer Vaterschaftsklärung. Die Schwergewichtigkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat sich damit für Menschen, die aus persönlichen Gründen wissen wollten, von wem sie abstammten, gerade nicht realisiert.

aa) Keine Auskunftspflicht der Mutter

Das Bundesverfassungsgericht war zwei Mal mit Verfassungsbeschwerden in Fällen befasst, in denen Töchter von ihren Müttern wissen wollten, wer ihre leiblichen Väter seien.³⁴⁴ Für ihr Kenntnisinteresse machten sie persönliche und finanzielle Gründe geltend. Sie wollten erfahren, ob ihnen Erb- oder Erbersatzansprüche gegen die unbekannten Väter zustünden. Zudem wollten sie, dass ihr jeweiliger Vater in ihren Personenstandsbüchern und -urkunden genannt werde. In den jeweiligen Ausgangsverfahren hatten die Töchter ihre Mütter wirksam auf Auskunft in Anspruch genommen; die Mütter weigerten sich jedoch, die Väter zu benennen und erhoben Verfassungsbeschwerden.

Die erste Verfassungsbeschwerde der nicht auskunftsbereiten Mutter nahm die 1. Kammer des Ersten Senats im Jahr 1988 nicht zur Entscheidung an. Die Kammer begründete den Nichtannahmebeschluss damit, dass dem Persönlichkeitsrecht der Mutter das Persönlichkeitsrecht des Kindes gegenüberstehe, „wobei grundsätzlich die Kindesinteressen aufgrund der Wertentscheidung des Verfassungsgebers vorrangig“ seien.³⁴⁵

343 BVerfG Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 18.1.1988 – 1 BvR 1589/87.

344 Ebd. sowie BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56.

345 BVerfG Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 18.1.1988 – 1 BvR 1589/87, juris, Rn. 3.

Was der Senat mit dem Urteil zum Kenntnisrecht aus dem Jahr 1989 zunächst bestätigte, bewertete er 1997 jedoch anders. In diesem Fall machte die Mutter geltend, dass mehrere Männer als leibliche Väter in Frage kommen könnten. Diese seien inzwischen verheiratet und lebten in intakten Familien. Sie wollte diese deshalb nicht benennen.³⁴⁶ Der Erste Senat stellte fest, dass das Kenntnisrecht „kein bestimmtes Ergebnis“ für die Frage vorgebe, ob die Tochter einen Anspruch gegen die Mutter auf Benennung des Vaters habe. Dies sei vielmehr „vom Gesetzgeber oder von den Gerichten bei der Wahrnehmung ihrer aus den Grundrechten folgenden Schutzpflicht zu entscheiden.“³⁴⁷ In diesem Zusammenhang unterstrich das Gericht:

„Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt zwar auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verleiht aber kein Recht auf Verschaffung solcher Kenntnisse, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe schützen.“³⁴⁸

Insbesondere, so der Erste Senat weiter, sei das Kenntnisrecht auch abzuwägen gegen die Grundrechtspositionen der weiteren Betroffenen. Einen Vorrang des Kenntnisrechts des Kindes lehnte das Bundesverfassungsgericht ab. Es gab den Zivilgerichten vielmehr auf, eine einzelfallbezogene Abwägung aller betroffenen Grundrechte vorzunehmen. Insbesondere die von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Privatsphäre der Mutter sah das Gericht als beeinträchtigt an, wenn sie zur Benennung der Männer verurteilt würde, mit denen sie während der gesetzlichen Empfängniszeit Geschlechtsverkehr hatte.³⁴⁹ Den Gerichten und dem Gesetzgeber stehe hier „ein weiter Spielraum für die Abwägung zur Verfügung.“³⁵⁰

bb) Keine Mitwirkungspflicht des potentiellen leiblichen Vaters – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2016

Eine noch deutlichere Konturierung und im Ergebnis Beschränkung erfuhr das Kenntnisrecht durch ein Urteil des Ersten Senats im Jahr 2016.

346 BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 57.

347 BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 63.

348 Ebd.

349 BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 61 f.

350 BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 63.

(1) Ausgangsfallkonstellation

Die Verfassungsbeschwerdeführerin war im Jahr 1950 als nichteheliches Kind geboren worden.³⁵¹ Seit Jahrzehnten beschäftigte sie die Frage, wer ihr leiblicher Vater sei. Es gab einen Mann, der ihre Geburt gegenüber dem Standesamt angezeigt hatte, ohne sich selbst jedoch als Vater einzutragen zu lassen. Dieser Mann sei der leibliche Vater, so hatte es der Beschwerdeführerin ihre im Jahr 1972 verstorbene Mutter mitgeteilt. Allerdings war ebendieser Mann bereits im Jahr 1954 rechtskräftig nicht als rechtlicher Vater festgestellt worden. Im Namen der damals vierjährigen Beschwerdeführerin war ein Feststellungsverfahren geführt worden, um die „blutsmäßige Abstammung“ zu klären. Nach einem Gutachten kam der besagte Mann aufgrund von Bluteigenschaften zwar als leiblicher Vater in Betracht. Ein zweites, anthropologisch-erbbiologisches Gutachten gelangte aber zum Ergebnis, dass die leibliche Vaterschaft eines anderen Mannes nicht ausgeschlossen war.³⁵² Im Jahr 2009, also fast 60 Jahre später, wollte die Beschwerdeführerin ihre Abstammung endlich klären. Sie forderte den Mann, den ihre Mutter als leiblichen Vater benannt hatte, dazu auf, in einen DNA-Test einzuwilligen. Dieser lehnte jedoch ab. Daraufhin versuchte die Beschwerdeführerin, ihn im gerichtlichen Wege zur Probenabgabe zu verpflichten. Ihren Anspruch stützte sie auf eine verfassungs- und menschenrechtskonforme Auslegung von § 1598a BGB. Dem erteilten jedoch die Fachgerichte und schließlich auch das Bundesverfassungsgericht eine Absage.

(2) Die Entscheidung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts bestätigte das Kenntnisrecht als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, relativierte es aber in der Abwägung mit zahlreichen entgegenstehenden Grundrechten.

Im Ausgangspunkt sah der Senat die „erhebliche Bedeutung“, die die Kenntnis der eigenen Abstammung für die individuelle Persönlichkeitsentwicklung haben könne. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

351 Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 189 f.

352 Die „Einrede des Mehrverkehrs“ war zu jener Zeit eine verbreitete Verteidigungsstrategie von leiblichen Vätern, um nicht als rechtliche Väter des Kindes festgestellt zu werden. Die Aussagekraft von solchen anthropologisch-erbbiologischen Gutachten gilt heute als gering, vgl. *Pauli* (2016) Der sogenannte biologische Vater, S. 14 f.

„Die Möglichkeit, sich als Individuum nicht nur sozial, sondern auch genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen, kann im Bewusstsein der einzelnen Person eine Schlüsselstellung für ihre Individualitätsfindung wie für ihr Selbstverständnis und ihre langfristigen familiären Beziehungen zu anderen einnehmen. Umgekehrt kann die Unmöglichkeit, die eigene Abstammung zu klären, die einzelne Person erheblich belasten und verunsichern.“³⁵³

Diese Persönlichkeitsrelevanz des Wissens um die eigene Abstammung stellte der Erste Senat 2016 jedoch sehr viel nuancierter dar als 1989. Das Bundesverfassungsgericht stützte sich nun auf Erkenntnisse, die aus verschiedenen Fachrichtungen über die Bedeutung des Wissens um die eigene Abstammung vorlagen. Dabei wurde deutlich, dass es kaum gesicherte empirische Erkenntnisse darüber gibt, ob und in welchem Maße die Kenntnis oder das Nichtwissen Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentwicklung eines Menschen haben können. Deutlich wurde aber eine gewisse

„Diskrepanz [...] zwischen der im juristischen Diskurs der Kenntnis der eigenen Abstammung zugemessenen herausragenden Bedeutung und der (entwicklungs-)psychologisch feststellbaren Bedeutung dieser Kenntnis für die Persönlichkeitsentwicklung und Identitätsfindung.“³⁵⁴

Die Sachverständigen bestätigten, „dass die Unaufklärbarkeit der eigenen Abstammung die Entfaltung der Persönlichkeit im Einzelfall stark belasten kann.“³⁵⁵ Welche allgemeinen Schlüsse für eine abstrakte Regelung daraus gezogen werden sollten, sei damit jedoch nicht vorgezeichnet.

Das bestätigte vorangehende Entscheidungen: Das Recht auf Kenntnis der Abstammung ist stets abzuwägen mit anderen betroffenen Grundrechtspositionen. Das Bundesverfassungsgericht betonte insofern auch 2016 „weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielräume“ des Gesetzgebers – vor allem, wenn es „um die Berücksichtigung widerstreitender Grundrechte geht“.³⁵⁶ Für die Frage, wie dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gesetzgeberisch Rechnung zu tragen sei, müsse der Gesetzgeber eine Vielzahl unterschiedlicher Interessen gewichten. Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes seien, so das Bundesverfassungsgericht, „gegenläufige Grundrechte der Personen“ zu berücksichtigen,

353 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 202 f., Rn. 35 mwN.

354 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 196, Rn. 21.

355 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 203, Rn. 37.

356 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 205, Rn. 40 mwN.

