

Lucy Chebout

Aufgedrängte Natürlichkeit

Zur Bedeutung von leiblicher Abstammung und Geschlecht
im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung



Nomos

Schriften zur Gleichstellung

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer

Marion Eckertz-Höfer

Prof. Dr. Jutta Limbach[†]

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold

Prof. Dr. Heide Pfarr

Prof. Dr. Ute Sacksofsky

Band 58

Lucy Chebout

Aufgedrängte Natürlichkeit

Zur Bedeutung von leiblicher Abstammung und Geschlecht
im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, HU, Diss., 2025

1. Auflage 2025

© Lucy Chebout

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3372-0

ISBN (ePDF): 978-3-7489-6335-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748963356>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Für Paula
und alle Kinder queerer Eltern

Vorwort

Diese Arbeit ist der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im September 2024 als Dissertation vorgelegt und ebendort im März 2025 verteidigt worden. Literatur und Rechtsprechung haben den Stand von März 2025.

„It takes a village to raise a child“ – das gilt im übertragenen Sinne auch für eine Doktorarbeit. Zum Wachsen dieses Buchprojekts haben viele wunderbare Menschen auf unterschiedliche Weise beigetragen und dafür bin ich unendlich dankbar.

Von 2007 bis 2011 war ich – damals noch als Studentin der Gender Studies und der Islamwissenschaft – Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Susanne Baer, LL.M. an der Humboldt-Universität zu Berlin. Diese Zeit hat mein Leben in fundamentaler Weise geprägt: Das Recht als Macht- und Empowerment-Instrument kritisch zu hinterfragen, die Einsicht, dass interdisziplinäre Perspektiven dafür Bereicherung und Notwendigkeit zugleich sind, sowie den Mut zum eigenen Standpunkt und die fortwährende Bereitschaft, diesen auch zur Disposition zu stellen – alle diese wichtigen Fundamente wissenschaftlichen Arbeitens habe ich in dieser Zeit gelernt. Am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien habe ich zudem ein unschätzbar tolles Kollegium gefunden, aus dem heraus sich Netzwerke geknüpft haben, die für meinen weiteren Weg in die Rechtswissenschaft und Rechtspraxis entscheidend waren. Insofern verdanke ich Susanne Baer unsagbar viel mehr als die Unterstützung und Begleitung als Erstgutachterin dieser Arbeit; ohne sie und ihre Ermöglichkeiten gäbe es weder diese Arbeit noch wäre ich wohl überhaupt jemals Juristin geworden.

Von Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, LL.M. habe ich als Studentin die Grundrechte gelernt. Ich habe mich daher sehr gefreut, dass sie die Zweitbegutachtung meiner Arbeit übernommen hat, und danke ihr für zugewandte und kritische Anregungen. Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. hat den Vorsitz der Prüfungskommission übernommen, wodurch mir nicht nur das Privileg einer rein weiblich, sondern auch einer intradisziplinär besetzten Prüfungskommission zuteil wurde.

Im Sommer 2023 verbrachte ich einen Forschungsaufenthalt in Flensburg am Lehrstuhl von Anna Katharina Mangold, deren kluge Ratschläge mich schon durchs Studium und Referendariat und nunmehr auch durch

die Phase der Promotion gelotst haben. Die warmherzige und empowernde Atmosphäre sowie die anregenden Diskussionen mit Katharina und ihrem Team haben die Arbeit an entscheidender Stelle in die richtige Bahn gelenkt. Mit Susanna Roßbach und Theresa Richarz habe ich im März 2021 ein „ET“ (für Erfolgsteam) gegründet. Im September 2021 kam das interdisziplinäre Mini-Kolloquium „Diss das“ mit Inga Schuchmann, Ida Westphal und Fiona Schmidt hinzu. Chris Ambrosi, Anne Sanders und allen voran Olga Schmidt haben mich fachlich und emotional in bedeutsamer Weise unterstützt. Zur wunderbaren Gemeinschaft, in der die vorliegende Arbeit gewachsen und gediehen ist, gehören auch Dirk Siegfried, Dana-Sophia Valentiner, Nora Markard, Selma Gather, Maria Wersig sowie weitere Kolleginnen vom Deutschen Juristinnenbund (djb), des Feministischen Juristinnentages (FJT) und von der Gesellschaft für Freiheitsrechte – GFF. Ich weiß nicht, wie oft mich der freundschaftlich kollegiale Austausch mit allen Genannten aufgefangen und aus Krisen herausgeholt hat, wie viele unfertige Textteile ich ihnen anvertrauen konnte und wie viele substantielle Rückmeldungen von ihnen mir wichtige Denk- und Schreibanstöße gegeben haben. Für all diese Unterstützung und Begleitung bin ich von Herzen dankbar.

Um eine Dissertation schreiben zu können, braucht es Ressourcen – vor allem Zeit und Geld. Valentin Todorow hat es als Partner der Kanzlei Raue in einzigartiger Weise ermöglicht, dass ich mir als Rechtsanwältin die Zeit zum wissenschaftlichen Arbeiten sowie zum Forschen und Denken nehmen konnte. Diese gleichzeitige Flexibilität und Beständigkeit hat mich bestärkt und angespornt. In finanzieller Hinsicht hat das Erbe von Ingrid Guentherodt die vorliegende Arbeit maßgeblich ermöglicht. Die am 4. Februar 2020 verstorbene feministisch engagierte Sprachwissenschaftlerin hatte den djb zu ihrem Alleinerben bestimmt. Das Erbe war verbunden mit der Auflage, ein „Promotionsstipendium für Juristinnen jeden Alters“ einzurichten. In den Jahren 2022 und 2023 habe ich als erste Dr. Ingrid Guentherodt Stipendiatin des djb davon profitiert – eine große Freude, Ehre und Aufgabe zugleich.

#PaulaHatZweiMamas und das sind Gesa Teichert-Akkermann und Verena Akkermann. Sie haben sich 2019 dazu entschlossen, das diskriminierende Abstammungsrecht nicht länger hinzunehmen, sondern es zu verändern. Seither kämpfen sie dafür, dass ihre Tochter Paula endlich auch rechtlich zwei Mütter bekommt. Ähnlich geht es Christina Klitzsch-Eulenburg und Janina Eulenburg, den Gründerinnen der Initiative Nodoption, die inzwischen hunderte queere Familien umfasst. Alle diese Familien teilen

diskriminierende Erfahrungen mit dem Recht. Der Mut und die Beharrlichkeit, mit denen sie seit vielen Jahren gegen dieses Unrecht ankämpfen, beeindruckt und inspiriert mich immer wieder und hat maßgeblich dazu beigetragen, dass das Abstammungsrecht zu einem Herzensthema für mich geworden ist. Dass ich einige der Familien als Anwältin begleiten darf, ist nicht nur menschlich ein großes Geschenk, sondern schärft, korrigiert und präzisiert meinen Blick auf das Recht immer wieder. Die vorliegende Arbeit ist Paula und allen Kindern queerer Eltern gewidmet. Mögen sie eines Tages ein (Familien-)Recht vorfinden, das wir für sie besser gemacht haben.

Berlin, im Mai 2025

Lucy Chebout

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Problemstellung	19
II. Gang der Argumentation	23
1. Leibliche Abstammung	24
2. Geschlecht	26
III. Einordnung der Perspektive	29
A. Das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung	33
I. Grund- und menschenrechtliche Rahmungen	33
II. Das Statusprinzip als Regelungsmodell	37
1. Der familienrechtliche Status – Versuch einer Begriffskonturierung	38
a) Regelungstechnik ohne inhaltliche Vorgaben	40
b) Status, nicht Realbeziehung	42
c) Kennzeichen des Statusprinzips	43
aa) Statusklarheit und Statusgeneralität	43
bb) Statusstabilität	46
cc) Publizität im Personenstandsregister	47
2. Die gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt	48
a) Mutterschaft	49
b) Vaterschaft	50
3. Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten	53
a) Vaterschaftsanfechtung	53
b) Vaterschaftsfeststellung	55
c) Adoption	56
4. Rechtsfolgen der Eltern-Kind-Zuordnung	56
5. Offene Fragen zum Statusprinzip	59
a) Verhältnisbestimmung von Status und Personenstand	59
b) Wirkung der personenstandsrechtlichen Eintragung im Statusrecht	61
c) Doppelte Grundrechtsrelevanz	63

III. Lücken im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung	65
B. Zur Bedeutung der leiblichen Abstammung	71
I. Widersprüchliche Familienrechtsdogmatik	72
1. Primat der leiblichen Abstammung	72
2. Statuswahrheit	75
3. Zwischenfazit	79
II. Verleiblichungstendenzen im Verfassungsrecht	79
1. Verfassungsrechtlich geschützte Elternschaft	80
a) Historische Grundkonstellation	83
aa) Mutterschaft qua Geburt	84
bb) Die doppelt statusakzessorische Vaterschaft	85
(1) Rechtliche Vaterschaft im BGB von 1900	86
(2) Diskussion zum leiblichen Vater im Parlamentarischen Rat	87
b) Erweiterung durch einfach-gesetzliche Änderungen	90
2. Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung	92
a) Von der Statussicherheit zur Statuswahrheit	93
aa) Ausgangsfallkonstellation	94
bb) Kontextualisierung	94
cc) Der Bundesgerichtshof als Wegbereiter	96
dd) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 1989	98
ee) Kritische Würdigung	99
b) Die Entkoppelung der Kenntnis vom Status	100
c) Die Relativierung des Kenntnisrechts	102
aa) Keine Auskunftspflicht der Mutter	103
bb) Keine Mitwirkungspflicht des potentiellen leiblichen Vaters – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2016	104
(1) Ausgangsfallkonstellation	105
(2) Die Entscheidung	105
cc) Kritische Würdigung	109
d) Gesetzgeberische Konsequenzen	110

3. Verfassungswandel: Die sukzessive Einschreibung des leiblichen Vaters in den Schutzbereich des Elternrechts	112
a) Der nur leibliche Vater I	114
aa) Ausgangsfallkonstellationen	114
bb) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2003	115
(1) Schutzbereichserweiterung	116
(2) Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Gesetzgeber	117
b) Folgeentwicklungen	120
aa) Neuregelung des Anfechtungsrechts	120
bb) Verfassungsrechtliche Folgefragen leiblicher Väter	120
cc) Sang- und klanglose Obersatzänderung	122
c) Der nur leibliche Vater II	123
aa) Ausgangsfallkonstellation	123
bb) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2024	124
(1) Die Geschlechtsverkehr-Formel	124
(2) Die Elternverantwortung als natürliche Folge der leiblichen Vaterschaft	125
(3) Zwei statusrechtliche Väter als Option	127
d) Verhältnis zur Rechtsprechung des EGMR	130
III. Dogmatische Folgeprobleme der Verleiblichung	132
1. Das eigentliche Konkurrenzpotential leiblicher Mutterschaften	132
2. Folgeprobleme der Entkoppelung von status- und verfassungsrechtlicher Elternschaft	134
IV. Zwischenfazit	136
C. Das Elternrecht in Relationen gesetzt	137
I. Das Elternrecht als mehrdimensionales Grundrechtsverhältnis	138
1. Pflege und Erziehung als Zentrum des Elternrechts	139
a) Pluralisiertes Konfliktpotential durch Erweiterung der Grundrechtsträgerschaft	141
b) Aushöhlung des Elternrechts durch Delegation an die Familiengerichte	144

2. Das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung	145
a) Maßstäbe aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	146
b) Unstimmigkeiten bezüglich des Anspruchs auf statusrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung	148
aa) Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume	148
bb) Wirkmacht von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG	150
II. Der besondere Schutz der Familie	151
1. Wirkweisen im Abstammungsrecht	153
a) Kein Anspruch auf rechtliche Absicherung sozialer Elternschaft	154
b) Verstärkung für das akzessorische Elternrecht	156
c) Verstärkung für das leibliche Elternrecht	156
2. Diskrepanzen	157
III. Gibt es einen Konnex zwischen Leiblichkeit und Fürsorge?	158
1. Gründe für die leibliche Abstammung als Indiz der Elternverantwortung	159
2. Gene – Kein geeigneter Anknüpfungspunkt für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung	162
a) Genetischer Essentialismus – oder: Was sind Gene überhaupt?	162
aa) Kurzer Abriss zur Entwicklung von Genverständnissen	163
bb) Verarbeitungstau im Recht	164
cc) Postgenomische Zeiten und ihre Bedeutung für das Abstammungsrecht	165
b) Welche Bedeutung hat das Wissen über die eigene Abstammung?	166
aa) Kontextualisierung von Erkenntnisquellen: Adoptionsforschung	166
bb) Kaum Erkenntnisse über Spende- und Waisenkinder	169
cc) Kein zwingender Konnex von Genen und Persönlichkeitsentwicklung	170
3. Indizien gegen leibliche Eltern als natürliche Fürsorgegaranten	172
a) Elternliebe als Konstrukt	173
b) Der Gender Care Gap	175

c) Keimzellspende und der Wille, keine Elternverantwortung zu tragen	178
IV. Rekonzeptualisierung: Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung als Status der Fürsorge	179
D. Gender Trouble im Abstammungsrecht	183
I. Der rechtliche Geschlechtseintrag und seine Wirkung im Abstammungsrecht	184
1. Das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht	184
2. Änderungen des rechtlichen Geschlechtseintrags	187
a) Transsexuellengesetz (TSG)	187
b) „Dritte Option“ nach § 45b PStG	190
c) Selbstbestimmungsgesetz – SBGG	194
II. Rechtsprechung zu queerer Elternschaft	196
1. Keine Mit-Mutterschaft	198
a) Rechtsprechung zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter	198
b) Ehefrau der Mutter – Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2018	199
aa) Keine Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB für die Ehefrau der Mutter	201
bb) Keine konventions- oder grundrechtlichen Bedenken	204
c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung	205
aa) Zum Argument der fehlenden Abstammungsvermutung	206
bb) Die Ehe als Grundrecht und als Status	208
(1) Strukturmerkmale des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs	208
(2) Die Ehe als idealer Rahmen der Elternverantwortung	211
(3) Die Ehe zweier Frauen – Status ohne Wirkung	212
(a) Einheitliche Statusfolgen mit genereller Wirkung	214
(b) Ziel des Status: Absicherung	215
cc) Trivialisierung des Familiengrundrechts	216

dd) Stiefkindadoption – Keine Abhilfe für Grundrechtsbeeinträchtigungen	218
(1) Risiken aus Sicht des Kindes	219
(2) Diskriminierungsgefahren im Adoptionsverfahren	220
d) Exkurs: Keine Mit-Mutterschaft der Eizellspenderin	222
2. Vaterschaften im Kontext queerer Familiengründung	223
a) Zwei-Väter-Familie qua kalifornischer Leihmutterschaft	223
aa) Verfahrensgang	224
bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2014	226
b) Der private Samenspender im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie	229
aa) Fallkonstellation und Verfahrensgang	230
bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2013	231
c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung	233
aa) Missachtung von gesetzgeberischen Grundentscheidungen	234
(1) Kein Anfechtungsrecht des Samenspenders	234
(2) Verbot der Leihmutterschaft	238
bb) Privilegierte leibliche Vaterschaft im Kontext queerer Elternschaft	241
3. Trans, inter und nichtbinäre Eltern	245
a) Der gebärende Mann als „Mutter“ – Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2017	246
aa) Grundrechte des Kindes	249
bb) Keine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG	250
b) Weitere Rechtsprechung	251
c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung	253
aa) Missachtung der Geschlechtsidentität	254
bb) Missachtung des Statusprinzips	255
4. Gesamtschau	256
a) Uneinheitliche Familienrechtsdogmatik	257
b) Uneinheitliche Bezüge auf Grund- und Menschenrechte	259
aa) Grundrechte des Kindes	259
(1) Staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung	260
(2) Recht auf Kenntnis der Abstammung	261

(3) Fehlende Gleichheitsperspektive	262
bb) Grundrechte der Eltern	263
E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert	265
I. Vergeschlechtlichte Ungleichheiten im Abstammungsrecht	267
II. Maßstabsbildung für die gleichheitsrechtliche Prüfung des Abstammungsrechts	268
1. Geschlechtsdiskriminierungsverbote	270
a) Verhältnis von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG	270
b) Schutz von trans, inter und nichtbinären Personen	271
c) Sexuelle Orientierung als Dimension von Geschlecht	273
2. Abstammung als Diskriminierungsmerkmal	275
3. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung	277
4. Rechtfertigungsmaßstab	279
III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen	281
1. Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 GG	283
2. Natur der leiblichen Abstammung	285
a) Historische Zeugungsmythen, die fortwirken	285
b) Zeugen und Gebären – Keine komplementären Fortpflanzungsbeiträge	287
aa) Schwangerschaft und Geburt als singuläre Fortpflanzungsfunktion	288
bb) Die Zeugung	289
c) Natürlich ungleiche Keimzellen	290
d) Zwischenfazit	296
3. Natürliche Unordnung von Geschlecht	297
a) Historisch wandelbarer biologischer Geschlechtsbegriff	298
b) Komplexität des „natürlichen“ Geschlechts	300
c) Keine natürliche Verschränkung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion	304
d) Zwischenfazit	305
4. Fazit	306
IV. Keine Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht	306
1. Geburt als Zuweisungskriterium für den ersten Elternteil	306

2. Anknüpfung an den Geschlechtseintrag „männlich“	307
a) Die „Abstammungsvermutung“ als unzulässige Typisierung	308
b) Kein Gleichstellungsgebot für Männer	311
c) Ergebnis	314
3. Anknüpfung an den Beitrag der Samenzelle	315
4. Vergeschlechtlichte Statusbenennung	316
a) Kein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion	317
b) Mutterschutzregeln erfordern keine Statusmutterschaft	319
c) Keine anderweitigen kollidierenden Verfassungsgüter	320
d) Ergebnis	321
V. Ausblick: Materielle Gleichheit im Familienrecht	321
F. Schlussbetrachtungen	325
I. Mumifiziertes Patriarchat im Familienrecht	325
II. Perspektiven eines Fürsorge-basierten Elternschaftsrechts	326
1. Primäre Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt	327
a) Anknüpfen an Schwangerschaft als Fürsorge	327
b) Voluntative Zuordnung eines zweiten Elternteils	328
2. Sekundäre Korrekturmöglichkeiten	330
3. Registerebene	331
G. Literaturverzeichnis	333

Einleitung

I. Problemstellung

Ende der 1980er Jahre stellte *Ingeborg Schwenzer* in ihrer Habilitation eine zur damaligen Zeit kühne Idee vor: Das Familienrecht, so appellierte sie, sollte nicht länger an starren Statuskategorien haften, sondern real gelebte Familienformen abbilden.¹ Knapp 40 Jahre später kennt das Familienrecht zwar gleichgeschlechtliche Ehen und neben Frauen und Männern auch Menschen ohne Geschlechtseintrag oder mit dem Eintrag „divers“. Davon abgesehen ist es aber weiterhin anhand formalisierter Statuskategorien geregelt und sieht im Abstammungsrecht nur „Mutter-Vater-Kind“-Familien vor.

Ein Kind, das als gemeinsames Wunschkind in eine Partnerschaft von zwei Personen hineingeboren wird, ist unterschiedlich rechtlich abgesichert – je nachdem, welches Geschlecht seine Eltern haben. Das Kind, das in eine Partnerschaft von Frau und Mann hineingeboren wird, hat zwei rechtliche Eltern, eine Mutter, die es geboren hat, und einen Vater, der mit der Mutter entweder verheiratet ist oder mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft für das Kind anerkannt hat. Die konkreten Abstammungsverhältnisse werden für diese Eltern-Kind-Zuordnung nicht geprüft, das heißt, der Mann wird auch dann Vater, wenn das Kind nicht leiblich von ihm abstammt. Anders ist die Situation für das Kind, das etwa in eine Ehe von zwei Frauen hineingeboren wird. Dieses Kind hat qua Geburt nur eine rechtliche Mutter, nämlich die, die es zur Welt gebracht hat. Die Ehefrau der Mutter wird nicht zweiter Elternteil. Sie gilt dem Kind gegenüber als Fremde, bis sie ein gerichtliches Adoptionsverfahren abgeschlossen hat, wozu die umfangreiche Begutachtung der gesamten Familie durch das Jugendamt oder die Adoptionsvermittlungsstelle gehört.

Dass die zweite Elternstelle eines Kindes bei seiner Geburt frei bleibt, obwohl es einen zweiten fürsorgenden und verantwortungsbereiten Elternteil gibt, ist nicht trivial. Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist Voraussetzung für die umfassende Absicherung des Kindes. Nur wer rechtlicher Elternteil ist, ist dem Kind gegenüber unterhaltsverpflichtet. Auch die sorgerechtlichen Befugnisse der Eltern sowie personenstandsrechtliche Fragen

1 *Schwenzer* (1987) Vom Status zur Realbeziehung.

– etwa, welchen Nachnamen das Kind trägt und welche Staatsangehörigkeit es bekommt – setzen eine rechtliche Statusbeziehung zwischen Kind und Elternteil voraus. Eine unvollständige Geburtsurkunde führt mithin zu unvollständigen Rechten.

„Das muss sich ändern!“ befanden seit 2019 mehr als ein Dutzend Zwei-Mütter-Familien und zogen vor die Familiengerichte.² Statt einer Adoption ihrer eigenen Kinder beantragten sie die gerichtliche Feststellung, dass auch die zweite Mutter von Anfang an rechtlicher Elternteil des gemeinsamen Kindes ist. Dieses Anliegen traf einen familienrechtlichen Nerv, denn die Fachwelt diskutierte seit langem, wie dringend reformbedürftig das Familienrecht in diesem Punkt ist.³ Auch auf gesetzgeberischer Ebene gab es bereits Anläufe, um eine Reform des Abstammungsrechts ins Werk zu setzen.⁴ Als 2021 gleich mehrere Familiengerichte die Verfahren der Zwei-Mütter-Familien aussetzten und dem Bundesverfassungsgericht konkrete Normenkontrollanträge nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegten,⁵ schien es nur noch eine Frage der Zeit zu sein, bis das Abstammungsrecht endlich auf die Höhe der Zeit gebracht würde. Im Dezember 2021 verkündete die gerade neu for-

2 Den Stein ins Rollen brachte die Familie Akkermann, die 2019 medial und politisch auf ihre Situation aufmerksam machte (vgl. den ersten Beitrag von Juliane Löffler <https://www.buzzfeed.de/recherchen/mama-hat-recht-90138070.html>, 31.3.2025, sowie den Hashtag #PaulaHatZweiMamas). Daraufhin entstand in Berlin die Initiative Nodoption (<https://www.nodoption.de/>, 31.3.2025), der sich inzwischen hunderte Familien aus der gesamten Bundesrepublik angeschlossen haben. Die Autorin vertritt einige der Familien als Rechtsanwältin.

3 Vgl. nur die Diskussionen im „Arbeitskreis Abstammungsrecht“ (2015 bis 2017), beim Deutschen Juristentag 2016 sowie zahlreiche Publikationen zum Abstammungsrecht, u.a. die Monographien Sanders (2018) Mehrelternschaft und Reuß (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts; Scheliha (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie; Hartmann (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft; Straub (2020) Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht; Jäschke (2020) Vertauschte Keimzellen und Embryonen; Gayk (2020) Vaterschaft und weitere Rechtsprobleme bei heterologer Insemination; Kallikat (2021) Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft; Esser (2021) Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?; Landenberg-Roberg (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat; Flindt (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse; Hoffmeister (2022) Reproduktives Reisen und Elternschaft; Dahlkamp (2023) Das Recht auf Zugang zur Elternschaft; Lueg (2025) Das Kindeswohl als Ausgangspunkt und Grenze der Elternschaft.

4 S. dazu A. III. *Lücken im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung*.

5 Stand August 2025 liegen dem Bundesverfassungsgericht sieben solcher konkreten Normenkontrollanträge (Az. 1 BvL 1/21, 1 BvL 2/21, 1 BvL 7/21, 1 BvL 2/22, 1 BvL 1/23, 1 BvL 3/25, 1 BvL 4/25) sowie die Verfassungsbeschwerde einer weiteren Zwei-Mütter-Familie vor (Az. 1 BvR 2167/22).

mierte Bundesregierung in ihrem Koalitionsvertrag: „Wir werden das Familienrecht modernisieren.“ Konkret sollte demnach geregelt werden: „Wenn ein Kind in die Ehe zweier Frauen hineingeboren wird, sind automatisch beide rechtliche Mütter des Kindes, sofern nichts anderes vereinbart ist.“⁶ Im Januar 2022 versprach der damalige Bundesjustizminister *Marco Buschmann* „die größte familienrechtliche Reform der letzten Jahrzehnte“, die bis zur Mitte der Legislaturperiode auf den Weg gebracht werden sollte.⁷ Als zweieinhalb Jahre später die Ampelregierung ihr vorzeitiges Ende fand, waren die – in Anbetracht der vollmundigen Verkündungen – einst großen Erwartungen jedoch in Enttäuschung umgeschlagen. Im Ergebnis gab es keine Reform und noch nicht einmal einen fertigen Gesetzentwurf.⁸

Ohnehin hatte die Diskussion zum Abstammungsrecht zuletzt eine andere Schlagseite erhalten. Befragt zum Stand der Reformen verbreitete das Bundesministerium der Justiz im August 2024 über seine Social-Media-Kanäle eine Videobotschaft. Darin erläuterte *Buschmann* die Reformpläne nunmehr wie folgt: „Wir wollen die Rechte leiblicher Väter stärken“, „die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung von Menschen verbessern“ und „das Recht der Samenspende auf die Höhe der Zeit bringen“.⁹ Doch was war aus den Zwei-Mütter-Familien geworden? Sie waren in der Nachricht des Ministeriums ganz ans Ende gerutscht und sollten zukünftig „eine Beziehung zum Kind haben“ dürfen.

Wie konnte es zu dieser Diskursverschiebung kommen, in der also zuletzt¹⁰ die Rechte leiblicher Väter und die leibliche Abstammung ins Zentrum der Reformbemühungen gerückt sind? Hier spielt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine maßgebliche Rolle. Während das

6 Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ vom 7. Dezember 2021, S. 80.

7 Vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Interviews/DE/2024/0122_Welt_Interview.html (31.3.2025).

8 Am 16. Januar 2024 veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz ein „Eckpunktepapier zur Reform des Abstammungsrechts“, vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Nav_Themen/240115_Eckpunkte_Abstammungsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (31.3.2025).

9 Vgl. den Beitrag des Bundesministeriums der Justiz bei LinkedIn: https://www.linkedin.com/posts/bundesministerium-der-justiz_abstammung-regenbogenfamilie-familienrecht-activity-7232041874377592834-GmUU?utm_source=share&utm_medium=member_desktop (31.3.2025).

10 Im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung findet das Abstammungsrecht keine Erwähnung mehr, „Verantwortung für Deutschland“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode.

Bundesverfassungsgericht bei der Mit-Mutterschaft größte Zurückhaltung gegenüber dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers übt und die acht vorliegenden Verfahren bislang (Stand Juli 2025) nicht bearbeitet, hat es dem Gesetzgeber im April 2024 eine Stärkung der Rechte von leiblichen Vätern in die Feder diktiert.¹¹ Anlass für dieses Urteil gab die Verfassungsbeschwerde eines leiblichen Vaters aus dem Jahr 2021. Der Beschwerdeführer wollte rechtlicher Vater seines Kindes werden. Daran war er jedoch gehindert, weil die Mutter sich unmittelbar nach der Geburt vom Verfassungsbeschwerdeführer getrennt hatte und kurze Zeit später ihren neuen Partner die Vaterschaft für das Kind hatte anerkennen lassen. Dieser blockierte nun den Vaterschaftsstatus. In der Folge blieb der nur leibliche Vater auf ein Umgangsrecht mit dem Kind verwiesen. Die Situation des Verfassungsbeschwerdeführers bewegte die Gemüter. Hatte hier eine Mutter den leiblichen Vater ihres Kindes missbräuchlich ausgebootet?¹² Das Bundesverfassungsgericht urteilte im April 2024 einstimmig, dass der leibliche Vater in seinem Elternrecht verletzt und die aktuelle Ausgestaltung des Anfechtungsrechts verfassungswidrig sei. Es trug dem Gesetzgeber eine Neuregelung bis zum 30. Juni 2025 auf.¹³ Dabei soll es dem Gesetzgeber auch offenstehen, einem Kind neben der Mutter zwei rechtliche Väter zuzuordnen.

Obwohl im Ausgangspunkt unterschiedliche Familienkonstellationen betroffen sind, die losgelöst voneinander abstammungsrechtlich gewürdigt werden sollten, werden die Verfahren der Zwei-Mütter-Familien und die Anfechtungsklage des nur leiblichen Vaters in Zusammenhang gebracht,¹⁴

11 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*. Zur Entscheidung im Einzelnen s. unten B. II. 3. c).

12 So lautete das Narrativ des Verfassungsbeschwerdeführers. In der mündlichen Verhandlung, an der die Autorin als Sachverständige für den Deutschen Juristinnenbund teilgenommen hat, zeigte sich jedoch eine komplexere Situation der Beteiligten und ein hocheskaliertem Elternkonflikt. Dass das Narrativ des Verfassungsbeschwerdeführers einseitig war, hätte dem Bundesverfassungsgericht eigentlich durch die Akten der Vorverfahren bekannt sein müssen; es blieb dennoch dominant und bestimmte auch die öffentliche Berichterstattung über den Fall.

13 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 110. Mangels Umsetzung des Urteils durch den Gesetzgeber innerhalb der Frist hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschl. v. 3.6.2025 – 1 BvR 2017/21 die Fortgeltungsdauer des geltenden Rechts bis zum 31. März 2026 angeordnet.

14 Deutlich artikuliert das *Heiderhoff*: „Auch wenn sich das BVerfG zur doppelten Mutterschaft in keiner Weise direkt äußert, muss man das Urteil auch vor diesem Hintergrund lesen. Indem das BVerfG unnötig viele fast schon pathetische Sätze zur Bedeutung der biologischen Vaterschaft formuliert und zudem – gebetsmühlenartig

ja in Konkurrenz zueinander gesetzt. Dem Anliegen von zwei Frauen, selbstbestimmt eine Familie zu gründen, wird als konträre und damit widerstreitende Interessensposition im Abstammungsrecht das Anliegen des leiblichen Vaters entgegen gehalten. Dabei geht es um die Gegensätze von leiblicher vs. sozialer Elternschaft ebenso wie um die Gegensätze von binär zweigeschlechtlich angelegten Elternrollen, von Mutterschaft und Vaterschaft. Das Ganze fußt auf der weitgehend unhinterfragten Annahme eines natürlich begründeten Abstammungsrechts. Demnach hat jedes Kind natürlicherweise stets eine Mutter und einen Vater – was das Abstammungsrecht schlicht wiedergebe und abbilde.

Die vorliegende Arbeit tritt mit dem Vorhaben an, diese Prämissen zu hinterfragen und sie im Ergebnis zu widerlegen. Es wird sich zeigen, dass die Natürlichkeit des Abstammungsrechts aufgedrängt ist und für Menschen unterschiedliche familienrechtliche Konsequenzen daraus folgen – je nachdem, welches Geschlecht sie haben. Das ist rechtlich bedenklich, weil das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung nicht der Abbildung von biologistischen Wahrheiten der Abstammung oder des Geschlechts dient, sondern Fürsorgeverhältnisse rechtlich ermöglichen und absichern soll.

II. Gang der Argumentation

Das Familienrecht ist dogmatisch besonders, weil es einerseits private Beziehungen von Menschen regelt (und deshalb oftmals nur im bürgerlichen Recht verortet wird), andererseits eine rechtliche Familie ohne staatliche Mitwirkung aber gar nicht entstehen kann (A.). Das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung ist grund- und menschenrechtlich gerahmt (A. I.) und operiert anhand der Regelungstechnik des Statusprinzips (A. II.). Dafür sieht das Recht eine beschränkte Anzahl von Zuordnungstatbeständen vor, die eine schnelle Feststellung der rechtlichen Eltern schon zum Zeitpunkt der Geburt ermöglichen sollen. Dieser einmal erworbene Status soll möglichst unveränderbar sein und geht mit zahlreichen Rechtsfolgen einher. Mit dem Status sind wichtige Absicherungsmechanismen verbunden, um familiäre Verbindungen klar und verbindlich zu regeln. Der Status muss zudem

– die Einführung der Mehrelternschaft (mit zwei Vätern!) vorschlägt (3., 4., und 5. Leitsatz), scheint es hier nicht verfassungsrechtlichen, sondern eher politischen Einfluss nehmen zu wollen.“ *Heiderhoff* (2024) Lobgesang auf den biologischen Vater als Störgeräusch, Verfassungsblog. Ähnlich auch: *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 152.

im Geburtenregister erfasst werden, um für den Rechtsverkehr wirksam und beweisbar zu sein. Das Registrierungsmonopol liegt beim Staat. Somit kommt eine Familie in Form einer rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung ohne staatliches Mitwirkungshandeln nicht zu Stande. Mit der Regelungsform des Statusprinzips ermöglicht das Familienrecht Rechtssicherheit nach außen und Autonomie nach innen, denn wie die Familienverhältnisse im Privaten gestaltet sind, gibt das Recht nicht vor.¹⁵

Das Statusprinzip ist für die vorliegende Arbeit von Bedeutung, weil es auf die ungenutzten Potentiale gerade im Abstammungsrecht verweist. Wenn der Status gerade nicht Realbeziehung ist und sich das Familienrecht aus dem Inneren des Privatlebens zurückhält, ist erklärungsbedürftig, warum es im Abstammungsrecht auf Leiblichkeiten ankommen sollte. Mehr noch wird sich zeigen, dass überall da, wo der leiblichen Abstammung und dem Geschlecht eine vorrangige Bedeutung für das Abstammungsrecht zugeschrieben wird, die Vorteile des Statusprinzips verloren gehen. Es treten Erosionserscheinungen der Dogmatik zu Tage, die mit einer Rückbesinnung auf das Statusprinzip zu beheben wären. Dazu müssen aber zunächst die Leiblichkeitszuschreibungen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung verdeutlicht und analysiert werden.

1. Leibliche Abstammung

Der Begriff „Abstammungsrecht“ legt nahe, dass es um biologische Abstammungslinien geht. Dieser erste Anschein bestätigt sich jedoch nicht, denn die leibliche Abstammung ist im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung unterschiedlich relevant. Bei der Mutterschaft gemäß § 1591 BGB erfolgt die Zuordnung auf Grund der Geburt, also eines leiblichen Vorgangs. Für die Vaterschaft sieht das Gesetz hingegen in § 1592 BGB vorrangig eine Zuordnung auf Grund der Ehe mit der Mutter (Nr. 1) oder auf Grund einer einvernehmlichen Vaterschaftsanerkennung (Nr. 2) vor. Zwar werden diese Kriterien als „Vermutung“ zu Gunsten der leiblichen Abstammung

15 In feministischen Auseinandersetzungen mit dem Familienrecht ist eine Trennung zwischen privater und öffentlicher Sphäre zu Recht und umfassend kritisiert worden, vgl. nur *Okin* (1989) *Justice, gender, and the family*. Der Statusgedanke im Familienrecht entlässt den Staat aber nicht aus seiner Schutzverantwortung für das Privatleben. Der Schutz etwa vor Gewalt auch und gerade im häuslichen Bereich und in persönlichen Näheverhältnissen ist essentiell. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit geht es um den Zugang zu staatlich anerkannten familiären Status, weniger um das, was danach kommt.

interpretiert. Tatsächlich festgestellt wird das Abstammungsverhältnis zu einem Vater jedoch nur in Streitfällen und auf Antrag. Das entspricht dem Statusprinzip, das vorrangig gerade nicht an der Realbeziehung orientiert ist.

Gleichwohl werden sowohl der Abstammungsbegriff des BGB als auch der verfassungsrechtliche Elternbegriff zunehmend mit Leiblichkeitszuschreibungen aufgeladen, die sich bei genauerer Betrachtung als diffus und mitunter als widersprüchlich herausstellen (B. I.). Es mag erstaunen, dass zu diesen Verleiblichungstendenzen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung maßgeblich das Bundesverfassungsgericht beigetragen hat (B. II.). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat zwei Grundrechte kreiert: das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und das Elternrecht des nur leiblichen Vaters. Mit letzterem initiierte der Senat einen fundamentalen Wandel der Dogmatik von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, die dadurch aus den Fugen geraten ist. Auch die Dogmatik des Elternrechts weist, so wird sich zeigen, biologistische und androzentristische Bruchstellen auf (B. III.).

Wie sehr die Verleiblichungstendenzen die Dogmatik des Elternrechts aus den Angeln gehoben haben, wird deutlich, wenn man das Elternrecht in seinen Gesamtkontext des Art. 6 GG zurückbringt (C.). Verstanden als voraussetzungsloses Anrecht auf Zugang zum Elternstatus verliert das Elternrecht den Kern seiner eigentlichen Gewährleistung aus dem Blick, nämlich die Pflege und Erziehung des Kindes, die es in einem mehrdimensionalen Grundrechtsverhältnis zu verwirklichen gilt (C. I.). Unter diesem Blickwinkel treten nicht nur Diskrepanzen zum Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung besonders deutlich zu Tage. Verstanden als Individualrecht des leiblichen Vaters ist auch die Familie, die das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 1 GG unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, in den Hintergrund gerückt (C. II.). Setzt man das Elternrecht hingegen wieder in seiner Relationalität zusammen und bindet es an die Elternverantwortung zurück, stellt sich die Frage, welche Leistungsfähigkeit die leibliche Abstammung für die Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung eigentlich hat (C. III.). Im Ergebnis lässt sich ein zwingender Konnex zwischen leiblicher Abstammung und der Elternverantwortung kaum finden. Unter diesem Gesichtspunkt gerät die besondere Bedeutung des nur leiblichen Vaters und mithin die gesamte Leiblichkeitsentwicklung im Familien- und Verfassungsrecht in Begründungsnot. Es wird gezeigt, dass – anstelle eines Grundrechtsverständnisses, das an den vorgeburtlichen Akt der Zeugung geknüpft wird – das Eltern-

recht stimmiger in der tatsächlichen Fürsorge und Elternverantwortung für das Kind verankert werden kann (C. IV.).

2. Geschlecht

Neben der leiblichen Abstammung kommt ein zweiter Leiblichkeitsfaktor ins Spiel: das Geschlecht. Das Abstammungsrecht knüpft bis heute offen an das Geschlecht der Eltern an und sieht unterschiedliche Möglichkeiten vor, wie eine Frau oder ein Mann rechtliche Eltern eines Kindes werden können. Wie das Gesetz und die Rechtsprechung mit sogenannten queeren Familien verfährt, das heißt mit gleichgeschlechtlichen Elternpaaren¹⁶ sowie trans¹⁷, inter¹⁸ und nichtbinären¹⁹ Personen als Eltern, legt offen, welch großes Ärgernis das Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung ist (D.).

16 In diesem Zusammenhang ist oftmals von „Regenbogenfamilien“ die Rede. Die Bezeichnung wird in familienrechtlichen Zusammenhängen jedoch oftmals auch verwendet, um ein Arrangement kenntlich zu machen, in dem sich ein schwules und ein lesbisches Paar zusammentun und eine gemeinsame Familie gründen. Um diese Engführung zu vermeiden, wird im Folgenden von queeren Familien gesprochen, die das gesamte Spektrum queerer Elternschaft abbilden sollen.

17 Das Adjektiv „trans“ verwenden Person, „die sich nicht oder nicht nur mit dem Geschlecht identifizieren, das ihnen bei Geburt zugewiesen wurde.“ Die Schreibweise mit Sternchen (trans*) verweist auf „eine Vielzahl möglicher Endungen, wie z.B. transgeschlechtlich, transsexuell, transident oder transgender“, vgl. <https://www.transinterqueer.org/themen/trans/> (31.3.2025). In der vorliegenden Arbeit wird „trans“ in der Schreibweise ohne Sternchen benutzt, gleichwohl verstanden als Oberbegriff für umfassende und nicht exklusiv gedachte Möglichkeiten der Geschlechtsidentität. Dazu auch *Rofsbach* Ein Regenbogen an Begriffen: Das Vokabular rund um sexuelle und geschlechtliche Vielfalt, djbZ 2023, I, S. 2.