„die durch ein Abstammungsklarungsverfahren beeinträchtigt werden.“³⁵⁷ „Welche und wessen Grundrechte“ das sind und „in welchem Maße“ sie betroffen sind, „hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.“³⁵⁸

Potentiell betroffen seien zunächst die Grundrechte der Mutter. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter schütze diese darin,

„geschlechtliche Beziehungen nicht offenbaren zu müssen, sondern selbst darüber zu befinden, ob, in welcher Form und wem sie Einblick in ihre Intimsphäre und ihr Geschlechtsleben gibt.“³⁵⁹

Auf den gleichen Schutz kann sich auch der potentielle leibliche Vater beziehen.³⁶⁰ Zu dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht zählte das Bundesverfassungsgericht auch ein Recht auf Nichtkenntnis eines Nachkommens:

„Es mag ein Mann, dessen einstige geschlechtliche Beziehung zur Mutter offen liegt, in der berechtigten Annahme gelebt haben, nicht Vater des Kindes zu sein, insbesondere weil eine frühere Abstammungsbegutachtung [...] zur Verneinung seiner Vaterschaft geführt hat. Auch die Annahme eines Mannes, nicht der leibliche Vater eines bestimmten Kindes zu sein, kann Einfluss auf sein Selbstverständnis haben.“³⁶¹

Zu den weiteren betroffenen Grundrechten „des Mannes, dessen leibliche Vaterschaft gegen seinen Willen geklärt werden soll“, zählte der Erste Senat dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG³⁶² sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG³⁶³. Zudem könne „die Abstammungsklä rung den zur Mitwirkung verpflichteten Mann und seine Familie in ihrem durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familienleben beeinträchtigen“, wozu schon der von außen an die Familie herangetragene Verdacht einer Abstammungsbeziehung geeignet sei.³⁶⁴ Diese potentiellen Grundrechtsbeeinträchtigungen könnten zudem noch „eine erhebliche personelle Streubreite entfalten“. Das sei etwa der Fall, wenn das Recht eine statusfolgenlose Klärung der Abstammung auch außerhalb bestehender Eltern-Kind-Bezie-

357 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 208, Rn. 49.

358 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 209, Rn. 50.

359 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 210, Rn. 53.

360 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 211 f., Rn. 58.

361 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 213 f., Rn. 62 mwN.

362 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 211, Rn. 56.

363 Allerdings sei dies nur ein „geringfügiger Eingriff“, BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 211, Rn. 57.

364 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 212, Rn. 59.

hungen und quasi „ins Blaue hinein“ ermögliche.³⁶⁵ Dem könne der Gesetzgeber zwar vorbeugen, indem er „besondere Voraussetzungen“ für einen statusunabhängigen Klärungsanspruch normiere. Der Gesetzgeber könne etwa auch verlangen, „dass Umstände erkennbar sind, die auf die Möglichkeit der leiblichen Vaterschaft des in Anspruch genommenen Mannes schließen lassen.“ Das Bundesverfassungsgericht sah durch diese Vorkehrungen die Gefahr einer Grundrechtsbeeinträchtigung der dadurch Betroffenen jedoch nicht verringert, sondern sogar noch gesteigert:

„Denn die gerichtliche Verpflichtung zur Mitwirkung an der Abstammungsuntersuchung setzte dann voraus, dass – auch dem Gericht – die leibliche Vaterschaft aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte möglich erschiene. Das implizierte zwangsläufig, dass auch eine geschlechtliche Beziehung des Mannes zur Mutter des Kindes, aus der das Kind hervorgegangen sein könnte, möglich wäre. Aus Sicht der betroffenen potenziellen Elternteile wäre das wiederum auch deshalb problematisch, weil sich die damit verbundene Beeinträchtigung ihrer Privat- und Intimsphäre selbst dann nicht erledigte, wenn die Abstammungsuntersuchung ergäbe, dass der Mann das Kind nicht gezeugt hat. Denn damit wäre lediglich die leibliche Vaterschaft, nicht aber die zuvor in einem gerichtlichen Verfahren konstatierte Möglichkeit einer geschlechtlichen Beziehung zwischen dem vermeintlich leiblichen Vater und der Mutter des Kindes widerlegt.“³⁶⁶

Dem Kenntnisrecht des Kindes stehe, so das Bundesverfassungsgericht, auch das Recht des Kindes (!) und seiner rechtlichen Familie auf Schutz des Familienlebens aus Art. 6 Abs. 1 GG entgegen.³⁶⁷ Indem dem Kind die Information über seine Abstammung verwehrt bleibe, könne zwar nicht verhindert werden, „dass das Kind Verdacht über seine Abstammung von einem anderen Mann schöpft“, und auch nicht, „dass es diesen Verdacht in der Familie zur Sprache bringt.“ Der Schutz des Familienlebens sei aber gewährleistet, indem verhindert werde,

„dass die Frage der leiblichen Vaterschaft aus der Familie hinausgetragen und vor einem staatlichen Gericht erörtert wird. Weil in dem Prozess eine selbständige, von dem vorangehenden Verhalten der Beteiligten unabhängige Gefahr für das Familienleben liegt, bietet die Verwehrung ei-

365 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 212 f., Rn. 60 f.

366 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 213, Rn. 61.

367 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 214 f., Rn. 63 f.

nes Abstammungsklarungsverfahrens dem Familienleben der rechtlichen Familie einen gewissen Schutz.“³⁶⁸

Hinzu komme die Besonderheit, dass „das Gewicht der betroffenen Grundrechtspositionen“ nicht pauschal vorab durch den Gesetzgeber und auch nicht durch die Gerichte bestimmt werden könne, „weil streitige Abstammungsverhältnisse vor ihrer förmlichen Aufklärung stets ungewiss sind“.³⁶⁹

Mit diesen Erwägungen und in Anbetracht der Vielzahl von betroffenen Grundrechtspositionen, die dem Kenntnisrecht des Kindes entgegenstehen (können), kam das Bundesverfassungsgericht 2016 zu dem Ergebnis, dass sich aus dem Kenntnisrecht der Verfassungsbeschwerdeführerin kein Anspruch ableiten lasse, den auskunftsverwehrenden potentiellen leiblichen Vater zu einer Klärung der Abstammung zu verpflichten.

cc) Kritische Würdigung

Weil die Menschenwürde nicht relativierbar ist, schrieb man dem Kenntnisrecht mit seiner Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG eine gewisse Trumpfwirkung zu.³⁷⁰ Seit dem Urteil von 2016 ist diese Auffassung jedoch deutlich relativiert worden. Das Kenntnisrecht ist seither ein anschauliches Beispiel für das Abwägungserfordernis des Gesetzgebers und im Streitfall auch der Gerichte, wenn verschiedene Grundrechtspositionen unterschiedlich berührt sind.

Welche Grundrechte betroffen sein können, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem letzten Senatsurteil zum Kenntnisrecht sehr kleinteilig zusammengetragen. Die konkrete Gewichtung und Abwägung hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab.³⁷¹ Dabei überzeugt die fallbezogene Einzelfallprüfung des Ersten Senats jedoch nicht ganz. So warf der Senat allerlei Grundrechte als Gegengewichte zum Anliegen der Verfassungsbeschwerdeführerin in die Waagschale, die bei näherer Betrachtung für den konkret zu entscheidenden Einzelfall jedoch gar nicht einschlägig waren. Das Familienleben der Verfassungsbeschwerdeführerin mit ihrer

368 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 214–215, Rn. 64 mwN.

369 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 208, Rn. 49.

370 Für ein „absolutes Recht jedes Menschen auf Kenntnis seiner natürlichen Abstammung“: *Mansees* Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, NJW 1988, 2984. Kritisch dagegen: *Deichfuß* Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmäßigen (genetischen) Abstammung?, NJW 1988, 113, S. 114 f.

371 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 209, Rn. 50.

rechtlichen Familie³⁷² etwa war nicht betroffen, weil ihre Mutter als einziger rechtlicher Elternteil schon seit Jahrzehnten tot war. Auch der Grundrechtsschutz für den „Mann, dessen leibliche Vaterschaft gegen seinen Willen geklärt werden soll“, war im konkreten Fall nicht derart gefährdet, wie es das Bundesverfassungsgericht konstruierte. Der Schutz dieses Mannes vor einer Abstammungsuntersuchung „ins Blaue hinein“³⁷³ war in diesem konkreten Einzelfall nicht nötig. Die Verfassungsbeschwerdeführerin hatte ja gerade nicht „ins Blaue hinein“ behauptet, sondern konkrete Anhaltspunkte dafür vorgetragen, warum der besagte Mann mutmaßlich ihr Vater sei. Zudem erachtete das Gericht auch den „allerdings geringfügigen Eingriff in das Recht des zur Mitwirkung verpflichteten Mannes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)“ für erwähnenswert.³⁷⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat im Ergebnis die zahlreichen Grundrechte nicht einzeln und vor allem nicht bezogen auf den konkreten Einzelfall gewürdigt. Es vermengte sie vielmehr zu einem „Allerlei“ eines Gesamtgegengewichts.³⁷⁵ Dadurch hat das Bundesverfassungsgericht – am Paradebeispiel einer Frau, die durch die fehlende Kenntnis ihrer Abstammung eine erhebliche Beeinträchtigung in ihrem Persönlichkeitsrecht vorgetragen hatte – das Kenntnisrecht relativiert und als schwergewichtiges Grundrecht entkräftet.

Im Ergebnis ist das zu begrüßen, weil sich zeigte, dass schon im Grundsatz zweifelhaft ist, welche Bedeutung die leibliche Abstammung für die Persönlichkeitsentwicklung hat.

d) Gesetzgeberische Konsequenzen

Das Bundesverfassungsgericht hatte das Kenntnisrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG einst kreiert, um damit ein eigenes Recht des Kindes auf Statuskorrektur zu ermöglichen. Daraufhin führte der Gesetzgeber ein Anfechtungsrecht des Kindes ein, das unabhängig vom Fortbestand der elterlichen Ehe ist.³⁷⁶ Ebenfalls in Folge der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung haben Mitglieder einer rechtlichen

372 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 214, Rn. 63.

373 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 211, Rn. 55 ff.

374 BVerfG Urt. v. 19.4.2016 – 1 BvR 3309/13, BVerfGE 141, 186, S. 211, Rn. 57.

375 Vgl. *Chebout* (2016) „Karlsruher Allerlei“ statt Vatertag, Verfassungsblog.

376 Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942).

Familie seit 2008 gemäß § 1598a BGB einen gegenseitigen Anspruch auf Einwilligung in eine Abstammungsuntersuchung.³⁷⁷ Diese statusfolgenlose Klärung der Abstammung setzt eine rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung zwingend voraus,³⁷⁸ berührt diese aber nicht in ihrem Fortbestand. Die Statusbeziehung bleibt vielmehr erhalten, auch wenn die Abstammungsuntersuchung ergibt, dass keine genetische Abstammung vorliegt.³⁷⁹

Während das Bundesverfassungsgericht das Kenntnisrecht stets an Fällen konturiert hat, in denen Kinder auf „natürlichem“ Wege gezeugt wurden, hat das Kenntnisrecht inzwischen vor allem für Kinder Bedeutung erlangt, die mittels Samenspende entstanden sind. Der Bundesgerichtshof hat Spendekindern aus dem Kenntnisrecht einen Anspruch zugesprochen, zu erfahren, von wem sie genetisch abstammen.³⁸⁰ Dem ist der Gesetzgeber gefolgt: Kinder, die vermuten oder wissen, dass sie mit Hilfe einer Samenspende entstanden sind, haben seit Juli 2018 einen Auskunftsanspruch gemäß § 10 Samenspenderregistergesetz (SaRegG).³⁸¹

Die Konturierung der Grundrechtsposition, die das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil aus dem Jahr 2016 vorgenommen hat, ist in der familienrechtlichen Entwicklung mithin nicht angekommen. Stattdessen hat sich das Recht dort verselbstständigt und wird die Schwergewichtigkeit des Kenntnisrechts nicht in Frage gestellt. Vielmehr wird sogar gefordert, das Kenntnisrecht zu erweitern.³⁸² Das ist konsequent, denn wenn die Kenntnis der leiblichen Abstammung persönlichkeitsprägende Relevanz haben soll, lässt sich das Rechtsanliegen freilich nicht nur auf die männliche Abstammung beziehen, die jedoch in allen Entscheidungen des Bun-

377 Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008 (BGBl. I S. 441).

378 Für einen nur leiblichen Vater ist es aber über Umwege möglich, eine Abstammungsuntersuchung zu erzwingen, indem er nämlich in einem Umgangsverfahren die Abstammung inzident klären lassen kann, vgl. § 167a Abs. 2 FamFG.

379 Sehr kritisch dazu *Helms* (2011) Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, S. 114 ff.

380 BGH Urt. v. 28.1.2015 – XII ZR 201/13.

381 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 21. Juli 2017 (BGBl. I S. 2513).

382 So schlägt *Straub* etwa vor, eine gesetzliche Verpflichtung für alle Eltern einzuführen, derzufolge sie ihr Kind „über die Zeugungsumstände“ aufklären sollen. Zudem sollte ihrer Ansicht nach eine „isolierte Möglichkeit zur Abstammungsfeststellung in Bezug auf die genetischen Eltern“ geschaffen werden, vgl. *Straub* (2020) Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht, S. 457 f.

desverfassungsgerichts im Zentrum stand. Vielmehr wären auch die Eizelle sowie die Schwangerschaft und Geburt als maßgebliche Zeugungsbeiträge potentiell relevante Kenntnisaspekte.³⁸³ In dieser Tendenz wird etwa in der familienrechtlichen Literatur gefordert, das statusunabhängige Kenntnisrecht auch für die genetische Mutterschaft zu etablieren und die Eizellspende wie die Samenspende in einem zentralen Register zu dokumentieren.³⁸⁴ Dadurch wird dem Kenntnisrecht jedoch eine erhebliche Bedeutung zugemessen, obwohl es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 2016 deutlich relativiert wurde.

3. Verfassungswandel: Die sukzessive Einschreibung des leiblichen Vaters in den Schutzbereich des Elternrechts

Wie verhält sich das Grundgesetz, das 1949 in Kraft getreten ist, zu gesellschaftlichen und politischen Veränderungen? Wie weit reicht die sogenannte Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG? Und ab wann sind die Grenzen zulässiger Verfassungsinterpretation überschritten? Vom Verfassungswandel ist die Rede, wenn – ohne dass es eine textliche Änderung gab – der ursprüngliche Sinn einer Verfassungsnorm verändert wird.³⁸⁵ Dem Grundgesetz wird eine gewisse Entwicklungsoffenheit zugeschrieben.³⁸⁶ Es verlange, so etwa *Wapler*, „keine Musealisierung seiner Normen auf dem ethisch-sittlichen Stand von 1949“.³⁸⁷ Die Interpretation „kann sich weiterentwickeln, wenn sich die gesellschaftlichen Verhältnisse wandeln.“³⁸⁸ Damit korrespondiert die Verpflichtung, die grundrechtlichen Gewährleistungen „so zu interpretieren, dass sie ihre Ziele unter den jeweiligen Umständen erreichen können.“³⁸⁹

383 *Schwab* (2009) Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung, S. 769.

384 Dazu etwa *Straub* (2020) Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht, S. 456 et passim; *Sitter* (2017) Grenzüberschreitende Leihmutterschaft, S. 151.

385 *Voßkuhle* Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, *Der Staat* 2004, 450, S. 451 f. mwN; *Michael* Die verfassungswandelnde Gewalt, *RW* 2014, 426, S. 433 ff.

386 *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S. 88 mwN.

387 *Wapler* Anmerkung zu BGH, *Beschl.* vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, *FamRZ* 2017, 1861, S. 602.

388 Ebd.

389 *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S. 88.

Historisch und die längste Zeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren der einfachrechtliche und der verfassungsrechtliche Elternbegriff deckungsgleich. Der nur leibliche Vater war historisch wie oben (1.) gezeigt nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG einbezogen. Zwar mag es heute als selbstverständlich erscheinen, dass der leibliche Vater eines Kindes Träger des Elternrechts ist. Diese Rechtsmeinung ist jedoch das Ergebnis eines Verfassungswandels, den der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2003 einleitete³⁹⁰ und seither als rechtspolitischer Akteur vorangetrieben hat.

Vorab ist zu sagen, dass das Bundesverfassungsgericht schon in seiner vorherigen Rechtsprechung nicht immer trennscharf zwischen leiblicher und rechtlicher Abstammung unterschieden hat. So prägte der Erste Senat im Jahr 1968 den bis heute vielzitierten Satz:

„Der Verfassungsgeber geht davon aus, daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.“³⁹¹

Diese Formel legt ein biologisch begründetes Elternverständnis nahe, indem sowohl auf die Zeugungsvoraussetzung als auch auf eine „natürlich“ begründete Verantwortungsbereitschaft der Eltern abgestellt wird. Gemeint war aber ein gesetzesakzessorisches Verständnis der verfassungsrechtlichen Elternschaft, die vor allem auf die Elternverantwortung gerichtet sein sollte. Die Entscheidung aus dem Jahr 1968 betraf eine Konstellation, in der es um die Adoption eines Kindes ging. Die „einem Kinde das Leben geben“-Formel geht insofern weiter. Das Bundesverfassungsgericht sprach nämlich den leiblichen Eltern, die nicht für ihr Kind sorgten, den Schutz durch das Elternrecht ab.³⁹² So konkretisierte der Erste Senat:

390 *Landenberg-Robert* spricht von „nicht weniger als eine[r] grundlegende[n] Neujustierung der grundrechtsdogmatischen Operationalisierung des Art. 6 Abs. 2 GG“, vgl. *Landenberg-Robert* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 407.

391 BVerfG Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. *Adoption*, BVerfGE 24, 119, S. 70.

392 „Fehlt es ausnahmsweise an dieser Voraussetzung, so trifft die Ersetzung der Einwilligung zur Adoption die Eltern-Kind-Beziehung in einer Lage, in der ein verfassungsrechtlich schutzwürdiges Recht der natürlichen Eltern nicht mehr besteht. Es handelt sich daher nicht um einen zwangsweisen ‚Eltern-tausch.‘“ BVerfG Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. *Adoption*, BVerfGE 24, 119, S. 70.

„Eltern, die im Sinne des Grundgesetzes diesen Namen verdienen, weil sie bereit sind, die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen [...], erhält das Kind erst durch die Adoption.“³⁹³

1995 formulierte der Erste Senat, „daß beide leibliche Eltern in den Schutzbereich des Grundrechts einbezogen sind“³⁹⁴, was *Landenberg-Roberg* als „generelle Schutzbereichserweiterung“ deutet.³⁹⁵ Das erscheint jedoch vorzeitig, denn der Erste Senat hielt im Ergebnis fest:

„Wortlaut und Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wird deshalb am besten eine Auslegung gerecht, die alle Väter nichtehelicher Kinder in den Schutzbereich der Norm *jedenfalls dann einbezieht, wenn sie nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften als Väter feststehen*.“³⁹⁶

Damit blieb der verfassungsrechtliche Elternbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts akzessorisch. Das heißt, nur wer rechtlicher Elternteil war, konnte den Grundrechtsschutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für sich beanspruchen.

a) Der nur leibliche Vater I

Im Jahr 2003 entschied der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts erstmals, dass auch ein „nur“ leiblicher Vater, ohne rechtlicher Vater zu sein, in den Schutzbereich des Elternrechts einbezogen sei.³⁹⁷ Es handelt sich um nicht weniger als eine grundrechtsdogmatische Zäsur, mit der der Erste Senat die bis dahin geltende Akzessorietät des Elternrechts lockerte und einen verfassungsrechtlichen Elternbegriff begründete.

aa) Ausgangsfallkonstellationen

Anlass gaben zwei Verfassungsbeschwerden von Männern, die leibliche, aber nicht rechtliche Väter waren.³⁹⁸ Ihre rechtlichen Anliegen, die sie aus der leiblichen Vaterschaft ableiteten, waren jedoch unterschiedlich. Der ers-

393 BVerfG Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. *Adoption*, BVerfGE 24,119, S.70.

394 BVerfG Beschl. v. 7.3.1995 – 1 BvR 790/91 u.a., BVerfGE 92, 158, S. 177.

395 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 425.