18 Das Adjektiv „inter“ (auch: inter* oder intergeschlechtlich) wird als Oberbegriff verwendet für „Personen, die mit körperlichen Merkmalen geboren wurden, die nicht den traditionellen Vorstellungen von weiblichen oder männlichen Körpern entsprechen“, ebd. Das kann „alle Variationen, die von traditionellen Geschlechtervorstellungen abweichen“ umfassen und „etwa die Geschlechtsorgane, die Hormonproduktion oder den Chromosomensatz betreffen. Intergeschlechtlichkeit kann bereits bei der Geburt, erst später im Leben oder manchmal auch überhaupt nicht sichtbar werden“, ebd.

19 Die Bezeichnung „nichtbinär“ kann eine Geschlechtsidentität bezeichnen oder gerade auch die Verweigerung ausdrücken, sich überhaupt in der eigenen geschlechtlichen Identität verorten zu lassen. Nichtbinäre Personen „können ‚sowohl Mann als auch Frau‘, ‚weder Mann noch Frau‘, genderfluid (Personen, deren Geschlechtsidentität sich verschiebt oder flexibel verändert, statt anhaltend gleich zu bleiben) und vieles mehr sein“, <https://www.transinterqueer.org/themen/nicht-binaer/> (31.3.2025).

Die gesetzlichen Grundlagen zum Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung sind bei genauer Betrachtung erstaunlich verwirrend und inkonsistent (D. I.). Das Geschlecht ist im Recht zunächst eine einfache Personenstandskategorie, in die jeder Mensch qua Geburt einklassifiziert wird. Das Gesetz enthält jedoch keine materiellen Vorgaben dazu, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um den Geschlechtseintrag „männlich“, „weiblich“ oder „divers“ zu erhalten. Unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten handelt es sich beim rechtlichen Geschlecht daher zunächst um eine Realkategorie, nicht jedoch um einen rechtlichen Status. Will eine Person ihr Geschlecht nachträglich korrigieren, ist dafür dann aber – wie bei anderen Statuskategorien – die Mitwirkung des Staates erforderlich. Damit erfüllt der nachträglich geänderte Geschlechtseintrag durchaus die Voraussetzungen eines Status, der für und gegen alle wirkt. Jedoch werden gerade im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung die Statuswirkungen ausgehebelt bzw. sind diese im Zuge der jüngsten Gesetzgebung zum Selbstbestimmungsgesetz uneinheitlich geworden. Für die Mutterschaft soll das rechtliche Geschlecht der gebärenden Person irrelevant sein; für die Vaterschaft soll der rechtliche Geschlechtseintrag „männlich“ hingegen „konstitutiv“ wirken. Auch hier erodiert die Dogmatik, wenn Leiblichkeit ins Spiel kommt.

Das gesamte Ausmaß des Gender Troubles im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung offenbart sich schließlich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu queerer Familiengründung (D. II.). Die Unzulänglichkeiten des geltenden Abstammungsrechts haben Spielräume für die richterliche Rechtsanwendung eröffnet, die der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit völlig konträren und auch widersprüchlichen Argumenten gefüllt hat. Die Richter (es waren nur Männer) sind dadurch zu höchst unterschiedlichen Ergebnissen gekommen. Zwei-Mütter-Familien können nicht qua Ehestatus entstehen, sondern müssen ein Adoptionsverfahren durchlaufen. Demgegenüber ermöglichte der gleiche Senat sowohl die originäre Entstehung einer Zwei-Väter-Familie als auch die rechtliche Vaterschaft eines Samenspenders im Kontext einer Zwei-Mütter-Familie – obwohl es für beides keine gesetzliche Grundlage bzw. dem offen entgegenstehende gesetzgeberische Intentionen gab. Die Elternschaft von trans Personen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs möglich, jedoch unter der Maßgabe, dass der Elternstatus binär zweigeschlechtlich der Fortpflanzungsfunktion entspricht. Ein gebärender trans Mann muss demnach statusrechtlich zwingend als „Mutter“ seines Kindes eingetragen werden. Die einzelnen Entscheidungen setzen sich zu einem Gesamtbild zusammen, bei

dem queere Familiengründungen für Männer ermöglicht, Frauen versagt und für trans Personen nur unter der Voraussetzung gestattet werden, dass sie sich in ein heteronormatives²⁰ Erwartungsmuster an Familien einpassen lassen.

Dem Abstammungsrecht steht die geschlechts- und leiblichkeitsbezogene Gleichheitsproblematik damit quasi auf die Stirn geschrieben. Dennoch fehlen in abstammungsrechtlichen Diskussionen bislang vertiefte Auseinandersetzungen mit Art. 3 Abs. 3 GG. Eine gleichheitsrechtliche Betrachtung des Rechts der Eltern-Kind-Zuordnung ist deshalb notwendig (E.). Die vergeschlechtlichten Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht sind vielschichtig (E. I.). Nicht jede Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht oder ein anderes Merkmal aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG anknüpft, verstößt jedoch auch gegen das Grundgesetz (E. II.). Vielmehr kann eine rechtliche Ungleichbehandlung, so hat es das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Nachtarbeitsverbot verdeutlicht, gerechtfertigt sein, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich“ ist.²¹ Das Familienrecht operiert mit der Annahme, dass Frauen Kinder gebären und Männer Kinder zeugen, mithin unterschiedliche, geschlechtsspezifische Fortpflanzungsfunktionen erfüllen. Die Fortpflanzungsfunktionen „gebären“ und „zeugen“ werden als komplementär und gleichwertig angesehen, was wiederum die Zuweisung von zwei gleichwertigen Elternstatus nach sich zieht. So eingängig und selbstverständlich diese natürliche Verflechtung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion auch erscheinen mag, sie erweist sich unter Hinzuziehung von geschlechtertheoretischer und naturwissenschaftlicher Expertise als unhaltbar (E. III.). Nach dem Stand der Forschung ist schon fragwürdig, ob es zwei komplementäre, gleichwertige, gegengeschlechtliche Fortpflanzungsbeiträge gibt. So sind Schwangerschaft und Geburt singuläre Fortpflanzungsfunktionen ohne gegengeschlechtliches Äquivalent. Die Fortpflanzungsfunktion der „Zeugung“ ist demgegenüber kein „männlicher“ Beitrag, sondern ein Akt, zu dem mindestens zwei Personen gemeinsam beitragen. (Insbesondere

20 Vgl. zum Begriff etwa *Hartmann* (2007) Der heteronormative Blick in wissenschaftlichen Diskursen – eine Einführung, S. 56 ff.; *Wagenknecht* (2007) Was ist Heteronormativität? Zu Geschichte und Gehalt des Begriffs, S. 18 ff.; *Woltersdorff* (2019) Heteronormativitätskritik: ein Konzept zur kritischen Erforschung der Normalisierung von Geschlecht und Sexualität, S. 323 ff.; *Hark* (2016) Heteronormativität revisited. Komplexitäten und Grenzen einer Kategorie, S. 2 ff.

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

im Rahmen von reproduktionsmedizinisch unterstützter Zeugung können es auch mehr als zwei Personen sein.) Unter naturwissenschaftlichen Gesichtspunkten erweist sich die „Samenzelle“ als kleinster Anteil. Es zeigt sich, dass die Natur nicht taugt, um die gravierenden Ungleichbehandlungen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung zu rechtfertigen. Zwar könnte ein biologistisch fundiertes Abstammungsrecht die Zuordnung der gebärenden Person als ersten Elternteil begründen. Die Zuweisung eines zweiten „zeugenden“ Elternteils lässt sich hingegen aus natürlichen Imperativen nicht herleiten, denn die Zeugung ist mehr als der Beitrag der Samenzelle. Einen Anspruch von leiblichen Vätern auf einen alleinigen oder auch nur vorrangigen Zugang zur zweiten Elternstelle legitimiert „die Natur“ somit gerade nicht. Auch mit kollidierendem Verfassungsrecht lassen sich die geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht nicht rechtfertigen (E. IV.). So ist im Ergebnis jede Bezugnahme auf das Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung verfassungswidrig.

Mit einem formalen Diskriminierungsverständnis würde es darum gehen, bestehende Ungleichheiten im Abstammungsrecht zu beseitigen – etwa indem die Kategorie Geschlecht aus den Regelungen der Eltern-Kind-Zuordnung gestrichen wird. Es braucht aber darüber hinausgehend ein materielles Verständnis von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG, das auch die (historisch) gewachsenen Ungleichheitsstrukturen in den Blick nimmt und abbaut (E. V.).

Ist die Bedeutung der leiblichen Abstammung und des Geschlechts im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung widerlegt und die Vision auf ein materielles Verständnis von Gleichheit gerichtet, lassen sich schließlich Perspektiven für notwendige Neujustierungen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung konturieren (F.).

III. Einordnung der Perspektive

Das Abstammungsrecht produziert selbst ein normatives Geschlechterregime und erhält es aufrecht.²² Das kollidiert immer offensichtlicher mit gesellschaftlichen Realitäten. Reproduktionsmedizin und naturwissenschaftli-

22 Mit dem Begriff der „Repronormativität“ beschreiben *Stoll et al.* „die normative Koppelung spezifischer Körper an spezifisch vergeschlechtlichte biologische Vorgänge und spezifisch vergeschlechtlichte Vorstellungen“, vgl. *Stoll* (2020) *Becoming trans* parents*, S. 95 mwN. *Richarz* beschreibt das als „Bionormativität rechtlicher Elternschaft“, *Richarz* *Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm*, RdJB 2019,

che Forschungen führen immer mehr dazu, dass „sich die biologisch-soziale Selbstverständlichkeit der heterosexuellen Kleinfamilie auflöst“ und Familiengründung „zu einer Sache von Wahl, Entscheidung, Intentionalität und individueller Autonomie wird“.²³ Allerdings hat die Reproduktionsmedizin die Frauen nicht, wie *Shulamith Firestone* gehofft hatte, von ihrer „natürlichen“ Rolle als Mutter befreit.²⁴ Genauso wenig hat die Zunahme queerer Familien das Patriarchat bzw. den *pater familias* abgeschafft. Vielmehr trägt das Familienrecht dazu bei, patriarchale Verhältnisse aufrecht zu erhalten.

Mit der Infragestellung patriarchaler Geschlechterverhältnisse im Abstammungsrecht teilt diese Arbeit wesentliche Anliegen der Frauen- und Geschlechterforschung sowie der Legal Gender Studies.²⁵ Gekennzeichnet ist sie durch den Blick an die Ränder der betroffenen Thematik und die Offenlegung dessen, was vom Zentrum aus betrachtet gar nicht als Problem erscheint. Das lässt sich als ein „Mapping the Margins“²⁶, eine Vermessung der Randbereiche, beschreiben.

Im Forschungskontext der Frauen- und Geschlechterforschung wird das Konzept von Familie zuweilen grundsätzlich in Frage gestellt.²⁷ Anders in der vorliegenden Arbeit. Sie streitet vielmehr für eine Rückbesinnung auf die rechtlichen Grundprinzipien der Eltern-Kind-Zuordnung. Das sind zum einen das genuin familienrechtliche Regelungsmodell des Statusprinzips und zum anderen der auf die fürsorgende Elternverantwortung gerichtete Schutz des Art. 6 GG. Beide gilt es konsequent von Geschlechts- und Natürlichkeitsvorstellungen zu befreien und damit auch gleichheitsrechtlich verfassungskonform auszugestalten.

Die Arbeit argumentiert gegen Biologismen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung. Das mag zunächst kontraintuitiv anmuten, denn ist nicht gerade die Abstammung die vermeintlich natürlichste Sache der Welt? Überkommene Sichtweisen oder auch Selbstverständlichkeiten wie diese

53, S. 57 ff. Zum Begriff der „Bionormativität“ vgl. auch *Dionisius* (2021) *Queere Praktiken der Reproduktion*, S. 68.

23 *Kuster/Liebsch* Einleitung, *feministische studien* 2019, 3, S. 6.

24 *Firestone* (1975) *Frauenbefreiung und sexuelle Revolution*.

25 Vgl. statt vieler zur Einführung: *Baer/Elsuni* (2021) *Feministische Rechtstheorien*, S. 296 ff.; *Foljanty/Lembke* (Hrsg., 2012) *Feministische Rechtswissenschaft*; *Valentiner* *Geschlecht und Recht*, JuS 2022, 1094.

26 Die Wendung geht zurück auf den Beitrag von *Crenshaw* *Mapping the Margins*, *Stanford Law Review* 1991, 1241.

27 Vgl. zum Überblick für die verschiedenen Positionen etwa *Laufenberg* (2022) *Was tun mit der Familie? Für einen queeren Gegenrealismus*, S. 141 ff. Ferner: *Lewis* (2023) *Die Familie abschaffen*; *Roig* (2023) *Das Ende der Ehe*.

in Frage zu stellen, löst erfahrungsgemäß Reaktanzen aus, die die vorliegende Arbeit jedoch einlädt zu überwinden. Es gilt dabei insbesondere zwei möglichen Missverständnissen vorzubeugen.

Zum ersten enthält die Abhandlung keine Bewertung und insbesondere keine Abwertung der leiblichen Verbindungen zu den eigenen Vor- und Nachfahren. So kann für manche Menschen die genetische Abstammung (und gerade das Wissen oder Nichtwissen darüber²⁸) sehr bedeutsam sein. Zugleich sollte aber die individuelle Kenntnis der eigenen Abstammung nicht voreilig gleichgesetzt werden mit der Regelungsaufgabe im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung. Zum Zeitpunkt der Geburt eines Kindes und sodann über viele Jahre, in denen sich ein Kind noch nicht eigenständig versorgen kann, sind Kind und Eltern auf das Recht in seiner absichernden und klärenden Funktion für Fürsorgeverhältnisse angewiesen. Ob die leibliche Abstammung eine Gewähr für diese Fürsorgeverantwortung bietet, wird zu klären sein.²⁹ Wenn die vorliegende Arbeit zu dem Schluss kommt, dass die leibliche Verbindung für die primäre Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt kein überzeugender Anknüpfungspunkt ist, ist damit keine Aussage getroffen über die potentiell persönlichkeitsrelevante Bedeutung der Kenntnis der Abstammung. Mit anderen Worten: Während das hier im Zentrum stehende Abstammungsrecht der Absicherung des noch minderjährigen Kindes dient, mögen im Einzelfall persönlichkeitsrechtliche Aspekte der Abstammung im Leben einer heranwachsenden oder erwachsenen Person stärker in den Vordergrund treten. Welche Gestaltungsmöglichkeiten das Familienrecht vorsehen könnte, um erwachsenen Personen eine individuell selbstbestimmte genealogische Verortung zu ermöglichen, muss anderen Arbeiten vorbehalten bleiben.

Zum zweiten sollte die Arbeit nicht missverstanden werden im Hinblick auf Geschlechterverhältnisse im Abstammungsrecht. Es geht nicht darum, etwa Frauen qua Geschlecht im Hinblick auf die Eltern-Kind-Zuordnung zu „bevorteilen“ oder gar Männern qua Geschlecht ihre Bedeutung bei der Abstammung in Abrede zu stellen. Mit einer kritischen Infragestellung von Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung soll vielmehr ein Raum geschaffen werden, in dem Menschen ganz unabhängig vom Geschlecht rechtlich abgesicherte Elternverantwortung für ihr Kind übernehmen kön-

28 Dazu ausführlich unter B. II. 2. *Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung.*

29 Dazu insbesondere unter C. III. *Gibt es einen Konnex zwischen Leiblichkeit und Fürsorge?*

nen. Das ist ein Argument *für* Gleichberechtigung und gegen jedwede Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Die gegenwärtig zu beobachtende Verfestigung der Zweigeschlechtlichkeit des Abstammungsrechts, insbesondere die Zuspitzung der zweiten Elternstelle auf die „Zeugung mittels männlicher Gameten“, steht demgegenüber auf tönernen Füßen. Denn wer das Abstammungsrecht zweigeschlechtlich und zudem vorgeburtlich-biologisch begründen will, stößt unweigerlich auf natürliche Ungleichheiten zwischen „weiblichen“ Fortpflanzungsbeiträgen (Eizelle, Schwangerschaft und Geburt) und dem „männlichen“ Zeugungsbeitrag. Mit biologistischen Argumenten als Fundament rechtlicher Zuordnung wäre folglich gerade für Männer bzw. Personen, die „nur“ die Samenzelle zur Entstehung des Kindes beigetragen haben, eine gleichwertige Elternschaft kaum zu rechtfertigen.³⁰ Dieses Ungleichheitsargument arbeitet die vorliegende Arbeit heraus, vertritt es aber gerade nicht. Sie plädiert demgegenüber vielmehr für ein Verständnis von rechtlicher Elternschaft als Status der Fürsorge. Dieser knüpft nicht an das Geschlecht einer Person oder an ihre (unterstellte) Fortpflanzungsfunktion, sondern an tatsächlich erbrachte Versorgungsleistungen und übereinstimmend intendierte Verantwortungsbeziehungen an.

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

A. Das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung

Das Abstammungsrecht regelt, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind. Es lässt sich deshalb präziser als Recht der Eltern-Kind-Zuordnung bezeichnen.³¹ Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist grund- und menschenrechtlich garantiert (I.). Die konkrete Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber, der die Verwandtschaft im zweiten Abschnitt (nach der Ehe) im Vierten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geregelt hat. Dogmatischer Wesenskern des Familienrechts und so auch der Eltern-Kind-Zuordnung ist das Statusprinzip – eine Regelungstechnik, deren Besonderheiten unter II. nachgezeichnet werden. Gerade die mit dem Statusprinzip verbundenen rechtlichen Potentiale büßt das Abstammungsrecht in seiner derzeitigen Ausgestaltung jedoch ein. Indem es nur für bestimmte Familienkonstellationen greift, hinterlässt es Kinder und Eltern, deren reale Fürsorgebeziehungen rechtlich nicht abgebildet und damit auch nicht abgesichert sind (III.).

I. Grund- und menschenrechtliche Rahmungen

Im deutschen Grundgesetz stehen die Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Art. 6 Abs. 1 GG gilt als „Generalnorm“³² sowie als „wertentscheidende Grundsatznorm“³³ für das gesamte

-
- 31 So auch die Empfehlung des Arbeitskreises Abstammungsrecht: „Anstelle des Begriffs ‚Abstammung‘ sollte zukünftig der Begriff ‚rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung‘ verwendet werden, da der Begriff ‚Abstammung‘ zu Unrecht suggeriert, es gehe hierbei allein um Personen, die genetisch miteinander verwandt sind.“ *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 14.
- 32 „Generalnorm ist Art. 6 Abs. 1 GG; [...] sie enthält sowohl eine Institutsgarantie wie ein Grundrecht auf Schutz vor störenden Eingriffen des Staates und darüber hinaus eine wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht [...]. In allen diesen Beziehungen ist die Familie als ein geschlossener, eigenständiger Lebensbereich zu verstehen; die Verfassung verpflichtet den Staat, diese Einheit und Selbstverantwortlichkeit der Familie zu respektieren und zu fördern.“ BVerfG Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63 u.a. *Adoption*, BVerfGE 24, 119, Rn. 39.
- 33 „Art. 6 Abs. 1 GG ist eine wertentscheidende Grundsatznorm. Er stellt Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den besonderen

Ehe- und Familienrecht. Das Recht, eine Familie zu gründen, ist auch ein Menschenrecht, ausdrücklich normiert in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR). Art. 12 Abs. 3 AEMR gewährleistet den Schutz der Familie „durch Gesellschaft und Staat“. Vergleichbare Rechte enthalten Art. 17 Abs. 1 und 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) sowie Art. 10 Nr. 1 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR). Die Staaten haben demnach das Privat- und Familienleben zu achten und vor willkürlichen Eingriffen zu schützen. Gleiches verbürgen Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie Auch Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh).³⁴

Mit diesem besonderen Schutz der Familie ist das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung untrennbar verbunden. Der Staat ist verpflichtet, die rechtliche Elternschaft vorzusehen sowie die Pflege und Erziehung des Kindes vorrangig durch seine Eltern sicherzustellen. So normiert Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Pflege und Erziehung der Kinder als „natürliches Recht“ der Eltern und als „die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. ³⁵ Das Elternrecht dient jedoch nicht der Selbstverwirklichung der Eltern. „Es ist – primär – Recht im Interesse und zum Wohle des Kindes“³⁶ und insofern „fremdnützig“³⁷ und „altruistisch geprägt“.³⁸

Mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention) ist zunehmend das Kind als eigenständiges Subjekt von grund- und menschenrechtlichen Garantien in den Blick gerückt. Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)³⁹ weist alle öffentlichen Institutionen dazu an, bei sämtlichen Angelegenheiten, die Kinder betreffen,

Schutz der staatlichen Ordnung.“ BVerfG Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55, S. 49.

34 Zudem schützt Art. 9 GRCh das Recht, eine Familie zu gründen, und gewährleistet Art. 33 Abs. 1 GRCh den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz der Familie.

35 Art. 18 Abs. 4 IPbPR und Art. 13 Abs. 3 IPwskR verpflichten die Vertragsstaaten, das Recht der Eltern auf religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder zu sichern.

36 Jestaedt (2021) Ehe, Familie und Erziehung, Rn. 64.

37 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 310 mwN.

38 Landenberg-Roberg (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 1 mwN.

39 Die UN-Kinderrechtskonvention gilt in Deutschland seit 2010 ohne Vorbehalt. Sie ist unmittelbar anwendbares Recht auf dem Rang einfachen Bundesrechts, vgl. Wapler (2015) Kinderrechte und Kindeswohl, S. 243 mwN.

im „besten Interesse“ das Kindes zu handeln.⁴⁰ Ähnlich statuiert Art. 24 Abs. 2 GRCh, dass nicht nur öffentliche, sondern auch private Einrichtungen bei allen kindbezogenen Maßnahmen das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen haben. Das Grundgesetz spricht zwar nicht vom Kindeswohl; es wird aber als „zentrale Leitidee“⁴¹ des familienrechtlichen Grundrechtsschutzes angesehen.⁴² So sei das Kindeswohl die „kindesspezifische Adaption der Menschenwürde“⁴³; die „oberste“⁴⁴ oder „maßgebliche Richtschnur“⁴⁵ bzw. die „grundrechtsdogmatische Mitte des Elternrechts“.⁴⁶ Als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“⁴⁷ richte es alle Handlungen der Eltern aus „auf die Heranbildung des Minderjährigen zu einer freiheits- und verantwortungsbereiten sowie beziehungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“.⁴⁸ Dabei kommt den Eltern für die Verwirklichung der universalen Rechte des Kindes eine Schlüsselrolle zu. Denn sie sind es, die das Kind bei der Ausübung dieser Rechte gemäß Art. 5 der UN-Kinderrechtskonvention „in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen“ haben. Art. 7 der UN-Kinderrechtskonvention verpflichtet die Vertragsstaaten auch, jedes Kind „unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen“. Der Artikel anerkennt zudem „das Recht auf einen Namen von Geburt an, das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, und soweit möglich das Recht, seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden.“

Die Eltern-Kind-Zuordnung ist nicht nur freiheitsrechtlich, sondern auch gleichheitsrechtlich determiniert. Art. 6 Abs. 5 GG enthält einen speziellen Gleichheitssatz, nämlich den Auftrag an die Gesetzgebung, nichteheliche und eheliche Kinder gleichzustellen. Darüber hinaus gilt Art. 3 GG um-

40 Zum Kindeswohl als Rechtsbegriff vgl. *Wapler* (2015) Kinderrechte und Kindeswohl, S. 29 ff. Zu den historischen Entwicklungslinien des Begriffs vgl. *Hepp* (2021) Kindergrundrechte, S. 62 ff.

41 *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 145.

42 Zur historischen Genese vgl. *Wapler* (2015) Kinderrechte und Kindeswohl, S. 106.

43 *Jestaedt* (2021) Ehe, Familie und Erziehung, Rn. 65; *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 86.

44 BVerfG Urt. v. 3.II.1982 – 1 BvL 25/80 u.a. *Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung*, BVerfGE 61, 358, S. 372; BVerfG Urt. v. 30.1.2002 – 1 BvL 23/96 *Familiendoppelnamen*, BVerfGE 104, 373, S. 385.

45 BVerfG Urt. v. 1.4.2008 – 1 BvR 1620/04 *Erzwungener Umgang*, BVerfGE 121, 69, S. 92.

46 *Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 35 mwN; *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 34.

47 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 2 mwN.

48 *Jestaedt* (2021) Ehe, Familie und Erziehung, Rn. 65. *Heiderhoff* in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 137 mwN.

fassend auch im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung; neben dem allgemeinen Gleichheitssatz sind deshalb die besonderen Gleichberechtigungsgebote und Diskriminierungsverbote aus den Absätzen 2 und 3 zu beachten. Auch die Gleichheitsrechte sind nicht nur national, sondern international garantiert, etwa in Art. 2 und Art. 7 AEMR, Art. 3 IPwskR, Art. 3, 14 und 26 IPbpR, Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK.

Der Schutz von Elternschaft, Kindschaft und Familie ist also komplex. Die Gewährleistungen auf völker-, unions- und nationalrechtlicher Ebene sind keineswegs deckungsgleich, sondern unterscheiden sich unter anderem nach Adressatenkreis und Durchsetzungsmöglichkeiten. Im Fokus der vorliegenden Arbeit stehen die Grundrechte, die nach Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung, die Verwaltung und die Gerichte unmittelbar binden. Freilich ist das Grundgesetz nicht abgekapselt, sondern in einem internationalen Mehrebenensystem verortet.⁴⁹ Eine besondere Bedeutung kommt dabei der EMRK und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu. Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle sind völkerrechtliche Verträge. Der deutsche Gesetzgeber hat sie durch förmliches Gesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG in das deutsche Recht transformiert und damit einen entsprechenden Anwendungsbefehl erteilt.⁵⁰ Die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.⁵¹ Mithin haben die Gerichte Art. 8 EMRK bei der Auslegung von Art. 6 GG ebenso wie bei der Anwendung des einfachen Familienrechts „wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und

49 Vgl. statt vieler Masing (2021) *Verfassung im internationalen Mehrebenensystem*, Rn. 18 ff.

50 Giegerich in Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, Rn. 45 ff. mwN; Schmahl (2022) § 98 Nationale Grundrechte und Europäische Menschenrechtskonvention, Rn. 2 ff.; Dahlkamp (2023) *Das Recht auf Zugang zur Elternschaft*, S. 50 f.

51 Vgl. BVerfG Urt. v. 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u.a., BVerfGE 74, 358, S. 370; BVerfG Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 Görgülü, BVerfGE 111, 307, S. 317 mwN; BVerfG Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 *Sicherungsverwahrung*, Rn. 88 mwN.

anzuwenden“.⁵² Dies ist auch Ausdruck der „Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes“.⁵³

Unionsrechtlich fällt die Gestaltung des Abstammungsrechts in die Autonomie der Mitgliedstaaten. Die Grundrechte-Charta gilt in den EU-Mitgliedstaaten unmittelbar nur, wenn sie Unionsrecht durchführen, Art. 51 Abs. 1 GRCh. Es gibt aber Anerkennungsobligationen und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist zu berücksichtigen. Für die hier interessierende Frage der statusförmigen Eltern-Kind-Zuordnung ergeben sich bislang keine Vorgaben.⁵⁴

II. Das Statusprinzip als Regelungsmodell

Damit grund- und menschenrechtliche Garantien zur Entfaltung kommen können, ist die Eltern-Kind-Zuordnung einfachgesetzlich vorzusehen. Das tut der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 1591 ff. BGB, die die rechtliche Abstammung normieren. In diesem Zusammenhang ist das Statusprinzip bedeutsam. Der Statusbegriff wird im Familienrecht als „ein rechtswissenschaftlicher, dogmatischer Begriff“⁵⁵ von überragender Wichtigkeit angesehen. Er habe eine „derart zentrale Bedeutung“, dass das Familienrecht selbst als „Statusrecht“ bezeichnet werden könne.⁵⁶ Die Eigenschaften des familienrechtlichen Statusbegriffs werden zunächst allgemein konturiert (1.). Die Besonderheit des Statusprinzips zeigt sich deutlich in der Ausgestaltung der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung auf primärer (2.) und sekundärer (3.) Ebene sowie hinsichtlich der umfangreichen Rechtsfolgen, die an den Status der Eltern-Kind-Zuordnung geknüpft sind (4.). Wengleich der Status als Grundlage des Familienrechts nicht in Zweifel steht, sind einige Fragen der Dogmatik ungeklärt (5.).

52 BVerfG Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 *Görgülü*, BVerfGE III, 307, S. 317.

53 Grundlegend dazu BVerfG Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 *Görgülü*, BVerfGE III, 307, S. 317 ff.; *Payandeh* Verfassungsrechtliche Grundlagen der Völkerrechtsfreundlichkeit in Deutschland, ZaöRV 2023, 609.

54 Das Abstammungsrecht fällt zwar nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts, allerdings können abstammungsrechtliche Fragen über Freizügigkeitsrechte relevant werden, vgl. EuGH Urt. v. 14.12.2021 – C-490/20 *Nachbeurkundung*.

55 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 94.

56 *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 47 mwN. So auch: „Abstammungsrecht als Statusrecht“ *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 130 et passim. Vgl. ebenfalls zum Statusprinzip *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. II ff.

1. Der familienrechtliche Status – Versuch einer Begriffskonturierung

Der Status ist kein genuin familienrechtlicher Begriff. Er kommt in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen vor. Der soziale Status eines Menschen bezieht sich etwa auf seine Verortung innerhalb einer sozialen oder gesellschaftlichen Hierarchie, zum Beispiel nach dem Einkommen, Bildungsniveau oder ähnlichem.⁵⁷ Auch als Rechtsbegriff verweist der Status auf die Verortung einer Person – gegenüber anderen Personen oder auch gegenüber dem Staat. *Jellinek* etwa nutzte den Statusbegriff grundrechtstheoretisch, um damit verschiedene Qualitäten der Staat-Bürger*in-Beziehung deutlich zu machen.⁵⁸ *Savigny* unterscheidet in seinen Abhandlungen zum Römischen Recht anhand der „status libertatis“, „status civitatis“ und „status familiae“ verschiedene Rechtsstellungen, die eine Person einnehmen konnte.⁵⁹ (Es handelte sich jedoch um Begriffe, die allesamt im Römischen Recht nicht vorkamen.)⁶⁰ Der Status kann also zunächst, allgemein gesprochen, als Position verstanden werden, die rechtliche Ansprüche, Berechtigungen oder auch Verpflichtungen markiert.

Der Staat interessiert sich – heutzutage zumindest grundsätzlich und tatsächlich weitgehend – nicht für die privaten Beziehungen von Menschen. Ob etwa Individuen als Paar zusammenleben und wie sie ihre Beziehung ausgestalten, ist ihre höchstpersönliche und regelmäßig auch nicht-öffentliche Entscheidung. Wollen sie aus ihrer Verbindung aber bestimmte Rechte herleiten, ist das nicht ohne Weiteres möglich. Hier erhält die Beziehungsform Bedeutung. Denn Folgen wie etwa eine gemeinsame Namensführung oder eine gemeinsame steuerliche Veranlagung sind an eine staatlich anerkannte und insoweit auch vorgegebene Form geknüpft: die Ehe. Voraussetzung für familienrechtliche oder familienbezogene Rechte ist also, verheiratet zu sein. Die Ehe ist der familienrechtliche Status, mit dem der Staat eine Paarbeziehung formalisiert und anerkennt. An den familienrechtlichen Status sind dann weitreichende Rechtsfolgen geknüpft: (Nur) Eheleute oder (noch bestehende) eingetragene Lebenspartnerschaf-

57 Zum Begriff vgl. *Pollak* (2024) Status, sozialer.

58 *Jellinek* (1892) System der subjektiven öffentlichen Rechte.

59 *Savigny* (1840) System des heutigen Römischen Rechts.

60 *Kaser/Knütel/Lohsse* (2021) Römisches Privatrecht, § 23, Rn.3. So auch *Savigny* selbst: „Daß in keiner Stelle [...] die drey Status erwähnt werden, muß wohl Jeder zugestehen [...]“. *Savigny* (1840) System des heutigen Römischen Rechts, S. 473.

ten profitieren von finanziellen Vorteilen im Steuerrecht⁶¹ oder können aufenthaltsrechtliche Ansprüche geltend machen. Demgegenüber entfalten nichteheliche Lebensgemeinschaften, auch wenn sie viele Jahre als gegenseitige Fürsorgebeziehung gelebt wurden, nicht aus sich heraus rechtliche Wirkungen.

Die Ehe ist nicht nur hinsichtlich ihrer rechtlichen Folgen besonders. Auch wie sie begründet und beendet werden kann, unterscheidet sie von einer nichtformalisierten Beziehung. Die Ehe muss vor dem Standesamt geschlossen werden. Wie die Eheleute ihre Gemeinschaft danach tatsächlich ausgestalten, dazu gibt der Status nichts vor. Der Staat enthält sich hier vielmehr – mittlerweile. Historisch gesehen ist das keine Selbstverständlichkeit, wie *Limbach* anschaulich am Beispiel der Eheregelungen im Allgemeinen Preußischen Landrecht beschrieben hat. Dort waren unter anderem Pflichten zum ehelichen Geschlechtsverkehr geregelt und dass der Ehemann darüber bestimmte, wie lange eine Frau nach der Geburt das Kind stillen durfte.⁶² Heutzutage ist das Gesetz frei von derartigen Vorschriften. Die Ehe bleibt, einmal geschlossen, als Dauerrechtsverhältnis bestehen, unabhängig davon, wie sich die ehelichen Lebensverhältnisse entwickeln. „Auch wenn Eheleute sich hassen wie die Pest“⁶³ – erst und nur wenn eine*r der Ehegatten einen Scheidungsantrag stellt und das Familiengericht nach Durchführung eines entsprechenden Verfahrens die Scheidung ausspricht, wird die Ehe wirksam beendet. Ohne staatliche Mitwirkung entsteht und endet eine Ehe also nicht.

Damit sind schon wesentliche Kennzeichen des Familienrechts als Statusrecht angesprochen: die staatliche Mitwirkung an der Begründung und Beendigung des Status, die grundsätzliche Dauerhaftigkeit und Statusbeständigkeit sowie die Formalisierung des Status, die mit einem Desinteresse an der individuellen Ausgestaltung verbunden ist. All das sind familien-

61 Weitergehend zu Fragen von Geschlechtergerechtigkeit im Steuerrecht vgl. die Arbeiten von *Spangenberg* (2013) Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht; *Wersig* (2013) Der Lange Schatten der Hausfrauenehe sowie die Beiträge in *Spangenberg/Wersig* (Hrsg., 2013) Geschlechtergerechtigkeit steuern.

62 „So enthielt es Vorschriften über die ‚eheliche Pflicht‘, die die Eheleute einander nicht anhaltend versagen durften; es sei denn, daß diese der Gesundheit nachteilig wäre. Stillende Ehefrauen durften die Beiwohnung mit Recht verweigern. Wie lange die Mutter jedoch dem Kind die Brust reichen sollte, hatte der Vater zu bestimmen.“ *Limbach* (1989) Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Ehe und Elternschaft, S. 225.

63 *Muscheler* (2017) Familienrecht, Rn. 188.

rechtliche „Besonderheiten“⁶⁴ oder „Eigentümlichkeiten“⁶⁵, die sich als Statusprinzip⁶⁶ beschreiben lassen.

Auch die Eltern-Kind-Beziehung ist keine reine Privatangelegenheit. So „natürlich“ sie erscheinen mag, so individuell sie empfunden wird – der Staat wirkt auch hier mit. Damit eine Familie im Rechtssinne entstehen kann, reicht es nicht aus, dass zwei (oder mehr) Personen ein Kind bekommen und es fortan in (hoffentlich) liebevoller Zuwendung aufziehen. Um dem Staat gegenüber als Elternteil zu gelten – und damit etwa Ansprüche auf Kindergeld, Elternzeit und Elterngeld geltend machen sowie den Nachnamen oder die Staatsangehörigkeit weitergeben zu können –, muss eine Person die materiellen Voraussetzungen der Eltern-Kind-Zuordnung erfüllen und im Geburtenregister eingetragen werden. Auch die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist dann weitgehend unabhängig von den tatsächlichen familiären Verhältnissen und Entwicklungen. Den Staat interessiert es auch hier nicht, ob sich eine tatsächliche, intakte oder problematische Beziehung zwischen Elternteil und Kind entwickelt oder fortbesteht. Selbst wenn die Eltern ihr Kind schlecht behandeln oder das Wohl des Kindes konkret gefährden, kann dies zwar eine ganze Reihe von staatlichen Interventionsmaßnahmen nach sich ziehen, bleibt aber ohne Auswirkung auf den Status. An der rechtlichen Elternschaft ändert sich selbst dann nichts, wenn das Kind in einer Pflegefamilie lebt oder im Verlauf seines Lebens den Kontakt zu den Eltern ganz abbricht.

a) Regelungstechnik ohne inhaltliche Vorgaben

Den Status kennzeichnet, soviel wurde schon deutlich, dass er in seiner Begründung, Beendigung und hinsichtlich seiner Rechtswirkungen formalisiert ist. Darüber hinaus bestehen aber keine Vorgaben für die individuelle Ausgestaltung und er ist weitgehend losgelöst von den Entwicklungen der familiären Beziehungen. Mit anderen Worten: „Der formale Status ersetzt die Suche nach materialen Inhalten des persönlichen Innenverhältnisses.“⁶⁷

64 In der Literatur ist auch die Rede von „Funktionsweisen“ oder „Leitlinien“, Gernhuber/Coester-Waltjen (2020) Familienrecht, S. 543, oder von „Prinzipien, die das Statusrecht prägen“, Kriewald (2009) Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, S. 31.

65 Flindt (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 36.

66 Helms (2014) Abstammungsrecht und Kindeswohl, S. 27.

67 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 108.

Wenn familienrechtliche Verbindungen als „Statusverhältnisse“⁶⁸ oder die Eltern-Kind-Zuordnung als „Elternstatus“⁶⁹ bezeichnet werden, sagt dies nichts darüber aus, wie das Recht inhaltlich ausgestaltet ist. Röthel spricht deshalb vom „Statusgedanken“ im Familienrecht. Dieser bringe ein bestimmtes „Anliegen des Rechts“⁷⁰ nach Generalität, Klarheit und Stabilität zum Ausdruck.

„Die Ausformung von Statusverhältnissen gehört ähnlich dem Schutz des Kindeswohls, der Verwirklichung von Gleichbehandlung und der Gewährleistung elterlicher Autonomie zu den originären Leistungen des Rechts und damit des Staats im Familienrecht.“⁷¹

Auf welche inhaltlichen Zuordnungskriterien ein Abstammungsverhältnis begründet wird, ob es etwa auf die genetische Abstammung oder die soziale Fürsorgebeziehung, auf den Wunsch zur Elternschaft oder ein Vertragsverhältnis ankommen soll, dazu macht das Statusprinzip keine Vorgaben.⁷²

Das familienrechtliche Statusprinzip ist deshalb am besten als „Rechtstechnik“⁷³ zu denken, als Mittel, „wie Verhältnisse zwischen natürlichen Personen zueinander rechtlich gestaltet werden können“⁷⁴ und als Form, in der der Staat familiäre Beziehungen anerkennt und reguliert. Der Status als Regelungstechnik hält den Gesetzgeber aber an, die Zuordnungskriterien so zu bestimmen, dass das Familienrecht seinem Anliegen nach Klarheit und Beständigkeit bestmöglich Rechnung tragen kann. Das Statusprinzip ist mithin als „ein vorwiegend *formales* und *allgemein-orientiertes* Anliegen“ zu begreifen, „das generelle Anliegen des Rechts wie Transparenz, Leichtigkeit und Sicherheit des Rechts verwirklicht.“⁷⁵

68 Flindt (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse.

69 Weller/Ditzen/Schulz u.a. Elternschaft im Wandel: From status to contract?, AcP 2021, 765, S. 802.

70 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 90.

71 Ebd.

72 „Der Statusgedanke zeichnet für sich genommen den Bezugspunkt der Eltern-Kind-Zuordnung (biologische Abstammung, intentionaler Wunsch oder soziale Beziehung) nicht vor.“ (ebd.).

73 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 97. So auch Scheliha (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 343 f.; Brock (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 46.

74 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 98.

75 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 90, Herv. im Orig.

b) Status, nicht Realbeziehung

Mit dem Statusprinzip als Regelungstechnik geht eine gewisse Starrheit des Familienrechts einher, die zu einer Diskrepanz zwischen rechtlich anerkannten und tatsächlich gelebten Familienverhältnissen führen kann. Das kann erhebliche Folgen haben. Hat etwa ein Paar über Jahrzehnte zusammengelebt, jedoch nicht im Status der Ehe, so folgen aus dieser „Realbeziehung“ im Fall der Trennung oder des Todes prinzipiell keine Rechte. Der überlebende nichteheliche Partner ist weder gesetzlich erb- noch pflichtteilsberechtigt und wird erbschaftssteuerrechtlich wie eine fremde Person behandelt.⁷⁶ Abgesehen vom Betreuungsunterhalt für ein gemeinsames Kind (§ 1615l BGB) bestehen nach einer Trennung keine gegenseitigen Unterhaltsansprüche und es findet auch kein Ausgleich von Vermögenswerten oder Versorgungsansprüchen statt, wie das bei einer Ehescheidung der Fall ist.

Aus diesem Grund forderte *Schwenzer* bereits in den 1980er Jahren eine Hinwendung des Familienrechts „[v]om Status zur Realbeziehung“.⁷⁷ Sie plädierte dafür, dass familiäre Beziehungen privatautonom gestaltbar sein und gerade ihre Selbstbestimmung rechtlich abgesichert werden sollten. Das wurde Ende der 1980er Jahre als tiefgreifender Reformgedanke aufgefasst, der eine langanhaltende Diskussion in der Familienrechtswissenschaft auslöste.⁷⁸ Der von *Schwenzer* gewählte Titel knüpft an eine rechtshistorische Arbeit von *Maine* an.⁷⁹ „From status to contract“ kennzeichnet ihm zufolge eine historische Entwicklung. In deren Folge hängt die Rechtsstellung der Einzelnen nicht mehr von ihrer Stellung in der Familie ab („status“),⁸⁰ sondern sind alle Familienmitglieder gleichermaßen rechts-

76 Gemäß § 16 ErbStG bleibt für Ehegatten ein geerbtes Vermögen von 500.000 EUR steuerfrei. Demgegenüber gelten nichteheliche Lebenspartner*innen als „Personen der Steuerklasse II“, für die das Gesetz einen Freibetrag von 20.000 EUR gewährt.

77 *Schwenzer* (1987) Vom Status zur Realbeziehung.

78 Vgl. die Beiträge in *Lipp/Röthel/Windel* (Hrsg., 2008) Familienrechtlicher Status und Solidarität sowie *Windel* Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme, StAZ 2006, 125; *Kaiser* Die eingetragene Lebenspartnerschaft - Status und Personenstand, StAZ 2006, 65; *Muscheler* Stieffamilie, Status und Personenstand, StAZ 2006, 189; *Ze'ev* Status und Kontrakt im Familienrecht, FamRZ 1995, 1251; *Muscheler* (2017) Familienrecht.

79 *Maine* (1997) Das alte Recht „Ancient Law“, S. 114 ff.

80 So führte nach *Maine* die Position des Familienvaters (*patria potestas*) in der römischen Frühzeit dazu, dass Söhne auch nach Volljährigkeit kein Eigentum erwerben und keine Rechtsgeschäfte abschließen konnten, so lange der Familienvater am Leben war.

und geschäftsfähig und können Verträge schließen („contract“).⁸¹ Diese auf das Vermögensrecht bezogenen Annahmen wollte *Schwenzer* „für das Familienrecht fruchtbar machen“, indem sie ein „an der Realbeziehung ausgerichtetes Familienrecht“ forderte. Dies beinhaltet „[d]ie Anerkennung privatautonomer Gestaltung der persönlichen Lebensverhältnisse und das Abstellen auf die konkret gelebte Beziehung im Einzelfall.“⁸² Für *Schwenzer* ist der Statusbegriff also negativ konnotiert. Sie konnte sich mit der Forderung nach seiner Ablösung allerdings nicht durchsetzen, denn das Statusprinzip hat Vorzüge, die die Nachteile überwiegen.

c) Kennzeichen des Statusprinzips

Das Statusprinzip kennzeichnet, dass es „auf eine gewisse Allgemeinheit (Generalität) und Ubiquität angelegt“ und „typischerweise auf Stabilität, Transparenz und Zertizität orientiert“ ist.⁸³ Diese Kennzeichen des Statusprinzips werden in der Familienrechtswissenschaft (allerdings uneinheitlich) unter den Schlagworten der Statusklarheit und Statusgeneralität, Statusstabilität sowie Publizität zusammengefasst. Was genau meint das? Und warum ist das Statusprinzip als Regelungstechnik für das Familienrecht gegenüber einer Orientierung an „Realbeziehungen“ vorzuzugswürdig?

aa) Statusklarheit und Statusgeneralität

Mit dem Begriff der Statusklarheit wird umschrieben, dass das Recht einfach feststellbare Kriterien dafür aufstellt, welche Statuspositionen zur Verfügung stehen und unter welchen Voraussetzungen ein Statusverhältnis begründet werden kann.⁸⁴ So knüpft das Gesetz die Eltern-Kind-Zuordnung an Kriterien, die unmittelbar zum Zeitpunkt der Geburt und ohne großen Ermittlungsaufwand feststellbar sind. Zugleich begrenzt das Gesetz die zur Verfügung stehenden Statuspositionen: Die Ehe können zwei Personen

81 *Maine* (1997) Das alte Recht „Ancient Law“, S. 114.

82 *Schwenzer* (1987) Vom Status zur Realbeziehung, S. 274.

83 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 98.

84 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 12 mwN; *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 48 mwN; *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 147 f. mwN.

miteinander schließen und auch für die Elternschaft eines minderjährigen Kindes stehen maximal zwei Positionen zur Verfügung.⁸⁵

Die statusrechtliche Elternschaft und die Ehe wirken *inter omnes*, „für und gegen alle“, sowie einheitlich für alle Rechtsgebiete.⁸⁶ Das ist gemeint, wenn von Statusgeneralität oder einer generellen Statuswirkung die Rede ist.⁸⁷ Eine Person ist demnach „Kind“, „Elternteil“ oder „Ehegatte“ nicht nur im Hinblick auf das Abstammungs- oder Sorgerecht, sondern auch im Sozial-, Straf- und Aufenthaltsrecht.⁸⁸

Zur Statusgeneralität gehört auch, dass der Status einheitliche Rechtsfolgen mit sich bringt. Aus der Ehe folgen umfassende Rechte und Pflichten, etwa gegenseitige Unterhalts- und Versorgungsansprüche. Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung begründet ein Verwandtschaftsverhältnis, an das ebenfalls automatische Rechtsfolgen geknüpft sind. Die umfassende und formalisierte Wirkung des Status wird als Vorteil gegenüber einem Recht angesehen, das ausschließlich an den real gelebten Verhältnissen orientiert wäre. Während der rechtliche Status unterschiedliche Rechtsfolgen „verklammert“, erscheint die Realbeziehung ungeeignet für automatisierte Regelungen in verschiedenen Teilrechtsgebieten.⁸⁹ Persönliche Nähe- oder Intimbeziehungen sind höchst individuell. Von außen ist keineswegs immer erkennbar, welche rechtlichen Konsequenzen die Beteiligten im Einzelfall aus ihrem Zusammensein ableiten wollten. Gerade dieses Innenleben ist als Privatsphäre geschützt, wozu das Statusprinzip beiträgt. Denn, wie *Muscheler* verdeutlicht,

„[w]o rechtlicher Schutz nur an die konkrete Gestaltung einer Beziehung, die Erbringung persönlicher Leistungen und finanzieller Beiträge im Einzelfall angeknüpft und an ihnen individuell Maß genommen wird, muss der Binnenraum der Beziehung ausgeleuchtet, die Privat- und Intimsphäre vor dem Richtertisch preisgegeben werden.“⁹⁰

85 Brock spricht vom „Prinzip der Unität“ Brock (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 53. So auch *Muscheler* (S. 90, Rn. 185), der zudem von „Totalität“ spricht (S. 90, Rn. 186) und das „Numerus-clausus-Prinzip“ sowie den familienrechtlichen „Typenzwang“ benennt *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 81, Rn. 156 f.

86 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 540, Rn. 5.

87 *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 92 f., Rn. 189.

88 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 97.

89 *Windel* (2008) Status und Realbeziehung, S. 42.

90 *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 99, Rn. 198. Es gibt jedoch eine gewisse Diskrepanz zwischen dieser Theorie und der familienrechtlichen Wirklichkeit. Wer einmal eine Unterhaltsstreitigkeit vor Gericht erlebt hat, weiß, dass im Streitfall auch über statusmäßig gewährte Rechtsfolgen vor Gericht erbittert gestritten werden kann.

Der Status verhindert die individuelle Ausleuchtung persönlicher Näheverhältnisse durch den Staat und seine Institutionen. Er schafft damit Rechtssicherheit nach außen und nach innen, begrenzt aber auch die Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten. Insbesondere das Abstammungsrecht ist „zwingendes Recht“.⁹¹ Damit ist es der Disposition der Beteiligten weitgehend entzogen. Demgegenüber können Eheleute vertraglich durchaus gewisse Modifikationen der rechtlichen Wirkungen ihrer Ehe vornehmen. Allerdings zieht das Recht Grenzen dort, wo eine Parität nicht mehr gewährleistet ist. Hinter dem Statusprinzip steht also auch ein personenbezogener Schutzgedanke, der im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung besonders zum Tragen kommt. Ein Kind kann sich noch nicht eigenständig versorgen; es bedarf der rechtlich abgesicherten Pflege und Erziehung. Das Statusprinzip stellt sicher, dass Eltern ihre Verantwortung wahrnehmen (können). So kann sich beispielsweise ein Mann, der als rechtlicher Vater des Kindes festgestellt worden ist, in einem Unterhaltsverfahren nicht aus der Verantwortung ziehen. Ebenso führt die absolute Statuswirkung dazu, dass sie nicht von jeder Person in allen möglichen Verfahren streitig gestellt werden kann.⁹² Das Statusprinzip entlastet somit durch seine generelle Wirkung nicht nur rechtliche Streitigkeiten,⁹³ sondern auch die Einzelnen.

Gerade deshalb ist die Frage, wer unter welchen Voraussetzungen einen familienrechtlichen Status begründen darf, von eminenter Wichtigkeit. Denn erst der Zugang zum Status gewährt dessen umfassende Rechtswirkung. Im Familien- und Personenstandsrecht lassen sich bis heute Bereiche ausmachen, die *Grünberger* „Enklaven ungleichen Rechts“⁹⁴ nennt. Eine solche Enklave ist es etwa, wenn im Abstammungsrecht und bis 2017 auch im Eherecht das Geschlecht einer Person zur Statusvoraussetzung gemacht wurde und wird. *Schwenzer* reagierte auf das Problem mit der Forderung, dass gelebte Realbeziehungen auch ohne formalen Status rechtliche Berück-

Dazu gehört dann nicht selten, dass die Details des innerfamiliären Binnenraums doch vor dem familiengerichtlichen Richtertisch ausgebreitet werden müssen – etwa, wenn zu klären ist, seit wann die Eheleute nicht mehr „Tisch, Bett und Konto“ teilen (Trennungszeitpunkt), oder wie sie ihre ehelichen Lebensverhältnisse konkret gestaltet haben (was die Höhe des Unterhalts beeinflussen kann).

91 *Dethloff* (2022) Familienrecht, S. 290, § 10, Rn. 2.

92 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 14.

93 *Windel* (2008) Status und Realbeziehung, S. 13; ähnlich auch S. 41.

94 *Grünberger* (2013) Personale Gleichheit, S. 51.

sichtigung finden müssten.⁹⁵ Die Forderung lautete also, überspitzt formuliert, das Statusprinzip aufzugeben. Die vorliegende Arbeit argumentiert demgegenüber für die Beibehaltung des Statusprinzips – allerdings unter Beseitigung der bestehenden Zugangshindernisse auf Grund aufgedrängter Natürlichkeiten.

bb) Statusstabilität

Die familienrechtlichen Status der Ehe und der Eltern-Kind-Zuordnung sind als Dauerrechtsverhältnisse und damit als „lebenslange Verbindungen“ angelegt.⁹⁶ Das kommt in den Begriffen der „Statusstabilität“⁹⁷ oder auch „Statusbeständigkeit“⁹⁸ zum Ausdruck. Während die Realbeziehung jederzeit enden kann, bleibt ein familienrechtlicher Status so lange erhalten, bis er durch eine Gerichtsentscheidung verändert oder beendet wird. Das Gesetz begrenzt in diesem Sinne den Kreis derer, die überhaupt berechtigt sind, eine familienrechtliche Beziehung in Frage zu stellen: Nur die Eheleute selbst können ihre Scheidung beantragen. Ebenso ist der Kreis der Anfechtungsberechtigten im Abstammungsrecht auf wenige Personen beschränkt.⁹⁹ Unabhängig davon, ob sich die Eheleute längst auseinandergelebt haben oder der Kontakt eines Kindes zu seinem Elternteil ganz abgebrochen ist, bleibt die familienrechtliche Verbindung bestehen, sie ist „stabil“.

So bleiben Eltern dem Kind gegenüber statusmäßig verpflichtet, auch wenn sich ihre Beziehung zum Kind nicht so entwickelt (hat), wie sie es sich wünschen. Genauso kann in einem Nachlassverfahren etwa die rechtliche Abstammung eines unliebsamen Miterben von der Erblasserin

95 Für eine Ausarbeitung dieser Ideen vgl. *Schwenzer/Dimsey* (2006) Model family code. Eine andere Alternative zum Status haben *Swennen* und *Croce* vorgeschlagen, *Swennen/Croce Family (Law) Assemblages*, *Journal of Law and Society* 2017, 532.

96 *Kriewald* (2009) Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, S. 33.

97 *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 91, Rn. 187.

98 *Coester-Waltjen* Besonderheiten im Abstammungsverfahren, *JURA* 2009, 427, S. 430; *Balzer* in *BeckOGK*, § 1592 BGB, Rn. 27; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2010) Familienrecht, S. 543, Rn. 14; *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 149 ff. mwN.

99 Wie umfangreich demgegenüber in Jurisdiktionen gestritten werden kann, die nicht dem Statusprinzip folgen, verdeutlicht anschaulich *Sanders* am Beispiel des Erbstreits „In the matter of the Baronetcy of Pringle of Stichill“, in dem Abstammungsverhältnisse noch mehr als 100 Jahre später nachträglich korrigiert wurden, vgl. *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 15 f.

nicht beseitigt werden, selbst wenn sie den Kontakt bereits zu Lebzeiten abgebrochen hatte. Auch damit dient das Statusprinzip der Rechtssicherheit, birgt jedoch abermals ein gewisses Bevormundungs- und Zwangsrisiko.¹⁰⁰ Es erscheint gerade aus Sicht von selbstbestimmten Erwachsenen nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, warum eine familienrechtliche Beziehung „auf dem Papier“ erhalten bleiben muss, auch wenn de facto ganz andere Nähebeziehungen bestehen. Hier ergeben sich „Spannungen zwischen Autonomie und Status“¹⁰¹, die bislang zu Gunsten der Statusstabilität gelöst werden. Damit soll auch eine Kontinuität von Verantwortlichkeiten gewahrt werden. Denn ebenso, wie sich ein Elternteil nicht einfach der Verantwortung für das Kind entziehen können soll, soll ein erwachsenes „Kind“ nicht nachträglich die rechtliche Verwandtschaftsbeziehung auflösen können, etwa um einer unterhaltsrechtlichen Verpflichtung gegenüber dem gealterten Elternteil nicht nachkommen zu müssen.¹⁰²

cc) Publizität im Personenstandsregister

Ein weiteres Kennzeichen des Statusprinzips ist die Eintragung im Personenstandsregister. Der Status muss personenstandsrechtlich publiziert werden, um nach außen erkennbar und im Rechtsverkehr beweisbar zu sein. Der Staat hält das Registrierungsmonopol.¹⁰³ Eine Ehe wird im Eheregister, die Eltern-Kind-Zuordnung im Geburtenregister eingetragen. Entsprechende Urkunden publizieren das Statusverhältnis nach außen und machen es so für die Familienmitglieder beweisbar, denn der Inhalt von personenstandsrechtlichen Beurkundungen wird nach § 54 Abs. 2 PStG als richtig

100 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 100.

101 Röthel (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 98.

102 Hier schließen sich durchaus spannende Fragen an, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht behandelt werden können. Der Status wird vorliegend mit Blick auf die Absicherung eines Kindes zum Zeitpunkt der Geburt und in der Lebensphase thematisiert, in der sich das Kind noch nicht selbst versorgen kann. In diesem Zusammenhang ist der Status ein Schutzinstrument, das die noch fehlende rechtliche Aushandlungsfähigkeit des Kindes gegenüber seinen Eltern kompensiert, eine Art Schutz vor fehlender Verantwortung. Damit ist keine Aussage zum Statusgedanken bei Beziehungen unter Erwachsenen getroffen. Warum eine Eheschließung beispielsweise nicht für mehr als zwei Personen möglich sein oder eine Scheidung zwingend von einem Gericht ausgesprochen werden sollte, ist jeweils für sich zu betrachten und rechtlich zu begründen.

103 Berkl (2017 [2015]) Personenstandsrecht, S. 7.

vermutet. Die rechtliche Familiengründung ist somit eine Angelegenheit, an der der Staat unmittelbar beteiligt ist.

Auch hier zeigen sich Vorzüge des Statusprinzips gegenüber einer Orientierung des Familienrechts an bloßen Realbeziehungen. Die Realbeziehung hat das Problem, dass sie eben nicht ohne Weiteres beweisbar ist. Sie ist auch nicht so leicht abgrenzbar gegenüber anderen Lebensformen.¹⁰⁴ Was kennzeichnet etwa eine nichteheliche Lebensgemeinschaft und wie unterscheidet sie sich (von außen betrachtet) von einer Wohngemeinschaft?¹⁰⁵ Das formalisierte Statusprinzip und die Beweisbarkeit des Status durch öffentliche Personenstandsregister schützen Menschen nicht nur davor, im Streitfall vor Gericht die Qualität ihrer Nähebeziehung offenlegen zu müssen. Mit den Worten von *Röthel* beinhaltet statusorientiertes Recht eine „wohlthuende Enthaltensamkeit der Rechtsordnung gegenüber den Inhalten der persönlichen Bindung“, so dass „folgenreichere Befragungen über [...] Solidarbeziehungen entbehrlich“ werden.¹⁰⁶ Auf Grund seiner formalen und starren Außenwirkung eröffnet der Status nach innen Freiräume, die auch Freiheit von rechtlicher Definition bedeuten und damit Privatautonomie garantieren.¹⁰⁷ Das ermöglicht darüber hinaus auch eine Freiheit, sich gerade nicht definieren zu müssen.¹⁰⁸

2. Die gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt

Das Recht stellt in §§ 1591 und 1592 BGB zwei Elternpositionen zur Verfügung, die „Mutterschaft“ und die „Vaterschaft“. Schon hier kommt das Statusprinzip zum Tragen, indem es vorgibt, wie die primäre Eltern-Kind-Zuordnung erfolgt, und damit, wie eine Familie entstehen kann. Zu dieser Statusgeneralität bzw. „Ubiquität und Elementarität“¹⁰⁹ gehört, dass jede

104 *Windel* (2008) Status und Realbeziehung, S. 40 f. Für Vorschläge, wie eine Anerkennung ohne Status dennoch gelingen könnte, vgl. *Schwenzer* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705; *Schwenzer/Dimsey* (2006) Model family code.

105 Beispiel bei *Röthel* (2008) Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, S. 112.

106 Ebd.

107 Zum Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und staatlichen Vorgaben im Abstammungsrecht vgl. ferner *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 155 ff.; *Scheliha* (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 344 ff.

108 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 102.

109 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 97.

Elternstelle nur von je einer Person besetzt werden kann¹¹⁰ und solange sie besetzt ist, eine Sperrwirkung entfaltet.¹¹¹

Die „primäre Zuordnung“ ist die erstmalige Zuordnung – möglichst schon zum Zeitpunkt der Geburt bzw. unmittelbar danach.¹¹² Es soll nicht lange in der Schwebe bleiben, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind, sondern jedes Kind soll möglichst schnell und unmittelbar nach der Geburt den für es verantwortlichen Personen zugeordnet werden.¹¹³ Dies realisiert das Abstammungsrecht, indem es die Eltern-Kind-Zuordnung „nach einfachen und transparenten Zuordnungskriterien“¹¹⁴ vornimmt. Die erste Elternstelle wird primär der Person zugewiesen, die das Kind geboren hat. Die zweite Elternstelle nimmt der Ehemann der Mutter ein, oder derjenige, der zu öffentlicher Urkunde die Vaterschaft anerkannt hat. Geburt (Realvorgang), Ehe (Status) und Anerkennungserklärung (Urkunde) sind Zuordnungskriterien, die ohne besonderen Ermittlungsaufwand feststellbar sind. Sie klären sofort, ob und wenn ja, an wen der Status vergeben wird.

a) Mutterschaft

§ 1591 BGB ordnet die erste Elternstelle der Frau zu, die das Kind geboren hat. Die Geburt ist ein so offenkundiger Vorgang, dass es rechtlich die längste Zeit nicht mehr brauchte als den Grundsatz „Mater semper certa est“.¹¹⁵ Das BGB von 1900 enthielt noch keine Zuordnungsregel für die Mutterschaft. Der heutige § 1591 BGB wurde erst 1997 mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) eingeführt.¹¹⁶ Erst mit reproduktionsmedizinischen Behandlungsmöglichkeiten wie der Eizellentnahme und der In-Vitro-Fertilisation konnten zwei verschiedene Frauen

110 *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 90, Rn. 185. *Brock* und *Röthel* beschreiben das als Unitätsprinzip, vgl. *Brock* (2020) Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts, S. 53 f.

111 *Hammermann* in *Erman-BGB*, § 1592 BGB, Rn. 13; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 562, § 54, Rn. 2.

112 *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 24.

113 *Wanitzek* (2002) Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 152-153; *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht; *Helms* (2014) Abstammungsrecht und Kindeswohl, S. 27 f.

114 *Coester-Waltjen* Besonderheiten im Abstammungsverfahren, JURA 2009, 427, S. 429.

115 Die Mutter ist immer sicher, Digesten 2, 4, 5.

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

die Entstehung eines Kindes veranlassen, indem die Reproduktionsbeiträge „Eizelle“ sowie „Schwangerschaft und Geburt“ separierbar wurden. Die Mutterschaft wurde damit zu einer Zweifelsfrage: Wer ist die Mutter und wie viele Mütter soll ein Kind rechtlich haben können? Im Sinne der Statusklarheit entschied sich der Gesetzgeber dafür, es bei lediglich einer Mutterschaftsstelle zu belassen und diese an das leichter feststellbare Kriterium zu knüpfen.¹¹⁷ So ist nach dem geltenden Recht ausschließlich die Gebärende die statusrechtliche Mutter. Diese Zuweisung ist unumstößlich. Da jedes Kind geboren wird, ist durch diese Anknüpfung sichergestellt, dass es kein elternloses Kind gibt, sondern jedem Kind eine Person rechtlich zugeordnet wird.

b) Vaterschaft

Auch bei der primären Zuordnung der Vaterschaft nach § 1592 BGB bedient sich das Gesetz einfach feststellbarer Kriterien.

Klassischerweise – in Deutschland bis 1970 – hatte nur ein eheliches Kind zwei rechtliche Eltern. Bis heute ist die Ehe gemäß § 1592 Nr. 1 BGB das vorrangige Zuordnungskriterium für die Vaterschaft, das automatisch zum Tragen kommt, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist.¹¹⁸ Die heutige Regelung in § 1592 Nr. 1 BGB übernimmt den römischen Rechtsgrundsatz „*pater est quem nuptiae demonstrant*“.¹¹⁹ Vater ist demnach, wen die Ehe als solchen ausweist, kurzum: Vater ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Ganz linear und einheitlich war die historische Entwicklung dieser Regelung jedoch nicht, worauf *Sanders* hinweist.¹²⁰ Im BGB von 1900 lautete § 1591 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (1900):

„Ein Kind, das nach Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann ihr während der Empfängniszeit beigezogen hat.“

Zugleich schloss Satz 2 dieser historischen Regelung aus, dass das Kind durch die Ehelichkeit legitimiert wurde, „wenn es den Umständen nach offenbar nicht möglich“ war, dass „die Frau das Kind von dem Manne

117 BT-Drs. 13/4899, S. 45, 51 sowie S. 82 f.

118 *Hahn* in BeckOK BGB, § 1592, Rn. 3.

119 *Digesten* 2, 4, 5.

120 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 39 ff.

empfangen“ hatte. Die Formulierung stellte mithin anders als die heutige Regelung auf den Akt der Beiwohnung ab.¹²¹ Gemäß § 1591 Abs. 2 BGB a.F. (1900) wurde gesetzlich vermutet, dass der Ehemann der Mutter beige-wohnt hatte, es sei denn, die Empfängniszeit ging der Eheschließung voraus.¹²²

Heute hingegen ist für die Vaterschaftszuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB allein ausschlaggebend, ob eine Ehe mit der Mutter besteht. Dies ist durch einen Blick ins Eheregister¹²³ bzw. durch den Nachweis der Eheurkunde „einfach festzustellen und eindeutig“¹²⁴. Auf die Qualität der Realbeziehung, auf die Umstände der Zeugung oder auf die Frage, ob der Ehemann tatsächlich genetisch mit dem Kind verwandt ist, kommt es nicht an.¹²⁵ Der Ehemann wird vielmehr auch dann Vater, wenn er „zeugungsunfähig ist, seit Jahren im Koma liegt oder schon vor langer Zeit ausgewandert ist“¹²⁶. Umgekehrt gilt: Wurde die Ehe auch nur einen Tag vor der Geburt rechtskräftig geschieden, wird der Ex-Ehemann nicht mehr automatisch Vater. Das gilt auch, wenn das Kind während der Ehe gezeugt wurde und tatsächlich von ihm abstammt.¹²⁷ § 1592 Nr. 1 BGB schützt insofern das „Interesse des Kindes, in rechtlich stabilen Verhältnissen mit einem möglichst schon bei Geburt feststehenden Elternpaar aufzuwachsen.“¹²⁸

Für nichteheliche Kinder sieht das Gesetz erst seit 1970 eine alternative Vaterschaftszuordnung vor.¹²⁹ Bis dahin stellte § 1598 Abs. 2 BGB a.F. (1900)

121 *Röthel* liest das als Zuspitzung auf eine bestimmte Zeugungsart und verweist auf ein Urteil des Reichsgerichts von 1908, demzufolge eine biologische Abstammung gestützt auf „eigenmächtiges Zuführen des Spermas des Ehemannes“ keine Vaterschaft begründen sollte, *Röthel* (2023) Natur als Normbegründung, S. 217 mwN.

122 Zu den historischen Möglichkeiten der Ehelichkeitserklärung als nachträgliche Legitimierung des Kindes vgl. *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 48 ff.

123 „Beim Vater ist die Geburt in der Ehe mit der Mutter ein leicht und sicher durch Standesamtsurkunden festzustellender Einordnungsgesichtspunkt, der auch eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Abstammung besitzt.“ *Wellenhofer* in *MüKoBGB*, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 18.

124 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 564, § 54, Rn. 7.

125 BT-Drs. 13/4899, S. 83.

126 *Wellenhofer* in *MüKoBGB*, § 1592 BGB, Rn. 13.

127 Um rechtlicher Vater zu werden, müsste der ehemalige Ehemann die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkennen.

128 *Kiehnle* Zweck, Lücke, Plan: Warum Kinder lesbischer Ehepaare wie Kinder heterosexueller Eheleute zu behandeln sind, *JURA* 2019, 563, S. 565.

129 Ein nicht verheirateter Mann konnte bis zur Reform des Nichtehelichengesetzes im Jahr 1970 zwar „Zahlvater“ für sein Kind sein, die rechtliche Elternstellung blieb ihm aber verwehrt. Das änderte sich mit der ersten großen Kindschaftsrechtsreform, vgl. Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom

fest, ein „uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.“¹³⁰ Heutzutage wird gemäß § 1592 Nr. 2 BGB Vater, wer die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt hat.¹³¹ Die Vaterschaftsanerkennung ist ein „einseitiges und zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft“¹³² und kann bereits vorgeburtlich erklärt werden.¹³³ Die rechtliche Abstammung wird damit durch einen Willensakt begründet,¹³⁴ der aber öffentlich beurkundet werden muss.¹³⁵ Mit der Beurkundung ist dem Anliegen der Statusklarheit Genüge getan. Weder die beurkundende Stelle noch das Standesamt überprüfen, wodurch die Anerkennungserklärung motiviert ist, ob der anerkennende Mann das Kind auch gezeugt hat oder ein guter Vater sein wird.

„Insoweit beruht die Elternschaft auf der Bereitschaft zur Übernahme der Verantwortung für das Kind bzw. auf dem Willen zur rechtlichen Elternschaft, ohne dass zugleich genetische Abstammung gegeben sein muss.“¹³⁶

Vor diesem Hintergrund ist es aus statusprinzipiellen Gründen unzulässig, wenn Notar*innen oder Standesämter für Männer ohne gesicherten Aufenthaltstitel in Deutschland eine Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung verwehren, indem sie unterstellen, dass die Anerkennung nur aufenthaltsrechtlich motiviert sei. Es kommt für die Statusbegründung generell nicht auf die tatsächliche Motivation oder Intention an.¹³⁷

Die primären Regeln der Vaterschaftszuordnung verweisen darauf, dass die zweite Elternstelle bei ihrer initialen Begründung von der rechtlichen

22. August 1969 (BGBl. I S. 1243). Der Gesetzgeber war zu dieser Reform vom Bundesverfassungsgericht gezwungen worden, BVerfG Beschl. v. 29.1.1969 – 1 BvR 26/66 *Nichtehelichkeit*, BVerfGE 25, 167.

130 Zur historischen Entwicklung vgl. *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 41 ff. mwN.

131 Die Rechtswirkungen und Voraussetzungen der Vaterschaftsanerkennung sind in §§ 1594 bis 1598 BGB geregelt.

132 *Gaul* Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 1441, S. 1449.

133 § 1594 Abs. 4 BGB. Sie ist jedoch unwirksam bzw. entfaltet keine rechtliche Wirkung, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, § 1594 Abs. 2 BGB.

134 *Hahn* in BeckOK BGB, § 1592, Rn. 4.

135 Die Beurkundung nimmt jedes Jugendamt kostenfrei vor, sie kann alternativ bei Gericht oder notariell erklärt werden.

136 *Wellenhofer* in MüKoBGB, Vorbemerkung vor § 1591 BGB, Rn. 18. So auch *Siede* in Grüneberg, § 1592 BGB, Rn. 4.

137 In Anbetracht dessen lässt sich das Verbot einer sogenannten „missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung“ gemäß § 1597a BGB statusprinzipiell kaum rechtfertigen.

Mutterschaft abhängig ist.¹³⁸ *Reuß* spricht in diesem Zusammenhang von einer „Art Gravitationszentrum“ der ersten Elternstelle, „um das die einzelnen Zuordnungstatbestände des § 1592 BGB kreisen.“¹³⁹ Die Ehe ist die formalisierte Paarbeziehung zur Mutter, die Anerkennungserklärung kann ohne die Zustimmung der Mutter nicht wirksam werden. Gibt es weder einen Ehemann der Mutter noch einen anerkennenden Vater, bleibt die zweite Elternstelle frei. Mit Zustimmung der Mutter kann jederzeit ein Mann die Vaterschaft für das Kind anerkennen. Es gilt hierbei das oben Gesagte. Ansonsten kann die Vaterschaft nur durch ein gerichtliches Feststellungsverfahren geklärt werden. Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung gemäß § 1592 Nr. 3 BGB ist nicht auf der Primärebene, sondern als nachträgliche, sekundäre Zuordnungsmöglichkeit anzusehen.¹⁴⁰

3. Nachträgliche Korrekturmöglichkeiten

Der einmal zugewiesene Status als Mutter oder Vater soll „stabil“ und dauerhaft sein. Dieses Anliegen der Statusstabilität setzt das Abstammungsrecht mit der sogenannten Sekundärebene um, also bei der Frage, wie die primäre Eltern-Kind-Zuordnung nachträglich verändert werden kann.¹⁴¹ Zur Verfügung stehen gerichtliche Verfahren der Vaterschaftsanfechtung (a) und der Vaterschaftsfeststellung (b) sowie die Adoption (c).

a) Vaterschaftsanfechtung

Die Anfechtung ist nach dem deutschen Abstammungsrecht von vornherein begrenzt auf die Vaterschaft und das Argument, dass das Kind nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt. Andere Gründe, etwa, dass der rechtliche Vater seiner Elternverantwortung nicht nachkommt oder eine andere Person die bessere Unterhaltsschuldnerin für das Kind wäre, tragen eine Vaterschaftsanfechtung nicht.

138 *Gernhuber/Coester-Waltjen* (2020) Familienrecht, S. 552, § 53, Rn. 1; *Gietl* (2014) Abstammung, S. 36.

139 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 386.

140 In manchen Darstellungen wird die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung als Primärzuordnung angesehen. Das ist aber nicht zutreffend, weil die Vaterschaftsfeststellung nicht unmittelbar bei der Geburt erfolgen kann und eine gerichtliche Feststellungsentscheidung voraussetzt, der Kompetenz des Standesamtes also entzogen ist.

141 *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 24.

Die Vaterschaftsanfechtung ist kein Automatismus. Sie findet nur auf Antrag einer anfechtungsberechtigten Person statt. Der Kreis der Anfechtungsberechtigten ist im Sinne der Statusbeständigkeit begrenzt. Lange Zeit hatte im deutschen Recht ausschließlich der rechtliche Vater ein Anfechtungsrecht. Erst seit 1998 können auch die Mutter und das Kind die Vaterschaft anfechten (§ 1600 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 BGB). 2004 kam schließlich ein Anfechtungsrecht des nur leiblichen Vaters hinzu.¹⁴² Seither ist auch der Mann anfechtungsberechtigt, „der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben“ (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Andere Personen – etwa Geschwister, Großeltern oder gar eine staatliche Behörde¹⁴³ – können die Abstammungsverhältnisse nicht angreifen. Ist das Kind mittels Samenspende eines Dritten entstanden, ist nur das Kind anfechtungsberechtigt. Der rechtliche Vater und die Mutter sind für diesen Fall gemäß § 1600 Abs. 4 BGB von dem Anfechtungsrecht ausgenommen. Die Anfechtung muss innerhalb einer zweijährigen Frist nach Kenntnis der zur Anfechtung berechtigenden Umstände gerichtlich geltend gemacht werden (§ 1600 b Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Tatsache, dass die Abstammung nicht unbegrenzt lange angreifbar bleibt, ist Ausdruck der Statussicherheit.

Ob eine Vaterschaftsanfechtung erfolgreich ist, hängt also davon ab, wie schutzbedürftig der bereits bestehende Status ist. Konkurrieren im Anfechtungsverfahren ein rechtlicher und ein leiblicher Vater um die zweite Elternstelle, trumpft die genetische Abstammung also nicht zwingend. Vielmehr setzt sich – im Sinne der Statussicherheit – gemäß § 1600 Abs. 2 BGB die sozial-familiäre Beziehung durch, wenn eine solche zwischen rechtllichem Vater und Kind besteht.¹⁴⁴ Der Schutz der sozialen Familie hat also Vorrang vor der genetischen Abstammung¹⁴⁵ und die Statussicherheit dient dem Erhalt von tatsächlich gelebten Beziehungen.

142 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).

143 BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10 *Behördliche Vaterschaftsanfechtung*, BVerfGE 135, 48.

144 Das ist nach der Definition in § 1600 Abs. 3 Satz 1 BGB der Fall, wenn der rechtliche Vater tatsächliche Elternverantwortung für das Kind übernimmt. Dies ist wiederum nach § 1600 Abs. 3 Satz 2 BGB regelmäßig dann gegeben, wenn der rechtliche Vater mit der Mutter verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in einer häuslichen Gemeinschaft zusammengelebt hat.

145 Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Vorrang in der jüngeren Rechtsprechung jedoch konturiert, vgl. unter B. II. 3. *Verfassungswandel*.

b) Vaterschaftsfeststellung

Ist die zweite Elternstelle des Kindes frei,¹⁴⁶ kann der leibliche Vater als rechtlicher Vater festgestellt werden (§§ 1592 Nr. 3, 1600d BGB). Die leibliche Vaterschaft kann aber nicht einfach vom Standesamt festgestellt und eingetragen werden. Es ist stets ein familiengerichtliches Feststellungsverfahren erforderlich. Auch in diesem Verfahren ist die Beiwohnungsvermutung zentral. Es wird gemäß § 1600c Abs. 1 BGB als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit „beigewohnt“ hat. In der Praxis dürfte der Beiwohnungsvermutung mittlerweile jedoch keine relevante Bedeutung mehr zukommen, da die Abstammung heutzutage zweifelsfrei anhand eines DNA-Gutachtens nachgewiesen werden kann.¹⁴⁷

Seit 2018 ist eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders gemäß § 1600d Abs. 4 BGB ausgeschlossen.¹⁴⁸ Dieser Ausschluss greift jedoch nur, wenn das Kind ärztlich unterstützt in einer Kinderwunschklinik in Deutschland gezeugt und registrierter Spendersamen einer Samenbank verwendet wurde.¹⁴⁹ Das Gesetz geht unwiderleglich davon aus, dass der Mann, der seine Keimzellen über eine Samenbank zur Verfügung stellt, keine Elternverantwortung für das daraus entstehende Kind übernehmen will und wird. Er soll sich vielmehr darauf verlassen können, von jeglicher Elternverantwortung freigestellt zu sein.¹⁵⁰ Die persönlichen Daten des Samenspenders werden in einem zentralen Spenderregister erfasst und gespeichert.

146 Die zweite Elternstelle kann entweder frei sein, weil es von vornherein keinen Ehemann oder anerkennenden Mann gab, oder weil sie nachträglich im Wege einer Anfechtung wieder frei geworden ist.

147 Schwierig ist es nur, wenn bei eineiigen Zwillingen beide als Vater in Betracht kommen – auch das kommt vor, vgl. BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 18.8.2010 – 1 BvR 811/09 *Vaterschaftsfeststellung bei eineiigen Zwillingen*, BVerfGK 17, 492.

148 Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2513).

149 Im Wortlaut des § 1600d Abs. 4 BGB: „Ist das Kind durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung in einer Einrichtung der medizinischen Versorgung im Sinne von § 1a Nummer 9 des Transplantationsgesetzes unter heterologer Verwendung von Samen gezeugt worden, der vom Spender einer Entnahmeeinrichtung im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 des Samenspenderregistergesetzes zur Verfügung gestellt wurde, so kann der Samenspender nicht als Vater dieses Kindes festgestellt werden.“

150 Hintergrund der Gesetzgebung war auch die Besorgnis, dass die Bereitschaft zur Samenspende schwinden könnte – was bevölkerungspolitisch in Anbetracht zurückgehender Geburtenraten und zunehmender ungewollter Kinderlosigkeit nicht gewünscht ist, vgl. BT-Drs. 18/11291, S. 35.

c) Adoption

Abgesehen von der Anfechtung kann die rechtliche Abstammung nachträglich nur durch eine Adoption korrigiert werden. Die Adoption ermöglicht eine neue Eltern-Kind-Zuordnung für beide Elternstellen. Sie setzt ebenfalls einen familiengerichtlichen Beschluss voraus.