396 BVerfG Beschl. v. 7.3.1995 – 1 BvR 790/91 u.a., BVerfGE 92, 158, S. 178, Herv. LC.

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

398 Vgl. für die nachfolgend dargestellte Schilderung ebd. S. 87 ff.

te Verfassungsbeschwerdeführer hatte eine Beziehung mit einer anderweitig verheirateten Frau geführt. Daraus war das Kind entstanden. Da die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet war, wurde nach § 1592 Nr. 1 BGB automatisch ihr Ehemann der rechtliche Vater des Kindes; der Verfassungsbeschwerdeführer blieb als leiblicher Vater außen vor. An der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung wollte der Beschwerdeführer nichts ändern. Er wollte jedoch ein regelmäßiges Umgangsrecht mit dem Kind gerichtlich durchsetzen.³⁹⁹

Der zweite Verfassungsbeschwerdeführer wollte rechtlicher Vater eines Kindes werden. Er hatte über mehrere Jahre nichtehelich mit der Mutter zusammengelebt und das aus der Beziehung entstandene Kind nach eigenem Vortrag nach der Geburt sogar überwiegend betreut. Die Mutter habe ihn aber beim Standesamt nicht als Vater angeben wollen. Unter anderem deshalb sei es zum Streit und schließlich zur Trennung gekommen. Der Mann beantragte daraufhin, gemäß § 1592 Nr. 3 BGB als rechtlicher Vater des Kindes festgestellt zu werden. Das scheiterte jedoch, weil zwischenzeitlich bereits ein anderer Mann mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft für das Kind anerkannt hatte und dadurch gemäß § 1592 Nr. 2 BGB rechtlicher Vater geworden war. Diese rechtliche Vaterschaft wollte der Beschwerdeführer beseitigen, um selbst rechtlicher Vater seines Kindes werden zu können. Es ging ihm also um ein Anfechtungsrecht.

bb) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2003

Der Erste Senat sprach den leiblichen Vätern unterschiedliche Schutzgehälter aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu, was in den Rezeptionen der Entscheidung durchgängig verlorengeht. Den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sah das Bundesverfassungsgericht nur für den leiblichen Vater als eröffnet an, der auch rechtlicher Vater werden wollte. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, so der Erste Senat, „schließt ein Elternrecht ohne Pflichtentragung gegenüber dem Kind aus.“⁴⁰⁰ Der leibliche Vater, der „nur“ ein Umgangsrecht durchsetzen wollte, konnte den Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG für sich beanspruchen, nicht jedoch den Schutz des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2

399 Für ein Umgangsrecht eines nur leiblichen Vaters gab es damals keine Rechtsgrundlage. Inzwischen regelt das § 1686a BGB.

400 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 102.

Satz 1 GG.⁴⁰¹ Nur den leiblichen Vater, der rechtlicher Vater werden wollte und damit seine Bereitschaft zum Ausdruck brachte, die Elternverantwortung für das Kind zu tragen, sah das Bundesverfassungsgericht als im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt an.

(1) Schutzbereichserweiterung

Was dann folgt, liest sich wie eine Art dogmatischer Drahtseilakt, denn der Erste Senat bezog den nur leiblichen Vater zwar in den Schutzbereich ein, sah ihn aber dennoch nicht automatisch als Träger des Elternrechts an:

„Auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Leiblicher Vater eines Kindes zu sein, macht diesen allein allerdings noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Grundrechtsnorm schützt den leiblichen Vater aber in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen. Dieser Schutz vermittelt ihm kein Recht, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten. Ihm ist jedoch vom Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht und festgestellt wird, dass er der leibliche Vater des Kindes ist.“⁴⁰²

Der Erste Senat vollzog hier einen Zwischenschritt, indem er zunächst den Schutzbereich des Elternrechts personell auf den nur leiblichen Vater erweiterte:

„Der Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG setzt die rechtliche Elternschaft nicht voraus. Der Mann, von dem ein Kind abstammt, ist Vater des Kindes, auch wenn er von der Rechtsordnung nicht als solcher anerkannt ist. Mehr als diese auf Abstammung beruhende Elternschaft setzt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für die Einbeziehung von Eltern in seinen Schutzbereich nicht voraus.“⁴⁰³

401 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 116.

402 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 99.

403 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 101.

Auf diese weite Öffnung folgte im zweiten Schritt sogleich die Relativierung. Die Einbeziehung in den Schutzbereich allein, so das Bundesverfassungsgericht weiter, mache den leiblichen Vater nämlich „noch nicht [...] zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.“⁴⁰⁴ Der Senat stellte hier klar, dass der grundrechtliche Schutz und die statusförmige Eltern-Kind-Zuordnung nicht deckungsgleich seien. So könnten verfassungsrechtlich mehrere Vaterschaften bestehen: „Das Kind hat dann zwei Väter, die sich beide auf ihre durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternschaft berufen können.“⁴⁰⁵ Statusförmig sei die Zahl der rechtlichen Eltern jedoch auf zwei begrenzt: „Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG können für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein.“⁴⁰⁶ Als Brücke zwischen der verfassungsrechtlichen und der statusrechtlichen Elternschaft konkretisierte das Bundesverfassungsgericht den Gehalt von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für den nur leiblichen Vater mit Elternverantwortungsintention dahingehend, dass dessen „Interesse [...], auch die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen“, verfassungsrechtlich geschützt sei.⁴⁰⁷

(2) Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Gesetzgeber

Konsequenz der Schutzbereichserweiterung auf den nur leiblichen Vater mit Elternverantwortungsintention war es, dass das Bundesverfassungsgericht erstmals Vorgaben für den Gesetzgeber formulierte, die von Verfassungs wegen bei der Ausgestaltung der Eltern-Kind-Zuordnung zu beachten seien. Der nur leibliche Vater, der Elternverantwortung tragen wolle, habe aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich einen Anspruch auf „einen verfahrensrechtlichen Zugang zum Elternrecht.“⁴⁰⁸ Ihm sei eine verfahrensrechtliche Möglichkeit zu eröffnen, mit der die leibliche Abstammung des Kindes geprüft und statusrechtlich abgebildet werden könne. Statusrechtlich war damit die sekundäre Korrektorebene angesprochen. Der Gesetzgeber müsse regeln, wie eine Konkurrenz zwischen leiblichem und rechtlichem Vater aufgelöst werden könne. Dabei würdigte der Erste Senat, dass die Elternschaft nicht auf den Leiblichkeitsaspekt zu reduzieren sei.

404 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 101.

405 Ebd.

406 Ebd.

407 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 104.

408 Ebd.

Bei der Frage, wie der Vaterschaftsstatus zu korrigieren sei, komme der leiblichen Abstammung kein zwingender Vorrang vor der sozial-familiären, rechtlichen Beziehung zum Kind zu. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

„Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht zu entnehmen, dass sich die leibliche stets gegenüber der rechtlichen Elternschaft durchsetzen muss. Die Grundrechtsnorm gewährt kein Recht des leiblichen Vaters, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten und diesen damit aus seiner Vaterposition zu verdrängen.“⁴⁰⁹

Damit erkannte der Senat auch an, dass Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „die Eltern-Kind-Beziehung als umfassendes Verantwortungsverhältnis von Eltern gegenüber ihren der Pflege und Erziehung bedürftigen Kindern unter seinen Schutz“ stellt.⁴¹⁰ Und weiter:

„Die Abstammung wie die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft machen gleichermaßen den Gehalt von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG aus. Beides in Deckung zu bringen, ist vom Gesetzgeber anzustreben. Fallen sie aber in der Wirklichkeit auseinander, gibt die Grundrechtsnorm keine starre Gewichtung dafür vor, welchem der beiden Merkmale, die die Elternschaft ausmachen sollen, der Vorrang einzuräumen ist und bestimmt insoweit kein Rangverhältnis zwischen der biologischen und der sozialen Elternschaft. Vielmehr hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung, wem das Kind in einem solchen Falle zuzuordnen ist, beide Interessen zu berücksichtigen und miteinander abzuwägen. Er kann dabei neben der Abstammung auch rechtlichen und sozialen Tatbeständen Bedeutung zumessen.“⁴¹¹

Aus der Entscheidung folgte also nicht, dass sich der nur leibliche Vater mit seinem Anliegen stets durchsetzen müsse.

Wenngleich die Entscheidung die sekundäre Korrekturebene betrifft, stellte der Senat auch Anweisung an den Gesetzgeber für die primäre Eltern-Kind-Zuordnung in den Raum. So sei der Gesetzgeber aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „gehalten“, „die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition

409 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 105 f.

410 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 106.

411 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82-122, S. 106 mwN.

an der Abstammung des Kindes auszurichten“.⁴¹² Zur Untermauerung bezog sich der Senat auf die „einem Kinde das Leben geben“-Formel sowie auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus dem Jahr 1989 (s. oben, 2., *Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis*).⁴¹³ So habe sich

„[d]ie gesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich Begründung und Inhalt familiärer Rechtsbeziehungen [...] daran auszurichten, dass in der Regel den leiblichen Eltern eines Kindes auch die rechtliche Stellung als Eltern einzuräumen ist.“⁴¹⁴

Auch hier gestand das Bundesverfassungsgericht aber Spielräume zu und erkannte an, dass „die rechtliche und die leibliche Vaterschaft auseinanderfallen können“.⁴¹⁵ Mit Blick auf den Schutz der Familie und der Intimsphäre müssten die konkreten Abstammungsverhältnisse nicht im Einzelfall überprüft werden. Vielmehr sei ausreichend,

„aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt“.⁴¹⁶

Damit verschob der Erste Senat nicht nur den verfassungsrechtlichen Elternbegriff hin zu mehr Leiblichkeit, sondern manifestierte auch die gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung des § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB als eine im

412 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 100.

413 Ebd. mwN. 1989 führte das Bundesverfassungsgericht aus: „Der Gesetzgeber hat sich bei der Ausgestaltung familienrechtlicher Regelungen an Art. 6 Abs. 1 GG zu orientieren. Dabei schließt die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Schutzes von Ehe und Familie nicht aus, das Vater-Kind-Verhältnis abweichend von der natürlichen Abkunft zu regeln, soweit die leibliche Abstammung des Kindes von dem Ehemann seiner Mutter als Regelfall anerkannt bleibt.“ BVerfG Urte. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 267 mwN. Was der Erste Senat 1989 noch als Ausprägung von Art. 6 Abs. 1 GG interpretierte, transferierte das Gericht 2003 in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, ohne auf diese dogmatische Verschiebung einzugehen.

414 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 104.

415 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 102.

416 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 100 f. mwN. So auch: BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 13.10.2008 – 1 BvR 1548/03, Rn. 12.