Die Grundkonstellation einer Adoption ist, dass die ursprünglichen rechtlichen Eltern als fürsorgende und pflegende Bezugspersonen des Kindes nicht zur Verfügung stehen. Das kann geschehen, weil sie verstorben sind oder aus gesundheitlichen oder persönlichen Gründen nicht willens oder in der Lage sind, die Elternposition auszufüllen. Die Adoption sollte, so heißt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung aus dem Jahre 1975, „einem Kind, das ein gesundes Zuhause entbehren muß, eine Familie geben.“¹⁵¹ Das Kind kann in einer solchen Situation unter behördlicher und gerichtlicher Begleitung einer neuen Familie rechtlich zugeordnet werden. Die Adoption ist zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient und zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht (§ 1741 Abs. 1 BGB). Gegen den Willen der rechtlichen Eltern ist eine Adoption kaum möglich, was abermals zum Ausdruck bringt, wie sehr das Familienrecht auf Stabilität setzt. Dies kann dazu führen, dass die Eltern zwar tatsächlich keine Elternverantwortung übernehmen und das Kind in einer Pflegefamilie lebt. Der Status bleibt aber – selbst in Fällen schlimmster Kindesmisshandlung – erhalten. Das gilt im Übrigen auch für den im Wege der Adoption neu begründeten Status. Auch dieser ist weitgehend unumkehrbar und beseitigt im Fall der Minderjährigenadoption die bis dahin bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse vollständig. Das Kind wird also statusrechtlich nicht nur den Adoptiveltern neu zugeordnet, sondern auch deren gesamten Verwandtschaftsbeziehungen.

4. Rechtsfolgen der Eltern-Kind-Zuordnung

Neben seiner Klarheit, Stabilität, Generalität und Publizität kennzeichnet den familienrechtlichen Status, dass er Rechtsfolgen automatisch auslöst bzw. als zwingende Voraussetzung für weitere Rechtspositionen fungiert.¹⁵²

151 BT-Drs. 7/3061, S. 1.

152 Muscheler (2017) Familienrecht, S. 50, § 6, Rn. 100.

Der Status der Eltern-Kind-Zuordnung ist deshalb von immenser Bedeutung, weil quasi sämtliche Rechtspositionen des Kindes und der Eltern an ihn geknüpft sind.¹⁵³

Im Alltag der Familie ist das Sorgerecht „das stärkste familienrechtliche Band.“¹⁵⁴ Die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen,¹⁵⁵ beziehen sich auf alle Arten der Personen- und Vermögenssorge. Sie umfassen damit alle tatsächlichen und rechtlichen Entscheidungen, die für das Kind auf dem Weg in das Erwachsenenleben zu treffen sind.¹⁵⁶ Das Sorgerecht ist abhängig vom Status, aber bezogen auf die zweite Elternstelle keine automatische Rechtsfolge. Die Mutter des Kindes ist stets sorgeberechtigt. Für sie ist das Sorgerecht also eine Statusfolge ipso jure. Für das ehelich geborene Kind sind Mutter und Vater nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB gemeinsam sorgeberechtigt. Auch für den Ehemann folgt das Sorgerecht also automatisch aus dem Vaterschaftsstatus. Bei unverheirateten Eltern hingegen ist die Mutter zunächst allein sorgeberechtigt. Die Eltern können eine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben. Stimmt die Mutter jedoch nicht zu, ist das Sorgerecht des Vaters von einer gerichtlichen Entscheidung abhängig.¹⁵⁷ Das Sorgerecht kann einem Elternteil oder beiden Eltern in Ausnahmefällen (auch in Teilbereichen) entzogen werden. Den Eltern-Kind-Status verlieren Kind und Eltern damit aber nicht.

Der Abstammungsstatus ist außerdem maßgeblich für weitere personenstandsrechtliche Parameter des Kindes wie den Namen und die Staatsangehörigkeit. Die sorgeberechtigten rechtlichen Eltern entscheiden, welche(n)

153 Vgl. *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 134 f.; *Scheliha* (2019) Familiäre Autonomie und autonome Familie, S. 47 ff.; *Helms* (2014) Abstammungsrecht und Kindeswohl, S. 228 f.; *Ernst* Abstammungsrecht – Die Reform ist vorbereitet!, NZFam 2018, 443, S. 443; *Hammermann* in Erman-BGB, § 1592 BGB, Rn. 12 ff.

154 *Schwab* Was ist und bedeutet Familie?, FF 2022, 53, S. 58.

155 § 1626 Abs. 1 BGB legaldefiniert „die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).“

156 Zum Beispiel: Wo hat das Kind seinen Lebensmittelpunkt? Wie soll es im Krankheitsfall versorgt werden? Welche Impfung soll es erhalten, welche Zahnfüllung, welche Therapie? In welche Kita oder auf welche Schule soll das Kind gehen? Wie wird etwaiges Vermögen des Kindes angelegt und verwaltet? Über all diese Fragen müssen und dürfen nur die Sorgeberechtigten entscheiden, vgl. statt vieler die Darstellungen bei *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 389 ff.

157 Die gemeinsame elterliche Sorge entspricht dem gesetzlichen Leitbild auch bei nicht verheirateten Eltern. Das Familiengericht wird den Eltern deshalb auf Antrag die gemeinsame elterliche Sorge übertragen, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht, § 1626a Abs. 2 BGB.

Vornamen das Kind erhält,¹⁵⁸ und im Falle einer Intergeschlechtlichkeit, ob das Kind einen Geschlechtseintrag bekommen soll.¹⁵⁹ Der Nachname und die Staatsangehörigkeit des Kindes sind unmittelbar an die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung geknüpft. Das Kind kann bisher nur einen Nachnamen von seinen rechtlichen Eltern erhalten.¹⁶⁰ Es erwirbt nach § 4 Abs. 1 Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil ebenfalls die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Der Status der Eltern-Kind-Zuordnung ist mithin Voraussetzung für wesentliche, auch identitätsprägende Merkmale des Kindes.

Mit der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung werden aber ipso jure nicht nur die Eltern des Kindes bestimmt, sondern sämtliche Verwandtschaftsbeziehungen des Kindes begründet.¹⁶¹ Die Verwandtschaft ist damit – obwohl sie in §1589 BGB und damit systematisch vor den Abstammungsregeln der §§ 1591 ff. BGB steht – nicht die Voraussetzung, sondern die Rechtsfolge der rechtlichen Abstammung.

Aus der Verwandtschaft ergeben sich Rechte und im späteren Leben des Kindes möglicherweise auch Pflichten. Allen voran sind Verwandte in gerader Linie gemäß §§ 1601 ff. BGB verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Der Unterhaltsanspruch ist für das Kind, das sich noch nicht selbst versorgen kann, von fundamentaler Bedeutung. Er besteht nicht nur gegenüber den rechtlichen Eltern, sondern auch gegenüber Großeltern. Ein wirksamer Verzicht auf den Kindesunterhalt ist gesetzlich ausgeschlossen (§ 1614 Abs. 1 BGB). Unter diesem Versorgungsgesichtspunkt macht es für ein Kind einen wesentlichen Unterschied, ob es einen rechtlichen Elternteil oder zwei rechtliche Eltern hat, denn dadurch addiert sich nicht nur die Zahl der Naturalversorgenden, sondern auch der Unterhaltsschuldner*in-

158 Können sich die Eltern nicht einigen, kann das Familiengericht auf Antrag gemäß § 1628 BGB einem Elternteil die Alleinentscheidungsbefugnis übertragen.

159 Nur wenn die Intergeschlechtlichkeit des Kindes durch Ärzt*innen etc. festgestellt wurde, können die Eltern entscheiden, wie es eingetragen werden soll, § 22 Abs. 3 PStG.

160 Ist nur ein Elternteil sorgeberechtigt, erhält das Kind den Nachnamen dieses Elternteils, es sei denn, der/die Sorgeberechtigte wählt den Namen des anderen rechtlichen Elternteils, § 1617a BGB. Führen die Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen, können sie einen der Elternnachnamen oder einen aus beiden Elternnachnamen gebildeten Doppelnamen für das Kind bestimmen, § 1617 BGB.

161 § 1589 Abs. 1 BGB lautet: „Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.“

nen. Ebenfalls ipso jure folgt der gesetzliche Erb- und Pflichtteilsanspruch aus dem rechtlichen Status. Gemäß § 1924 BGB sind die Abkömmlinge des Erblassers – gemeint sind die statusmäßig zugeordneten rechtlichen Kinder – gesetzliche Erben erster Ordnung. Gesetzliche Erben zweiter Ordnung sind gemäß § 1925 BGB die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Über das Pflichtteilsrecht eines Kindes nach § 2303 BGB ist sichergestellt, dass es selbst dann am Erbe teilhat, wenn die Erblasserin es testamentarisch von der Erbfolge ausgeschlossen hat. An den Status der Eltern-Kind-Zuordnung sind damit fundamentale vermögensrechtliche Folgen geknüpft.

5. Offene Fragen zum Statusprinzip

Lipp et al. beklagten bereits 2008 eine „schmerzlich empfundene Lücke“ bei der theoretischen Aufarbeitung des Statusprinzips. Daran hat sich bis heute wenig geändert. Denn wenngleich das Statusprinzip im Familienrecht nicht in Frage steht, sind dogmatisch einige Fragen offen.

a) Verhältnisbestimmung von Status und Personenstand

Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung kann als interdependentes Statusverhältnis beschrieben werden. Sie ist mit weiteren Status- und Personenstandskategorien verwoben, indem sie von ihnen abhängt oder sie beeinflusst. Der Status der Eltern-Kind-Zuordnung wirkt auf andere Statuskategorien ein, etwa indem der Name¹⁶² oder die Staatsangehörigkeit des Kindes vom Status der Eltern-Kind-Zuordnung abhängen. Die §§ 1591 ff. BGB rekurrieren wiederum ihrerseits für die Begründung eines Abstammungsstatus auf Statuskategorien. Offenkundig ist die Ehe ein Statusverhältnis und gemäß § 1592 Nr. 1 BGB die primäre Anknüpfung für die Zuweisung des zweiten Elternteils. Zudem knüpft die Eltern-Kind-Zuordnung an das Geschlecht des jeweiligen Elternteils an. Das Geschlecht changiert im Recht uneinheitlich zwischen Realkategorie, Personenstand und Status.¹⁶³ Was genau eine personenstandsrechtliche Kategorie zu einem Status macht,

162 Zum Namen als Status vgl. *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 49 f.

163 Zur Frage, inwiefern das rechtliche Geschlecht ein Status ist, vgl. unter D. I. *Der rechtliche Geschlechtseintrag*.

oder wie sich Personenstand und Status voneinander abgrenzen lassen – dazu gibt es bei genauerem Hinsehen keine einheitliche Dogmatik. Das Personenstandsrecht ist bislang kaum erschlossen.¹⁶⁴ Es wird zumeist in seiner „Spiegelfunktion“ beschrieben, als formale Entsprechung des materiellen Familienrechts.¹⁶⁵ Die konkrete Konturierung von Personenstand und Status bereitet indessen gewisse Schwierigkeiten. Während etwa *Kriewald* bemerkt, dass die Begriffe Status und Personenstand „oftmals synonym bzw. nicht trennscharf“ verwendet werden,¹⁶⁶ meint *Flindt*, dass sie gerade „keine Synonyme darstellen“.¹⁶⁷ Der Status beschreibt für ihn

„die (familienrechtliche) Beziehung einer Person zu anderen innerhalb eines familialen Verbunds, aber auch zu staatlichen Einrichtungen. Insofern kann von einer ‚Standortbestimmung‘ der Person gesprochen werden.“¹⁶⁸

Als eine Art Standortbestimmung lässt sich jedoch auch der Personenstand verstehen. In der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 PStG heißt es:

„Personenstand im Sinne dieses Gesetzes ist die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens. Der Personenstand umfasst Daten über Geburt, Eheschließung und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen.“

Zwischen einer rechtlichen „Standortbestimmung“ und der „Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung“ lassen sich nicht wirklich Unterschiede ausmachen.

164 Es gibt soweit ersichtlich keine Monographie und kaum Aufsätze zum Personenstandsrecht als Gesamtrechtsgebiet. Die dogmatische Vertiefung begrenzt sich auf einige wenige Handbücher aus dem Verlag für Standesamtswesen sowie die Zeitschrift „Das Standesamt – StAZ“. Im Zusammenhang mit der Bedeutung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags sind einige Arbeiten zu finden, die jedoch nicht den Anspruch erheben, die Dogmatik des Personenstandsrechts insgesamt aufzubohren, vgl. *Boll* Das Geschlecht im Personenstandsrecht: Rechtsstaatskritik in radikal-demokratischer und queerer Perspektive, KJ 2015, 421; *Völzmann* Postgender im Recht? Zur Kategorie »Geschlecht« im Personenstandsrecht, JZ 2019, 381; *Rößbach* (2025) Das personenstandsrechtliche Geschlecht; *Schulz* (2024) Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht.

165 *Berkl* (2017 [2015]) Personenstandsrecht, S. 9, Rn. 14.

166 *Kriewald* (2009) Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, S. 25.

167 Vgl. mwN *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 38.

168 *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 36.

Soweit *Flindt* auf die Beziehungsdimension im Status hinweist, haben auch *Windel* und *Röthel* ein solches relationales Statusverständnis vertreten.¹⁶⁹ Demnach betreffe der Status „nicht die einzelne Person als dieser attributierte zentrale rechtliche Eigenschaft (*qualitas personae*)“, sondern „vielmehr die familienrechtlichen Verhältnisse der individuell beteiligten Personen zueinander.“¹⁷⁰ Die Ehe und die Abstammung sind familiäre Rechtsverhältnisse, die stets die Beziehung zu einer anderen Person voraussetzen und kennzeichnen.¹⁷¹ Auch nach diesem Verständnis wären Status und Personenstand jedoch zum Teil deckungsgleich, denn die Ehe und die Abstammung sind zwar relational, aber auch personenstandsrechtlich erfasste rechtliche Eigenschaften der Person selbst.

Auch ein weiterer Abgrenzungsversuch, nach dem der Personenstand ein gesetzlich definierter Begriff sei, der Status hingegen „wissenschaftlich zweckmäßigen Kriterien“ folge,¹⁷² führt nicht weiter, weil er nichts über die Beziehung der beiden Begriffe zueinander aussagt.

b) Wirkung der personenstandsrechtlichen Eintragung im Statusrecht

Was für das Sachenrecht das Grundbuch, ist für das Familienrecht das Personenstandsregister.¹⁷³ Unklar ist jedoch, welche Rechtswirkung von der Eintragung selbst ausgeht. Im Sachenrecht wird ein Immobilienerwerb erst wirksam, wenn die Eigentumsübertragung auch im Grundbuch eingetragen ist. Die Registereintragung hat hier eine „konstitutive“ Wirkung. Demgegenüber soll eine personenstandsrechtliche Eintragung „lediglich deklaratorische Wirkung“¹⁷⁴ haben und für die eingetragenen Rechtsver-

169 *Röthel* (2014) Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, S. 95; *Windel* Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme, StAZ 2006, 125, S. 129, ähnlich auch *Grünberger* (2013) Personale Gleichheit, S. 51 mwN.

170 *Windel* (2008) Status und Realbeziehung, S. 10-11.

171 *Röthel* Lebensformen - Status - Personenstand: rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, StAZ 2006, 34, S. 41.

172 *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 43, Rn. 90; *Muscheler* Stieffamilie, Status und Personenstand, StAZ 2006, 189, S. 197.

173 „[D]ie Personenstandsbücher sind gewissermaßen das ‚Grundbuch der Person‘“, *Coester* Standesbeamter und Eheschließung, StAZ 1996, 33, S. 33.

174 *Di Cato* in jurisPK-BGB, § 1592 BGB, Rn. 24; *Siede* in *Grüneberg*, Einf v § 1591 BGB, Rn. 5; *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 147; *Flindt* (2022) Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse, S. 41 mwN; *Bornhofen* in *Gaaz/Bornhofen/Lammers*, § 54 PStG, Rn. 22 mwN *Muscheler* will nicht von „Publizität“, sondern

hältnisse „nicht konstitutiv“¹⁷⁵ sein. Konstitutiv, so die einhellige Meinung in der Familienrechtswissenschaft, sei (nur) die materielle Zuordnung. Oder verwaltungsrechtlich gesprochen: Das Registerhandeln sei „tatsächliches Verwaltungshandeln“, aber nicht als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG zu klassifizieren, weil es an einem eigenständigen Regelungsgehalt fehle.¹⁷⁶

Daran lässt sich zweifeln. Denn wenn das Standesamt das Geburtenregister für ein Kind erstmalig anlegt, passiert mehr als ein rein deklaratorischer Vorgang. Vielmehr nimmt das Standesamt eine eigene rechtliche Prüfung vor, z.B. ob die materiellen Voraussetzungen der Eltern-Kind-Zuordnung vorliegen.¹⁷⁷ Die Prüfung ist auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, denn sie entscheidet darüber, ob das Standesamt einen Registereintrag vornimmt oder nicht. Die Registrierung publiziert die familienrechtlichen Statusverhältnisse nicht nur, sondern bringt sie für den Rechtsverkehr überhaupt erst zur Existenz, denn jede materielle Rechtslage wird erst mit dem Registereintrag sicht- und nachweisbar.¹⁷⁸ Damit ist die Eintragung mehr als eine deklaratorische Abschreib-Übung, denn sie basiert einerseits auf einer eigenständigen Rechtsprüfung des Standesamtes und verschafft andererseits Beweiskraft im Rechtsverkehr. So lässt sich auch die folgende

vom „Öffentlichkeitsprinzip“ sprechen, weil mit dem Registerakt keine konstitutive Wirkung verbunden sei, *Muscheler* (2017) Familienrecht, S. 82, Rn. 158.

175 So auch BT-Drs. 16/1831, S. 51.

176 *Berkl* (2017 [2015]) Personenstandsrecht, S. 7, Rn. 11. Demgegenüber schlägt *Stelkens* vor, behördliche Eintragungen in Register als Verwaltungsakt zu klassifizieren, „wenn hierdurch eine Rechtsfolge verbindlich festgestellt werden soll“, und zwar „unabhängig davon, ob die Eintragung [...] konstitutiv oder [...] deklaratorisch wirkt“, *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 VwVfG, Rn. 87 f. Diese Ansicht ist überzeugender, denn mit der Entscheidung, eine Eintragung vorzunehmen oder zu versagen, nimmt das Standesamt „eine rechtsverbindliche Anordnung“ vor, „die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Die Rechtsfolge besteht darin, dass Rechte und/oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden“ – was der gängigen Definition des Verwaltungsakts entspricht, vgl. nur *Maurer/Waldhoff* (2020) Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9, Rn. 6.

177 In diese Richtung geht auch *Schaffarzik*, der die Tätigkeit des Standesamts als „wie die eines Gerichts – ganz und gar juridifiziert“ ansieht und meint, es handele sich um eine „reine Rechtsanwendung“, vgl. *Schaffarzik* Die Standesämter und ihre weisungsfreien Weisungsaufgaben: Eine *contradictio in adiecto*?, DÖV 2009, 899, S. 903. *Dutta* spricht vom „subsumierenden Standesbeamten“, was ebenfalls darauf hinweist, dass der Standesbeamte eine eigenständige Rechtshandlung vornimmt, *Dutta/Hepting* (2019) Familie und Personenstand, S. 358, Rn. IV-4.

178 Zur Beweisfunktion des Personenstands vgl. *Berkl* (2017 [2015]) Personenstandsrecht, S. 9, Rn. 14.

Ausführung von *Dutta* zur Eintragung auf Grund einer Vaterschaftsanerkennung deuten:

„Die Eintragung ins Personenstandsregister entfaltet dabei materiellrechtliche Wirkung. Sie gibt nicht nur einen kraft Gesetzes entstandenen Rechtszustand wieder, sondern hat konstitutive Wirkung, indem sie den bisher ‚offenen‘ Schwebezustand beendet und den Status des Kindes [...] zum ersten Mal verbindlich festlegt.“¹⁷⁹

Die personenstandsrechtliche Registrierung könnte somit durchaus als quasi-konstitutives Element des familienrechtlichen Status verstanden werden. Es ist jedenfalls verkürzt, die Tätigkeit des Standesamts als reine Formalhandlung ohne Regelungsgehalt zu beschreiben. Vielmehr wirkt das Standesamt rechtsgestaltend an familienrechtlichen Statusverhältnissen mit.

c) Doppelte Grundrechtsrelevanz

Damit ist das Personenstandsrecht mit den Worten von *Boll* konzeptionell gedacht

„ein staatlicher Ankerpunkt vielfältiger Subjektivierungsprozesse. Es ist [...] das Verfahren, über das das Recht einen Menschen vermisst und ihn von der Kreatur zur rechtlich beschreibbaren, regierbaren Person macht.“¹⁸⁰

An der öffentlich-rechtlichen Dimension des Familienrechts dürfte schon in Anbetracht seiner grund- und menschenrechtlichen Rahmung kein Zweifel bestehen. Aber auch auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Familienrecht eben kein reines Privatrecht. Mit dem Personenstandsrecht überschreitet es vielmehr die Schwelle zum Öffentlichen Recht – es wird Verwaltungsrecht.¹⁸¹ Gleichwohl ist das Personenstandsrecht bislang kaum

179 *Dutta/Hepting* (2019) Familie und Personenstand, S. 391, Rn. IV-12.

180 *Boll* Das Geschlecht im Personenstandsrecht: Rechtsstaatskritik in radikaldemokratischer und queerer Perspektive, KJ 2015, 421, S. 422. Ähnlich auch *Swennen* (2019) Motherhoods and the Law, S. 102.

181 Das Personenstandsrecht ist ein „klassische[r] Zweig der öffentlichen Verwaltung, der dem Öffentlichen Recht, genauer dem Verwaltungsrecht, unterfällt.“ *Berkl* (2017 [2015]) Personenstandsrecht, S. 7, Rn. II. So auch: *Kieck* (2019) Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe, S. 56.

öffentlich-rechtlich erschlossen. Das mag auch daran liegen, dass das Standesamt als weisungsunabhängige Behörde agiert (§ 2 Abs. 2 PStG) und gegen Rechtsansichten und Handlungen des Standesamtes kein Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Klagen gegen das Standesamt sind in erster Instanz bei den allgemeinen Zivilgerichten anhängig zu machen und folgen den Regeln des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). Daraus folgt ein rechtliches Schattendasein des Personenstandswesens, das mitunter zu frappierenden Gerechtigkeitslücken führt – etwa, wenn über die Einordnung der personenstandsrechtlichen Registereintragungen als „lediglich deklaratorisch“ die grundrechtliche Bedeutung des staatlichen Registerhandelns relativiert wird.¹⁸²

Der Personenstand ist jedoch „keine Marginalie“.¹⁸³ Das Bundesverfassungsgericht veranschaulichte in seinem Beschluss zur sogenannten Dritten Option, wie eine Person durch den Personenstand „nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien vermessen“ und damit „in zentralen Punkten die rechtlich relevante Identität einer Person“ beschrieben wird.¹⁸⁴ Bezogen auf den Geschlechtseintrag im Personenstandsrecht führte der Erste Senat aus:

„Misst der Gesetzgeber dem Geschlecht [...] über das Personenstandsrecht erhebliche Bedeutung für die Beschreibung einer Person und ihrer Rechtsstellung bei, hat die personenstandsrechtliche Anerkennung eine identitätsstiftende und ausdrückende Wirkung, ohne dass es noch darauf ankäme, welche materiell-rechtlichen Konsequenzen der Personenstandseintrag außerhalb des Personenstandsrechts hat.“¹⁸⁵

Diese Erwägungen lassen sich auch auf andere Personenstandskategorien übertragen. Und sie gelten erst recht für den Status der Eltern-Kind-Zuordnung, der sich aus einer materiellen Rechtsgrundlage sowie zusätzlich dem staatlichen Registerhandeln speist. Insofern ist die Frage, ob und wie

182 So geschehen im BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 27 und der Ansicht folgend BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 25 sowie BGH Beschl. v. 22.6.2016 – XII ZB 52/15 *Dritte Option*, Rn. 24. Zu letzterem zutreffend kritisch *Theilen* Intersexualität bleibt unsichtbar, StAZ 2016, 295, S. 298.

183 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 22, Rn. 45.

184 Ebd.

185 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 22 f., Rn. 47.

ein Eltern-Kind-Verhältnis im staatlich geführten Personenstandsregister abgebildet wird (oder nicht), doppelt grundrechtsrelevant.

Wissenschaftliche Tiefenbohrungen zum Statusprinzip in seiner fundamentalen Verknüpfung mit dem Personenstandsrecht und damit auch mit den öffentlich-rechtlichen Dimensionen des Familienrechts stehen jedenfalls aus. So kann an dieser Stelle nur bestätigt werden, dass es „an einer neueren eigenständigen Abhandlung zu Grundlagen und Leistungsfähigkeit“ des Statusgedankens im Familienrecht fehlt.¹⁸⁶

III. Lücken im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung

Das Abstammungsrecht sieht bislang eine primäre Eltern-Kind-Zuordnung nur für Mutter-Vater-Kind-Familien vor und knüpft die Zuordnung zudem geschlechtsspezifisch an unterschiedliche Voraussetzungen. Das wird zwar schon länger kritisiert¹⁸⁷ und es liegen bereits zahlreiche Änderungsvorschläge vor.¹⁸⁸ Bislang wurde eine Reform jedoch nicht umgesetzt. Dabei liegt der Fokus der Kritik auf der Untätigkeit des Gesetzgebers. Bislang nicht thematisiert werden jedoch Erosionen der Familienrechtsdogmatik, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen und die neben dem Gesetzgeber auch durch die Familienrechtswissenschaft und die Rechtspre-

186 Lipp/Röthel/Windel (2008) Einführung, S. VIII.

187 So etwa schon Schwenzer (1987) Vom Status zur Realbeziehung; Siegfried Kinder vom anderen Ufer, FPR 2005, 120; Schwenzer Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 2007, 705; Dethloff (2010) Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, S. 183 f.

188 Der Arbeitskreis Abstammungsrecht erarbeitete von 2015 bis 2017 „Reformvorschläge für ein stimmiges Gesamtkonzept“, vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, S. 13. Im Jahr 2016 befasste sich auch der Deutsche Juristentag mit dem Thema und beschloss ebenfalls konkrete Umsetzungsforderungen, vgl. Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg., 2017) Band II/1 Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse). Konkrete Gesetzgebungsinitiativen kamen u.a. von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/2665), vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Diskussionsteilentwurf vom 13. März 2019 und Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Abstammungs-, Kindschafts- und Kindesunterhaltsrechts vom 19. August 2020, Eckpunkte für eine Reform des Abstammungsrechts vom 16. Januar 2024) sowie vom Bundesrat (BR-Drs. 223/21). Im Jahr 2021 veröffentlichten Familienrechtsprofessor*innen den „Göttinger Aufruf zur Modernisierung des Abstammungsrechts“, FamRZ 2021, S. 1790. Ein zivilgesellschaftliches Bündnis hat am 5. Mai 2023 ebenfalls Leitplanken für die Reform des Abstammungsrechts vorgelegt, <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-12> (31.3.2025).

chung befördert wurden. Denn auch wenn über die problematischen Ausschlüsse des geltenden Rechts kaum Dissens besteht, bleibt ausgeblendet, dass das geltende Recht – gerade mit dem Statusprinzip – durchaus inkludierender interpretiert werden kann, als es gemeinhin angenommen wird. Im Wege stehen jedoch bestimmte Leiblichkeitsannahmen über die Abstammung und das Geschlecht.

Familien waren zwar schon immer diverser als die heteronormative Kleinfamilie.¹⁸⁹ Gleichwohl gilt bis heute die „hegemoniale heterosexuelle Kernfamilie“ als Referenzmodell im Familienrecht.¹⁹⁰ Die Mutter-Vater-Kind-Familie wird als eine Art „normative Normalfamilie“¹⁹¹ gedacht. Damit einher geht ein verkürztes Problemverständnis im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung. Zwar erfolgt durchaus eine Öffnung für faktische Vielfalt, etwa mit einem Blick in familiensoziologische Forschungen. Dort unterscheidet *Vaskovics* verschiedene „Typen von Elternschaft“ und konstatiert ein „Auseinandertriften der Elternschaft in verschiedene Segmente“.¹⁹² Für eine interdisziplinäre Öffnung der Familienrechtswissenschaft sei jedoch mit *Simitis* daran erinnert,

„dass ein ernstgenommener interdisziplinärer Diskurs die Juristen eben nicht aus der eigenen Verantwortung entläßt, sondern von ihnen verlangt, ihr Instrumentarium kritisch mit Hilfe der in den anderen, außerjuristischen Disziplinen entwickelten Ansätze zu überprüfen, ohne sich jemals blind auf irgendeinen dieser Ansätze zu verlassen.“¹⁹³

Der Schritt der kritischen Prüfung steht für das Familienrecht an dieser Stelle jedenfalls noch aus, wenn die biologischen, genetischen und sozialen Elternschaftssegmente lediglich übernommen werden und gefordert wird,

189 Vgl. statt vieler *Gerhard* (2018) Für eine andere Gerechtigkeit, S. 279 ff. mwN; *Lauterbach* (2011) Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit, S. 291 mwN; *Ostner/Schumann* (2011) Steuerung der Familie durch Recht?, S. 292 mwN.

190 *Teschlade/Peukert/Wimbauer u.a.* (2020) Einleitung, S. 9 mwN.

191 Formulierung in Anlehnung an *Britz*, die das bezogen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so darstellt: „Vor allem in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts galt als normativer Normalfall der durch Art. 6 I GG geschützten Familie das Ehepaar mit dem leiblichen Kind.“ *Britz* Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 290.

192 *Vaskovics* (2011) Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft, S. 12. Vgl. auch *Vaskovics* Segmentierung und Multiplikation der Elternschaft und Kindschaft: ein Dilemma für die Rechtsregelung?, RdJB 2016, 194.

193 *Simitis* (1994) Familienrecht, S. 439.

dass nun jeweils deren rechtlicher Gehalt zu bestimmen sei.¹⁹⁴ Der Idealtypus bleibt die (eheliche) Mutter-Vater-Kind-Familie, in der alle Segmente von Elternschaft zusammentreffen, oder mit anderen Worten, die sich „durch eine selbstverständliche Kopplung von nataler, genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft“ auszeichnet.¹⁹⁵ In dem von Schwab pointiert auf die Gleichung heruntergebrochenen Ideal „genetische = rechtliche = soziale Eltern“¹⁹⁶ erscheint das Recht als verbindendes Element von einer einerseits „natürlichen“ Abstammung, die hier an den Aspekt der Genetik geknüpft wird, und einer andererseits sozialen, auch tatsächlich gelebten Elternschaft. Anschaulich kommt dieser Idealtypus auch in der nachfolgenden Passage bei Reuß zum Ausdruck:

„Die verschiedenen Segmente der Elternschaft sind in einer Elternperson vereint, die soziologische Forschung nennt dies *Vollelternschaft*. Wächst hingegen ein im Wege heterologer Samenspende gezeugtes Kind in einer Reproduktionsfamilie auf, so sind nicht alle Segmente der Vaterschaft in einer Vaterperson vereint. Das Kind hat in diesem Fall einen sozialen und rechtlichen Vater (z.B. den in die heterologe Zeugung einwilligenden Ehemann der Geburtsmutter), der aber nicht genetischer Vater des Kindes ist. Genetischer Vater des Kindes ist hingegen der Samenspender. Die Sozialwissenschaft spricht hier insoweit von *Teil-Elternschaften*, d.h. die Elternschaft wird mit Blick auf ihren Begründungszusammenhang auf den sie konstituierenden Teil umgrenzt. Durch das Entfallen einzelner Elternschaftssegmente auf unterschiedliche Personen tritt letztlich eine Vervielfältigung der Elternpersonen ein. Aus einem Vollelternteil werden mehrere Teil-Elternteile. Man spricht insoweit von *Pluralisierung der Elternschaft*.“¹⁹⁷

Dieses Verständnis von pluraler Elternschaft geht mit einer Hierarchisierung einher, die die Pluralisierung als defizitär erscheinen lässt. Das implizieren die Begriffe „Volleltern“ und „Teil-Eltern“, denn wer nur Teil eines Ganzen ist, füllt eine Position eben nicht in Gänze aus. Ähnlich werden, darauf weisen Teschlade *et al.* hin, Regenbogen- oder Patchworkfamilien durch die differenzierende Benennung „zu Bindestrichfamilien und damit

194 Vaskovics (2011) Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft, S. 15; Reuß (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 71 ff. mwN.

195 Teschlade/Peukert/Wimbauer u.a. (2020) Einleitung, S. 9 mwN.

196 Schwab (2011) Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie, S. 46.

197 Reuß (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 71 f. mwN, Herv. im Orig.

als das Andere markiert“.¹⁹⁸ Damit wird die heterosexuelle Familie als „Referenzpunkt“ festgelegt, „der die Normalität (von Familie) verkörpert und repräsentiert.“¹⁹⁹ Für das dogmatische Problemverständnis und vor allem für entsprechende Lösungsansätze hat das zur Folge, dass das abweichende Andere zwar integriert werden kann und soll. Es bleibt aber durch die sprachliche Abgrenzung zur Norm stets als Abweichung markiert.

Auch im obigen Zitat kennzeichnet *Reuß* die Familie als „Reproduktionsfamilie“, womit die Norm unsichtbar, aber wirkmächtig bleibt. Vor allem bleiben die eigentlichen Problemfelder des Abstammungsrechts unthematisiert. Rechtlich ist es nämlich nicht bedeutsam, wie eine Familie entstanden ist bzw. wie das Kind konkret gezeugt wurde. Ausschlaggebend für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist vielmehr das jeweilige *Geschlecht* der Eltern. Bleibt die „Geschlechtsspezifität und Heteronormativität“ einer vermeintlichen Normalität unbenannt, bleiben auch „die hieraus resultierenden Privilegien derer, die ihr entsprechen“²⁰⁰, unsichtbar. Die im Zitat von *Reuß* benannte „Reproduktionsfamilie“ ist rechtlich gesehen eine „Vollfamilie“, wenn das Kind in eine Paarbeziehung von Mann und Frau hineingebo- ren wird. Der Mann wird gemäß § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB automatisch rechtlicher Vater des Kindes – und zwar im statusrechtlichen Sinne umfas- send –, auch wenn nicht alle „Segmente“ der biologischen, genetischen und sozialen Elternschaft zusammenkommen. Ungeklärt bleibt so auch die Fra- ge, welche Bedeutung der biologischen und/oder genetischen Abstammung überhaupt im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung zukommt. Denn während die aus einer Mutter und einem Vater bestehende „Reproduktionsfamilie“ zur rechtlichen „Vollfamilie“ wird, gilt eine aus zwei Müttern bestehende „Reproduktionsfamilie“²⁰¹ auch dann nicht als „Vollfamilie“, wenn das Kind

198 *Teschlade/Peukert/Wimbauer u.a.* (2020) Einleitung, S. 9 mwN.

199 *Riegel* (2020) Familie jenseits der heterosexuellen und zweigeschlechtlichen Norm, S. 105.

200 *Markard* (2022) Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, S. 263, Rn. 2.

201 Das Narrativ, eine „gemeinschaftliche Elternschaft für gleichgeschlechtliche weibliche Paare“ sei erst durch die Entwicklungen der Reproduktionsmedizin möglich geworden (so etwa *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 42 mwN), ist nicht zutreffend. Frauenpaare benötigen eine Samenspende, aber nicht notwendig auch medizinische Unterstützung für ihre Fortpflanzung. Private Samenspenden und darauf basierende queere Familiengründungen gibt es schon lange und unab- hängig von den Entwicklungen und Zugängen lesbischer Paare zur reproduktions- medizinisch assistierten Samenspende, vgl. dazu nur *Richarz* (2022) The state's hands in our underpants, S. 57 ff. mwN.

zu beiden Müttern sowohl eine leibliche als auch eine soziale Verbindung hat.²⁰²

Statt das Familienrecht von einer normativen Normalfamilie ausgehend zu denken und die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung danach auszurichten, ist es an der Zeit, die Normierung selbst in Frage zu stellen. *Baer* verweist darauf, dass es aus grundrechtlichen Gründen geboten sei, im Familienrecht „nicht in idealen Normformen, sondern in Optionen zu denken.“²⁰³ Auch unter statusprinzipiellen Gesichtspunkten und damit auf Grundlage der Familienrechtsdogmatik ist zu hinterfragen, welche Bedeutung der leiblichen Abstammung und dem Geschlecht der Eltern für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung beigemessen wird. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass sowohl die Leiblichkeit als auch das Geschlecht ungeeignete Anknüpfungspunkte für das Abstammungsrecht sind, die noch dazu zu Erosionserscheinungen der Dogmatik führen.

202 Bei der sogenannten ROPA-Methode („Reception of Oocytes from Partner“) handelt es sich um eine Form der Eizellspende innerhalb einer lesbischen Partnerschaft. Dabei werden der einen Frau Eizellen entnommen, die extrakorporal mit einer (zumeist anonymen) Samenspende befruchtet werden. Der so entstandene Embryo wird dann in die Gebärmutter der anderen Frau eingesetzt, die das Kind austrägt und zur Welt bringt. Das Kind hat in diesem Fall zu beiden Müttern eine biologisch-genetische Verbindung. Vgl. dazu etwa *Dionisius* (2021) *Queere Praktiken der Reproduktion*, S. 101 f. mwN.

203 *Baer* (2012) *Regelungsaufgabe Partnerschaft: Was darf der Staat?*, S. 36.

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 gesetzesakzessorischen 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.

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

305 BVerfG Urt. 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 Urt. 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 Spendeckind³³⁰ 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 Kennntnisrecht 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 Kennntnisrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses gewährleiste, so das Bundesverfassungsgericht, auch „das Recht eines Mannes auf Kennntnis 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 Kennntnis 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 Kennntnis der *eigenen* Abstammung zum Recht auf Kennntnis der Abstammung *einer anderen* Person absolviert das Bundesverfassungsgericht ohne großen Begründungsaufwand.“ Schwab (2009) Zwischen Kennntnis 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 Kennntnisrecht 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 Kennntnisrecht kein genereller Vorrang vor den Interessen der anderen Beteiligten zukommt. Auch gegen einen potentiellen leiblichen Vater gewährt das Kennntnisrecht keinen Anspruch auf Mitwirkung an einer Vaterschaftsklärung. Die Schwergewichtigkeit des Rechts auf Kennntnis 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 Kennntnisinteresse 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 Abstammungsklärunsverfahrens 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 Kennntnisrecht stets an Fällen konturiert hat, in denen Kinder auf „natürlichem“ Wege gezeugt wurden, hat das Kennntnisrecht inzwischen vor allem für Kinder Bedeutung erlangt, die mittels Samenspende entstanden sind. Der Bundesgerichtshof hat Spendekindern aus dem Kennntnisrecht 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 Kennntnisrechts nicht in Frage gestellt. Vielmehr wird sogar gefordert, das Kennntnisrecht 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 Kennntnis 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 Kennntnis 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 Zweischnitt, 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 Korrektorebene 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 Urt. 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-t-hree-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 2017/21 *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 biologisch 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.

C. Das Elternrecht in Relationen gesetzt

Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechtsträgerschaft nicht nur vom einfachgesetzlichen Status, sondern auch von der konkreten Beziehungsebene der Familienmitglieder untereinander entkoppelt. Es versteht den Elternbegriff damit zunehmend biologistisch und denkt die Eltern als voneinander losgelöste Individuen. Demnach sollen verfassungsrechtliche Eltern einen Anspruch auf Pflege und Erziehung haben – auch außerhalb bestehender familiärer Beziehungen:

„Personen, die Elternverantwortung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG tragen, steht grundsätzlich ein verfassungsrechtlich geschützter Einfluss auf sämtliche Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes zu, *auch außerhalb der Familie*.“⁴⁷⁸

Reimer/Jestaedt meinen gar, das Elternrecht sei „bar jedes kollektiven Bezugs“.⁴⁷⁹

Eine solche individualistische und entkoppelte Lesart der verfassungsrechtlichen Elternschaft überzeugt nicht. Das Elternrecht ist vielmehr in seinen Relationen zu verstehen.

Die Eltern-Kind-Zuordnung ist kein ausschließliches Individualgrundrecht, sondern ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis, in dem Staat, Kind und Eltern in komplexer Weise „relational verbunden“⁴⁸⁰ sind (I.). Neben Kind und Eltern gegenüber dem Staat betrifft die Eltern-Kind-Zuordnung auch die rechtlichen Beziehungen der Eltern untereinander⁴⁸¹ sowie zwischen Elternteil und Kind individuell.⁴⁸² Dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wird zwar „regelmäßig die stärkere Position“ gegenüber dem

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

479 *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 198.

480 „Das Kind wird in eine Familie hineingeboren und muss zunächst mit den Gewohnheiten und Überzeugungen leben, die es dort vorfindet. Gleichzeitig ist das Kind nicht ohne Einfluss und Verhandlungsmacht, im Gegenteil verändert seine Geburt das Leben der Eltern nicht selten einschneidend.“ *Wapler* (2018) Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, S. 54.

481 *Preisner* (2014) Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft.

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

Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG zugeschrieben.⁴⁸³ Das Elternrecht steht jedoch nicht losgelöst, sondern mit dem besonderen Schutz der Ehe und der Familie in untrennbarem Zusammenhang (II.).

Wenn die verfassungsrechtliche Verankerung im Gesamtgefüge von Art. 6 GG in mehrfacher Weise auf die Pflege und Erziehung verweist, ist die Fokussierung auf die Leiblichkeit im Status- und Verfassungsrecht noch einmal qualifizierter zu hinterfragen. Erfüllt es den statusprinzipiellen und verfassungsrechtlichen Anspruch einer umfassenden Absicherung und Versorgung des Kindes, wenn einem Kind vorrangig die leiblichen Eltern zugewiesen werden (III.)? Es zeigt sich unter dieser erweiterten Perspektive, dass das Elternrecht in Relation gesetzt nicht zeugungs-basiert, sondern fürsorge-zentriert zu denken ist (IV.).

I. Das Elternrecht als mehrdimensionales Grundrechtsverhältnis

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG betrifft zunächst die klassische Beziehungsebene zwischen Staat und Eltern sowie zwischen Staat und Kind. Diese Mehrpoligkeit macht das Elternrecht so herausfordernd, weil unterschiedliche Beziehungsebenen und rechtliche Schutzdimensionen betroffen sind. Aus Perspektive der Eltern geht es darum, Elternschaft im Sinne einer umfassenden Berechtigung zur Pflege und Erziehung des Kindes ausüben zu dürfen (1.). Das Kind hat einen Anspruch auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – nicht unmittelbar gegen die Eltern (etwa auf eine bestimmte Form der Zuwendung), sondern gegen den Staat, der die elterliche Pflege und Erziehung im Sinne des Kindeswohls ermöglichen muss (2.). Die staatliche Einbindung ist durch eine Gewährleistungsverpflichtung einerseits und das staatliche Wächteramt andererseits markiert. Der Staat hat dafür zu sorgen, dass Eltern „dem Kind Lebensbedingungen sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind.“⁴⁸⁴ Er erbringt seine Schutzverpflichtung „überwiegend nicht unmittelbar selbst, sondern durch die Gewährleistung elterlicher Sorge“.⁴⁸⁵

483 Vgl. Britz Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 293; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 6 GG.

484 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 73 f., Rn. 42.

485 Britz Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1070.

1. Pflege und Erziehung als Zentrum des Elternrechts

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sieht in der Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Demnach sind die Eltern dazu berechtigt, die Pflege und Erziehung des Kindes frei zu gestalten.⁴⁸⁶ Zugleich trifft sie eine Pflege- und Erziehungspflicht. Diese *Mélange* aus Recht und Pflicht hat das Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff der Elternverantwortung zusammengefasst:

„Die Verknüpfung von Rechten und Pflichten unterscheidet das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG von allen anderen Grundrechten; hierbei ist die Pflicht nicht lediglich eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses ‚Elternrechts‘, das insoweit treffender als ‚Elternverantwortung‘ bezeichnet werden kann.“⁴⁸⁷

Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG von der elterlichen „Pflege“ spricht, so ist damit „die Sorge für das körperliche Wohl, die Ernährung, Gesundheit und Vermögen“ des Kindes gemeint.⁴⁸⁸ Der verfassungsrechtliche Begriff der „Erziehung“ soll demgegenüber „die Sorge für die seelische und geistige Entwicklung und die Vermittlung von Wissen und Wertorientierung“ meinen.⁴⁸⁹ Die mit verfassungsrechtlichem Rang versehene Pflege und Erziehung der Kinder ist im Alltagsleben der Familien eine kleinteilige Angelegenheit, die über viele Jahre des Aufwachsens des Kindes unzählige rechtliche Einzelfragen aufwerfen kann. Die verfassungsrechtlich geschützte Elternverantwortung ist deshalb auf die Ausgestaltung des Gesetzgebers angewiesen. Diesem Ausgestaltungsauftrag ist der Gesetzgeber mit den Regelungen zur elterlichen Sorge in §§ 1626 ff. BGB nachgekommen. Das Sorgerecht ist somit die einfachgesetzliche Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Elternverantwortung – und eine Folge des Statusprinzips.

Das Grundgesetz verpflichtet die Eltern nicht zu „bestmöglicher“ Pflege und Erziehung. Art. 6 Abs. 2 GG geht lediglich von einer „Minimumgarantie“ aus, nach der ein „für die Entwicklung zu einer eigenverantwort-

486 Grundlegend *Wapler* (2015) Kinderrechte und Kindeswohl. Auch: *Uhle* in BeckOK Grundgesetz, Art. 6 GG, Rn. 51 mwN.

487 BVerfG Urt. v. 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78 u.a. *Sorgerecht des nichtehelichen Vaters*, BVerfGE 56, 363, S. 381 f.

488 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Art. 6 GG, Rn. 42; „Pflege meint die Sorge für das körperliche Wohl des Kindes“, *Brosius-Gersdorf* in *Dreier*, Art. 6 GG, Rn. 352; *Robbers* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 6 GG, Rn. 143.

489 *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Art. 6 GG, Rn. 42; *Brosius-Gersdorf* in *Dreier*, Art. 6 GG, Rn. 353; *Robbers* in *Mangoldt/Klein/Starck*, Art. 6 GG, Rn. 143.

lichen Persönlichkeit unverzichtbare[r] Mindeststandard an Pflege und Erziehung“ geboten sei.⁴⁹⁰ Konkretere Vorgaben über Ziele, Inhalte und Methoden der Pflege und Erziehung macht das Grundgesetz nicht, sondern überlässt die Entscheidung darüber den Eltern.⁴⁹¹ Die elterliche Pflege und Erziehung ist bezogen auf das Kind. Sie soll dazu dienen,

„dass sich das des Schutzes und der Hilfe bedürftige Kind zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln kann, wie es dem Menschenbild der Verfassung entspricht.“⁴⁹²

Die „Pflege und Erziehung“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wird insofern umfassend als „Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes“ beschrieben.⁴⁹³

Die Verleiblichungstendenzen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung führen zu dogmatischen Folgeproblemen, die bereits angesprochen wurden.⁴⁹⁴ Das Ausmaß des verfassungsgerichtlich induzierten Leiblichkeitsproblems zeigt sich in seiner gesamten Tragweite jedoch erst mit Blick auf die konkrete Ausübung des Sorgerechts als Kern der elternrechtlichen Gewährleistung. Anders als die Grundrechtsträgerschaft lässt sich die Garantie der Sorgeberechtigung nämlich nicht pluralisieren, was Konflikte vorprogrammiert (a). Diese Konflikte lassen sich oftmals gerade dann auf einer individuellen Ebene kaum lösen, wenn es an einer (guten) Beziehungsebene zwischen den Beteiligten fehlt. So bleibt es am Ende den Familiengerichten überantwortet, kleinteilige Sorgerechtsfragen zu lösen. Im Ergebnis beschwört die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so herauf, dass nicht mehr die Eltern, sondern staatliche Gerichte über wesentliche Fragen der Elternverantwortung entscheiden (b). Das einst als Erziehungsrecht der Eltern gerade in seiner Freiheit von staatlichen und kirchlichen Einflüssen geschützte Elternrecht⁴⁹⁵ wird dadurch von den Füßen auf den Kopf gestellt.

490 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 318 mwN.

491 Robbers in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 152 ff.

492 Heiderhoff in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 137 mwN.

493 Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 6 GG, Rn. 42; Heiderhoff in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 102; Höfling (2009) Elternrecht, Rn. 18.

494 S. unter B. III. *Dogmatische Folgeprobleme der Verleiblichung.*

495 Wapler Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, 57, S. 60 mwN.

a) Pluralisiertes Konfliktpotential durch Erweiterung der Grundrechtsträgerschaft

Das Bundesverfassungsgericht hat im Laufe seiner Rechtsprechung das Elternrecht individualisiert und dabei nicht ausreichend gewürdigt, dass die Elternverantwortung des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eine unteilbare Gemeinschaftsaufgabe ist.⁴⁹⁶ Während sich die Grundrechtsträgerschaft theoretisch unendlich pluralisieren lässt, gilt gleiches nicht für die Elternverantwortung. Die Elternverantwortung für die Pflege und Erziehung lässt sich nicht auf eine Vielzahl von Personen verteilen.

Zwar ist es etwa bezogen auf Unterhaltungspflichten oder das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht durchaus möglich, diese auf mehr als zwei Eltern Teile zu erstrecken. Rechtliche Elternschaft ist aber schon keine reine „Zahlelternschaft“. Vor allem ist die Pflege und Erziehung eines Kindes nicht teilbar. Das Sorgerecht läuft im Familienalltag vielmehr auf zwar zahlreiche, jedoch stets einheitlich zu treffende Einzelentscheidungen für das Kind hinaus. Auch bei begrenzten Ressourcen wie der Zeit des Kindes oder dem Anspruch auf Elterngeld oder Elternzeit führt ein Mehr von Eltern zu einer Verknappung und damit potentiell zu mehr Streitstoff.⁴⁹⁷

Der Neunte Familienbericht der Bundesregierung betont, wie wichtig die einvernehmliche Ausübung der Elternverantwortung für das Kindeswohl ist:

„Die gemeinsame Fürsorge für das Kind erfordert nicht nur Absprachen in der Arbeitsteilung, sondern ist auch auf einen möglichst großen Konsens in Fragen der Erziehung und Betreuung angewiesen. Insofern verwundert es nicht, dass die Qualität des elterlichen Coparenting durchaus einen bedeutsamen Zusammenhang zur Partnerschaftsqualität der Eltern aufweist [...]. Eine positive Coparenting-Beziehung der Eltern erleichtert nicht nur den Erziehungsalltag, sondern ist vor allem [...] eine förderliche Ressource für die kindliche Entwicklung, auch über das Erziehungsverhalten der Eltern hinaus.“⁴⁹⁸

496 „Da diese Verantwortung unteilbar ist“, BVerfG Urt. v. 29.7.1959 – 1 BvR 205/58 *Stichentscheid*, BVerfGE 10, 59, S. 67. Kritisch dazu *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 198.

497 Sorge- und umgangsrechtliche Konflikte wirken sich oftmals gerade zu Lasten von Müttern und Kindern aus, vgl. etwa *Berghahn* (2023) Variationen von Familie und Elternschaft im bundesdeutschen Recht, S. 233 ff.

498 *Bundesregierung* Neunter Familienbericht, S. 188 mwN.

Wenn diejenigen, die gemeinsam die Elternverantwortung tragen, in der Lage sind, ihren Erziehungsalltag sowie auch die Ziele und Werte ihrer gemeinsamen Erziehung miteinander abzustimmen, geht das mit positiven Entwicklungen für das Kind einher. Kinder, deren Eltern ein gegenseitig unterstützendes und kooperatives Verhältnis zueinander haben, verhalten sich positiver gegenüber anderen Kindern, haben bessere Selbstregulierungsfähigkeiten und zeigen eine bessere kognitive und soziale Entwicklung.⁴⁹⁹ Hingegen wirken sich Konflikte auf der Elternebene negativ auf das Kindeswohl aus, indem die betroffenen Kinder Verunsicherungen erfahren und in Loyalitätskonflikte geraten.

„Für alle Altersstufen vom Baby- bis zum Jugendalter zeigt sich, dass ein dysfunktionales Coparenting mit mehr internalisierendem und externalisierendem Problemverhalten der Kinder einhergeht [...]. Diese Belastungen sind keineswegs nur kurzfristig. Wenn Eltern oft gegenseitig ihre erzieherische Autorität unterminieren, haben Kinder langfristig [...] ein erhöhtes Risiko für Depressionen sowie das Auftreten psychosomatischer Symptome“.⁵⁰⁰

Dass Ressourcen- und Kompetenzstreitigkeiten unter den Eltern dem Kindeswohl regelmäßig abträglich sind, sieht auch das Bundesverfassungsgericht. Der Erste Senat meint jedoch, dass die Ursache für die Konflikte „nicht in der Grundrechtsträgerschaft als solcher und der Anzahl rechtlicher Eltern auf der Stausebene“ liege. Vielmehr würden diese vor allem dann auftreten,

„wenn mehr als zwei Elternteile auf der Ebene der fachrechtlichen Ausgestaltung der die Elternverantwortung prägenden Rechte- und Pflichtenstellung, insbesondere dem fachrechtlichen Sorgerecht, vollumfänglich diese Verantwortung innehätten und keine Einigkeit über deren Ausübung bestünde.“⁵⁰¹

Dabei übersieht der Senat aber, dass es sich um ein hausgemachtes verfassungsrechtliches Problem handelt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil aus dem Jahr 2024 der statusrechtlichen Mehrelternschaft in einer hochkonflikthaften Elternsituation den Weg geebnet. Erst durch die Öffnung des Status hin zu einer Drei-Eltern-Konstellation kommt es aber

499 Bundesregierung Neunter Familienbericht, S. 188 mwN.

500 Ebd.

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

überhaupt dazu, dass auch mehr als zwei Eltern Ansprüche auf Teilhabe an der Elternverantwortung, sprich am Sorgerecht erheben können. Die Elternverantwortung als umfassende Berechtigung und Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Kindes macht den Kern des Elternrechts aus. Der Einbezug in den Schutzbereich muss daher zwingend auch zu einem Anspruch führen, Zugang zur rechtlichen Elternschaft mit allen daraus folgenden Rechten und Pflichten zu erhalten.⁵⁰² Es überzeugt daher nicht, wenn der Erste Senat vorschlägt, dass der Gesetzgeber „im Rahmen seiner Ausgestaltungspflicht“ nicht „allen Elternteilen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gleiche Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind“ einräumen müsse, sondern „die jeweilige Rechtsstellung der Elternteile differenzierend ausgestalten“ könne.⁵⁰³ Eine solche Trennung zwischen der Grundrechtsträgerschaft und der Elternverantwortung existiert nicht. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist ein einheitliches Grundrecht. Wenn der Kern des grundgesetzlichen Elternrechts das Recht und die Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder ist, wird daher jede Abstufung bezüglich der Elternverantwortung *verfassungsrechtlich* begründungsbedürftig. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts funktioniert aber kein Kompass mehr und Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthält keine Maßstäbe, wie diese Differenzierung vorgenommen werden könnte.

Auch das Statusprinzip funktioniert gerade nicht in Abstufungen. Auf der Ebene des einfachen Rechts ist die Elternverantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes durch die Berechtigung (und dann auch Verpflichtung) zur elterlichen Sorge gewährleistet. Zwar ist nicht jeder statusförmige Elternteil automatisch auch sorgeberechtigt; ein Status ohne jede Möglichkeit zur Elternverantwortung ist aber familienrechtlich nicht vorgesehen⁵⁰⁴ und wäre verfassungsrechtlich auch kaum zu rechtfertigen. Es hilft also nicht, die Lösung an den Gesetzgeber zu delegieren, denn die verfassungsgerichtlich produzierte Misere ist einfach-rechtlich unlösbar.

Das beschriebene Konfliktpotential dürfte besonders hoch sein in Fällen, in denen es keine funktionierende Beziehungsebene (mehr) zwischen den Beteiligten gibt. Insofern ist es schlichtweg falsch zu behaupten, das Elternrecht sei „bar jedes kollektiven Bezugs“⁵⁰⁵ und stehe „außerhalb der Fami-

502 Vgl. nur Sanders (2018) Mehrelternschaft, S. 343.

503 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 59 und Rn. 43 mwN.

504 Zu den automatischen Statusfolgen s. unter A. II. 4. *Rechtsfolgen der Eltern-Kind-Zuordnung*.

505 Reimer/Jestaedt in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 198.

lie“⁵⁰⁶. Mehr noch führt eine solche Sichtweise dazu, dass der Kern des familienrechtlichen und familienverfassungsrechtlichen Problems verkannt wird.

b) Aushöhlung des Elternrechts durch Delegation an die Familiengerichte

Das Statusprinzip zielt auf klare und stabile Rechtsverhältnisse innerhalb von Familien ab und will Familien gerade davor schützen, ihr Innenleben vor dem Richtertisch ausbreiten zu müssen. Auch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist darauf angelegt, dass sich der Staat weitgehend aus der Pflege und Erziehung von Kindern heraushält und diese Aufgabe zuvörderst den Eltern überantwortet. Durch die verfassungsgerichtliche Herauslösung des Elternstatus aus jeder familiären Beziehungsebene und die Fokussierung auf Leiblichkeit als einzig ausschlaggebendes Kriterium im Elternrecht werden diese Aufgaben des Rechts aber nicht erfüllt, sondern ins Gegenteil verkehrt.

Zwar hat ein nachträglich zum statusrechtlichen Vater Gewordener nicht automatisch die elterliche Sorge inne. Er kann sie aber gemäß § 1626a Abs. 2 BGB – auch gegen den Willen der Mutter – gerichtlich beantragen. (Und muss dies auch tun können, weil sonst seinem Elternrecht nicht Genüge getan wäre.) Das Gericht mag in hochstreitigen Fällen nach Abwägung aller Interessen zu dem Schluss kommen, dass der „nur leibliche statusrechtliche Vater“ aus Kindeswohlgründen nicht mitsorgeberechtigt sein soll. Verfahrensrechtlich steht es jedem Elternteil aber offen, jederzeit ein neues Sorgerechtsverfahren einzuleiten – auch über Teilbereiche der elterlichen Sorge. Das Familiengericht ist von Amts wegen verpflichtet, jedes Mal ein volles Verfahren durchzuführen, das heißt etwa einen Verfahrensbeistand für das Kind zu bestellen (§ 158 FamFG) und das Jugendamt zu involvieren (§ 162 FamFG). Zudem gilt ein Vorrang- und Beschleunigungsgebot (§§ 155a, 155 FamFG). Die Erfolgsaussichten mögen bei Null sein, das Verfahren wird aber durchgeführt. Das damit verbundene emotionale, zeitliche und auch finanzielle Belastungspotential für die Mutter, das Kind und den potentiell vorhandenen weiteren Vater realisiert sich damit jedes Mal aufs Neue.

Noch gravierender sind die Auswirkungen, wenn dem leiblichen Vater gegen den Willen der Mutter und des rechtlichen Vaters die Mitsorgebe-

506 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 36.

rechtigung eingeräumt wird. Fortan müssen diese drei Personen sämtliche Entscheidungen für das Kind gemeinsam treffen. Auf die meisten der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen kann es regelmäßig nur eine Antwort geben: Wo lebt das Kind? Auf welche Schule geht es? Soll eine bestimmte medizinische Maßnahme durchgeführt werden? Welche Hobbies übt es aus? Darf es ins Ausland reisen? ... Auf alle diese Fragen müssen die sorgeberechtigten Personen eine einvernehmliche Antwort finden. Gelingt ihnen dies nicht, wenden sie sich wieder an das Familiengericht. Hier kann nun potentiell über jede Einzelfrage der elterlichen Sorge gestritten werden – jeweils über zwei gerichtliche Instanzen hinweg. Das ist nicht nur eine Belastung für die Gerichte. Im Ergebnis wird die originäre Elternverantwortung damit an die Familiengerichte delegiert, obwohl Art. 6 Abs. 2 GG „[g]enau eine solche materielle staatliche Entscheidungsbefugnis untersagt“,⁵⁰⁷ worauf *Sacksofsky* zutreffend hinweist.

2. Das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

Wenngleich das Kindeswohl im Zentrum des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG steht, ist das Kind selbst nicht Träger dieses Grundrechts.⁵⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht entnimmt aber Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein eigenständiges Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.⁵⁰⁹

507 *Arbeitskreis Abstammungsrecht* Abschlussbericht, S. 124.

508 *Britz* Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 293; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Art. 6 GG, Rn. 48. Anders aber das Bundesverfassungsgericht 2008: „Denn das Kind ist nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung, es ist Rechtssubjekt und Grundrechtsträger, dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten.“ BVerfG Urt. v. 1.4.2008 - 1 BvR 1620/04, BVerfGE 121, 69, S. 93.

509 Herausgebildet in BVerfG Urt. v. 19.2.2013 - 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 73 ff. Rn. 41 ff.; s. zudem BVerfG Beschl. v. 17.12.2013 - 1 BvL 6/10 *Behördliche Vaterschaftsanfechtung*, BVerfGE 135, 48, S. 84 f., Rn. 97 ff.; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 - 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 123 f., Rn. 52 ff. *Britz* spricht vom „Grundrecht des Kindes auf Schutz und Unterstützung der Persönlichkeitsentfaltung“, *Britz* Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1070.

a) Maßstäbe aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Dogmatischer Ausgangspunkt ist nicht Art. 6 GG, sondern das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes.⁵¹⁰ Dahinter steht der Gedanke einer „gesteigerten verfassungsrechtlichen Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes“.⁵¹¹ Das Gewährleistungsrecht des Kindes wird zuweilen als „Recht auf Eltern“ beschrieben.⁵¹² In der Tat hat das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber auf Grund des Persönlichkeitsrechts des Kindes verpflichtet ist, diejenigen „Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind.“⁵¹³ Dazu gehöre, „das Wie und das Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern“ sowie „die – von der Verfassung vorausgesetzte – spezifisch elterliche Hinwendung zu den Kindern [...] dem Grunde nach zu ermöglichen und zu sichern“.⁵¹⁴ Diese „leistungsrechtliche Ausgestaltungsdimension“⁵¹⁵ von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber insoweit, die „rechtliche Elternschaft vorzusehen und den Zugang zu ihr zu regeln“⁵¹⁶ sowie die „wesentlichen Elternbefugnisse“ auszugestalten.⁵¹⁷

Der Gewährleistungsanspruch enthält leistungs- und abwehrrechtliche Komponenten.⁵¹⁸ Die leistungsrechtliche Dimension hat der Erste Senat anhand von zwei Fällen konkretisiert, in denen es um die Sukzessivadoption⁵¹⁹ und um die Stiefkindadoption in nichtehelichen Lebensgemeinschaften

510 Hepp (2021) Kindergrundrechte, S. 230 ff.

511 Britz Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1070; BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 74, Rn. 42.

512 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 322 mwN. Auch Heiderhoff geht von einem solchen „Recht des Kindes auf Eltern“ aus, meint aber, dass es „aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 bzw. ausdrücklich aus Art. 7 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention“ folge, Heiderhoff in Münch-Kunig, Art. 6 GG, Rn. 21.

513 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 74, Rn. 42.

514 Ebd. sowie BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 123, Rn. 53.

515 Britz Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1070.

516 Brosius-Gersdorf in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 322 mwN; ähnlich Badura in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 GG, Rn. 133.

517 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 35 mwN und Rn. 51.

518 Britz Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1069 f.

519 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59.

ten⁵²⁰ ging. In beiden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht zwar umfassend dargelegt, warum die Zuordnung eines zweiten Elternteils dem Kindeswohl dient. So habe die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung „stabilisierende entwicklungspsychologische Effekte“, denn das Kind könne sich darauf verlassen, „dass ihm im Fall des Verlusts des einen Elternteils ein anderer Elternteil bliebe.“⁵²¹ Zudem stärke eine auch rechtlich gleichberechtigte Absicherung beider Elternteile „das Zugehörigkeitsgefühl der Kinder und das Verantwortungsgefühl der Eltern“ und erleichtere die gemeinsame Erziehung. Bleibe die rechtliche Zuordnung hingegen versagt, könne das Kind dies „als Abwehr und Ablehnung seiner Person und seiner Familie erleben.“⁵²² Hinzu kommen rechtliche Verbesserungen für das Kind, denn mit der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung ist ein gesetzlicher Unterhalts-, Erb- und Pflichtteilsanspruch verbunden.⁵²³ Im Fall einer Auflösung der elterlichen Beziehung durch Trennung oder durch Tod führt die rechtliche Verbindung zu beiden Eltern dazu, dass gelebte Familienbindungen nicht einseitig gekappt werden können. Das werde der „emotionalen Bindung“ des Kindes zu beiden Eltern gerecht.⁵²⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gewährleistungsrecht im Ergebnis gleichwohl keinen Anspruch auf rechtliche Zuordnung eines zweiten Elternteils entnommen. Obwohl das Bundesverfassungsgericht die Kindeswohl-Aspekte der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung umfassend benannte, kam es in den beiden Entscheidungen zum Adoptionsrecht zu dem Schluss, dass es vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt sei, wenn ein Kind trotzdem nur einen rechtlichen Elternteil habe. Dem Gesetzgeber, so der Erste Senat, steht

„grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum [zu], wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen.“⁵²⁵

520 BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101.

521 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 91, Rn. 83.

522 Ebd.

523 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 92 f., Rn. 86 ff.

524 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 92, Rn. 85.

525 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 76, Rn. 45.

Dieser Gestaltungsspielraum sei bereits dann nicht überschritten, wenn ein Kind „nicht elternlos“ sei, sondern jedenfalls einen rechtlichen Elternanteil habe.⁵²⁶ Zudem habe der Gesetzgeber mit dem sogenannten „kleinen Sorgerecht“ dafür gesorgt, dass der Lebenspartner des Adoptivelternteils „praktisch wichtige elterntypische Befugnisse“ ausüben könne. Vom „verfassungsrechtlichen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers“ sei es gedeckt, dass diese Befugnisse beschränkt und im Ausmaß gegenüber den vollen Elternrechten zurück blieben.⁵²⁷ Aus dem Gewährleistungsrecht des Kindes ergebe sich mithin „kein Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber die Erlangung eines zweiten rechtlichen Elternteils ermöglicht, der tatsächlich Elternverantwortung zu tragen bereit ist.“⁵²⁸ Anhand dieser Maßstäbe sah der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung in den beiden Adoptionsentscheidungen als „berührt“, aber nicht als verletzt an, wenn einem Kind die rechtliche Zuordnung zu einem zweiten fürsorgenden Elternteil verwehrt bleibt.⁵²⁹

b) Unstimmigkeiten bezüglich des Anspruchs auf statusrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung

aa) Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume

Das Bundesverfassungsgericht hat die leistungsrechtliche Dimension des Gewährleistungsrechts anhand von Fallkonstellationen konturiert, die Adoptionen und mithin die Sekundärebene der rechtlichen Eltern-Kind-Zu-

526 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 76, Rn. 46; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 124, Rn. 54. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht das Gewährleistungsrecht des Kindes bislang nur in einem Fall der behördlichen Vaterschaftsanfechtung als verletzt angesehen, vgl. BVerfG Beschl. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, BVerfGE 135, 48, S. 84 f., Rn. 97 ff.

527 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 76 f., Rn. 46.

528 BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 124, Rn. 54.

529 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, Rn. 44 mwN; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 123 f., Rn. 53. Der Senat hat die fehlende Adoptionsmöglichkeit jedoch als Verletzung von Gleichheitsrechten des Kindes und der Eltern gewertet.

ordnung betrafen. Welche Gewährleistungen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für die primäre Zuordnung enthält, ist bislang nicht entschieden. Dazu führte die Bundesverfassungsrichterin *Britz*, die in beiden Adoptionsentscheidungen die Berichterstatterin im Ersten Senat war, in einem Aufsatz aus, dass die gesetzgeberischen Spielräume für die Primärebene wohl „nicht geringer sein“ dürften.⁵³⁰ Der Gesetzgeber dürfe, so *Britz*, auch hier weiträumig entscheiden, ob er neben den bestehenden Zuordnungsregeln für die Mutterschaft und Vaterschaft weitere Möglichkeiten der Eltern-Kind-Zuordnung schaffen wolle.⁵³¹

Diese Beschränkung auf Gewährleistung nur eines rechtlichen Elternteils auch bei der Primärzuordnung überzeugt nicht.⁵³² Denn wenn der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers derart weit wäre, käme eine Grundrechtsverletzung des Kindes bei der primären Eltern-Kind-Zuordnung überhaupt nur in Betracht, wenn es gar keinen statusrechtlichen Elternteil erhielte. Das wäre nach dem geltenden Abstammungsrecht nur in Fällen der anonymen Geburt⁵³³ bzw. der Abgabe eines Kindes über eine sogenannte Babyklappe⁵³⁴ denkbar. Andernfalls stellt § 1591 BGB sicher, dass jedes

530 *Britz* Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, JZ 2014, 1069, S. 1071.

531 Ebd.

532 S. dazu weiter unter D. II. 4. b) aa) (1) *Staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung*.

533 Die vertrauliche Geburt wurde 2014 rechtlich ermöglicht (Gesetz vom 28.8.2013, BGBl. I 2013, Nr. 53 vom 3.9.2013, S. 3458). Bei der vertraulichen Geburt bleibt die Mutter anonym. Das Kind wird unmittelbar nach der Geburt in staatliche Obhut genommen. Es hat die Möglichkeit, ab dem Alter von 16 Jahren die Identität der Gebärenden zu erfahren. Laut einer ersten Evaluation wurden in den Jahren 2015 bis 2018 durchschnittlich rund 120 Kinder vertraulich geboren, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/135988/047bb524f9f5fb6b0ebdea906bd039fd/daten-vertrauliche-geburt-data.pdf> (31.3.2025). Bis Ende August 2022 wurden seit Einführung des Gesetzes rund 1.000 Kinder vertraulich geboren, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/the-men/familie/schwangerschaft-und-kinderwunsch/anonyme-und-vertrauliche-geburt/hilfen-fuer-schwangere-mit-anonymitaetswunsch-und-vertrauliche-geburt-80948> (31.3.2025).

534 Wird ein Kind anonym in einer sog. Babyklappe abgelegt, ist sein Personenstand unbekannt. Es gilt als Findelkind im Sinne des § 24 PStG. Wie viele Kinder deutschlandweit in einer Babyklappe abgegeben werden, wird nicht erfasst. Auch die genaue Anzahl verfügbarer Babyklappen kann nur geschätzt werden. Eine Studie des Deutschen Jugendinstituts wies zwischen 2000 und 2009 eine Zahl von bundesweit 278 abgelegten Kindern aus und schätzte die Anzahl verfügbarer Babyklappen auf 70 bis 100, <https://www.dji.de/veroeffentlichungen/aktuelles/news/article/750-babyklappen-und-vertrauliche-geburten.html> (31.3.2025).

Kind automatisch und zum Zeitpunkt der Geburt die gebärende Person als rechtlichen Elternteil erhält.

bb) Wirkmacht von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Vergleicht man die Wirkmacht des Elternrechts des nur leiblichen Vaters mit der des Gewährleistungsrechts des Kindes, zeigt sich eine weitere Diskrepanz: Dem leiblichen Vater soll aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein Anspruch zustehen, rechtlicher Elternteil zu werden – auch wenn es bereits einen rechtlichen Vater des Kindes gibt und dieser zusammen mit der Mutter die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft für das Kind bildet. Auf Seiten des Kindes soll es demgegenüber aber keinen eigenständigen Anspruch auf Zuordnung eines zweiten Elternteils geben – selbst wenn das Kind nur einen rechtlichen Elternteil hat, die zweite Elternstelle also frei ist und es eine zweite Person gibt, die die Elternverantwortung bereits faktisch und im Einvernehmen mit der Mutter ausübt.⁵³⁵

Wie ist das im Hinblick auf das Kindeswohl begründbar? Und wie kann das Gewährleistungsrecht des Kindes insgesamt schwächer sein, wenn es dogmatisch durch die Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG doch sogar verstärkt ist? Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat diesen Wertungswiderspruch 2024 einfach dahingehend gelöst, dass er die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Kindes und die elternrechtlichen Interessen des nur leiblichen Vaters weitgehend gleichsetzte.⁵³⁶ Diese Gleichsetzung wäre jedoch nur dann überzeugend, wenn aus der leiblichen Abstammung eine besondere Gewährleistung für eine kindeswohlorientierte Pflege und Erziehung folgen würde. Diesen Konnex gilt es nachfolgend zu hinterfragen (sogleich unter III.).

535 Vgl. zur Grundrechtsbeeinträchtigung des Kindes einer Zwei-Mütter-Familie *Chebout/Sanders/Valentiner* Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694, S. 3696.

536 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 50 f.

II. Der besondere Schutz der Familie

Art. 6 Abs. 1 GG stellt die Ehe und die Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.⁵³⁷ Als „wertentscheidende Grundsatznorm“, so das Bundesverfassungsgericht schon 1957, sei Art. 6 Abs. 1 GG maßgeblich „für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“.⁵³⁸

Beim besonderen Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG stehen die „Schutz- und Förderbedürftigkeit minderjähriger Kinder“ sowie deren „leibliche und seelische Entwicklung“, die maßgeblich im Rahmen der Familie gewährleistet werden, im Zentrum.⁵³⁹ Geschützt wird die „spezifisch psychologische und soziale Funktion familiärer Bindungen“.⁵⁴⁰ Die Eltern-Kind-Zuordnung dient unter diesem Gesichtspunkt nicht dem Selbstzweck, sondern gerade der Schutz von Familie verweist darauf, dass es um „sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaften“ geht.⁵⁴¹ Mit den Worten von *Lembke*:

„Genetische Verwandtschaft allein macht keine Familie, für Eltern-Kind-Beziehungen sind mindestens ebenso Verantwortungsübernahme, gemeinsam erlebter Alltag und persönliche Beziehungen relevant.“⁵⁴²

Zwar wird das heterosexuelle Ehepaar mit Kind als „normativer Normalfall der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Familie“⁵⁴³ beschrieben. Der Familienbegriff des Grundgesetzes wird jedoch weiter verstanden und umfasst inzwischen alle real gelebten Fürsorgeverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, auch wenn diese nicht statusrechtlich manifestiert sind. Damit ist der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG vergleichbar mit Art. 8

537 Vergleichbare Schutzrichtungen enthalten etwa Art. 8 Abs. 1 und Art. 12 EMRK, Art. 16 AEMR, Art. 23 IPbpR, Art. 10 IPwskR sowie Art. 7 und Art. 9 GRCh.

538 BVerfG Beschl. v. 17.1.1957 – 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 56, S. 72 et passim, st. Rspr. Die *Lüth*-Entscheidung ist mithin nicht der Ursprung dieser Grundrechtsfunktion, vgl. *Kingreen* Das gute alte Grundgesetz und wir Nachkonstitutionellen, Der Staat 2020, 195, S. 201.

539 *Britz* Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 290 mwN.

540 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 82, Rn. 62 mwN.

541 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 156.

542 Ebd.

543 *Britz* Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 290. Zur „Last der Leitbilder“ vgl. *Baer* (2012) Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was darf der Staat?, S. 43 f.

Abs. 1 EMRK, der jeder Person ein Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens garantiert.⁵⁴⁴ Auch der Begriff des Familienlebens in Art. 8 Abs. 1 EMRK stellt auf das tatsächlich bestehende Familienleben, mithin auf faktische Familienbeziehungen ab.⁵⁴⁵ Weder die biologische noch die rechtliche Beziehung sind allein maßgeblich.⁵⁴⁶

Seit jeher erachtete das Bundesverfassungsgericht „die zwischen Eltern und Kindern bestehende Gemeinschaft“ als Familie und zählte schon im Jahr 1964 „Kinder sowie auch Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder sowie (im Verhältnis zur Mutter) uneheliche Kinder“ dazu.⁵⁴⁷ Ein nichtehelicher Vater war damals jedoch vom Schutzbereich ebenso ausgenommen wie gleichgeschlechtliche Familien. Das hat sich geändert. Es ist heutzutage allgemein anerkannt, dass Familie die „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ meint,⁵⁴⁸ reale Fürsorgeverhältnisse also unabhängig vom rechtlichen Elternstatus, vom Geschlecht und auch vom Beziehungsstatus der Eltern geschützt sind.⁵⁴⁹ So fasste das Bundesverfassungsgericht 2003 zusammen:

„Familie ist die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern, die für diese Verantwortung tragen. Lebt das Kind mit beiden Eltern zusammen, bilden sie gemeinsam eine Familie. Ist dies nicht der Fall, tragen aber beide Eltern tatsächlich Verantwortung für das Kind, hat dieses zwei Familien, die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind“.⁵⁵⁰

Art. 6 Abs. 1 GG hat somit die „Anerkennung familienrechtlicher Vielfalt“ bereits vollzogen.⁵⁵¹ Der Schutz des Familiengrundrechts gilt für „Familiengemeinschaften im weiteren Sinne“, mithin auch für Alleinerziehende, für

544 Gleichlautende Regelungen finden sich in Art. 7 GRCh sowie weitere menschenrechtliche Gewährleistungen in Art. 18 Abs. 4 IPbpr und Art. 13 Abs. 3 IPwskR.

545 *Nettesheim* in NomosHandkommentar EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 56; *Pätzold* in Karpenstein/Mayer, Art. 8 EMRK, Rn. 41 ff.

546 *Nettesheim* in NomosHandkommentar EMRK, Art. 8 EMRK, Rn. 54. Das entspricht dem Familienbegriff in Art. 6 Abs. 1 GG.

547 BVerfG Beschl. v. 30.6.1964 – 1 BvL 16/62, BVerfGE 18, 97, S. 105 f.

548 *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 77 mwN.

549 *Badura* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 6 GG, Rn. 60a; *Uhle* in BeckOK Grundgesetz, Art. 6 GG, Rn. 14.

550 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 89.

551 *Leisner-Egensperger* (2022) Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, Rn. 35. Allerdings ist nicht verständlich, warum die Autorin in Rn. 37 dann meint, dass eine „lediglich soziale Elternschaft“

queere Familien⁵⁵² oder auch für Konstellationen mit mehr als zwei Eltern, sofern es sich um „Mitglieder einer dauerhaften Verantwortungsgemeinschaft“ handelt.⁵⁵³ Dieses Familienverständnis des Grundgesetzes verweist darauf, dass es um reale Fürsorgebeziehungen geht, und rückt damit die soziale Dimension ins Zentrum. Deshalb überzeugt es nicht, wenn etwa *Robbers* auch das Familiengrundrecht auf die nur genetische Beziehung zu einem Kind erstrecken will.⁵⁵⁴

1. Wirkweisen im Abstammungsrecht

Während der personelle Schutzbereich sehr weit gefasst ist, ist der sachliche Schutzbereich weitgehend wirkungslos geblieben. In seiner abwehrrechtlichen Funktion soll Art. 6 Abs. 1 GG die Freiheit gewähren, als Familie zusammenzuleben sowie „über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden“.⁵⁵⁵ Insofern sei das Familiengrundrecht ein „Anspruch gegen störende Einmischungen des Staates“.⁵⁵⁶ Die freiheitsrechtliche Bedeutung gehe jedoch „über eine diffuse Achtung der Familie hinaus“ und erfasse vielmehr

ohne rechtliche Zuordnung (wie etwa in Patchwork- oder Regenbogenfamilien) nicht unter den Familienbegriff in Art. 6 Abs. 1 GG falle.

552 Dies hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klargestellt: „Angesichts des Schutzzwecks des Familiengrundrechts ist auch eine aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende, dauerhaft angelegte, sozial-familiäre Gemeinschaft eine Familie im verfassungsrechtlichen Sinne. Dies gilt auch dann, wenn rechtliche Elternschaft nur im Verhältnis zu einem Partner begründet ist. Die verfassungsrechtliche Familieneigenschaft setzt bei gleichgeschlechtlichen Paaren ebenso wenig wie bei verschiedengeschlechtlichen Paaren voraus, dass beide Partner Eltern im rechtlichen Sinne sind.“ BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 82 f., Rn. 62. Gleiches gilt auch für den Familienschutz des Art. 8 Abs. 1 EMRK, vgl. EGMR 24.6.2010 – 30141/04 *Schalk und Kopf gegen Österreich*.

553 Steiner (2011) Schutz von Ehe und Familie, Rn. 43 mwN.

554 Seiner Ansicht nach sei „[d]as von der Leihmutter aus fremdem Ei ausgetragene Kind“ als „Teil ihrer Familie“ anzusehen; auch zu einem Samenspende oder zu einer Eizellspenderin solle ein „freilich zunächst rudimentäres“ Familienverhältnis bestehen, *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 6 GG, Rn. 79.