Grundsatz an der leiblichen Abstammung orientierte. Das war sie jedoch – wie oben dargestellt – in dieser Eindeutigkeit nicht immer. So wurde die statusrechtliche Vaterschaft im Wege verfassungsrechtlicher Interpretation zu einer im Regelfall leiblichen Vaterschaft.

b) Folgeentwicklungen

Die Rechtsprechungswende des Bundesverfassungsgerichts hatte weitreichende Konsequenzen – zum einen für die gesetzgeberische Tätigkeit im Abstammungsrecht, zum anderen vor allem jedoch für das Bundesverfassungsgericht selbst.

aa) Neuregelung des Anfechtungsrechts

Letzteres gab dem Gesetzgeber 2003 auf, das Anfechtungsrecht des nur leiblichen Vaters neu zu regeln. Diesem Regelungsauftrag kam der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 1600 Abs. 1 und 2 BGB nach.⁴¹⁷ Seither ist auch der nur leibliche Vater berechtigt, die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes anzufechten. Doch weder mit der Entscheidung noch mit der darauffolgenden Gesetzesänderung war die Rechtsposition des nur leiblichen Vaters hinreichend geklärt. Im Gegenteil, es stellten sich neue Fragen, die zuvor ausschließlich auf Ebene des einfachen Rechts verhandelt wurden; nunmehr erhielten sie potentiellen Verfassungsrang.

bb) Verfassungsrechtliche Folgefragen leiblicher Väter

In der Folge der Gesetzesänderung und der eingeschlagenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fühlten sich leibliche Väter dazu ermächtigt, sich mit weiteren Einzelfragen zum Anfechtungsrecht an das Bundesverfassungsgericht zu wenden. In der Mehrzahl nahm das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung an, widmete sich den Anliegen der Väter aber in mehreren Fällen mit einer

⁴¹⁷ Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes vom 23. April 2004 (BGBl. I S. 598).

ausführlichen Begründung der Nichtannahmeentscheidungen.⁴¹⁸ Im Jahr 2018 gab die 2. Kammer des Ersten Senats einer Verfassungsbeschwerde statt. Sie entnahm Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Gewährleistung für den nur leiblichen Vater, dass das Verfahren zur Vaterschaftsanfechtung auch hinreichend „effektiv“ sein müsse. Für den besonderen Fall, dass

„der leibliche Vater bereits eine sozial-familiäre Beziehung zu seinen Kindern aufgebaut hatte und durch Einleitung eines gerichtlichen Vaterschaftsfeststellungsverfahrens alles in seiner Macht liegende getan hat, um die ihm zu diesem Zeitpunkt rechtlich offen stehende und auch sozial noch nicht weiter vergebene Vaterposition für seine Kinder zu erlangen“,⁴¹⁹

dürfe das Feststellungsverfahren nicht durch eine überholende Vaterschaftsanerkennung eines anderen Mannes obsolet werden. Und weiter:

„Der leibliche Vater wäre dann einem Wettlauf um die Zeit ausgesetzt, bei dem es von Zufällen und der gerichtlichen Entscheidungsgeschwindigkeit abhinge, ob seine Vaterschaft rechtzeitig festgestellt wird oder aber die Mutter mit ihrem neuen Partner die entscheidenden Schritte schneller ergreift und dem leiblichen Vater damit endgültig den Zugang zur Elternschaft für seine Kinder nimmt. Das kann ihm grundsätzlich nicht zugemutet werden.“⁴²⁰

Damit hatte sich das Bundesverfassungsgericht weiter darauf eingelassen, verfassungsrechtliche Antworten auf familiäre Einzelfallkonstellationen geben zu können. Zwar hielt die Kammer auch in dieser Entscheidung noch an der tatsächlichen Elternverantwortung als zentraler Voraussetzung für den Schutz durch das Elternrecht fest. Es hatte sich aber bereits an anderer Stelle der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch dahingehend eine weitere Öffnung vollzogen.

418 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 13.10.2008 – 1 BvR 1548/03; BVerfG Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 4.12.2013 – 1 BvR 1154/10; BVerfG Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 24.2.2015 – 1 BvR 562/13; BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 25.9.2018 – 1 BvR 2814/17; BVerfG Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats v. 29.1.2020 – 1 BvR 2715/18.

419 BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 25.9.2018 – 1 BvR 2814/17, Rn. 21.

420 Ebd.

cc) Sang- und klanglose Obersatzänderung

Der Erste Senat hatte in seinem Beschluss von 2003 noch ausgeführt, dass allein „leiblicher Vater eines Kindes zu sein“, diesen „noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG“ mache.⁴²¹ Den entsprechenden Obersatz hatte die 2. Kammer des Ersten Senats in einem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahr 2010 dahingehend verkürzt, dass „Grundrechtsträger nur die leiblichen oder rechtlichen Eltern eines Kindes“ seien.⁴²² In dieser Fassung standen leibliche und rechtliche Elternschaft im Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG also auf einmal gleichberechtigt nebeneinander.

Die verkürzte Formel übernahm der Erste Senat in seinem Urteil zur Sukzessivadoption im Jahr 2013, in dem er den personellen Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nunmehr wie folgt definierte:

„Träger des verfassungsrechtlichen Elternrechts können Personen sein, die in einem durch Abstammung [...] oder durch einfachgesetzliche Zuordnung [...] begründeten Elternverhältnis zum Kind stehen.“⁴²³

Ohne weitere Erläuterungen gelangte damit die leibliche Abstammung voraussetzungslos in den Schutzbereich des Elternrechts. Die Bereitschaft zur bzw. die Übernahme von Elternverantwortung ist ohne Erläuterungen oder Erklärungen als Voraussetzung für die Grundrechtsträgerschaft weggefallen.

Damit hat das Bundesverfassungsgericht im Laufe seiner Rechtsprechung den Schutz des nur leiblichen Vaters von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sowohl von der einfachgesetzlichen Zuweisung des Elternstatus als auch von der Notwendigkeit der Elternverantwortung entkoppelt. Darüber hinaus geht der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts von einer gewissen Vorrangstellung der leiblichen Eltern bei der Zuweisung des Elternstatus aus. Im Urteil zur Sukzessivadoption ist zu lesen, der Staat habe

„rechtliche Vorkehrungen dafür zu treffen, dass in Fällen, in denen die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen

421 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 99.

422 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 28.

423 BVerfG Urte. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 81, Rn. 58 mwN.

Funktionen wahrzunehmen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann“.⁴²⁴

Wenn man nicht annehmen mag, dass das Bundesverfassungsgericht hier versehentlich von leiblicher Elternschaft spricht, obwohl es die rechtliche Elternschaft im Sinne der §§ 1591 ff. BGB gemeint hat, dann kann diese Aussage nur als Vorrangstellung der leiblichen Elternschaft bei der Zuweisung der rechtlichen Elternschaft verstanden werden.⁴²⁵ Seit dem Urteil des Senats zum nur leiblichen Vater II aus dem Jahr 2024 bestehen daran keine Zweifel mehr.

c) Der nur leibliche Vater II

2024 verkündete der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ein weiteres Urteil zum Elternrecht des nur leiblichen Vaters. In Fortschreibung der bisherigen Entwicklung stellte das Bundesverfassungsgericht weitere Stellschrauben im Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG neu.

aa) Ausgangsfallkonstellation

Auch in diesem Fall ging es um einen leiblichen Vater, der an der rechtlichen Vaterschaft gehindert war, weil ein anderer rechtlicher Vater mit dem Kind und der Mutter zusammenlebte. Der Verfassungsbeschwerdeführer war leiblicher Vater eines Kindes, mit dessen Mutter er über einige Monate eine Beziehung geführt hatte. Vorgeburtlich hatte der Verfassungsbeschwerdeführer keine Vaterschaftsanerkennung erklärt. Erst Monate nach der Geburt des Kindes und nachdem die Beziehung mit der Mutter gescheitert war, versuchte der Verfassungsbeschwerdeführer rechtlicher Vater zu werden. Seine Vaterschaftsanerkennung ging ins Leere, weil die Mutter nicht mehr zustimmte. Sie lebte inzwischen mit einem anderen Partner zusammen. Daraufhin leitete der leibliche Vater ein gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren ein. Während dieses laufenden Verfahrens erkannte

424 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 74, Rn. 43 mwN.

425 So auch *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 775 et passim. A.A. aber *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 205 f.; *Hartmann* (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 130.

jedoch der Partner der Mutter mit ihrer Zustimmung die Vaterschaft für das Kind an und wurde dadurch zum rechtlichen Vater. Die daraufhin versuchte Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater scheiterte 16 Monate nach der Geburt des Kindes vor dem Oberlandesgericht Naumburg daran, dass mittlerweile zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung entstanden war.⁴²⁶

bb) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2024

Der Erste Senat sah Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt, weil dem leiblichen Vater kein „hinreichend effektives Verfahren“⁴²⁷ zur Verfügung gestanden habe, rechtlicher Vater des Kindes zu werden. Wenngleich die Entscheidung durch die bisherigen Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts vorgezeichnet scheint, enthält das Urteil doch gravierende Umbauten und Neujustierungen des Elternrechts. So hat der Erste Senat die Grundrechtsträgerschaft biologistisch überformt und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nunmehr auch die Möglichkeit entnommen, einem Kind zwei statusrechtliche Väter zuzuordnen.

(1) Die Geschlechtsverkehr-Formel

Unter Verweis auf die „einem Kinde das Leben geben“-Formel definierte der Senat erstmals, wer auf Grund einer leiblichen Elternschaft verfassungsrechtlich geschützt sei. „Eltern im verfassungsrechtlichen Sinn“, so der Senat, seien

„[u]nabhängig von einer fachrechtlichen Zuordnungsregel [...] jedenfalls die im herkömmlichen Sinn leiblichen Eltern des Kindes, also der Mann und die Frau, die das Kind durch Geschlechtsverkehr mit ihren Keimzellen gezeugt haben, wenn diese Frau anschließend das Kind geboren hat“.⁴²⁸

Der Senat spricht hier mehrere Ebenen der Leiblichkeit an. Eine verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft erfordert demnach eine leibliche Zeugungsart (Geschlechtsverkehr von Mann und Frau), einen damit geleis-

426 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 9 ff.

427 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, 5. Leitsatz.

428 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 38 mwN.

teten eigenen Keimzellenbeitrag, der eine leibliche Verbindung zum Kind begründet, und für die Mutter schließlich, dass sie das Kind auch selbst zur Welt gebracht hat. Nicht unter diese Definition fallen zunächst sämtliche Personen, die mit reproduktionsmedizinischer Unterstützung Eltern geworden sind. Sie wären nicht als leibliche Eltern vom Schutzbereich des Elternrechts umfasst, weil hier die Zeugung nicht aus Geschlechtsverkehr folgt. Auch ein Keimzellenbeitrag würde für sich genommen nicht ausreichen, um eine Grundrechtsträgerschaft auf Grund des Samens-⁴²⁹ oder Eizellbeitrags zu begründen.⁴³⁰ Schließlich wäre auch die Elternschaft auf Grund von Schwangerschaft und Geburt nicht in jedem Fall verfassungsrechtlich geschützt, nämlich dann nicht, wenn das Kind unter Verwendung einer Eizellspende entstanden ist. Durch das Wort „jedenfalls“ hat sich das Bundesverfassungsgericht aber offengehalten, in zukünftigen Entscheidungen auch weitere Personen einzubeziehen, die nur einen Teil der Leiblichkeitsanforderungen erfüllen.

(2) Die Elternverantwortung als natürliche Folge der leiblichen Vaterschaft

Die eigentliche Brisanz des Urteils enthält der Satz, der unmittelbar auf die Geschlechtsverkehr-Formel folgt. So postuliert der Senat nämlich: „[A]uf den Familienstand der Eltern und ihre konkrete soziale Beziehung zum Kind kommt es dabei nicht an.“⁴³¹ Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt dieser Satz eine fundamentale Kehrtwende im Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dar.

Wie gezeigt interpretierte das Bundesverfassungsgericht bis dato das Elternrecht als untrennbar verknüpft mit der Elternverantwortung – wobei

429 Aus der Rechtsprechung zum Elternrecht lässt sich bislang nicht entnehmen, ob der Samenspender nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu den Trägern des Grundrechts gehört. Das Bundesverfassungsgericht hat sich damit bislang nicht befasset. Mit der Geschlechtsverkehr-Formel ist ein Samenspender jedoch auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Nach der bislang nicht in Frage gestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird jedenfalls ein privater Samenspender im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie unter das Merkmal der „Beiwohnung“ subsummiert, s. dazu unter D. II. 2. b) *Der private Samenspender im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie*.

430 So aber bislang *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 174; *Burgi* (2011) *Elterliches Erziehungsrecht*, Rn. 11. *Kaufhold* (2016) *Was darf der Staat?*, S. 97 mwN.; *Jarass* in Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 46; „Genetische Eltern wie die Eizellenspenderin und der Samenspender unterfallen Art. 6 II 1 GG“, *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 332.

431 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 38 mwN.

es um die reale Verantwortungsübernahme für das Kind ging („Eltern, die im Sinne des Grundgesetzes diesen Namen verdienen, weil sie bereit sind, die mit dem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen...“⁴³²). 2003 hatte der Erste Senat diese Elternverantwortung als Voraussetzung dafür angesehen, damit ein nur leiblicher Vater überhaupt in den verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Elternrechts einbezogen sein könne. Nur der leibliche Vater, der die umfassende Elternverantwortung für das Kind übernommen hatte und zukünftig auch wieder übernehmen wollte, konnte sich auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG stützen. Bis 2018 hatte die Kammerrechtsprechung daran festgehalten, so dass ein leiblicher Vater nicht ohne jede soziale Verbindung zu Mutter oder Kind als vom Elternrecht geschützt Rechte geltend machen konnte. Auf ebendiese soziale Beziehung zum Kind kommt es dem Bundesverfassungsgericht 2024 aber ausdrücklich nicht mehr an. Das heißt nicht weniger, als dass die tatsächliche Elternverantwortung für den Ersten Senat kein Kriterium mehr ist, um Träger des Elternrechts zu sein. Das formuliert das Gericht auch explizit:

„Damit ist der im vorgenannten Sinne leibliche Vater eines Kindes vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG erfasst, ohne dass es dafür weiterer Voraussetzungen bedarf.“⁴³³

Die Elternverantwortung verschwindet freilich nicht vollständig aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Senat baut sie aber dogmatisch um, indem die Elternverantwortung keine *Voraussetzung* mehr ist, um in den Schutzbereich des Elternrechts zu fallen, sondern ein daraus resultierender *Anspruch*. So führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Ist das Elterngrundrecht mit dem Innehaben von Elternverantwortung verbunden, muss es Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich möglich sein, diese Verantwortung auch erhalten und ausüben zu können. Dies zu gewährleisten, ist Teil der Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers“⁴³⁴

Auch das ist eine fundamentale Weichenänderung gegenüber der vorherigen Senatsrechtsprechung. 2003 hatte der Erste Senat dem leiblichen Vater mit Elternverantwortungsintention einen Anspruch auf „Eröffnung eines Verfahrens“ zugesprochen, „in dem die Vaterschaft überprüft und das El-

432 BVerfG Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. *Adoption*, BVerfGE 24, 119, S. 70.

433 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 38.

434 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 41.

ternrecht gegebenenfalls rechtlich neu zugeordnet wird.“⁴³⁵ Daraus macht der Erste Senat 2024 – ohne weitere Begründung – „einen *grundsätzlichen Anspruch* auf Einräumung der im Fachrecht geregelten rechtlichen Elternschaft“. ⁴³⁶ Im Ergebnis hat der Erste Senat das Elternrecht damit aus seiner sozialen Dimension entkleidet.⁴³⁷

(3) Zwei statusrechtliche Väter als Option

In einem weiteren Punkt hat der Erste Senat im Jahr 2024 die bisherige Dogmatik des Elternrechts neu verfasst. Das Gericht entnimmt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht mehr, dass die statusrechtliche Elternschaft auf zwei Elternstellen beschränkt sei. Ein Kind könne, so der Senat, nunmehr neben der Mutter auch zwei statusrechtliche Väter haben.

2003 hatte der Erste Senat den verfassungsrechtlichen Elternbegriff dahingehend konturiert, dass neben den rechtlichen Eltern auch ein nur leiblicher Vater mit Elternverantwortungsintention von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt sei. Zugleich hatte das Bundesverfassungsgericht jedoch klargestellt, dass es einfachgesetzlich nur eine Mutter und einen Vater geben könne. Der Senat ging davon aus, dass das Konfliktpotential der verfassungsrechtlichen Mehrelternschaft durch Regelungen des Gesetzgebers minimiert werden könne.⁴³⁸ Im Urteil zur Sukzessivadoption aus dem Jahr 2013 hatte der Senat klargestellt, dass die beiden Statuspositionen nicht zwingend eine Mutter und ein Vater sein müssen, sondern ein Kind auch zwei gleichgeschlechtliche Eltern haben kann.⁴³⁹ Im Jahr 2024 formulierte der Erste Senat dann das Folgende:

„Einem Nebeneinander von leiblichem und rechtlichem Vater, denen zusammen mit der Mutter Elternverantwortung für das Kind übertragen wird, stehen die Struktur des Elterngrundrechts prägende Merkmale, ins-

435 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 104.

436 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 36 mwN, Herv. LC.

437 Zur kritischen Einordnung und Besprechung s. unter C. *Das Elternrecht in Relationen gesetzt*.

438 „Wenn die leibliche und die rechtliche Vaterschaft auseinander fallen, bedarf es der Bestimmung, wem von beiden das Elternrecht gegenüber dem Kind zugewiesen werden soll.“ BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 106.

439 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 77, Rn. 48.

besondere dessen Ausrichtung auf das Kindeswohl, grundsätzlich nicht entgegen [...]. Zwar folgt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schon aufgrund seiner Kindeswohlorientierung eine enge Begrenzung der Zahl der Elternteile [...]. Denn zum einen lässt sich annehmen, dass eine Erhöhung der Zahl der Elternteile mit einer Zunahme von Rollenkonflikten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Elternteilen einhergehen kann, die dem Kindeswohl abträglich sind [...]. Zum anderen dürfte es im Vergleich zu dem auf zwei Personen begrenzten Innehaben von Elternverantwortung häufig schwieriger sein, elterliches Versagen bei der Wahrnehmung der Pflicht zu Pflege und Erziehung den einzelnen Elternteilen so zuordnen zu können, dass der Staat das ihm im Interesse des Kindes überantwortete Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG kindeswohlorientiert gegenüber den jeweils einzelnen Elternteilen wahrnehmen kann [...]. Beides gebietet aber nicht, bei Vorhandensein von bereits zwei rechtlichen Elternteilen als Trägern des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dem leiblichen Vater diese Trägerschaft von vornherein zu versagen.“⁴⁴⁰

Bei aller Neusortierung des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs bleibt es auch 2024 dabei, dass dem Gesetzgeber bei der Eltern-Kind-Zuordnung ein Gestaltungsspielraum zusteht.⁴⁴¹ Diesen Gestaltungsspielraum determiniert das Bundesverfassungsgericht jedoch deutlicher als bisher mit Vorgaben, die die Bedeutung der Leiblichkeit ins Zentrum rücken:

„Entscheidet sich der Gesetzgeber wie im geltenden Fachrecht dazu, die rechtliche Elternschaft auf zwei Personen zu beschränken, ist er gehalten, die Elternschaft grundsätzlich an der Abstammung des Kindes auszurichten.“⁴⁴²

Damit manifestiert das Bundesverfassungsgericht ein biologistisches Regelungsmodell für das Abstammungsrecht, das eine Mutter-Vater-Kind-Familie als Normfall festschreibt. Allein für die Vaterschaftszuordnung lockert der Senat die Anforderungen sogleich, indem er von einer Abstammungsprüfung im Einzelfall weiterhin absieht:

„Allerdings ist es ihm bei Regelungen zur Begründung rechtlicher Vaterschaft erlaubt, dafür nicht eine Feststellung der leiblichen Abstammung

440 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 43 mwN.

441 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 44 sowie Rn. 50 und Rn. 74.