555 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 84, Rn. 67 mwN.

556 Ipsen (2009) Ehe und Familie, Rn. 73.

„alle gesetzlichen Regelungen und alle anderen Maßnahmen, die den Bestand und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Familie zu beeinträchtigen geeignet sind oder die gegenüber der Gründung einer Familie prohibitiv wirken“.⁵⁵⁷

Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht die Wirkmacht des Familiengrundrechts für gelebte Eltern-Kind-Beziehungen in seiner bisherigen Rechtsprechung gering gehalten.

a) Kein Anspruch auf rechtliche Absicherung sozialer Elternschaft

Familienrechtlich wird diskutiert, inwiefern das Grundgesetz die intendierte bzw. die tatsächliche Elternschaft schützt.⁵⁵⁸ Das Oberlandesgericht Celle hat in diesem Zusammenhang eine eigene Grundrechtsdogmatik von Art. 6 Abs. 2 GG entwickelt. Jedenfalls für Fälle der anonymen Keimzellenspende schlägt auch *Landenberg-Rohberg* vor, „die Zuordnung statt an der leiblichen Abstammung von vornherein an intentionalen Verantwortungsübernahmetatbeständen“ anzuknüpfen.⁵⁵⁹

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch in mehreren Entscheidungen festgehalten, dass eine soziale Elternschaft „für sich genommen“ keine „hinreichende Voraussetzung verfassungsrechtlicher Elternschaft“ sei; sie begründe „grundsätzlich keine Elternposition im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG“.⁵⁶⁰ Zwar sei die sozial-familiäre Beziehung vom Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Daraus folge aber gerade keine gesetzgeberische Pflicht „zur Ausgestaltung und Zuordnung von rechtlichen Elternstellungen“.⁵⁶¹

Regelmäßig sah das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des Familiengrundrechts zwar als „betroffen“, nicht aber als verletzt an, wenn einem Kind die rechtliche Absicherung durch einen fürsorgenden Eltern-

557 *Ipsen* (2009) Ehe und Familie, Rn. 73.

558 *Heiderhoff* (2023) Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung, S. 23 f.

559 *Landenberg-Rohberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 756.

560 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 81 f., Rn. 59; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101, S. 122, Rn. 50. Zustimmend *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 333.

561 *Kaufhold* (2016) Was darf der Staat?, S. 100.

teil versagt wurde.⁵⁶² Die statusrechtliche Zuordnung betreffe, so der Erste Senat 2013, „das tatsächliche Zusammenleben der Lebenspartner und des Kindes nicht unmittelbar“. Zwar blieben den Lebenspartner*innen, die nicht rechtlicher Elternteil des Kindes werden können, „bestimmte elterntypische rechtliche Befugnisse verwehrt“ mit der Folge, dass sie „die Erziehungsaufgaben nicht ohne Weiteres gleichberechtigt wahrnehmen können.“⁵⁶³ Der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers sei hier jedoch „nicht überschritten“.⁵⁶⁴ Der Gesetzgeber sei zwar grundrechtlich verpflichtet, eine „rechtliche Struktur bereitzustellen“, damit „sich Familienbeziehungen entfalten können“.⁵⁶⁵ Art. 6 Abs. 1 GG verpflichte ihn jedoch nicht dazu, „bei der Ausgestaltung der Familie im rechtlichen Sinne tatsächlich vorgefundene familiäre Gemeinschaften genau nachzuzeichnen“⁵⁶⁶ oder „in jedem Fall einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung das volle Elternrecht zu gewähren“⁵⁶⁷. In diesem Zusammenhang führte der Erste Senat aus:

„Regelungen über Adoptionsmöglichkeiten nehmen keine familiäre Freiheit, sondern gestalten diese aus [...], indem sie weitere Möglichkeiten rechtlich anerkannter Familienbeziehungen eröffnen. Auch die Entscheidung des Gesetzgebers, eine Adoptionsmöglichkeit nicht zu gewähren, ist grundsätzlich noch der Ausgestaltungsdimension des Grundrechts zuzurechnen; Ausgestaltung schließt die Verwehrung bestimmter Entfaltungsmöglichkeiten ein.“⁵⁶⁸

Mit der Ermöglichung eines sogenannten „kleinen Sorgerechts“ für den Lebenspartner oder Ehegatten eines rechtlichen Elternteils habe der Gesetzgeber „elterntypische Befugnisse“ geregelt, die es „ermöglichen, für das

562 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 84, Rn. 67 mwN.

563 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 84, Rn. 67.

564 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 85, Rn. 70. Hier verschwimmen die Konturen zwischen Eingriff und Rechtfertigungsebene. Das Bundesverfassungsgericht scheint einen Eingriff zu verneinen, die Diskussion über den gesetzgeberischen Spielraum betrifft aber (zumindest auch) die Ebene der Rechtfertigung.

565 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 85, Rn. 68.

566 Ebd.

567 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 85, Rn. 70.

568 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 85, Rn. 69.

Kind zu sorgen.“⁵⁶⁹ Es bestehe jedoch aus dem Familiengrundrecht kein Anspruch auf Zugang zu einer vollwertigen Elternstelle.

Für das Bundesverfassungsgericht scheint damit geklärt zu sein, dass Art. 6 Abs. 1 GG den Staat jedenfalls nicht dazu verpflichtet, die real gelebten Familienverhältnisse auch statusförmig abzubilden. Der Erste Senat geht von einem ausreichenden Schutz der Familie durch flankierende Regelungen wie dem sogenannten kleinen Sorgerecht gemäß § 1687b BGB aus.

b) Verstärkung für das akzessorische Elternrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss zum leiblichen Vater 2003 mit dem Schutz der Familie begründet, warum die sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichem Vater und Kind dem Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters entgegenstehen kann. In Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber hat das Bundesverfassungsgericht damals betont, dass Art. 6 Abs. 1 GG „die soziale Familie als dauerhafte Verantwortungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern“ schützt.⁵⁷⁰ Diese familiäre Beziehung zwischen den rechtlichen Eltern und dem Kind könne „in ihrem sozialen Gefüge und Bestand beeinträchtigt werden“, wenn ein außenstehender Dritter die rechtliche Vaterschaft für sich einfordert.⁵⁷¹ Besteht eine rechtliche Elternschaft, verstärkt der Schutz der sozial-familiären Beziehung aus Art. 6 Abs. 1 GG insofern die Schutzintensität des Elternrechts.

c) Verstärkung für das leibliche Elternrecht

Der Schutz des Familiengrundrechts setzt eine Statusbeziehung nicht voraus. So ist anerkannt, dass auch zwischen dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater und seinem Kind eine schützenswerte Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG bestehen kann, wenn beide etwa ein Umgangsrecht ausüben oder der leibliche Vater über eine bestimmte Zeit tatsächlich Verantwortung für das Kind getragen hat. „Das Familiengrundrecht schützt

569 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 85, Rn. 70.

570 BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 107 mwN.

571 Ebd.

dann das Interesse von Kind und Vater am Erhalt dieser sozial-familiären Beziehung.⁵⁷²

In seinem Urteil von 2024 will der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts Art. 6 Abs. 1 GG nunmehr aber auch „verstärkend“ für den Schutz des Elternrechts des nur leiblichen Vaters lesen. So wörtlich:

„Ist der bislang nur leibliche Vater ernsthaft bereit, nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich Verantwortung für das Kind zu übernehmen, verstärkt Art. 6 Abs. 1 GG insoweit sein als Grundrechtsträger des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschütztes Interesse an der Erlangung der rechtlichen Vaterschaft auf der Staturebene als Voraussetzung dafür, rechtliche Verantwortung für das Kind durch Übertragung des Sorgerechts übernehmen zu können.“⁵⁷³

Allein die Bereitschaft (nicht das tatsächliche Tun), zukünftig Elternverantwortung übernehmen zu wollen, soll für den nur leiblichen Vater eine verstärkende Schutzwirkung aus Art. 6 Abs. 1 GG begründen?⁵⁷⁴

2. Diskrepanzen

Auch hier offenbaren sich Diskrepanzen: Ein intendierter zweiter Elternteil in einer intakten, einvernehmlich gewünschten, real gelebten Familie soll aus Art. 6 Abs. 1 GG keine besondere Schutzwirkung erfahren, auch verfassungsrechtlich geschützter Elternteil im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu werden. Hingegen soll dies einem nur leiblichen Vater – ohne Status und ohne bisherige Verbindung zum Kind oder zur Mutter – allein auf Grund einer Intention zur Elternverantwortung zustehen. Dies selbst dann, wenn die Verantwortungsübernahme und die rechtliche Elternschaft von niemandem außer dem leiblichen Vater selbst gewünscht wird.

In den Fällen der Sukzessiv- und Stiefkindadoption waren keine Belange Dritter erkennbar, die einer statusrechtlichen Zuordnung des zweiten intendierten, sozialen und einvernehmlich gewünschten Elternteils entgegen gestanden hätten. (Die leiblichen Eltern der Kinder waren unbekannt oder verstorben.) Die Fälle der nur leiblichen Väter sind hingegen regelmäßig

572 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 58; vgl. auch BVerfG Beschl. v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96 u.a. *Leiblicher Vater I*, BVerfGE 108, 82, S. 112.

573 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 58.

574 In diese Richtung argumentierte schon vorher *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 217 und 330.

dadurch gekennzeichnet, dass es jeweils eine rechtliche und soziale Familie der Kinder gab – Mutter, Vater und zum Teil auch Geschwister –, deren grundrechtliche Interessen dem Anliegen des nur leiblichen Vaters auf Zugang zur rechtlichen Elternschaft potentiell oder offenkundig entgegenstanden. Warum dem Gesetzgeber in Fällen der einvernehmlich gewünschten rechtlichen Absicherung einer tatsächlich gelebten Familie ein größerer Gestaltungsspielraum zustehen soll⁵⁷⁵ als bei einer hochstrittigen Konkurrenzsituation von zwei Vätern,⁵⁷⁶ ist nicht nachvollziehbar. Die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verengt das verfassungsrechtliche Schutzniveau auf das Anliegen, leibliche Vaterschaft im Recht abzubilden, und blendet alle anderen Faktoren aus, die Familie kennzeichnen. Das ist umso weniger plausibel, da Art. 6 Abs. 1 GG laut *Britz*

„insbesondere dem Familienrechtsgesetzgeber und den Familiengerichten [...] eine differenziertere Würdigung der berechtigten Interessen der Betroffenen“

abverlange.⁵⁷⁷ Diese differenziertere Würdigung ist umso schwerer, je mehr entgegenstehende Rechtspositionen und Interessen betroffen sind. Daher müsste denklogisch der gesetzgeberische Spielraum in Konfliktfällen weiter sein als in einvernehmlich gewünschten Familienkonstellationen.

III. Gibt es einen Konnex zwischen Leiblichkeit und Fürsorge?

In Übereinstimmung mit den Verleiblichungstendenzen des Elternrechts sieht etwa *Heiderhoff* den grundgesetzlichen „Familienschutz“ des Kindes „auf eine Art ‚natürliche Familie‘ gerichtet.“⁵⁷⁸ *Brosius-Gersdorf* entnimmt dem Gewährleistungsrecht des Kindes, das im Rahmen einer reproduktionsmedizinischen Behandlung gezeugt wurde, „ein Recht auf Pflege und Erziehung durch die genetischen Eltern“;⁵⁷⁹ Dies sei jedenfalls gegeben, „sofern diese Elternverantwortung tragen möchten (z. B. Mitsorgerecht,

575 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59; BVerfG Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17 *Stiefkindadoption in nichtehelicher Lebensgemeinschaft*, BVerfGE 151, 101.

576 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 91 f.

577 *Britz* Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289, S. 293.

578 *Heiderhoff* (2018) Kinderrechte – ein Überblick, S. 16 f.

579 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 323.

Umgangsrecht).⁵⁸⁰ Hingegen schreibt *Willekens*, der dafür plädiert, die Elternschaft in erster Linie sozial und nicht an der Biologie orientiert zu verstehen:

„Es ist [...] überhaupt nicht ‚natürlich‘ vorgegeben, dass aus diesen biologischen Tatsachen die Zuweisung von Rechten und Pflichten folgen müsste.“⁵⁸¹

Und weiter:

„Die Zuordnung ist eine gesellschaftliche Entscheidung, und um den Sprung von den biologischen Tatsachen zur juristischen Verantwortung zu begründen reicht es nicht ‚Natur!‘ zu rufen, sondern es müssen *Argumente* her, welche die Bedeutung der biologischen Beziehung für die Begründung elterlicher Rechte und Pflichten darstellen.“⁵⁸²

Was also sind die Argumente, die für oder gegen eine Orientierung des Abstammungsrechts an der leiblichen Abstammung sprechen? Oder anders ausgedrückt: Inwiefern bieten vorrangig die leiblichen Eltern eine besondere Gewähr dafür, die Elternverantwortung für das Kind zu übernehmen?

1. Gründe für die leibliche Abstammung als Indiz der Elternverantwortung

In seinem jüngsten Urteil zum nur leiblichen Vater hat das Bundesverfassungsgericht 2024 ausgeführt, warum die statusrechtliche Zuordnung gerade des leiblichen Elternteils dem Gewährleistungsanspruch des Abstammungsrechts am besten entspreche. Der leiblichen Abstammung komme

„Bedeutung für die statusrechtliche Zuordnung zu, weil bei Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft ein späterer Statuswechsel regelmäßig ausgeschlossen ist, während eine solche Statussicherheit bei rechtlicher Elternschaft des nicht leiblichen Vaters schon wegen der Möglichkeit einer erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung so nicht besteht.“⁵⁸³

580 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 323. A.A. *Hepp* (2021) Kindergrundrechte, S. 237 mwN.

581 *Willekens* Alle Elternschaft ist sozial, RdJB 2016, 130, S. 131.

582 Ebd., Herv. im Orig.

583 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 51 mwN.

Das ist folgerichtig, denn der Erste Senat reduziert das Statusprinzip in der gesamten Entscheidung auf die Eigenschaften der Statusbeständigkeit und Statusklarheit.⁵⁸⁴ In diesem Lichte betrachtet hat jedes Kind eine leibliche Verbindung zu mindestens zwei Personen – und damit auch stets (mindestens) zwei Personen, die als rechtliche Eltern für das Kind in Frage kommen. Die genetische Verbindung ist deshalb einzigartig und unauflöslich, weil sie unabhängig von äußeren Veränderungen der Lebensumstände das gesamte Leben lang feststellbar und nachweisbar ist.⁵⁸⁵ Damit ist sie geeignet, die vom familienrechtlichen Statusprinzip avisierte Stabilitätsfunktion („Statusbeständigkeit“) zu erfüllen.

Jedoch gibt Röthel nach einer Untersuchung naturbegründeter Normen im Familienrecht Folgendes zu bedenken:

„Die (möglicherweise bestehende) Hoffnung, naturgegründete Legitimationen würden dem Familienrecht zu besonderer Kontinuität und Stabilität verhelfen, hat sich ersichtlich nicht erfüllt.“⁵⁸⁶

Zum einen ist die Natur der Abstammung komplexer, als dass sie sich auf zwei stabile Elternpositionen reduzieren ließe. Zum anderen geht es im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung – schon statusprinzipiell – nicht nur um die Stabilität und darum, den Status so zuzuweisen, dass er möglichst von Anfang an unveränderbar ist. Das Statusprinzip zielt – wie Art. 6 GG – umfassender darauf ab, dem Kind durch klare Zuordnungskriterien möglichst zum Zeitpunkt der Geburt diejenigen Personen als Eltern zuzuweisen, die die größte Gewähr dafür bieten, für das Kind die Elternverantwortung zu übernehmen. An den Status sind unzählige Folgewirkungen geknüpft, die das Leben des Kindes und der Familie maßgeblich beeinflussen. Eine Ausgestaltungsanweisung an den Gesetzgeber zu Gunsten der leiblichen Abstammung wäre kontraproduktiv, weil die leibliche Abstammung jenseits des Geburtsvorgangs nicht unmittelbar bei der Geburt des Kindes erkennbar ist.⁵⁸⁷ Insbesondere für das Kind wäre die Zuspitzung auf die leibliche

584 Vgl. BVerfG Ur. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 72 ff. et passim.

585 „Once a father, always a father.“ *Fuscaldo* Genetic ties: are they morally binding?, *Bioethics* 2006, 64, S. 66. Ähnlich *FitzGibbon* The Biological Basis for the Recognition of Family, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2012, 1, S. 29.

586 Röthel (2023) *Natur als Normbegründung*, S. 222.

587 Die leibliche Abstammung von der gebärenden Person ist ohne weiteres feststellbar, jedoch nicht in jedem Fall auch mit einer genetischen Verwandtschaft verbunden (im Fall der Eizellspende). Zu einem zweiten Elternteil könnte die leibliche Abstammung nur auf Grund von Abstammungsgutachten festgestellt werden, was testbereite Personen sowie entsprechende Ressourcen voraussetzt und jedenfalls Zeit kostet.

Abstammung nur dann von Vorteil, wenn mit der leiblichen Verbindung auch eine besondere Gewähr für die Pflege und Erziehung des Kindes verbunden wäre. Ist das so?

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts meint, jedenfalls für „leibliche Väter, deren Elternschaft im verfassungsrechtlichen Sinne aus der genetischen Verbindung mit dem Kind aufgrund natürlichen Zeugungsakts mit dessen Mutter folgt“, könne „die Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung angenommen werden“.⁵⁸⁸ Zur Begründung führte das Bundesverfassungsgericht „Hinweise“ aus „dem Bereich der Stiefkindforschung“ an.⁵⁸⁹ Wenngleich nicht näher erläutert und auch nicht durch überprüfbare Nachweise versehen, meinte der Erste Senat, „dass das Engagement leiblicher Väter tendenziell langfristiger und unabhängig von der Beziehung zur Mutter angelegt“ sei.⁵⁹⁰ Auch „investierten biologisch mit dem Kind verbundene Elternteile mehr in das Kind als Bezugspersonen ohne genetische Verbindung zu diesem“.⁵⁹¹ Ähnlich wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass die leibliche Verbindung zwischen den Eltern ein natürliches „Näheverhältnis zwischen Eltern und Kind“⁵⁹² begründe. *Reuß* geht davon aus, „dass im Regelfall die genetischen Eltern auch am ehesten bereit sein werden, für das Kind lebenslang tatsächlich Verantwortung zu tragen.“⁵⁹³ Auch für *Helms* begründet „das genetische Band“ ein „dauerhaftes Interesse am Schicksal des Kindes und damit eine gewisse Beziehungs-Kontinuität und Stabilität“.⁵⁹⁴ Demgegenüber hätten Väter, von denen das Kind nicht genetisch abstamme, oftmals die Tendenz, sich aus der Verantwortung zurückzuziehen, wenn die Beziehung zur Mutter ende.⁵⁹⁵

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

589 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 51.

590 Ebd.

591 BVerfG Urt. v. 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21 *Leiblicher Vater II*, Rn. 63.

592 So *Höfling* (2009) Elternrecht, Rn. 15.

593 *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 227.

594 *Helms* (2011) Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, S. 118. Zum Kindeswohlkriterium auch *Gillers A Labor Theory of Legal Parenthood*, *The Yale Law Journal* 2001, 691, S. 701.

595 Beispiele dafür finden sich bei *Fuscaldo* Genetic ties: are they morally binding?, *Bioethics* 2006, 64, S. 65. Im Unterschied dazu sei die soziale Vaterschaft eines nicht-genetischen Vaters oftmals nur so lange erwünscht, wie auch die Beziehung mit der Mutter intakt sei, vgl. *Helms* (2011) Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, S. 118.

2. Gene – Kein geeigneter Anknüpfungspunkt für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung

Die Bedeutung der genetischen Abstammung für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung lässt sich jedoch in Frage stellen. Denn was sind Gene überhaupt? Und welche Rückschlüsse auf die Übernahme der Elternverantwortung lassen sie zu?

a) Genetischer Essentialismus – oder: Was sind Gene überhaupt?

Wer der leiblichen Abstammung die ausschlaggebende Bedeutung für die Eltern-Kind-Zuordnung zuschreiben will, sitzt einem „genetischen Essentialismus“ auf. Die leibliche Verbindung zum Kind auf Grund von Keimzellen ist im juristischen Diskurs so selbstverständlich, dass nirgends erklärt wird, was genau die „genetische Abstammung“ eigentlich bedeutet und woran hier rechtliche Konsequenzen geknüpft werden sollen. Dabei bleibt ausgeblendet, dass die naturwissenschaftliche Forschung längst weiter und das Mendel'sche Genverständnis schon seit mehr als einem halben Jahrhundert widerlegt ist. Mit den Worten von *Schmidt*, die 2014 ein Buch mit dem Titel „Was sind Gene nicht?“ veröffentlicht hat:

„Der genetische Essentialismus hinterlässt [...] eine explanatorische Lücke. Diese wird aber erst sichtbar, wenn man das Konzept des Gens nicht – wie es häufig im alltäglichen Sprachgebrauch zu beobachten ist – als bloßen Platzhalter für die vage Vorstellung einer unsichtbaren identitätsdeterminierenden Essenz versteht, sondern nach der tatsächlichen Natur und Funktion des genetischen Materials fragt. Je genauer wir die biologischen Prozesse betrachten, desto weniger ähnelt die DNA der gesuchten biologischen Essenz – und desto zweifelhafter erscheint die vermeintlich hilfreiche Rolle, die genessentialistische Konzepte in unserer Interpretation dieser Phänomene spielen können.“⁵⁹⁶

Wenn das Bundesverfassungsgericht und Literaturstimmen meinen, dass die genetische Verbindung eine besondere Sicherheit der statusrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung ermögliche, offenbart dies nicht nur ein verkürztes Verständnis vom Statusprinzip, sondern auch von der leiblichen Abstammung selbst. Die genetische Verbindung ist naturwissenschaftlich betrachtet nämlich keine stabile Entität (mehr), sondern kann besser als unvor-

⁵⁹⁶ *Schmidt* (2014) Was sind Gene nicht?, S. 305.

hersehbarer Prozess verstanden werden. Die genetische Entwicklung eines Menschen ist nicht feststehend, sondern maßgeblich beeinflusst von Umweltfaktoren und Zufällen.

aa) Kurzer Abriss zur Entwicklung von Genverständnissen

Das Alltagsverständnis von Genen fußt bis heute auf den sogenannten Mendel'schen Gesetzen der Vererbung. *Mendel* hatte 1865/1866 Erbsenpflanzen beobachtet und dabei Häufigkeiten von bestimmten phänotypischen Merkmalen genauer analysiert. Diese Beobachtungen von Mendel erscheinen vielen bis heute als eingängig und plausibel und werden ohne Zwischenschritt von Erbsenpflanzen auf Menschen übertragen. Mit den Worten von *Fausto-Sterling*:

„Mendel beschrieb etwas bei Erbsen, mit dem wir beim Menschen alle vertraut sind. Brünette Eltern haben vielleicht nur brünette Kinder, aber deren Kinder bekommen manchmal blonde Sprößlinge.“⁵⁹⁷

Die Erbsenpflanzenbeobachtungen von *Mendel* hatten zu seinen Lebzeiten keine große Aufmerksamkeit erfahren. Erst vierzig Jahre später gelangten sie zu Berühmtheit, weil drei Forscher unabhängig voneinander die Arbeiten von *Mendel* wiederentdeckt hatten und mit ihnen die Genetik als Wissenschaft begründeten.⁵⁹⁸ Diese frühen Genetiker wollten unter dem Gen bestimmte Faktoren verstehen, die zu gewissen Merkmalen führten. Diese ursprüngliche Begriffsbedeutung hat sich jedoch in der Folgezeit stark verändert und Gene wurden mit unterschiedlichen Bedeutungsinhalten aufgeladen. Im Jahr 1953 kam es zu einem entscheidenden Wendepunkt in der Forschung: Mit „der Aufdeckung der Struktur der Doppelhelix wurde nahegelegt, dass Gene möglicherweise so etwas sind wie molekulare Informationsspeicher“.⁵⁹⁹ Damit ist die Entwicklung aber noch nicht zu Ende. Das menschliche Genom ist inzwischen vollständig entschlüsselt. Anhand von DNA-Tests lässt sich weitgehend sicher⁶⁰⁰ ermitteln, ob bestimmte

597 *Fausto-Sterling* (1988) *Gefangene des Geschlechts?*, S. 95.

598 *Keller* (2001) *Das Jahrhundert des Gens*, S. II mwN.

599 Zitiert in *Lange*, *Forschung* aktuell v. 8.2.2015. Ausführlich dazu *Keller* (2001) *Das Jahrhundert des Gens*, S. 39 ff.

600 Unsicherheiten bleiben im Fall von eineiigen Zwillingen, vgl. BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 18.8.2010 – 1 BvR 811/09 *Vaterschaftsfeststellung bei eineiigen Zwillingen*, BVerfGK 17, 492.

Personen genetisch miteinander verwandt sind. Diese Technik ist heute so weit entwickelt, dass die genetische Verwandtschaft zwischen Menschen auch über Generationen hinweg festgestellt werden kann.⁶⁰¹ Das Geheimnis des Lebens ist jedoch immer noch nicht gelüftet. Stattdessen sind die Dinge komplizierter geworden und gilt das „klassisch-molekulare Genkonzept“⁶⁰² in der Genforschung inzwischen als veraltet und widerlegt.

Wie kompliziert die Dinge wirklich sind, offenbart sich, wenn man sich die Beschreibung von Genen in naturwissenschaftlichen Publikationen anschaut. So hat *Fausto-Sterling* in Anlehnung an *Stebbins* die folgende Arbeitsdefinition für Gene vorgeschlagen:

„Die biologischen Erbanlagen werden mit Hilfe molekularer Matrizen weitergegeben, die aus Nukleinsäuren bestehen, die sich mit Hilfe von Enzymen selbst kopieren. Diese Matrizen enthalten den Code [...] für die Synthese spezifischer Proteine, der größten Kategorie von Arbeitsmolekülen des Körpers.“⁶⁰³

In dieser Beschreibung wird deutlich, dass Gene eine komplizierte Angelegenheit beschreiben und mit simplistischen Vorstellungen über Gene als Träger von persönlichkeitsrelevanten Merkmalen nur wenig zu tun zu haben. *Schmidt* plädiert deshalb dafür, essentialistische Gen-Verständnisse „in den Giftschränk wissenschaftlich überholter philosophischer Konzepte“ zu verbannen.⁶⁰⁴ Stattdessen favorisiert sie eine „neue Ontologie des Gens jenseits des genetischen Essentialismus“⁶⁰⁵, denn „Gene sind keine dauerhaften materiellen Entitäten, sondern temporär existierende Prozesse.“⁶⁰⁶

bb) Verarbeitungsstau im Recht

Naturwissenschaftlich ist die „genetische Ära“ jedenfalls seit dem Ende des 20. Jahrhunderts vorbei.⁶⁰⁷ Seither haben nach der Kulturwissenschaftlerin *Bock von Wülfinen* die Epigenetik und die Systembiologie „mehr Verwir-

601 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 289.

602 *Schmidt* (2014) Was sind Gene nicht?, S. 7 et passim.

603 *Fausto-Sterling* (1988) Gefangene des Geschlechts?, S. 97 mwN.

604 *Schmidt* (2014) Was sind Gene nicht?, S. 9.

605 *Schmidt* (2014) Was sind Gene nicht?, S. 11.

606 Ebd.

607 *Keller* (2001) Das Jahrhundert des Gens.

rung in die Erbsubstanz gebracht“.⁶⁰⁸ Auch die Familienrechtswissenschaft ist sich dahingehend einig, dass die genetische Determination nicht alles entscheidet, sondern auch Umwelteinflüsse und der soziale Kontext des Aufwachsens relevant für die Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes seien. Insofern referiert *Sanders* auf einen Diskurs – „nature or nurture“ – und schreibt, dass „man die Einflüsse der Umwelt und die genetischen Anlagen eines Menschen nicht isoliert betrachten“ könne; „die relative Bedeutung beider Faktoren“ sei vielmehr „schwer zu ermitteln.“⁶⁰⁹ Auch *Reuß* führt aus, dass Gene „freilich nicht der einzige Einflussfaktor auf die Individualität einer Person, ihr tatsächliches Aussehen und ihre tatsächlichen Eigenschaften“ seien. „Auch weitere Einflüsse, wie etwa Umwelteinflüsse oder das persönliche Verhalten eines Individuums [...] spielen hierbei eine entscheidende Rolle.“⁶¹⁰ Gleichwohl ist diese Erkenntnis für das Abstammungsrecht noch nicht verarbeitet, wenn die genetische Verbindung für das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2024 eine Grundrechtsträgerschaft im Elternrecht begründen soll.

cc) Postgenomische Zeiten und ihre Bedeutung für das Abstammungsrecht

Keller prognostizierte schon 2001 eine „postgenomische Zeit“ und einen „Teilchenzoo“ mit unzähligen Elementen, „welche sich einer Klassifikation in die traditionellen Kategorien des Belebten und Unbelebten widersetzen.“⁶¹¹ *Schmidt* schlägt vor, von Genen (als Verb) zu sprechen, um die stetige Veränderbarkeit, eben die Prozesshaftigkeit von Natur deutlich zu machen:

„Gene-als-Prozess sind in hohem Maße variabel, und ihre strukturellen und funktionalen Komponenten können in Abhängigkeit vom Kontext und vom konkreten Verlauf des genetischen Prozesses ebenso deutlich variieren.“⁶¹²

Was folgt daraus für die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung? Die leibliche Abstammung ist jedenfalls nicht das, wofür sie im Familienrecht gehalten wird. Es gibt keine statisch feststehende Genverbindung zwischen Menschen, sondern die genetische Zusammensetzung eines Menschen ist

608 *Bock von Wülfigen* (2021) *Die Familie unter dem Mikroskop*, S. 14.

609 *Sanders* (2018) *Mehrelternschaft*, S. 289 mwN.

610 *Reuß* (2018) *Theorie eines Elternschaftsrechts*, S. 96 mwN.

611 *Keller* (2001) *Das Jahrhundert des Gens*, S. 22.

612 *Schmidt* (2014) *Was sind Gene nicht?*, S. 318.

höchst individuell sowie ein fortdauernder und unvorhersehbarer Prozess, der nicht losgelöst von äußeren Einflüssen stattfindet. Insofern ist fraglich, ob „die Gene“ überhaupt ein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Statusposition im Recht sein können. Sicherlich kann man die genetische Verbindung nachweisen. Der Nachweis hat jedoch – bis auf die Tatsache der genetischen Verbindung selbst – kaum Aussagekraft.

b) Welche Bedeutung hat das Wissen über die eigene Abstammung?

Gleichwohl wird heutzutage in abstammungsrechtlichen Diskursen kaum mehr in Frage gestellt, dass die Kenntnis um die genetische Abstammung von zentraler Bedeutung für die eigene Persönlichkeitsentwicklung sein könne. Doch worauf stützt sich diese Annahme, wenn die Genforschung dazu eher keinen Anlass gibt?

aa) Kontextualisierung von Erkenntnisquellen: Adoptionsforschung

Das Bundesverfassungsgericht ist für sein Urteil aus dem Jahr 1989 vielfach kritisiert worden, unter anderem, weil es die Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung nicht mit wissenschaftlichen Erkenntnissen belegt habe.⁶¹³ In der Tat weist das Urteil in dieser Hinsicht keine sachverständigen Quellen aus.⁶¹⁴ Aus anderer Quelle ergibt sich jedoch, dass der damalige Berichterstatter im Ersten Senat von der Soziologin *Christa Hoffmann-Riem* beraten war. *Hoffmann-Riem* hatte Anfang der 1980er Jahre eine umfassende Studie zur Entwicklung von adoptierten Kindern vorgelegt. Sie war eine der ersten ihres Faches, die sich mit „fragmentierter Elternschaft“⁶¹⁵ befasste und die erforschte, wie sich reproduktionsmedizinische Entwicklungen auf das Familienleben auswirkten. Die Herausgeber*innen

613 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 384 mwN; *Giesen* Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 364, S. 364.

614 Zu der Vorlage hatten das Bundesjustizministerium, die bayrische Staatsregierung, der Deutsche Richterbund, die Evangelische Kirche in Deutschland, die Deutsche Bischofskonferenz, der Deutsche Kinderschutzbund, die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht, der Deutsche Juristinnenbund, der Deutsche Anwaltsverein und der Deutsche Familiengerichtstag Stellung genommen, vgl. BVerfG Ur. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 259 ff.

615 *Hoffmann-Riem* (1994) Fragmentierte Elternschaft: technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung [1988], S. 1 ff.

ihres Nachlasswerkes berichten, wie sie am ersten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Kenntnisrecht beteiligt war:

„Von Interesse ist in diesem Zusammenhang, daß der Berichterstatter während des Verfahrens mit Christa Hoffmann-Riem Kontakt aufgenommen und sich über den Inhalt ihrer Forschungen informiert hatte, um zu erfahren, welche Konsequenzen sich aus den Erkenntnissen ihrer Adoptionsforschung für den hier zu verhandelnden Gegenstand ergaben. Als der Richter das Gespräch mit ihr suchte, war ihm klar, daß wichtige Erkenntnisse ihrer Untersuchung weit über den Rahmen der Adoption hinausgingen [...] Wie sich in diesem Fall Christa Hoffmann-Riems soziologische Einsichten in der Begründung des Urteils niederschlagen, wird in folgendem Abschnitt erkennbar (BVerfGE 79, 268 f.), auch wenn (dem Duktus solcher Begründungen entsprechend) nicht explizit auf sie Bezug genommen wird – ein Beispiel für eine unauffällige und zugleich wirksame soziologische Beratung“.⁶¹⁶

Die überragende persönlichkeitsrechtliche Bedeutung, die der Erste Senat in seinem Urteil von 1989 dem Kenntnisrecht zuschrieb, stimmte überein mit den wissenschaftlichen Erkenntnissen von *Hoffmann-Riem*. Das Problem dabei ist, dass die Forschung von *Hoffmann-Riem* und die Rechtsfrage des Bundesverfassungsgerichts völlig unterschiedliche Kontexte und Fragestellungen betrafen. Für das Bundesverfassungsgericht ging es weder um ein Adoptivkind noch um ein Kind, das mittels heterologer Samenspende entstanden war. Es ging nicht einmal um ein Kind, das seine leibliche Herkunft klären wollte, denn die Antragstellerin kannte ihre leiblichen Eltern und wollte lediglich die rechtliche Vaterschaft in ihrer Geburtsurkunde korrigieren.

Bis heute werden Erkenntnisse über die Bedeutung des Wissens um die eigene Abstammung vor allem auf Forschungen zu adoptierten Personen gestützt.⁶¹⁷ Insbesondere in der Phase der Adoleszenz seien bei ihnen Fragen nach der eigenen Herkunft virulent und bestehe ein besonderes „genealogisches Interesse“.⁶¹⁸ Die Auseinandersetzung mit den eigenen Wurzeln und das Empfinden, sich nicht mit den sozialen Eltern identifizieren zu können, gehören jedoch auch für nicht-adoptierte Kinder zu genuinen

616 Pieper/Riemann (1994) Einleitung, S. 18.

617 Kindler/Walper/Lux u.a. Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 931 mwN.

618 Meyer (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 68 mwN.

Pubertätserfahrungen.⁶¹⁹ Zahlen darüber, wie viele der adoptierten Kinder sich auf die Suche nach ihren leiblichen Eltern begeben, schwanken zwischen sieben und 45 Prozent.⁶²⁰ Damit ist kaum eine Aussagekraft verbunden. In den meisten Fällen bezog sich das Interesse des Kindes auf Kenntnis der Mutter: Adoptierte Personen wollten wissen, warum die Mutter sich entschieden hatte, sie wegzugeben.⁶²¹ Für diejenigen, die ihre leiblichen Eltern tatsächlich kennenlernten, reduzierte sich die Erfahrung „auf die gemeinsame biogenetische Substanz“.⁶²² In den meisten Fällen seien nicht mehr als ein bis zwei Treffen zustande gekommen.⁶²³ Gleichzeitig beschrieben die Proband*innen das Gefühl, sich durch die Begegnung selbst gefunden und eine Sicherheit darüber, wer sie sind, erlangt zu haben. Etwas in ihnen sei zur Ruhe gekommen. Ab dem Zeitpunkt des Kennenlernens sei das Interesse an den genetischen Eltern dann aber auch gesättigt gewesen, so dass wieder eine Zuwendung zur sozialen Familie stattfand.⁶²⁴

Diese Forschungsergebnisse sind vor dem Hintergrund zu würdigen, dass bis in die 2000er Jahre Adoptionsfamilien empfohlen wurde, die Herkunft des Kindes zu verschweigen. Inzwischen geht die Empfehlung in eine andere Richtung und werden sogenannte offene Adoptionen bevorzugt. *Kindler et al.* verweisen in diesem Zusammenhang aber darauf,

„dass die Kenntnis der eigenen Abstammung zwar prinzipiell, aber nicht unter allen Umständen kindeswohl dienlich ist, da die Wirkung von Informationen über die eigene Abstammung von deren Einbettung in einen Interpretationskontext abhängig ist [...]“.⁶²⁵

Die Kenntnis allein ist also auch für adoptierte Personen keine Garantie für eine gelingende Identitätsentwicklung. Insofern kann die Schlussfolgerung für das Recht nicht absolut sein; sowohl die Spezifik des Adoptionskontextes als auch die komplexe Erkenntnissituation relativieren die überragende

619 Meyer (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 68.

620 Helms (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 167 mwN.

621 Helms (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 184.

622 Meyer (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 69.

623 Helms (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 167.

624 Meyer (2005) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, S. 70.

625 *Kindler/Walper/Lux u.a.* Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 931 mwN.

Bedeutung, die der Kenntnis der Abstammung im rechtlichen Diskurs insgesamt zugeschrieben wird.

bb) Kaum Erkenntnisse über Spende- und Waisenkinder

Auf Kinder, die im Rahmen reproduktionsmedizinischer Behandlungen unter Verwendung einer Samen- oder Eizellspende gezeugt wurden, lassen sich die Erkenntnisse zu Adoptivkindern nicht ohne Weiteres übertragen.⁶²⁶ Anders als Adoptierte haben Kinder, die mittels Keimzellspende gezeugt wurden, rechtlich gesehen „immer schon diese und nur diese Eltern gehabt.“⁶²⁷ Das Kind, das mittels Samenspende entstanden ist, kennt in der Regel die Mutter, die in den meisten Fällen auch genetisch mit ihm verwandt ist. Insofern ist ihm hinsichtlich seiner genetischen Abstammung ein ebenso großer Teil bekannt wie unbekannt. Wenn die genetische Verbindung für die Abstammung und damit für das Persönlichkeitsrecht relevant sein soll, ist mit der vorhandenen Kenntnis der Mutter die Nichtkenntnis der spendenden Person als weniger schwerwiegend zu werten, als wenn beide genetischen Eltern unbekannt sind, wie es bei Adoptierten der Fall ist. Anders als Adoptierte oder anonym Geborene wachsen Spendekinder nicht in der Ungewissheit darüber auf, warum sich ihre leiblichen Mütter dafür entschieden haben, sie wegzugeben. Weder ist eine persönlichkeitsbeeinträchtigende Ausgangslage der Abweisung gegeben noch stehen drängende Fragen nach dem Herkunftskontext im Raum. Spendekinder wachsen vielmehr in dem Wissen auf, dass sie gewollt waren. *Kindler et al.* weisen darauf hin, dass bislang kaum Kenntnisse darüber vorhanden sind, welche Informationen für Spendekinder „als identitätsrelevant anzusehen“ seien.⁶²⁸

626 *Helms* (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 184.

627 *Frank* Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?, *FamRZ* 1988, 113, S. 117; *Helms* (1999) Die Feststellung der biologischen Abstammung, S. 184.

628 „Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Forschung bislang weitgehend auf die Frage konzentriert, ob bzw. unter welchen Umständen und wie Kinder, die mithilfe einer Keimzellspende gezeugt wurden, über die besonderen Umstände ihrer Zeugung aufgeklärt werden sollten. Die Art und Weise, wie Kinder solche Informationen verstehen, was ‚Kenntnis der eigenen Abstammung‘ für Betroffene bedeutet und welche Informationen als identitätsrelevant anzusehen sind und entsprechend verfügbar gemacht werden sollten, wird derzeit in Expertenzirkeln noch kaum bzw. ohne empirische Grundlage diskutiert.“ *Kindler/Walper/Lux u.a.* Kennt-

Neben Adoptiv- und Spendekindern gibt es eine große Anzahl von Kindern, die aus anderen Gründen ohne Kenntnis ihrer leiblichen Eltern oder eines leiblichen Elternteils aufwachsen. Auch hierzu gibt es kaum differenzierte Forschung.⁶²⁹ Für Kinder, die auf Grund der Trennung ihrer Eltern den Kontakt zu einem leiblichen Elternteil verloren haben⁶³⁰ oder die nie Kontakt hatten (etwa, weil der Elternteil verstorben ist), lassen sich bislang keine Hinweise finden, dass die Kenntnis der genetischen Abstammung von besonderer Relevanz für die eigene Persönlichkeitsbildung ist.⁶³¹ Jedoch gilt insgesamt,

„dass sich Aussagen darüber, was Betroffene mit unsicherem oder lückenhaftem Wissen unter einer Kenntnis ihrer Abstammung verstehen und wie sich solche Informationen oder ihr Fehlen auswirken, jenseits der Fallgruppen von Adoptivkindern und Kindern, die mittels Keimzellspende gezeugt wurden, sozialwissenschaftlich noch auf sehr dünnem Eis bewegen.“⁶³²

Damit zeigt sich, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2016 richtig lag, die Kenntnis der Abstammung als grundrechtliches Schwergewicht zu relativieren.

cc) Kein zwingender Konnex von Genen und Persönlichkeitsentwicklung

Der Mediziner *Hassenstein* führte schon 1988 in einem Beitrag für die FamRZ aus, dass ein Recht auf Kenntnis der Abstammung eine „unerfüllbare Illusion“ vermittele; es verspreche eine genetisch-basierte Antwort auf Fragen der eigenen Identität.⁶³³ Die genetische Vererbung von Eltern zu

nis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 933.

629 *Kindler/Walper/Lux u.a.* Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 933 mwN.

630 Weit überwiegend handelt es sich dabei um den Vater, vgl. *Walper/Wendt* (2011) Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz, S. 225 mwN.

631 *Walper/Wendt* (2011) Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz, S. 225 ff. Die Autorinnen verweisen allerdings auf eine nur geringe Zahl von Forschungen zu dem Thema.

632 *Kindler/Walper/Lux u.a.* Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 934.

633 *Hassenstein* Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, FamRZ 1988, 120, S. 123.

Kindern sei jedoch vor allem ein Spiel mit unbekannten Variablen. So sei weder vorhersehbar, von welchem Elternteil welche Erbanlagen vermittelt, noch, in welchem Verhältnis sich die Erbanlagen jeweils durchsetzen würden. Es könnten auch neue genetische Eigenschaften entstehen. Selbst wenn „einzelne Eigenschaften von Mutter- oder Vaterseite (gelegentlich auch von den Großeltern) ‚durchschlagen‘ und das Erscheinungsbild von Kindern mitbestimmen“, sei „die Brücke der Vererbung nur ein [...] lockerer und im einzelnen unentzifferbarer Zusammenhang“. Aus dem Erscheinungsbild der Eltern könne ein Kind jedenfalls „keine in irgendeiner Form zuverlässigen Rückschlüsse auf seine eigenen im Erbgut verankerten Wesensanteile ziehen“. ⁶³⁴ *Hassenstein* resümiert:

„Kinder und Eltern sowie Geschwister (außer erbgleichen Zwillingen) können einander zwar in manchen körperlichen und seelisch-geistigen Naturanlagen ähneln, sind aber in vielen Fällen und in vielen ihrer angeborenen Eigenschaften völlig verschieden.“ ⁶³⁵

Als zutreffend bewertet der Autor die Relevanz der Kenntnis für bestimmte vererbte Krankheiten. ⁶³⁶ In einem anderen Zusammenhang beschreibt *Fausto-Sterling* am Beispiel der Sichelzellenmutation jedoch anschaulich, wie begrenzt eine solche Kenntnis über genetische Faktoren ist:

„[W]ährend die Kurzformel zulässig ist, daß die Sichelzellenmutation die Erzeugung eines abnormen Proteins verursacht, ist es falsch zu sagen, daß sie in einem bestimmten Individuum eine bestimmte Störung, beispielsweise ein vergrößertes Herz zur Folge haben wird. Insgesamt gesehen bringen die Gene allein auf der erwachsenen Organisationsebene keine biologischen Phänotypen hervor. Vielmehr trägt sowohl die Entwicklungsgeschichte wie auch die Umweltgeschichte eines Individuums zusammen mit seiner genetischen Gesamtausstattung (allen genetischen Informationen, die in der DNS kodifiziert sind) sowie der Zufall letztlich zum Phänotyp bei.“ ⁶³⁷

Mit anderen Worten: Eine Person mag wissen, dass sie aus den Genen ihrer Vorfahren eine Prädisposition für eine bestimmte vererbte Krankheit hat. Ob und wie genau sich diese Disposition entwickelt, ist aber nicht vorher-

634 *Hassenstein* Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, *FamRZ* 1988, 120, S. 121.

635 Ebd.

636 Ebd.

637 *Fausto-Sterling* (1988) *Gefangene des Geschlechts?*, S. 106 mwN.

sehbar und auch nicht vollständig genetisch determiniert. Vielmehr spielen Umwelteinflüsse und Verhaltensweisen der Person (etwa ihre Ernährung und ihr Lebensstil) eine mitunter größere Rolle.

In Anbetracht solcher Erkenntnisse lässt sich die Behauptung nicht aufrecht erhalten, dass die Kenntnis der leiblichen Abstammung für die Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes zwingend von tragender Bedeutung ist. Die DNA eines Kindes ist entschlüsselbar, jedoch nicht, was daraus folgt. Insofern sind Gene nicht die „kausale Essenz des Individuums“,⁶³⁸ zu der sie im Rahmen des Abstammungsrechts gemacht werden. Wie oben gesehen sind Gene zutreffender als „biologische Prozesse“ zu verstehen.⁶³⁹ Daraus folgt ein Verständnis des Individuums, das nicht auf einen essentialistischen und statischen Kern reduziert, sondern als „dynamisch und wandelbar“ zu sehen ist.⁶⁴⁰ Ein solches veränderbares Persönlichkeitsverständnis entspricht auch den Vorstellungen des Grundgesetzes besser als die Reduzierung eines Menschen auf die Gene seiner Vorfahren.⁶⁴¹

Insofern ist die genetische Abstammung ungeeignet, rechtliche Folgen daran zu knüpfen. Statt einem Mehr an Kenntnis über die genetische Zusammensetzung eines Menschen sollte im Abstammungsrecht eher in Frage gestellt werden, dass Gene hier überhaupt bedeutsam sind. Die Abstammung als rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist ein sehr viel komplexeres Verhältnis. Es lässt sich nicht auf eine genetische Essenz reduzieren und sollte vielmehr stärker auf die Verantwortungsbereitschaft gestützt werden. Das Wissen um die eigene identitätsbezogene Verortung innerhalb von rechtlichen Familien umfasst Umstände der eigenen Entstehung sowie Herkunftsgeschichten und Erfahrungen der Eltern, Großeltern und anderer Verwandter. Genau das kann und soll das Familienrecht als Statusrecht aber nicht gewährleisten. Warum dann Gene familienrechtlich überhaupt als relevant setzen?

3. Indizien gegen leibliche Eltern als natürliche Fürsorgegaranten

Wenn die Gene schon als Anknüpfung für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung fragwürdig sind, ist umso schwerer begründbar, warum daraus eine besondere Intention zur Elternverantwortung folgen könnte. Abgese-

638 Schmidt (2014) Was sind Gene nicht?, S. 311.

639 Ebd. Auch: Voß (2015) Making Sex Revisited, S. 298.

640 Schmidt (2014) Was sind Gene nicht?, S. 306.

641 Schmidt (2014) Was sind Gene nicht?, S. 304.

hen von den abstammungsrechtlichen Thesen, dass leibliche Väter eine besondere Gewähr für die Elternverantwortung bieten würden, gibt es jedoch, so *Willekens*, „keinerlei wissenschaftliche Befunde einer positiven Korrelation zwischen der Fruchtbarkeit und der elterlichen Eignung“.⁶⁴² Davon ging auch der historische Gesetzgeber des BGB aus, der der nur leiblichen Vaterschaft keine Bedeutung beimaß, so lange sie keine eheliche war. Überkommen aus der Entstehungsgeschichte des BGB waren auch die Mütter und Väter des Grundgesetzes der Überzeugung, dass einem nicht ehelich mit der Mutter verbundenen leiblichen Vater kein Elternrecht zukommen sollte. Überhaupt war der Fokus auf die leibliche Abstammung als Anknüpfung für Rechte und Pflichten nach 1945 eher in Verruf geraten. Von der nationalsozialistischen Ideologie, die aus rassistischen Motiven auf die Blutsverwandtschaft fokussierte, wollte man sich gerade mit dem Grundgesetz dezidiert abgrenzen.⁶⁴³ Für das Familienrecht hat *Deichfuß* herausgearbeitet, „daß man sich ganz bewußt von der nationalsozialistischen Abstammungsideologie löste.“⁶⁴⁴ Seit der Einführung des Grundgesetzes ist die leibliche Abstammung als Anknüpfungspunkt für familiäre Rechte und Pflichten zunehmend bedeutsam geworden. Diese Entwicklung hat das Bundesverfassungsgericht zu großen Teilen selbst veranlasst und vorangetrieben. Doch auch aktuelle empirische Befunde und Forschungserkenntnisse weisen darauf hin, dass leibliche Väter bzw. insgesamt leibliche Eltern keineswegs immer willens oder besonders befähigt sind, die Elternverantwortung für ihre Kinder zu übernehmen.

a) Elternliebe als Konstrukt

Historisch gesehen ist die Pflege und Erziehung von Kindern durch die leiblichen Eltern „eine Erfindung der Moderne“. So war es im Europa des 18. Jahrhunderts üblich, Säuglinge in die Fürsorge von Lohnmännern zu geben.⁶⁴⁵ Erst ab einem Alter von etwa vier Jahren kehrten die Kinder zurück zu ihren Eltern, die ihnen bis dahin völlig unbekannte Personen waren. Es konnte auch sein, dass die Kinder verwechselt wurden und zu einer an-

642 *Willekens* Alle Elternschaft ist sozial, RdJB 2016, 130, S. 131.

643 Zu dieser Abgrenzung und zur historischen Entwicklung des Familienrechts nach 1945 auch *Simitis* (1994) Familienrecht.

644 *Deichfuß* (1991) Abstammungsrecht und Biologie, S. 1.

645 *Lorber* (2003 [1995]) Gender-Paradoxien, S. 216 f. mwN; *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 303 mwN.

deren Familie zurückkamen.⁶⁴⁶ Aufgrund der schlechten Bedingungen bei der Ammenpflege kam es zu einer hohen Kindersterblichkeit. „Erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts verdichtet sich die Beziehung zwischen Mutter und Kleinkind“, so beschreibt es *Bernard*.⁶⁴⁷ Der Wandel wird mit einer Schrift von *Rousseau* in Zusammenhang gebracht, der „den eigentlichen Anstoß zur modernen Familie“ gegeben habe, indem er nämlich von der „Beschwerlichkeit des Stillens“ hin zu Freuden und Vorteilen des Stillens philosophierte.⁶⁴⁸ *Bernard* arbeitet heraus, wie diese Bemühung *Rousseaus*, Mütter enger an die Säuglinge zu binden, in unmittelbarem Zusammenhang mit Bevölkerungspolitik und Staat zu sehen ist: „Dem Stillverhalten der Frauen“ komme, so schreibt er,

„eminente politische Bedeutung zu; in der Ablösung der Ammen- durch die Mutterbindung kündigt sich die Ablösung der verkommenen absolutistischen Gesellschaft durch die Republik an.“⁶⁴⁹

Im Allgemeinen Preußischen Landrecht gab es sogar § 67, der die Pflicht der gesunden Mutter zum Stillen ihres eigenen Kindes festschrieb.

Heute wird wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass die neunmonatige Schwangerschaft eine ganz besondere körperliche Verbindung zwischen dem Fötus und der Schwangeren schafft, die von zahlreichen biologischen Prozessen gestützt und begleitet wird.⁶⁵⁰ Durch die Schwangerschaft, so das „natural bonding argument“, entstehe eine einzigartige Verbindung, die bei der Schwangeren den „natürlichen“ Instinkt auslöse, für dieses, ihr Kind zu sorgen und es aufzuziehen.⁶⁵¹ So lasse die Tatsache der Schwangerschaft und Geburt die Annahme zu, dass das Kind bei der

646 Zur Erfindung der Kindheit als eigenständiger Lebensabschnitt *Firestone* (1975) *Frauenbefreiung und sexuelle Revolution*, S. 74 ff.

647 *Bernard* (2014) *Kinder machen*, S. 306.

648 *Lorber* (2003 [1995]) *Gender-Paradoxien*, S. 216 mwN.

649 *Bernard* (2014) *Kinder machen*, S. 306.

650 Dieser natürliche Prozess der Fötusreifung ist allerdings stets auch als Abhängigkeitsverhältnis zu denken, in dem der Fötus auch negativ beeinflusst oder geschädigt werden kann, vgl. *Sanders* (2018) *Mehrelternschaft*, S. 292 f. mwN; *Reuß* (2018) *Theorie eines Elternschaftsrechts*, S. 116 f. Auf das Schädigungspotential dieser Verbindung wird zunehmend hingewiesen – was zu allerlei Kontrollen des schwangeren Körpers und letztlich zur Einschränkung von Autonomie führt. Die strafrechtliche Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs ist der frappierendste Ausdruck davon.

651 Verschiedene Erklärungsansätze dafür diskutiert *Hill* (2017) *What Does It Mean to Be a “Parent”? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights* [1991], S. 70 ff., 394 ff.

Gebärenden gut aufgehoben sei.⁶⁵² Welche Bedeutung die Schwangerschaft aber tatsächlich für das weitere Leben des Kindes und seine Beziehung zur gebärenden Person hat, darüber wird vor allem im Zusammenhang mit der Legalisierung der Leihmutterschaft viel und kontrovers diskutiert.⁶⁵³ *Lorber* beschreibt es so:

„Obwohl die Bindung einer Mutter an ihr hilfloses Neugeborenes evolutionär durchaus sinnvoll ist, hängt es vom sozialen Wert sowohl der Mutter als auch des Kindes ab, ob diese Bindung wirklich entsteht.“⁶⁵⁴

So ist es bis heute keineswegs selbstverständlich, dass sich alle leiblichen Eltern um ihre Kinder kümmern können oder wollen.⁶⁵⁵ Dass die Schwangerschaft und Geburt eine besondere Gewährleistung auch auf die nachgeburtliche Versorgung des Kindes hat, mag naheliegen. Es wäre allerdings voreilig, die Fürsorge-Intention zu naturalisieren. Ganz im Gegenteil gibt es sehr unterschiedliche Erfahrungen. Diese reichen von Frauen, die ihre Mutterschaft nachträglich bereuen,⁶⁵⁶ bis zu Personen, die die Schwangerschaft und Geburt als die erfüllendste Zeit beschreiben und ihre uneingeschränkte Liebe zum Kind genau darauf zurückführen.⁶⁵⁷

b) Der Gender Care Gap

Kindler et al. weisen darauf hin, dass in aller Regel mehrere fürsorgende Personen im Leben eines Kindes vorhanden sind:

„Zu den weitgehenden Konstanten zählt [...] der Umstand, dass sich biologische Mütter in der Regel der Mithilfe weiterer Erwachsener bedienen konnten und mussten, um Kinder großzuziehen. Der Kreis solcher Erwachsener ging über (vermutete) biologische Väter regelmäßig hinaus und umfasste etwa Großeltern, gegebenenfalls spätere Partner

652 *Gutmann* (2016) Mutterschaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung, S. 78; *Reuß* (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 299.

653 *Bernard* (2014) Kinder machen, S. 289 ff.

654 *Lorber* (2003 [1995]) Gender-Paradoxien, S. 217 f.

655 *Lorber* verweist etwa auf Menschen, die in Armut leben und für die die Fürsorge für ihre eigenen Kinder ein Luxus ist, sowie auf Fälle von Kindstötungen oder Vernachlässigung „ungewollter“ Kinder, vgl. *Lorber* (2003 [1995]) Gender-Paradoxien, S. 218 f.

656 Die Diskussion wird unter dem Stichwort „regretting motherhood“ geführt.

657 Vgl. verschiedene Argumentationsstränge bei *Hill* (2017) What Does It Mean to Be a “Parent”? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights [1991], S. 74 [398].

eines Elternteils nach dem Tod des anderen, andere Verwandte oder Mitglieder lokaler Gemeinschaften. Damit wird klargestellt, dass Fürsorge jenseits unmittelbarer biologischer Elternschaft, motiviert unter anderem durch Verwandtschaft, Partnerschaft mit dem biologischen Elternteil und Gruppenaltruismus, zu den festen Bestandteilen menschlicher Gesellschaften zählt. Entsprechend sind gelebte Formen sozialer Elternschaft nicht als Ausnahme, Besonderheit oder neomodische Erfindung anzusehen. Dazu passend zeigen Kinder eine Offenheit für Bindungsprozesse an all diejenigen Erwachsenen, die sich im Alltag um sie kümmern [...].“⁶⁵⁸

Wenn sich bis heute vor allem Mütter um die basalen Aufgaben der Fürsorge wie Windeln wechseln, Brei kochen, Wäsche waschen, Wohnung putzen usw. kümmern, ist das weniger der Natur geschuldet als vielmehr ein Ausdruck von überkommenen Geschlechterrollen.

Der Neunte Familienbericht der Bundesregierung stellte unter Verweis auf zahlreiche Untersuchungen heraus, „dass die Aufteilung der Sorgearbeit zwischen den Geschlechtern weiterhin sehr ungleich ist und Frauen den Löwenanteil übernehmen.“⁶⁵⁹ Obwohl Väter stärker als früher an der Pflege und Erziehung der Kinder beteiligt sind, übernahmen „Frauen mit etwa 70 % im Jahr 2017 weiterhin den größten Teil.“⁶⁶⁰ Der sogenannte Gender Care Gap liegt aktuell bei 44,3 Prozent.⁶⁶¹ Das entspricht in Zeit gerechnet einer Stunde und neunzehn Minuten, die Frauen täglich mehr an unbezahlter Sorgearbeit leisten als Männer. Die aktuelle Zeitverwendungserhebung des Statistischen Bundesamtes zeigt auch, dass *die Art* der Kinderbetreuungsleistung von Vätern und Müttern unterschiedlich ist:

„Wenn Väter sich ihren Kindern widmen, dann vor allem, um sie zu beaufsichtigen, sei es drinnen oder im Freien [...]. Ein weiterer größerer Teil der gemeinsamen Vater-Kind(er)-Zeit wird mit Sport und Spiel verbracht [...]. Bei Müttern macht dagegen die Körperpflege, das Füttern

658 Kindler/Walper/Lux u.a. Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, 929, S. 930 mwN.

659 Bundesregierung (2021) Neunter Familienbericht, S. 384 mwN.

660 Ebd.

661 https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Zeitverwendung/Ergebnisse/_inhalt.html (31.3.2025).

und Anziehen der Kinder den größten Anteil an ihrer Kinderbetreuungszeit aus“.⁶⁶²

Die Annahme, dass leibliche Väter eine erhöhte Bereitschaft hätten, für ihre Kinder zu sorgen, lässt sich auch mit Blick auf getrennt lebende Eltern nicht bestätigen. In Deutschland wachsen gegenwärtig knapp 20 Prozent der Kinder bei einem alleinerziehenden Elternteil auf – in neun von zehn Fällen bei der Mutter.⁶⁶³ Allein die Tatsache, dass überwiegend Frauen Kinder allein erziehen, spricht gegen die Annahme, dass bei allen leiblichen Eltern gleichermaßen eine natürliche erhöhte Bereitschaft vorhanden sei, für ihre Kinder zu sorgen.

Dieser Befund wird mit Blick auf die Unterhaltsverpflichtung des nicht betreuenden Elternteils verstärkt. Eine Studie des Deutschen Jugendinstituts (DJI)⁶⁶⁴ ergab 2021, dass für knapp 20 Prozent der Kinder von Alleinerziehenden gar keine Unterhaltszahlung vereinbart oder gerichtlich festgelegt war. Von den 81 Prozent der Kinder, für die Unterhaltszahlungen vereinbart oder festgelegt waren, erhielten mehr als ein Drittel (37 Prozent) keinen oder nur unvollständigen Unterhalt vom anderen Elternteil. In neun von zehn Fällen waren dies die Väter. Zahlt ein unterhaltsverpflichteter Elternteil nicht, greift das Unterhaltsvorschussgesetz (UVG). Der gesetzliche Unterhaltsanspruch des Kindes geht in dem Fall auf den Staat über, der den nichtzahlenden Elternteil in Regress nehmen kann. Die staatlichen Ausgaben für Unterhaltsvorschuss lagen im Jahr 2021 bei 2,45 Milliarden Euro – Tendenz steigend.⁶⁶⁵ Die Rückgriffsquote liegt in den meisten Bundesländern bei unter 20 Prozent.⁶⁶⁶ Auch diese Zahlen legen nahe, dass es keinen Konnex zwischen leiblicher Elternschaft und der Bereitschaft gibt, für das eigene Kind auch zu sorgen.

662 https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/Zahl-der-Woche/2024/PD24_19_p002.html (31.3.2025).

663 *Statistisches Bundesamt/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung/Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung* (2021) Datenreport 2021, S. 54; vgl. für Zahlen seit 2020 auch Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Tabellen/2-4-Ir-familien.html?nn=209096> (31.3.2025).

664 *Deutsches Jugendinstitut – DJI Alleinerziehendenstudie*, 2021.

665 <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/einnahmen-beim-unterhalt/vorschuss-steigen-deutlich-192658> (31.3.2025).

666 <https://www.daten.bmfsfj.de/resource/blob/134718/a37e4fd24c252dd460298e57cce57cceb3/datei-uv-g-einnahmen-ausgaben-und-rueckgriffsquoten-2016-2023-data.xlsx> (31.3.2025).

c) Keimzellspende und der Wille, keine Elternverantwortung zu tragen

Auch mit Blick auf die Entwicklungen der Reproduktionsmedizin lässt sich keine natürliche Fürsorgebereitschaft der Keimzell-gebenden Personen nachweisen. Vielmehr spricht auch das Verhalten von Keimzellenspende*rinnen deutlich gegen eine kausale Verbindung von Leiblichkeit und Elternverantwortung.

Für Fälle der registrierten Samenspende hat der Gesetzgeber ausgeschlossen, dass der Samenspende*r jemals als rechtlicher Elternteil des Kindes festgestellt werden kann.⁶⁶⁷ In der Gesetzesbegründung ist zu lesen, dass der Spender regelmäßig „keinerlei elterliche Verantwortung übernehmen wollte“.⁶⁶⁸ Es sei vielmehr

„zu erwarten, dass durch die Freistellung [...] auch die Bereitschaft der Samenspende*r gefördert wird, später mit dem Kind in Kontakt zu treten, weil sie keine rechtliche Inanspruchnahme (etwa auf Zahlung von Kindes- oder Betreuungsunterhalt) fürchten müssen.“⁶⁶⁹

Verschiedene internationale Studien legen nahe, dass Keimzellspenden vor allem finanziell, aber auch altruistisch motiviert sind.⁶⁷⁰ Die vorhandenen Studien liefern keine Hinweise darauf, dass die Spende*rinnen Elternverantwortung für die aus ihrer Spende entstehenden Kinder übernehmen wollten. Vielmehr sind für kommerzielle Spende*rinnen die zugesicherte Anonymität und die Sicherheit, nicht zur Verantwortung gezogen zu werden, wichtige Kriterien für ihre Spendebereitschaft.⁶⁷¹

667 Vgl. § 1600d Abs. 4 BGB.

668 BT-Drucks. 18/11291, S. 37.

669 BT-Drucks. 18/11291, S. 35.

670 *Wilkinson* (2016) Gamete donor motives, payment and child welfare, S. 232 et passim; *Scott* (2016) Egg-sharing, motivation and consent, S. 206 et passim; *Wheatley* Danish sperm donors and the ethics of donation and selection, *Med Health Care Philos* 2018, 227, S. 229 f. Die Studie von *van den Broeck et al.* vergleicht wiederum die Ergebnisse internationaler Studien und ermittelt, dass die finanzielle Motivation auch mit der nationalen Herkunft der Spender korreliert, vgl. *van den Broeck/Vandermeeren/Vanderschueren u.a.* A systematic review of sperm donors: demographic characteristics, attitudes, motives and experiences of the process of sperm donation, *Hum Reprod Update* 2013, 37, S. 44 f. mwN.

671 *Graumann* (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 64.

IV. Rekonzeptualisierung: Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung als Status der Fürsorge

Was durch die Verleiblichungstendenzen und androzentrische Irrgänge des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur in eine Schiefelage geraten ist, lässt sich ohne Probleme zurück in seine zweckmäßige Verankerung bringen. Mit Blick auf das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG wird deutlich, dass die Prämisse dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung die umfassend abgesicherte und stabile elterliche Sorge ist. Die Frage, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind, kann mit dem Konnex zur Elternverantwortung aber nur fürsorge-basiert und nicht genetisch beantwortet werden. Mit anderen Worten kann die staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung nicht an die weit vor der Geburt des Kindes liegende Verschmelzung von Keimzellen anknüpfen (das wäre eine quasi eigentumsrechtliche Begründung des Elternrechts), sondern gegenwartsbasiert und zukunftsorientiert an die bereits erbrachte und intendierte Verantwortung und Fürsorge der Eltern.⁶⁷²

Die Fürsorge steht dabei keineswegs konträr zur „Natürlichkeit“ des Elternverantwortungsrechts in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Im Gegenteil ist die Versorgung des Kindes als ein genuin natürliches Erfordernis zu verstehen. Ein Kind, das nicht unmittelbar nach seiner Geburt und dann über viele Jahre alltäglich von fürsorgenden Personen umsorgt wird, könnte alleine nicht überleben. Man muss freilich das Familienrecht und die Verfassung nicht neu schreiben, sondern die Regelungen lediglich unter Fürsorgeaspekten interpretieren. Der Fokus auf Fürsorge statt auf den Geschlechtsverkehr bildet auch das „Zentrum der heute wissenschaftlich gängigen Familiendefinitionen“.⁶⁷³ Die Familienforschung sieht die Pflege und Erziehung als konstitutiven Faktor von Familie an und weist auf die Bedeutung von Fürsorge als Grundpfeiler von familiären Beziehungen hin. Anschaulich macht das das familiensoziologische Konzept des „doing family“ von *Jurczyk et al.* Demnach geht es um

672 In diese Richtung argumentiert auch *Klein* (2019) Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, S. 121 ff.

673 *Possinger* (2019) Familie: Wandel und Persistenz von Geschlecht in der Institution Familie, S. 1287.

„die Praktiken der Herstellung und Gestaltung persönlicher Beziehungen zwischen Generationen [durch] Fürsorge bzw. Care zwischen Familienmitgliedern. Care ist die Klammer und gleichzeitig der Prozess, der persönliche Beziehungen in Familien zusammenhält und Bindungen stiftet, sei es als Erwartung aneinander oder als praktisches Tun.“⁶⁷⁴

Von der Pflege und Erziehung hängt es ab, zu welchem Menschen sich das Kind entwickelt. Sie stehen deshalb im Zentrum des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Jahr 1968 mit seiner „einem Kinde das Leben geben“-Formel die maßgebliche Weichenstellung für das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vorgenommen. Es prägte darin bekanntlich die Annahme, dass der Verfassungsgeber davon ausgegangen sei, „daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.“⁶⁷⁵ Im Verlauf der Rechtsprechungsgeschichte ist diese Formel auf die vorgeburtlichen Beiträge zur Entstehung eines Kindes und die Geschlechtsverkehr-Formel des Bundesverfassungsgerichts verkürzt worden. Die „einem Kinde das Leben geben“-Formel lässt sich jedoch auch anders, nämlich auf nachgeburtliche Fürsorge gerichtet, lesen. Einem Kinde ist das Leben nicht bereits durch den Geschlechtsverkehr seiner Eltern und die Beigabe ihrer Keimzellen gegeben. Es muss sehr viel mehr passieren. Der Fötus muss sich über mehrere Monate entwickeln. Das tut er durch Versorgung im Körper der schwangeren Person. Sodann muss das Kind geboren und ab seiner Geburt über mehrere Jahre kontinuierlich versorgt werden. Ohne die fortwährende körperliche und emotionale Zuwendung durch fürsorgende Personen würde ein Kind sterben.⁶⁷⁶ Die Intention zur Fürsorge und mehr noch die tatsächliche Übernahme der Elternverantwortung ist damit nicht weniger als überlebensnotwendig für das Kind und insofern seine natürliche Existenzbedingung.⁶⁷⁷ Tatsächlich lässt sich daraus die rechtliche Schlussfolgerung ziehen, dass den Personen, die einem Kind auf diese Weise das Leben geben, das Wohl ihres Kindes besonders am Herzen liegt.

674 Jurczyk/Lange/Thiessen (2014) Doing Family als neue Perspektive auf Familie, S. 9 mwN.

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

676 Willekens Alle Elternschaft ist sozial, RdJB 2016, 130, S. 131.

677 Ähnlich: Gutmann (2016) Mutterschaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung, S. 75.

Eine solche Fürsorgebeziehung darf nicht von einem außenstehenden nur leiblichen Elternteil gestört werden, denn die Leiblichkeit allein ist kein Garant dafür, dass das Kind auch versorgt wird. Vielmehr ist auch das kooperative Zusammenwirken der Eltern zu würdigen. Eine zweite notwendige Neujustierung im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung betrifft mithin die Beziehungsebene der Eltern. Die Eltern-Kind-Beziehung ist ein mehrpoliges (Grund-)Rechtsverhältnis. Gerade die Orientierung auf Pflege und Erziehung verweist auf die Elternverantwortung als Gemeinschaftsaufgabe, die stärker als einvernehmlich gelebte Dauerbeziehung zu verstehen ist. Daraus folgt: Nicht der Geschlechtsverkehr, sondern die gemeinsam gewollte und gelebte Fürsorge ist der maßgebliche Anker für das Elternrecht.

D. Gender Trouble im Abstammungsrecht

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

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

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

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

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

I. Der rechtliche Geschlechtseintrag und seine Wirkung im Abstammungsrecht

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

1. Das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Änderungen des rechtlichen Geschlechtseintrags

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

a) Transsexuellengesetz (TSG)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

696 BVerfG Beschl. v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81 *Trans II*, BVerfGE 60, 123; BVerfG Beschl. v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a. *Trans III*, BVerfGE 88, 87; BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 15.8.1996 – 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632 *Trans IV*; BVerfG Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvL 3/03 *Trans V*, BVerfGE 115, 1; BVerfG Beschl. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1/04 u.a. *Trans VI*, BVerfGE 116, 243; BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175.

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

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

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

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

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

b) „Dritte Option“ nach § 45b PStG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

715 Ebd.

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

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

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

719 Ebd.

c) Selbstbestimmungsgesetz – SBGG

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

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

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

720 BT-Drucks. 20/9049.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Rechtsprechung zu queerer Elternschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Keine Mit-Mutterschaft

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

a) Rechtsprechung zur eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter

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

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

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

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

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

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

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

b) Ehefrau der Mutter – Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

740 Ebd.

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

742 Ebd.

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

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

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

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

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

745 Ebd. mwN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

752 Ebd. mwN.

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

754 Ebd. mwN.

755 Ebd.

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

bb) Keine konventions- oder grundrechtlichen Bedenken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vielmehr, so der Senat weiter, habe das Kind

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

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

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

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

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

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

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

764 Ebd.

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

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

aa) Zum Argument der fehlenden Abstammungsvermutung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

771 Greger in Zöller, § 292, Rn. 1.

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

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

bb) Die Ehe als Grundrecht und als Status

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

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

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

(1) Strukturmerkmale des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs

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

774 Ausführlich dazu Mückl (2010) Ehe und Familie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Die Ehe als idealer Rahmen der Elternverantwortung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Die Ehe zweier Frauen – Status ohne Wirkung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) Einheitliche Statusfolgen mit genereller Wirkung

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

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

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

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

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

(b) Ziel des Status: Absicherung

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

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

cc) Trivialisierung des Familiengrundrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dd) Stiefkindadoption – Keine Abhilfe für Grundrechtsbeeinträchtigungen

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

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

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

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

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

(1) Risiken aus Sicht des Kindes

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

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

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

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

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

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

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

(2) Diskriminierungsgefahren im Adoptionsverfahren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Exkurs: Keine Mit-Mutterschaft der Eizellspenderin

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

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

825 AG Köln Beschl. v. 30.5.2014 – 378 III 35/14; AG Köln Beschl. v. 11.9.2014 – 304 F 310/13; OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 ROPA I; OLG Köln Beschl. v. 26.3.2015 – 14 UF 181/14 ROPA II.

826 OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 ROPA I; OLG Köln Beschl. v. 26.3.2015 – 14 UF 181/14 ROPA II.

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

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

2. Vaterschaften im Kontext queerer Familiengründung

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

a) Zwei-Väter-Familie qua kalifornischer Leihmutterschaft

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

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

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

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

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

aa) Verfahrensgang

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2014

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

853 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Fallkonstellation und Verfahrensgang

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

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

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

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

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

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

bb) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs 2013

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

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

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

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

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

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

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

867 Ebd.

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

869 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

876 Ebd.

877 Ebd.

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

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

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

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

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

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

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

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

880 Ebd.

881 Ebd.

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

883 Ebd.

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

aa) Missachtung von gesetzgeberischen Grundentscheidungen

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

(1) Kein Anfechtungsrecht des Samenspenders

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

889 Ebd.

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

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

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

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

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

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

891 §§ 156, 163 StGB.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Verbot der Leihmutterschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

907 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

912 Ebd.

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

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

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

bb) Privilegierte leibliche Vaterschaft im Kontext queerer Elternschaft

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

920 *Löhnig/Preisner* Anfechtung der Vaterschaft durch den Samenspende(r), FamFR 2013, 340, S. 342.

921 Ebd.

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

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

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

Und weiter:

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

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

3. Trans, inter und nichtbinäre Eltern

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„Das deutsche Abstammungsrecht ist – wie die weitaus meisten Rechtsordnungen weltweit – davon geprägt, dass es die Fortpflanzungsfunktionen der Elternteile mit ihrem Geschlecht verknüpft, indem es in § 1591 BGB die Rolle der Gebärenden einer Frau (Mutter) und in § 1592 BGB die Rolle des Erzeugers einem Mann (Vater) zuweist. Hiergegen lassen sich keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken erheben. Insbesondere lässt sich dem Grundgesetz keine Verpflichtung zur Schaffung eines ‚geschlechtsneutralen‘ Abstammungsrechts entnehmen, in dem Vaterschaft und Mutterschaft auf einen rein sozialen Bedeutungsinhalt dekonstruiert und als rechtliche Kategorien aufgegeben werden [...]. Denn letztlich ist die Verknüpfung zwischen Fortpflanzungsfunktion und Geschlecht unbestreitbar biologisch begründet. [...] Statusrechtliche Zuordnungsprobleme [...] können und müssen daher auf der Grundlage des bestehenden geschlechtsspezifischen Abstammungsrechts gelöst werden.“⁹³⁸

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

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

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

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

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

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

Damit entspreche das Abstammungsrecht auch dem verfassungsrechtlichen

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

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

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

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

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

941 Ebd.

942 Ebd.

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

944 Ebd.

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

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

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

aa) Grundrechte des Kindes

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

„Wesentliche, dem Geburtenregister zu entnehmende Informationen zu seiner Abstammung würden dem Kind [...] vorenthalten, wenn das familienrechtliche Statusrecht nicht klarstellen oder nur in einer im Widerspruch zu den biologischen Gegebenheiten stehenden Weise darstellen würde, auf welche Fortpflanzungsfunktion (Geburt oder Zeugung) es die konkrete Eltern-Kind-Zuordnung zurückführen will.“⁹⁵⁰

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

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

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

947 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

952 Ebd.

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

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

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

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

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

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

b) Weitere Rechtsprechung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

964 Ebd., Rn. 16.

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

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

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

c) Kritische Würdigung der Rechtsprechung

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Missachtung der Geschlechtsidentität

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Missachtung des Statusprinzips

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

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

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

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

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

979 Ebd.

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

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

4. Gesamtschau

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

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

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

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

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

a) Uneinheitliche Familienrechtsdogmatik

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Uneinheitliche Bezüge auf Grund- und Menschenrechte

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

aa) Grundrechte des Kindes

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

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

(1) Staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Recht auf Kenntnis der Abstammung

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

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

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

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

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

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

(3) Fehlende Gleichheitsperspektive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Grundrechte der Eltern

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Gleichheitsrechte ausbuchstabiert

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Vergeschlechtlichte Ungleichheiten im Abstammungsrecht

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

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

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

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

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

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

II. Maßstabsbildung für die gleichheitsrechtliche Prüfung des Abstammungsrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Geschlechtsdiskriminierungsverbote

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Schutz von trans, inter und nichtbinären Personen

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

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

Und weiter:

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

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

1026 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Sexuelle Orientierung als Dimension von Geschlecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Abstammung als Diskriminierungsmerkmal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ähnlich auch *Langenfeld*:

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

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

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

3. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

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

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

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

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

1058 Ebd.

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

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

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

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

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

1060 Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 88.

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

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

4. Rechtfertigungsmaßstab

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Der allgemeine Gleichheitssatz verbiete

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

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

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

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

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

1071 Ebd.

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

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

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

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

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

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

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

III. Keine Rechtfertigung mit zwingend biologischen Differenzen

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

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

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

1078 Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 116.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 3 GG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Natur der leiblichen Abstammung

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

a) Historische Zeugungsmythen, die fortwirken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Zeugen und Gebären – Keine komplementären Fortpflanzungsbeiträge

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

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

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

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

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

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

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

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

aa) Schwangerschaft und Geburt als singuläre Fortpflanzungsfunktion

Die Bedeutung von Schwangerschaft und Geburt dürfte naturwissenschaftlich und auch juristisch unbestritten sein. So fasst es beispielhaft *Reuß* zusammen:

„Die Geburtsmutter ist *conditio sine qua non* für die Reifung eines Embryos zu einem vollständigen Menschen, denn sie ernährt diesen, schützt ihn mit diversen ‚Unterstützungssystemen‘ während der Schwangerschaft und bringt den reifen Fetus letztlich auch zur Welt.“¹¹¹⁵

Gleichwohl wird oft übersehen, dass die Abstammung bis zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes die individuelle Leistung einer einzelnen Person ist. Bis zur Geburt finden alle biologischen Prozesse, die schließlich zur

1113 O'Brien (1997) Die Dialektik der Reproduktion, S. 77.

1114 Exemplarisch nur: „Die Abstammung eines Kindes von einem bestimmten Mann kommt bei natürlicher Zeugung dadurch zustande, dass durch den natürlichen Zeugungsakt dieses Mannes das Kind entsteht“, Wanitzek (2002) Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 138. Auch Wellenhofer spricht durchgehend von den Rechten des „Erzeugers“, wenn sie den Samenspende meint, vgl. Wellenhofer (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 44 et passim.