442 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 45 mwN.

im Einzelfall zu verlangen, sondern typisierend aus tatsächlichen Umständen, vor allem aus der sozialen Situation der Betroffenen, auf die Abstammung sowie damit auch auf die Bereitschaft zur rechtsverbindlichen Übernahme von Elternverantwortung zu schließen und daran die Zuordnung der rechtlichen Eltern auszurichten, wenn dies in der Regel zu dem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt“.⁴⁴³

Die Regelungen des § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB billigt der Senat. Der Gesetzgeber müsse aber

„bei Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Vaterschaft wegen der Gewährleistungen des Elterngrundrechts zugunsten des leiblichen Vaters die Erlangung des Vaterschaftsstatus und zugunsten des rechtlichen Vaters dessen Aufgabe ermöglichen.“⁴⁴⁴

Damit sind die Anfechtungsregeln angesprochen. Hier dürfe der Gesetzgeber

„im Grundsatz rechtlichen, biologischen und sozialen Tatsachen unterschiedliche Bedeutung zumessen. Das Verfassungsrecht macht dem Gesetzgeber keine starren Vorgaben für die Gewichtung insbesondere von Abstammung einerseits und sozial-familiärer Verantwortungsgemeinschaft andererseits.“⁴⁴⁵

Wenn aber der leibliche Vater nicht rechtlicher Vater werden könne, müsse „dies durch das Überwiegen gegenläufiger geschützter Interessen anderer Betroffener, insbesondere derjenigen des Kindes, gerechtfertigt sein.“⁴⁴⁶ Der Gesetzgeber müsse bei seiner Ausgestaltung „das an objektiven Gegebenheiten erkennbare Ausmaß des Interesses des leiblichen Vaters an der Erlangung der rechtlichen Elternschaft berücksichtigen“.⁴⁴⁷ Neben bereits erbrachter Elternverantwortung oder einer sozial-familiären Beziehung zum Kind erlaube ein „[f]rühzeitiges und umfassendes Bemühen um die rechtliche Vaterschaft“ sowie „die erkennbare Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung bereits von Geburt des Kindes an“ den Schluss, dass

443 Ebd. Der Senat spricht auch vom „Gebot der Ausrichtung rechtlicher Elternschaft als Statusverhältnis an der Abstammung“, BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 48.

444 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 45.

445 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 90 mwN.

446 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 48.

447 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 49.

im Sinne der „einem Kinde das Leben geben“-Formel dem leiblichen Vater das Wohl des Kindes am meisten am Herzen liege.⁴⁴⁸ Hier laufe, so das Bundesverfassungsgericht, das Interesse des leiblichen Vaters mit dem Interesse des Kindes auf statusrechtliche Zuordnung „weitgehend parallel“.⁴⁴⁹

d) Verhältnis zur Rechtsprechung des EGMR

Mit der Einschreibung des leiblichen Vaters in den Schutzbereich des Elternrechts und die nunmehr voraussetzungslose Gewährleistung eines Anspruchs auf Zugang zur rechtlichen Elternschaft ist der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hinausgegangen.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist geprägt von leiblichen Vätern aus Deutschland, die sich zeitweise in Straßburg „als Dauergäste etabliert“ hatten.⁴⁵⁰ Gestützt ausschließlich auf die leibliche Verbindung zu einem Kind versuchten sie, auf Basis von Art. 8 Abs. 1 EMRK diverse Rechte auf Umgang oder Sorge sowie gelegentlich auch eine statusmäßige Zuordnung als rechtlicher Vater zu erwirken.⁴⁵¹

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zeigte sich väterfreundlich und sieht die Mitgliedsstaaten aus Art. 8 EMRK etwa verpflichtet, ein Verfahren zu ermöglichen, in dem die Gewährung eines Umgangsrechts geprüft werden kann.⁴⁵² Anhand dieses Maßstabs verurteilte der Gerichtshof die Bundesrepublik Deutschland mehrmals zu gesetzlichen Nachbesserungen.⁴⁵³ Dabei kam es auch zu Unstimmigkeiten mit dem Bundesverfassungsgericht. So hatte der Erste Senat 2006 einem nur mut-

448 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 49.

449 Ebd.

450 Pauli (2016) Der sogenannte biologische Vater, S. 5 mwN.

451 Zur Problematik vgl. insgesamt Schulze (2012) Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR; Brückner Väterrechte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, FPR 2005, 200; Margaria (2019) The Construction of Fatherhood.

452 EGMR 2.12.2014 – 546/10 *A. gegen Deutschland* Rn. 23 mwN.

453 So etwa im Jahr 2003 mit der Begründung, dass zwei leibliche Väter unzureichend an den jeweiligen Umgangsverfahren beteiligt worden waren, vgl. EGMR Große Kammer 8.7.2003 – 31871/96 *Sommerfeld gegen Deutschland*; EGMR 10.12.2000 – 30943/96 *Sahin gegen Deutschland*. 2010 sprach der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Anayo* einem leiblichen Vater, der sein Kind aber nie gesehen hatte, ein Recht auf Umgang zu, vgl. EGMR 21.12.2010 – 20578/07 *Anayo gegen Deutschland*.

maßlichen biologischen Vater kein Umgangsrecht zugesprochen,⁴⁵⁴ worin der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Jahr 2011 jedoch eine Verletzung von Art. 8 EMRK sah.⁴⁵⁵ Auch ein nur mutmaßlich leiblicher Vater, so der Gerichtshof, dürfe jedenfalls nicht pauschal von einem Umgangsrecht mit dem Kind ausgeschlossen werden.⁴⁵⁶ Gegebenenfalls müsse im Umgangsverfahren die leibliche Abstammung inzident geprüft werden, „wenn unter den besonderen Umständen der Rechtssache davon ausgegangen wird, dass ein Umgang zwischen dem mutmaßlichen leiblichen Vater [...] und dem Kind dem Kindeswohl dienen würde.“⁴⁵⁷ *Löhnig* und *Preisner* haben in diesem Zusammenhang den „genetisch fundierten Kindeswohlbegriff“ des EGMR kritisiert.⁴⁵⁸ Dieser stehe im Widerspruch zum Kindeswohlbegriff des deutschen Familienrechts, das einen „sozial fundierten Kindeswohlbegriff“ umgesetzt habe. Den Entscheidungen des Gerichtshofs dürfe deshalb nicht zu großes Gewicht beigemessen werden, weil wesentliche Grundentscheidungen der innerstaatlichen Rechtsordnung durch den verfassungsrechtlich legitimierten Gesetzgeber zu treffen seien.⁴⁵⁹

In Fragen des Sorgerechts und erst recht in Fragen der statusrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jedoch bislang⁴⁶⁰ von einem weiten Ermessensspielraum der nationalen Gerichte und Gesetzgeber aus.⁴⁶¹ Der EMRK, so der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, lassen sich keine Anweisungen für die statusförmige Eltern-Kind-Zuordnung entnehmen.⁴⁶² Die Staaten sind verpflichtet, der gebärenden Mutter zum Zeitpunkt der Geburt die sichere

454 BVerfG Beschl. v. 20.9.2006 – 1 BvR 1337/06 *Kein Umgangsrecht des leiblichen Vaters*.

455 EGMR 15.9.2011 – 17080/07 *Schneider gegen Deutschland*.

456 Ebd.

457 EGMR 2.12.2014 – 546/10 A. *gegen Deutschland* Rn. 23 mwN.

458 *Löhnig/Preisner* Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2012, 489, S. 491.

459 *Löhnig/Preisner* Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2012, 489, S. 493.

460 Manche beobachten jedoch eine Tendenz, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wie das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung der leiblichen Abstammung zunehmend schwerer gewichten könnte, vgl. *Margaria* (2019) *The Construction of Fatherhood*, S. 91 ff. mwN; *Richter* in Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Lücken der EMRK und lückenloser Grundrechtsschutz, Rn. 40 mwN.

461 Ausführlich bei *Margaria* (2019) *The Construction of Fatherhood*, S. 91 mwN.

462 So auch BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 66 mit umfangreichen Verweisen auf die Kasuistik des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Zuordnung zu ihrem Kind zu ermöglichen.⁴⁶³ Auch muss eine Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater gesetzlich möglich sein, wenn die Korrektur der Eltern-Kind-Zuordnung im Einvernehmen mit der Mutter gewünscht ist.⁴⁶⁴ Davon abgesehen begründet Art. 8 EMRK aber keinen Anspruch eines (mutmaßlichen) leiblichen Vaters, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anzufechten und selbst als rechtlicher Vater festgestellt zu werden.⁴⁶⁵ Art. 8 EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte enthalten mithin weniger weitgehende Rechte für leibliche Väter als der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts dem Elternrecht des Grundgesetzes in seiner aktuellen Interpretation entnehmen will.

III. Dogmatische Folgeprobleme der Verleiblichung

Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahrzehnten eine Verleiblichung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung befördert. Die Familienrechtswissenschaft hat dies weitgehend unkritisch übernommen. Der Verfassungswandel im Elternrecht schafft jedoch Inkonsistenzen und Folgeprobleme, die die Elternrechtsdogmatik und das statusprinzipielle Abstammungsrecht vor neue Herausforderungen stellen.

1. Das eigentliche Konkurrenzpotential leiblicher Mutterschaften

Es ist bereits deutlich geworden, dass die Verleiblichungstendenzen bislang ausschließlich die Vaterschaft betreffen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Kennntnisrecht anhand von Fallkonstellationen, in denen es um die leibliche Vaterschaft ging, herausgebildet und konturiert. Auch den personellen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hat der Erste Senat ausschließlich anhand von Fällen der Vaterschaft biologistisch erweitert. In keiner

463 EGMR 13.6.1979 – 6833/74 *Marckx gegen Belgien*.

464 EGMR 27.10.1994 – 18535/91 *Kroon u.a. gegen Niederlande*.

465 EGMR 22.3.2012 – 23338/09 *Kautzor gegen Deutschland*; EGMR 11.12.2012 – 11858/10 *Koppikar gegen Deutschland*; EGMR 5.11.2013 – 26610/09 *Hülsmann gegen Deutschland*; EGMR 22.3.2012 – 45067/09 *Ahrens gegen Deutschland*; EGMR 2.12.2014 – 546/10 *A. gegen Deutschland*; EGMR 10.3.2015 – 42719/14 *Markgraf gegen Deutschland*; *Pätzold* in *Karpenstein/Mayer*, Art. 8 EMRK, Rn. 17; *Nettesheim* in *NomosHandkommentar EMRK*, Art. 8 EMRK, Rn. 59.

einzigsten Entscheidung ging es um die Mutterschaft oder die genetische Verbindung qua Eizelle.⁴⁶⁶

Dieser Fokus auf die leibliche Vaterschaft verstellt den Blick darauf, dass sich bei der Mutterschaft qualitativ andere Leiblichkeitsfragen stellen.⁴⁶⁷ Während es nur einen leiblichen Vater geben kann, der mit einem rechtlichen und sozialen Vater konkurrieren mag, können potentiell bis zu drei Frauen ein leibliches Abstammungsverhältnis zu einem Kind begründen. So können die Eizellbeitragende sowie die schwangere und gebärende Person verschieden sein.⁴⁶⁸ Neuere Entwicklungen machen zudem auch die Eizellabgabe pluralisierbar. Im Mai 2023 wurde in Großbritannien erstmals ein Kind geboren, das mit Hilfe einer Mitochondrien-Spende gezeugt wurde.⁴⁶⁹ Dabei wird ein kleiner Mitochondrien-Baustein aus einer gespendeten Eizelle in eine andere Eizelle eingesetzt. Das Kind trägt in dem Fall etwa ein Prozent des genetischen Erbguts aus der Mitochondrien-Eizellspende in sich. *Kaufhold* hat in diesem Zusammenhang überlegt, ob sich Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG „so etwas wie eine 5%-Hürde für die verfassungsrechtliche Mutterstellung entnehmen“ lasse.⁴⁷⁰

Neben den Keimzellen steht der Leiblichkeitsbeitrag der schwangeren und gebärenden Person. Auch dieser begründet eine nachweisbare Abstammungsbeziehung zum Kind. Und auch hier stellt sich die Frage, wie dieser Beitrag im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt ist. Nach dem geltenden Recht wird die Gebärende gemäß § 1591 BGB die rechtliche Mutter

466 Zu diesem Problem auch *Schwab* (2009) Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung, S. 768.

467 Fehlerhaft daher die Behauptung von *Burgi*: „In viel stärkerem Maße als bei der Mutterschaft kommt es im Bereich der Vaterschaft zu einer Verdoppelung der Stellung als Elternteil.“ *Burgi* (2011) Elterliches Erziehungsrecht, Rn. 15.

468 Dazu kann es etwa kommen, wenn ein in Deutschland lebendes heterosexuelles Paar eine kalifornische Leihmutter beauftragt und auf die anonyme Eizellspende einer weiteren Frau zurückgreift. Die Wunschmutter wird auf Grund vorgeburtlicher Entscheidung des kalifornischen Gerichts als rechtliche Mutter zugeordnet, vgl. zur Elternschaft zweier Väter über diesen Weg unter D. II. 2. a) *Zwei-Väter-Familie qua kalifornischer Leihmuttertschaft*.

469 <https://www.theguardian.com/science/2023/may/09/first-uk-baby-with-dna-from-three-people-born-after-new-ivf-procedure> (31.3.2025).

470 *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S. 99. Im Ergebnis verneint *Kaufhold*, dass die Mitochondrienspende eine „Nähebeziehung von einer Qualität und Intensität begründen“ würde, die es rechtfertigen könnte, sie in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG einzubeziehen. A.A. *Sanders*, die die Mitochondrienspenderin in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG einbeziehen will, *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 315 mwN. Zur Thematik auch *Maurer* (2020) Drei-Eltern-Kinder.

des Kindes und ist als solche dann auch Trägerin des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Wenn das Bundesverfassungsgericht für einen Mann aber im Wesentlichen an den präkonzeptionellen Keimzellenbeitrag und den Geschlechtsverkehr mit der Mutter anknüpfen will, wird das Verhältnis zwischen präkonzeptioneller Eizellabgabe einerseits sowie Schwangerschaft und Geburt andererseits sowie die daraus resultierende Wertung bei der Zuweisung der rechtlichen Elternschaft begründungsbedürftig. Die Setzung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Gesetzgeber gehalten sei, „die Elternschaft grundsätzlich an der Abstammung des Kindes auszurichten“⁴⁷¹, eröffnet so bei näherem Hinsehen durchaus Interpretationsspielraum, welche Abstammung wie zu berücksichtigen ist.

In der Konstellation der sogenannten „gespaltenen Mutterschaft“, in der Eizellgeberin und Geburtsmutter personenverschieden sind, haben im streng biologistischen Vergleich beide eine Abstammungsverbindung zum Kind.⁴⁷² In Anbetracht des biologischen Aufwands, der sowohl mit der Produktion einer Eizelle als auch mit der Schwangerschaft und Geburt verbunden ist, wird bei einer biologistischen Zuspitzung des verfassungsrechtlichen Elternbegriffs nicht die doppelte Mutterschaft begründungsbedürftig. Vielmehr erweist sich die leibliche Vaterschaft auf Grund von Geschlechtsverkehr und Samenzelle als kleinster Leiblichkeitsbeitrag zur Entstehung eines Kindes, was die gleichwertige Berücksichtigung beim Zugang zum Elternstatus fragwürdig macht.⁴⁷³

2. Folgeprobleme der Entkoppelung von status- und verfassungsrechtlicher Elternschaft

Der Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG war ursprünglich gesetzessakzessorisch. Dadurch konnte es nicht zu Diskrepanzen zwischen dem verfassungsrechtlich geschützten Elternteil und der einfach-rechtlichen Ausgestaltung der Elternrechte kommen. Der Erste Senat hat diese wichtige dogmatische Eigenheit aufgebrochen und den Elternbegriff des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vom Status entkoppelt. So stehen nun der rechtliche und ein eigenständiger, biologistischer Elternbegriff der Verfassung nebeneinander.

471 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 171/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 45 mwN.

472 Das damit verbundene Gleichbehandlungsproblem sieht auch Hartmann (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 123 ff.

473 Dazu ausführlich unter E. III. 2. *Natur der leiblichen Abstammung*.

Das Ausmaß der damit verbundenen Problematik mag nicht auffallen, wenn man die einfach-gesetzlichen Zuweisungsnormen als im Kern biologistisch orientiert interpretiert. Jedoch knüpfen jedenfalls die einfach-gesetzlichen Zuweisungsnormen für die primäre Besetzung der zweiten Elternstelle in § 1592 Nr.1 und Nr.2 BGB gerade nicht an die leibliche Abstammung an. Zudem kann es durch die Parallelisierung auch bei der Mutterschaft dazu kommen, dass neben der gesetzlichen Mutter, die das Kind geboren hat, eine Eizellspenderin Ansprüche auf das Elternrecht geltend macht.

Stehen nunmehr die statusrechtliche und die verfassungsimmanente Elternschaft im Elternrecht nebeneinander, werden Konkurrenzfälle geschaffen, die weder verfassungsrechtlich noch einfach-rechtlich lösbar sind. *Kaufhold* entnimmt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG einen „Ordnungs- und Schlichtungsauftrag“, der den Gesetzgeber dazu verpflichtet, „im einfachen Recht einen Ausgleich zwischen den konkurrierenden Grundrechtspositionen verfassungsrechtlicher Eltern zu schaffen und die Elternrechte zuzuordnen“.⁴⁷⁴ Welche Maßstäbe dafür aber heranzuziehen sind, ist völlig ungeklärt. So meint etwa *Brosius-Gersdorf*, den „leiblichen Eltern“ könne

„ein größerer Schutz zukommen als genetischen oder rechtlichen Eltern. Auch innerhalb leiblicher, genetischer und rechtlicher Elternschaft kann es Schutzabstufungen geben.“⁴⁷⁵

Die Unterscheidung zwischen leiblicher und genetischer Elternschaft ist aber keineswegs gängig. Gelegentlich wird bei der Mutterschaft zwischen der leiblichen (gebärenden) und der genetischen (eizellgebenden) Mutter unterschieden. Bezogen auf die Vaterschaft ist die Unterscheidung aber wenig sinnvoll. *Brosius-Gersdorf* differenziert dann noch weiter:

„Welcher Art die Schutzpflichten des Staates sind und mit welcher Intensität sie auf Verwirklichung drängen, hängt von der jeweiligen Elternschaft (z. B. leibliche, rechtliche, genetische Elternschaft), dem Zeitpunkt der Gefährdung des Elternrechts (z. B. vor oder nach der Geburt des Kindes) sowie der Schutzbedürftigkeit im konkreten Fall ab.“⁴⁷⁶

474 *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S.106. Auch *Reimer/Jestaedt* leiten einen Schlichtungsauftrag des Staates her, demzufolge „Regelungen für Konflikte zwischen den Eltern bereitzustellen“ sind, *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 156 ff.

475 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 336.

476 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 392.

Das Bundesverfassungsgericht jedenfalls gibt keine Antwort darauf, „welcher Position das Verfassungsrecht Vorrang gibt.“⁴⁷⁷

IV. Zwischenfazit

Als Zwischenstand kann festgehalten werden, dass die leibliche Abstammung keine klare und einheitliche Kategorie des Abstammungsrechts ist. Die Eltern-Kind-Zuordnung und die leibliche Abstammung sind nicht deckungsgleich und dies ist auch nicht der Anspruch des Familienrechts. Lange Zeit waren der einfach-gesetzliche und der verfassungsrechtliche Elternbegriff kongruent. Seit 2003 wurden sie zunehmend entkoppelt. Dadurch ist es zu einer Parallelisierung von zwei unterschiedlichen Elternbegriffen im Recht gekommen, was dogmatische Wirren rund um die Leiblichkeit verstärkt und nicht vereinfacht hat.

Um das Problemverständnis zu vertiefen, soll es im Folgenden um die Auswirkungen dieser Verleiblichungstendenzen im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Elternrecht gehen.

⁴⁷⁷ Sanders (2018) Mehrelternschaft, S. 148.