1115 Reuß (2018) Theorie eines Elternschaftsrechts, S. 112, Herv. im Orig.; Sanders (2018) Mehrelternschaft, S. 292 mwN.

Entstehung des Kindes führen, im Körper dieser einen Person statt. Zwingend dafür ist ein bestimmtes Organ, der Uterus. Anders als Keimzellen oder innere und äußere Geschlechtsmerkmale hat „die Gebärmutter“ kein gegengeschlechtliches Äquivalent – sie ist ein „monosexuelles Organ“¹¹¹⁶, das ein Mensch entweder hat oder nicht.¹¹¹⁷

Während zahlreiche Vorgänge rund um das Schwangerwerdenkönnen und die Geburt mittlerweile reproduktionsmedizinisch ersetzbar sind, ist es die Schwangerschaft nicht. Ein Embryo kann bislang nicht in einer künstlichen Umgebung zur Reifung gebracht werden. Damit ist die Schwangerschaft nicht nur ein einzigartiger, sondern ein zwingend körperlicher Vorgang der Abstammung, in der Tat die „conditio sine qua non“.

bb) Die Zeugung

Die Annahme, dass Männer Kinder „zeugen“, ist als natürliche Grundlage der rechtlichen Eltern-Kind-Zuweisung nicht haltbar. Die Zeugung ist anders als die Schwangerschaft kein singulärer Beitrag eines Mannes, sondern stets ein Gemeinschaftsakt. Neben der Person, die die Samenzelle beiträgt, braucht es eine Person, die die Eizelle beiträgt. Im Fall der Zeugung durch Geschlechtsverkehr ist diese Person identisch mit der schwanger werden Person. Die „Zeugung“ als Beitrag zur Entstehung eines Kindes lässt sich somit auf die Beteiligung am Geschlechtsverkehr reduzieren. In Fällen der Samenspende – egal, ob sie im privaten Bereich oder über eine Samenbank erfolgt – beschränkt sich der leibliche Beitrag des Spenders auf den Akt der Selbstbefriedigung. Mit den Worten von *Hofmann*:

„Die Samenabgabe per Masturbation ist der zentrale und reproduktionstechnisch einzige im engeren Sinne aktive körperliche Beitrag, den die Männer im Rahmen der Kinderwunschbehandlung zu leisten haben.“¹¹¹⁸

1116 *Schrupp* weist darauf hin, dass die „geschlechtlich ausdifferenzierten menschlichen Organe üblicherweise komplementär“ seien: „Die Hoden entsprechen den Eierstöcken, der Penis der Klitoris, der Hodensack den Schamlippen und so weiter. Bei all diesen Organen handelt es sich letzten Endes um unterschiedliche Variationen von ein- und derselben Sache, weshalb es auch Übergangs- und Zwischenformen gibt. Einzige Ausnahme ist die Gebärmutter.“ *Schrupp* (2019) *Schwangerwerdenkönnen*, S. 80.

1117 *Schrupp* (2022) *Reproduktive Freiheit*, S. 18; *Schrupp* (2019) *Schwangerwerdenkönnen*, S. 80.

1118 *Hofmann* (2023) *Paare in Kinderwunschbehandlung*, S. 151.

Die eigentliche „Zeugungshandlung“ nehmen in diesem Fall andere Personen vor. Gegenüber dem, was die schwangere und gebärende Person zur Entstehung eines Kindes beiträgt, ist der Zeugungsakt selbst vernachlässigenswert.

c) Natürlich ungleiche Keimzellen

Es ist schon deutlich geworden, dass es einen allein „männlichen“ Zeugungsakt nicht gibt. Vielmehr müssen zwei verschiedene Arten von Keimzellen zusammenkommen, die gemeinhin als Samenzelle und Eizelle bezeichnet werden. Für *Schneider* sind die Keimzellen insofern „halbe“ Substanzen“, als dass sie jeweils „ein entsprechendes ‚Gegenüber‘ brauchen, um zu einem Kind zu werden.“¹¹¹⁹

Die Notwendigkeit, die natürlichen Grundlagen des Abstammungsrechts zu hinterfragen, ergibt sich jedoch noch aus weiteren Aspekten. Nicht nur ist die Samenzelle nie alleine für die Zeugung eines Kindes verantwortlich und kann daher auch keine Vorrangstellung des männlichen Beitrags im Abstammungsrecht begründen. Vielmehr müssen populärwissenschaftliche Annahmen über die Keimzellen auch deshalb korrigiert werden, weil der Blick auf Keimzellen selbst von einem Gender-Bias gekennzeichnet ist.

In den 1980er Jahren untersuchte die Anthropologin *Martin*, wie US-amerikanische Schulbücher die menschliche Fortpflanzung darstellten. Dabei stellte sie fest, dass die Menstruation und Eizellreifung deutlich abwertend beschrieben wurden, während die Samenzelle mit einer Art Siegergeschichte dargestellt wurde.¹¹²⁰ So berichtete *Martin*, wie die Menstruation mit Begriffen wie „chaotisch“ oder „nutzlos“ als tendenziell negativ dargestellt wurde. Insgesamt wurde der weibliche Fortpflanzungsbeitrag als passiv konstruiert, weil alle Eizellen schon von Geburt an vorhanden seien. Nur wenige von ihnen würden zur Reifung kommen und die meisten „verkümmerten“.¹¹²¹ Den Samenerguss beschrieben die von *Martin* untersuchten Lehrbücher hingegen als Zeugungsquelle und als aktiven Beitrag, mit dem Männer stetig frische Keimzellen „produzierten“.¹¹²² Die Aktiv-Passiv-Konstruktion setzte sich beim Befruchtungsvorgang fort. Während die

1119 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42.

1120 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485. Vgl. auch *Ebeling* (2006) Amazonen, Jungfernezeugung, Pseudomännchen und ein feministisches Paradies, S. 84 f.

1121 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 486 f.

1122 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 487.

Eizelle einfach nur passiv da zu sein schien, wurden die Samenzellen als „aggressive kleine Krieger“ dargestellt, die kompetitiv darum wetteiferten, wer das Rennen macht und zuerst in die Eizelle „eindringt“.¹¹²³ Auf die lange historische Tradition dieser „Dichotomie zwischen weiblicher passiver Materie und männlicher formgebender Aktivität“ weist *Vienne* hin.¹¹²⁴ Und diese Dichotomie hält sich bis heute. In einem Vortrag im Jahr 2015 an der University of Cambridge rekapitulierte *Martin*, was sich in den vergangenen knapp 30 Jahren verändert habe.¹¹²⁵ Zwar seien die Wahrnehmung der Bedeutung der Eizelle und die Wertigkeit des weiblichen Reproduktionsbeitrags gestiegen. Geschlechterstereotype Darstellungen seien jedoch weiterhin verbreitet.¹¹²⁶ In einer Untersuchung von YouTube-Videos fand *Nettleton* im selben Jahr die gleichen Stereotype, die *Martin* schon vor über 20 Jahren beschrieben hatte.¹¹²⁷

Jüngere Forschungen deuten jedoch darauf hin, dass nicht der Samenzelle, sondern der Eizelle selbst der zentrale und aktive Part beim Verschmelzungsvorgang zukommt. Nicht das Spermium „macht das Rennen“. Vielmehr hat die Eizelle eine eigene „Türpolitik“¹¹²⁸, bei der hochkomplexe chemische Prozesse darüber entscheiden, ob ein Spermium – und wenn ja, welches – durchgelassen wird. Es geht also nicht um das Recht des stärksten oder schnellsten Spermiums, sondern um biochemische Vorgänge, mittels derer die Eizelle die für sie passende Samenzelle auswählt.¹¹²⁹ Überhaupt ist das gesamte Bild vom aktiven Spermium zu hinterfragen. So

1123 *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 489.

1124 *Vienne* Vom Samentier zur Samenzelle: Die Neudeutung der Zeugung im 19. Jahrhundert, Ber Wiss 2009, 215, S. 222 mwN.

1125 <https://www.youtube.com/watch?v=-3eMD438DSc> (31.3.2025).

1126 Vgl. auch *Lamoreaux* Beyond the Egg and the Sperm?, Science, Technology, & Human Values 2022, 1180; *Almeling* What Biological Stories are Americans Telling About the Egg and the Sperm?, Gender & Society 2023, 750.

1127 *Nettleton* Brave Sperm and Demure Eggs: Fallopian Gender Politics on YouTube, Feminist Formations 2015, 25; *Martin* The Egg and the Sperm, Signs 1991, 485, S. 491. Man muss nicht lange suchen, um für den deutschsprachigen Kontext vergleichbare populärwissenschaftliche Darstellungen über Ei- und Samenzellen zu finden. Eine einfache Google-Bildersuche ergibt unzählige Bilder, in denen die Eizelle nur partiell abgebildet ist und das Spermium im Zentrum steht.

1128 Die Gynäkologin *Mangler* spricht in ihrem Podcast von der Eizelle als „härtester Tür der Welt“, *Mangler* 2021, Biochemie der Befruchtung – so entsteht Leben, Gyn-cast, Folge 36. Die Details der konkreten Naturvorgänge mögen hier entbehrlich sein. Sie würden ohnehin eher mehr Komplexität hervorbringen als vereinfachte Strukturen, an die eine rechtliche Regelung unmittelbar anknüpfen könnte.

1129 *Fitzpatrick/Willis/Devigili u.a.* Chemical signals from eggs facilitate cryptic female choice in humans, Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences 2020.

übernehmen die Gameten wohl nicht einmal den Schwimmvorgang durch den Eileiter selbst. Der Soziologe *Hofmann* beschreibt es wie folgt:

„Zwar wird den Spermien immer noch ein gewisser heroischer Beitrag zuteil, indem sie die im Vergleich immerhin riesige Eizelle befruchten, aber dorthin gelangen sie kaum aus eigenem Antrieb.“¹¹³⁰

In seiner ethnografischen Studie zur Praxis der Kinderwunschbehandlung zitiert *Hofmann* unter anderem einen Reproduktionsmediziner, der darlegt, wie der Eileiter „die Samenzellen mit Druckwellen nach oben“ zieht:

„Früher dachte man, die schwimmen diesen ganzen Weg selbst, heute weiß man, das ist ein aktiver Transportmechanismus der Gebärmutter. Die innere Muskelschicht, die direkt unter der Schleimhaut liegt, ist hormonell gesteuert und pumpt zielgerichtet den Samen ans Ende des Eileiters, wo der Eisprung stattgefunden hat. Also der Eileiter leistet sehr viel.“¹¹³¹

Auf alle diese Erkenntnisse greift die Familienrechtstheorie und -praxis bislang nicht zurück. So bleiben Annahmen über die Natur der Abstammung unhinterfragt und erweisen sich in ihren Grundfesten als falsch.

Es beginnt schon bei der Sprache. Die Begrifflichkeiten, mit denen operiert wird, sind unzutreffend. Darauf weist auch die Publizistin *Schrupp* hin:

„[D]er Begriff ‚Sperma‘ für männliches Ejakulat [ist] biologisch gesehen falsch. ‚Sperma‘ ist das griechische Wort für ‚Abkömmling, Nachkomme, Spross, Keim, Saatgut‘ – und genau darum handelt es sich beim männlichen Ejakulat nicht. Es enthält keinen Samen, kein Sperma, sondern lediglich Keimzellen (wissenschaftlich: ‚Gameten‘), die sich erst noch mit einer anderen, gegengeschlechtlichen Keimzelle vereinigen müssen, damit etwas wachsen kann.“¹¹³²

Die Rede vom männlichen Samen impliziert, dass diese Substanz aus sich heraus fruchtbar sei. Genau das ist aber nicht der Fall. Erst durch die Verschmelzung mit der Eizelle entsteht eine neue Zelle, die Zygote. Durch weitere Prozesse im Eileiter entsteht daraus eine Blastozyste, die sich schließlich in der Gebärmutter Schleimhaut festsetzt und dort zu einem

1130 *Hofmann* (2023) Paare in Kinderwunschbehandlung, S. 132.

1131 Ebd.

1132 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 12 mwN.

Embryo heranwächst. *Schrupp* weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es biologisch präziser wäre, nicht von Samenflüssigkeit, sondern von „Pollen“ zu sprechen. Die Funktion von Sperma entspräche der von Pollen, nämlich „die männlichen Gameten geschützt zu den weiblichen Empfangsorganen zu bringen und so [...] die Befruchtung zu ermöglichen“.¹¹³³

Sprache ist Macht und man kann sich fragen, ob der familienrechtliche Diskurs über Abstammung möglicherweise anders verlaufen würde, wenn nicht vom Samenspender, sondern vom „Pollenverkäufer“ gesprochen würde. Die Gleichsetzung mit einem „biologischen Vater“ dürfte in dem Fall deutlich schwerer fallen.

Wer natürliche Ungleichheiten zwischen den Keimzellen sucht, findet sie – die Keimzellen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Größe und der verfügbaren Anzahl. Die Eizelle hat einen Durchmesser von etwa 0,1 Millimeter. Sie ist mit bloßem Auge sichtbar und die größte Zelle eines menschlichen Organismus. Zehntausendfach kleiner ist die Pollenzelle. Die Eizelle ist eine Rarität. Eine Person mit Uterus ist durchschnittlich rund 25 Jahre fortpflanzungsfähig – gemessen an der durchschnittlichen Lebenserwartung von aktuell 83 Jahren macht die fertile Phase also nicht einmal ein Drittel des Lebens dieser Person aus. Während des fruchtbaren Zeitraums produziert der Körper durchschnittlich 300 bis 500 Eizellen, wobei pro Zyklus jeweils nur eine reift. Mit dem Zyklus und der damit verbundenen Menstruation gehen enorme Strapazen einher, die notwendig sind, um eine Eizelle zur Reifung zu bringen.¹¹³⁴ In dem Zusammenhang stellt *Schneider* fest, dass Eizellen einer „Ökonomie der Knappheit“¹¹³⁵ unterliegen, wobei sich die Knappheit nicht aus den Anlagen, sondern aus dem Reifeprozess ergebe:

„Von Knappheit im eigentlichen Sinne ist nicht auszugehen, der Engpass liegt in der Eizellreifung. Weibliche Föten tragen bis zu 7 Mio. Eizell-Anlagen in ihren Eierstöcken, bei einem neugeborenen Mädchen sind es noch ein bis zwei Millionen, bis zur Pubertät ‚nur‘ noch 250.000. Durchschnittlich reifen 400 Follikel in der reproduktiven Lebensphase einer Frau zu einer Eizelle heran, 99,98% der Follikel schließen nie diese Entwicklung ab.“¹¹³⁶

1133 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 12 mwN.

1134 *O'Brien* (1997) Die Dialektik der Reproduktion, S. 78 ff.

1135 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42.

1136 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 61 mwN.

Hingegen unterliegen Samenzellen nach *Schneider* eher einer „Ökonomie der Verausgabung“; die Ejakulation sei ein „verschwenderischer Akt“.¹¹³⁷ Bei einem einzigen Samenerguss werden 200 bis 400 Millionen Keimzellen freigesetzt.

Obwohl sich eine Gleichheit der Keimzellen unter biologischen Gesichtspunkten somit kaum ernsthaft begründen lässt, gibt es juristische Arbeiten, die meinen, dass das „gravierende quantitative Ungleichgewicht zwischen den Keimzellen beider Geschlechter tatsächlich nicht“ bestünde. So behauptet *Reinke*:

„Auch der weibliche Körper hat in der Grundanlage Millionen Geschlechtszellen. Dieses Reservoir scheint fortlaufend durch embryonale Stammzellen aufgefrischt zu werden. Schon in der natürlichen Konstitution der Zelltypen ist der biologische Unterschied daher kaum auszumachen. Durch die Methoden der modernen Reproduktionsmedizin wird er nahezu vollständig nivelliert. Weibliche Keimzellen sind ebenso sicht- und verfügbar geworden wie männliche. Eine Differenzierung auf zellbiologischer Ebene ist somit nicht zu rechtfertigen, weil ein zellbiologisch relevanter Unterschied zwischen beiden Keimzelltypen nicht besteht.“¹¹³⁸

Die Asymmetrie der Keimzellen kommt jedoch gerade durch die reproduktionsmedizinische Entwicklung noch deutlicher zum Vorschein, denn die Keimzellen unterscheiden sich auch hinsichtlich ihrer Gewinnung. Während es Samenspenden schon seit sehr langer Zeit gibt,¹¹³⁹ können Eizellen erst seit wenigen Jahrzehnten entnommen und implantiert werden. Die Entnahme einer Eizelle ist ein aufwendiger medizinischer Eingriff – manche vergleichen ihn mit einer Nierentransplantation.¹¹⁴⁰ Der Kulturwissenschaftler *Bernard* hat die damit verbundenen körperlichen Strapazen eindrücklich beschrieben:

„In der letzten Woche eines Menstruationszyklus nehmen die Patientinnen ein Medikament ein, das ihre körpereigene Produktion von

1137 *Schneider* (2003) Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen, S. 42 mwN.

1138 *Reinke* (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 109 mwN.

1139 *Katzorke* nimmt Bezug auf Dokumente aus dem 2. und 3. Jahrhundert, *Katzorke* Entstehung und Entwicklung der Spendersamenbehandlung in Deutschland, *Journal of Reproductive Medicine and Endocrinology* 2008, 14, S.14 mwN. Dazu ausführlicher: *Köppen* (2020) Samenspende und Register, S. 5 ff.

1140 *Waldby/Cooper* (2021) Biopolitik der Reproduktion, S. 29 f.

Sexualhormonen unterdrückt. Zu Beginn des neuen spritzen sie sich dann täglich follikelstimulierende Hormone unter die Bauchdecke. Auf natürlichem Wege kommt gewöhnlich nur eine Eizelle pro Zyklus zur Reifung. Infolge der Behandlung können es bis zu vierzig werden, im Durchschnitt etwa ein Dutzend: eine Entwicklung, die der Arzt in dieser Zeit regelmäßig durch Ultraschall-Untersuchungen kontrolliert. Sobald die Follikel die gewünschte Größe und hormonelle Reife haben, zumeist zwischen dem elften und dreizehnten Zyklustag, injiziert sich die Patientin ein eisprungaushörendes Hormon, das die Ovulation auf die Stunde genau berechenbar macht („den Eisprung programmieren“, sagen die Ärzte). Die transvaginale Entnahme der Eizellen schließlich, über einen Ultraschall-Monitor gesteuert, ist mittlerweile ein zehnminütiger Routineeingriff in Vollnarkose. An einem langen Schlauch führt der Arzt eine Nadel in die Eierstöcke ein, durchsticht die Follikel und saugt die Eizellen ab, die in Reagenzgläser geleitet, gezählt und dann in den Brutschrank gegeben werden, in einem Nährmedium, das der Eileiter-Flüssigkeit entsprechen soll. Die Patientin wird vom Arzt nur ein bis zwei Stunden später über den Verlauf des Eingriffs informiert.“¹¹⁴¹

Im Gegensatz dazu ist die Samenspende ein unkomplizierter Vorgang, der keiner ärztlichen Begleitung bedarf.¹¹⁴² Zur Veranschaulichung abermals die Darstellung von *Bernard*, der beschreibt,

„wie flüchtig sich die Tätigkeit für eine Samenbank vollzieht. Die Spender betreten die Praxis, suchen den Masturbationsraum auf, stellen nach einigen Minuten das Gefäß in eine Ablage und verlassen das Gebäude, ohne mit jemand anderem als der Sprechstundenhilfe Kontakt gehabt zu haben. In diesem Gefäß flirren Millionen von Spermatozoen umher, von denen ein einziges viele Monate oder sogar Jahre später zur Befruchtung einer Eizelle führen könnte. Der männliche Anteil an der Entstehung eines Kindes bleibt also vor allem in der Reproduktionsmedizin in hohem Maße vermittelt; die Verwandlung der bloßen Zeugungsstoffe in einen neuen Menschen erleben die Spender nicht mit.“¹¹⁴³

1141 *Bernard* (2014) *Kinder machen*, S. 11 f.

1142 Die private Samenspende unterfällt auch nicht dem Arztvorbehalt des § 9 ESchG. Instruktiv dazu *Siegfried* Notarielle Amtspflichten bei Zeugung im Wege der Bechermethode, FamRZ 2019, 1979.

1143 *Bernard* (2014) *Kinder machen*, S. 266 f.

Gesundheitliche Risiken bestehen für den Spender nicht.¹¹⁴⁴ Ganz anders ist das bei der Eizell-Entnahme, die ein „gesundheitlich belastender und risikoreicher Eingriff am Körper“¹¹⁴⁵ ist.¹¹⁴⁶

d) Zwischenfazit

Gibt es natürliche Unterschiede bei der Abstammung? – Ja. Rechtfertigen sie die gegenwärtige Ausgestaltung des Abstammungsrechts? – Nein. Biologistische Argumente sind als Fundament der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung nur begrenzt tragfähig, denn sie begründen allenfalls die vorrangige Elternschaft der schwangeren und gebärenden Person. Bis zur Geburt gibt es faktisch – natürlich begründet – nur eine Person, die den wesentlichen Beitrag zur Entstehung des Kindes geleistet hat, nämlich die gebärende. Das begründet die Zuweisung der ersten und in dieser Logik dann auch einzigen Elternstelle. Der „Zeugungsakt“ ist zwar der Anfangsmoment. Die Person, die daraus nicht schwanger wird, „zeugt“ das Kind aber nicht alleine, sondern wirkt daran mit. Ein Anspruch auf eine zweite Elternstelle „als Erzeuger“ lässt sich mit der Natur mithin nicht begründen.

Auch eine auf den Keimzellenbeitrag gestützte Zuordnung des zweiten Elternteils ist qua Natur nicht zwingend und für lediglich eine Person auch nicht begründbar. Keimzellen haben stets zwei verschiedene Personen beigetragen. Im Fall der Mitochondrienspende können es auch drei Personen sein. Die zweite Elternstelle wäre mithin, wenn sie mit Naturargumenten begründet und als Keimzellenbeitragsstelle gedacht würde, für mehrere Personen zugänglich zu machen – entweder, indem sie vervielfältigt wird, oder, indem mehrere Personen sie sich teilen. Sollte sie geteilt werden, wäre eine gleichwertige Beteiligung der Person, die die Samenzelle beigetragen hat, biologisch schwerer begründbar, denn die Keimzellen sind nicht gleich in ihren natürlichen Eigenheiten und der Form ihrer Gewinnung.

1144 Nicht nachvollziehbar ist deshalb, wenn *Reinke* behauptet, dass die Spermien regelmäßig „direkt aus dem Hoden des Mannes punktiert“ würden, weshalb „die Eingriffstiefe“ vergleichbar sei, *Reinke* (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 110.

1145 *Graumann* (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 66.

1146 Vgl. zu den medizinischen Risiken u.a. *Graumann* (2016) Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen?, S. 67. Für eine umfassende feministische Kritik an der Eizellspende vgl. *Perler* (2022) Selektioniertes Leben.

3. Natürliche Unordnung von Geschlecht

Der zweite Aspekt zwingender Natürlichkeit im Abstammungsrecht ist für den XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Zweigeschlechtlichkeit. So gibt es Menschen, die gebären können, und andere, die das nicht können. Das rechtfertigt es, einen trans Mann, der ein Kind zur Welt bringt, abstammungsrechtlich als Frau zu behandeln. Der Bundesgerichtshof (und andere) verweisen hier „auf den universellen Status eines biologischen Rohmaterials“.¹¹⁴⁷ Es handelt sich jedoch auch dabei nicht um objektive Natürlichkeiten, sondern um etwas, das die Geschlechterforschung als „Geschlechterwissen“ herausgearbeitet hat. Damit ist

„das Wissen über die vermeintlich natürliche und soziale Geschlechterdifferenz sowie [über] die hierarchisierenden Geschlechterklassifikationen“

gemeint.¹¹⁴⁸ Wie wenig natürlich die Kategorie Geschlecht aber tatsächlich ist, zeigt schon ein nur kurzer Blick auf ihre historische Wandelbarkeit (a).¹¹⁴⁹ Selbst wenn man das Geschlecht auf seine biologischen Aspekte reduzieren wollte, sind auch diese vielfältiger als gemeinhin angenommen (b). Schließlich lässt sich auch die These einer zwingend natürlichen Verknüpfung von Geschlecht und Abstammungsfunktion nicht natürlich belegen (c).

1147 *Gildemeister* (2010) *Doing Gender*, S. 137. *Villa* (2006) *Sexy Bodies*, S. 78.

1148 *Kahlert* (2019) *Geschlechterwissen*, S. 180. *Dölling* beschreibt mit dem Begriff „den biografisch aufgeschichteten, sich aus verschiedenen Wissensformen zusammensetzenden und strukturierten Vorrat an Deutungsmustern und an Fakten- und/oder Zusammenhangs-Wissen, mit dem die Geschlechterdifferenz wahrgenommen, bewertet, legitimiert, begründet bzw. als selbstverständliche, quasi ‚natürliche‘ Tatsache genommen wird. Auf diesen Wissensvorrat greifen die Individuen zurück, wenn sie in konkreten Kontexten und Situationen ‚Geschlecht‘ gemäß den Regeln des zweigeschlechtlichen Klassifizierens ‚strategisch‘ (Bourdieu) einsetzen“; *Dölling* ‚Geschlechter-Wissen‘ – ein nützlicher Begriff für die ‚verstehende‘ Analyse von Vergeschlechtlichungsprozessen?, *Zeitschrift für Frauenforschung & Geschlechterstudien* 2005, 44, S. 49.

1149 Es gibt zu diesen Fragen sehr umfangreiche, inzwischen auch interdisziplinäre Forschungen, auf die hier nur punktuell Bezug genommen werden kann. Vertiefte Diskussionen und Analysen, auch medizinische und biologische Tiefenbohrungen, müssen anderen Arbeiten vorbehalten bleiben. Jedoch sollten die hier vorgestellten Befunde ausreichen, um einige gängige Mythen zu enttarnen und das Natürlichkeitsargument als rechtfertigende Basis gesetzlicher Ungleichheiten zu entkräften.

a) Historisch wandelbarer biologischer Geschlechtsbegriff

Wie die Theorien über die Natur der Zeugung zeigen sich auch Annahmen über das Geschlecht in der historischen Rückschau als hochgradig kontextabhängig und wandelbar.¹¹⁵⁰ Die heute so selbstverständlich und natürlich anmutende Zweiteilung der Menschen in die komplementär gegensätzlichen Geschlechtskategorien „Frau“ und „Mann“ ist keineswegs universal und historisch unverändert. Der Historiker *Laqueur* hat herausgearbeitet, wie über Jahrhunderte das „Ein-Geschlechts-Modell“ vorherrschte und die kategoriale Differenz der Zweigeschlechtlichkeit erst im 18. Jahrhundert aufkam.¹¹⁵¹ Vergleichbare Arbeiten, etwa die der Soziologin *Honegger*, beschreiben, wie sich Geschlechterkonzepte über verschiedene historische Epochen hinweg gewandelt haben.¹¹⁵² Doch haben sich nicht die Körper verändert, sondern die Rechtfertigungsmodelle ihrer Ungleichheit.¹¹⁵³

Was als „natürlich“ galt und gilt, war und ist zudem nicht losgelöst von dem jeweiligen historischen sowie gesellschaftlichen und kulturellen Kontext zu betrachten. Das Geschlechterwissen ist mit alledem vielmehr „in einem unentwirrbaren Ausmaß verbunden.“¹¹⁵⁴ Oder wie die Kultur- und Sozialhistorikerin *Arni* es formuliert:

„Interpretationen dessen, was *facts of nature* seien, sind und waren [...] nie statisch. Vielmehr werden sie in steter Bewegung gehalten, von den sich verändernden epistemologischen, politischen und sozialen Ordnungen, mit denen sie vermittelt sind, zum einen, von den Erkundungen und Eingriffen, deren Objekt sie sind, zum anderen.“¹¹⁵⁵

Insbesondere feministische Wissenschafts-, speziell Naturwissenschaftskritiken,¹¹⁵⁶ haben deutlich gemacht, dass naturwissenschaftliche „Entdeckun-

1150 *Villa* (2006) *Sexy Bodies*, S. 81 ff.; *Wetterer* (2010) *Konstruktion von Geschlecht*.

1151 *Laqueur* (1996) *Auf den Leib geschrieben*. Für eine auch kritische Auseinandersetzung damit vgl. *Voß* (2015) *Making Sex Revisited*, S. 38 ff.

1152 *Honegger* (1991) *Die Ordnung der Geschlechter*. Zum Wandel der Kategorie Geschlecht am Beispiel des medizinischen Verständnisses von Intergeschlechtlichkeit seit der Frühen Neuzeit vgl. *Klöppel* (2015) *XX0XY* ungelöst.

1153 *Lorber* (2003 [1995]) *Gender-Paradoxien*, S. 85.

1154 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft*, S. 27 mwN.

1155 *Arni* (2008) *Reproduktion und Genealogie: Zum Diskurs über die biologische Substanz*, S. 293, Herv. im Orig.

1156 Vgl. nur für den deutschsprachigen Kontext statt vieler *Schmitz/Ebeling* (Hrsg., 2006) *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*; *Fausto-Sterling* (1988)

gen“ keine objektiven Findings darstellen, sondern von einer bestimmten Fragestellung, einem Erwartungshorizont und von jeweils unbewussten Vorannahmen beeinflusst sind.¹¹⁵⁷ Die Biologin und Wissenschaftshistorikerin *Haraway* hat in diesem Zusammenhang den Begriff des „situierten Wissens“ geprägt.¹¹⁵⁸ Die Umstände der Forschung – die mehr sind als die konkrete Forschungssituation – und die Positionalität der Forschenden beeinflussen, welche „Fakten“ daraus hervorgehen. Eindrückliches Beispiel für solch ein situiertes Wissen sind die historischen Zeugungsmythen (s. oben 2. a). Frauen waren bis ins 20. Jahrhundert vom Zugang zu Universitäten ausgeschlossen. Und so bot das Naturgeheimnis der Fortpflanzung männlichen Wissenschaftlern allerlei Projektionsflächen, um kreative Ideen zu verbreiten, die allesamt einen maßgeblich männlichen Schöpfungsakt phantasierten.¹¹⁵⁹ Ein weiteres Beispiel sind „wissenschaftliche“ Thesen über das vermeintliche „Wesen der Frau“ – etwa die des Neurologen *Möbius*, der 1900 eine Abhandlung „Über den psychologischen Schwachsinn des Weibes“ verfasste. Darin befand er:

„Körperlich genommen, ist, abgesehen von den Geschlechtsmerkmalen, das Weib ein Mittelding zwischen Kind und Mann, und geistig ist sie es, wenigstens in vielen Hinsichten, auch.“¹¹⁶⁰

Eine solche „wissenschaftliche“ Erkenntnis war freilich wenig objektiv und auch nicht biologisch nachgewiesen, sondern vielmehr ideologisch begründet.¹¹⁶¹ Auf diese Weise sollten pseudowissenschaftliche Fakten die vermeintlich defizitäre Natur von Frauen belegen und somit rechtfertigen,

Gefangene des Geschlechts?; *Pasero/Gottburgsen* (Hrsg., 2002) Wie natürlich ist Geschlecht?; *Orland/Scheich* (Hrsg., 1995) Das Geschlecht der Natur.

1157 „Natur‘ wurde und wird konstruiert anstatt entdeckt; ihre ‚Wahrheiten‘ werden nicht gefunden, sondern von Wissenschaftlern gemacht.“ *Orland/Rössler* (1995) *Women in Science – Gender and Science*, S. 14. Dazu auch *Wetterer* (2010) *Konstruktion von Geschlecht*, S. 130 f. mwN; *Ebeling/Schmitz/Bauer* (2006) *Tierisch menschlich. Ein ungeliebter Dualismus und seine Wirkungen*, S. 347 ff.

1158 *Haraway* (1995) *Situiertes Wissen* [1988], S. 73 ff.

1159 So hat etwa die Medizinhistorikerin *Lesky* aufgearbeitet, wie antike Forscher versuchten, den Produktionsort von Samen zu verorten – im Gehirn, Rückenmark oder gar im Herzen, vgl. *Lesky* (1950) *Die Zeugungs- und Vererbungslehren der Antike und ihr Nachwirken* sowie die Darstellung von *Vofß* (2015) *Making Sex Revisited*.

1160 Digitalisiert unter: <https://www.projekt-gutenberg.org/moebius/schweib/chap002.html> (31.3.2025).

1161 *Villa* nennt es die „Natur-ist-Schicksal-Ideologie“, *Villa* (2020) *Bodies matter*, S. 146.

dass ihnen das Wahlrecht sowie der Zugang zu Universitäten und politischen Ämtern vorenthalten wurde.¹¹⁶² Die gesellschaftliche und politische Privilegierung von Männern blieb als Norm unmarkiert, wodurch sie nicht in Rechtfertigungsnoté geriet. Es ging also „nicht um biologische Fragen über die Wirkungen von Organen und Hormonen [...], sondern um kulturelle, politische Fragen“.¹¹⁶³

b) Komplexität des „natürlichen“ Geschlechts

Für das Bundesverfassungsgericht ist es seit langem eine

„wissenschaftlich gesicherte Erkenntnis, dass die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Geschlecht nicht allein nach den äußerlichen Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt seiner Geburt bestimmt werden kann, sondern sie wesentlich auch von seiner psychischen Konstitution und selbstempfundenen Geschlechtlichkeit abhängt“.¹¹⁶⁴

Die Soziologin *Villa* hat das Geschlecht in ähnlicher Tendenz als „eine biosoziale Form“ beschrieben, mithin als

„soziale Differenzierung, die, so historisch und kulturell spezifisch, so medial wie praktisch bedingt und so sozial gemacht sie auch ist, darin zugleich eine körperliche, eine somatische, eine biologische Dimension hat.“¹¹⁶⁵

Wenn Geschlecht mithin ein „sowohl – als auch“ ist, wäre zu klären, ob nicht die biologische Komponente eine Eindeutigkeit aufweist, auf die sich das Abstammungsrecht beziehen könnte. In diese Richtung lässt sich etwa der Versuch von *Jestaedt* lesen, das Geschlecht im Sinne der Eltern-Kind-Zuordnung auf das natürliche Geschlecht zu reduzieren:

„Das Grundgesetz setzt als ‚natürlich‘ voraus, dass Eltern eines Kindes dessen Mutter und dessen Vater sind – und zwar *allein* dessen Mutter und dessen Vater. Die Kennzeichnung als ‚Mutter‘ und als ‚Vater‘ bezieht

1162 Vgl. nur *Gerhard* (1990) Unerhört; *Schröder* (1979) Die Frau ist frei geboren. Eindrücklich ist auch die Darstellung der Geschichte des Zugangs von Frauen zu juristischen Berufen von *Röwekamp* Die ersten deutschen Juristinnen, S. 25 ff.

1163 *Laqueur* (1996) Auf den Leib geschrieben, S. 36.

1164 BVerfG Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07 *Trans VIII*, BVerfGE 128, 109, S. 124.

1165 *Villa* (2020) Bodies matter, S. 145.

sich [...] auf die biologische Abstammung, also auf das [...] nicht fungible und änderbare Geschlecht.“¹¹⁶⁶

Auch diese Argumentation geht jedoch nicht auf. Selbst wenn man die Betrachtung des Geschlechts – nur für das Abstammungsrecht – auf biologische Aspekte begrenzen, das Geschlecht also auf rein körperliche Essenzen reduzieren wollte, wäre „die Natur“ vielfältiger und komplexer als gemeinhin angenommen. Auch das hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2017 unter Verweis auf zahlreiche Quellen festgehalten: „Aus medizinischer Sicht wird an einer allein binären Geschlechtskonzeption nicht festgehalten.“¹¹⁶⁷

Nach einem biologisch-medizinischen Geschlechtsverständnis werden gemeinhin „vier miteinander zwar verknüpfte, aber nicht deterministisch-kausal zusammenhängende Ebenen“ angesprochen.¹¹⁶⁸ Das Geschlecht umfasst demnach neben den primären und sekundären Geschlechtsmerkmalen eine hormonelle, chromosomale und gonadale Ebene.¹¹⁶⁹ Die Biologin und Naturwissenschaftsforscherin *Schmitz* weist darauf hin, wie auch hier ein „dualistische[s] Grundprinzip der Zweigeschlechtlichkeit“ zum Tragen kommt:

„Ausgehend von den Chromosomen (XX oder XY) über die Unterscheidung von Ei und Spermium, von weiblichen und männlichen Geschlechtsmerkmalen, von weiblichen und männlichen Geschlechtshormonen bis hin zur Trennung in weibliche und männliche Gehirne wird ein durchgängig binäres, polarisiertes Kategorienschema aufgebaut“.¹¹⁷⁰

Diese dichotomen Naturalisierungen sind jedoch nicht zwingend „natürlich“, sondern abermals das Ergebnis von Forschungsarbeiten, die von einer bestimmten Prämisse ausgehen – zumeist von der, dass Zweigeschlechtlich-

1166 *Jestaedt* (2015) Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz, S. 88.

1167 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 7, Rn. 9 mwN.

1168 *Villa* (2006) *Sexy Bodies*, S. 117 ff. mwN.

1169 *Maurer* (2002) Sexualdimorphismus, Geschlechtskonstruktion und Hirnforschung, S. 70 ff.

1170 *Schmitz* (2006) Entweder — Oder? Zum Umgang mit binären Kategorien, S. 332 mwN.

keit dem Erhalt der Menschheit diene, weil sie Fortpflanzung und eine optimale Weitergabe der Gene ermögliche.¹¹⁷¹

Eine solche bipolare Konstruktion des natürlichen Geschlechts funktioniert nur auf Kosten einer zum Teil auch gewaltvollen¹¹⁷² Ausblendung vielfältiger Erscheinungsformen des – natürlichen, biologischen – Geschlechts. Intergeschlechtliche Menschen haben körperliche Merkmale, die geschlechtlich nicht eindeutig sind; sie können sowohl „männliche“ als auch „weibliche“ Körpereigenschaften aufweisen. Intergeschlechtlichkeit kann unterschiedliche Kombinationen von Chromosomen, Hormonlevels und körperlichen Attributen umfassen.¹¹⁷³ Trans Personen haben vermeintlich eindeutige körperliche Geschlechtsmerkmale, die jedoch nicht mit ihrer Geschlechtsidentität übereinstimmen müssen. Trans und intergeschlechtliche Personen verdeutlichen dadurch mit ihrer Existenz, dass auch das natürliche Geschlecht nicht bipolar und nicht eindeutig sein muss.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass selbst dann, wenn die meisten (nicht alle) Körper anhand bipolarer Geschlechtszuweisungen klassifiziert werden könnten, fraglich bleibt, welche Aussagekraft damit eigentlich verbunden ist. Zumeist sind die Differenzen innerhalb einer als „männlich“ oder „weiblich“ gefassten Geschlechtskategorisierung sehr viel größer als zwischen den binär gedachten Geschlechtern. Diese Erkenntnis ist insbesondere für die Medizin enorm wichtig geworden, seit die Genderforschung systematisch aufdeckt, wie kurzsichtig die Orientierung an einer einzigen, vermeintlich klaren Geschlechterdifferenz ist. Tatsächlich unter-

1171 Dabei wird auch gerne auf das Tierreich als Begründung verwiesen, was unter anderem *Haraway* sowie in jüngerer Zeit *Fine* und *Cooke* anschaulich dargelegt und widerlegt haben, vgl. *Haraway* (1995) Im Streit um die Natur der Primaten [1983], S. 123 ff.; *Fine* (2017) Testosterone Rex; *Cooke* (2023) Bitch. Ein revolutionärer Blick auf Sex, Evolution und die Macht des Weiblichen im Tierreich.

1172 Inter Personen wurden bis in die jüngste Zeit entwürdigenden Operationen unterzogen. So hat u.a. *Plett* darauf aufmerksam gemacht, „was seit den 1950er Jahren mit intersexuell Geborenen geschieht. Ihr zweideutiges Geschlecht wird mittels Skalpells und Medikamenten eindeutig gemacht – durch Operationen bereits im Säuglingsalter, denen meistens weitere Operationen im Kindes- und Jugendlichenalter folgen müssen [...], und durch lebenslänglich verordnete medikamentöse Behandlung, um die dem zugewiesenen Geschlecht entsprechenden Hormone dem Körper zuzuführen, die dieser nicht selbst zu bilden vermag. Auf diese Weise trägt die Medizin zur Durchsetzung einer exklusiven Zweigeschlechtlichkeit bürgerlicher Gesellschaften bei – exklusiv in dem Sinne, dass jeder Mensch als männlich oder weiblich registriert wird und diese Eigenschaft grundsätzlich von Geburt bis zum Tod behält“; *Plett* (2003) Intersexuelle — gefangen zwischen Recht und Medizin, S. 22 mwN.

1173 *Klöppel* (2015) XX0XY ungelöst.

scheiden sich Menschen nach Körperbau, Körpergröße, Fettverteilung, Bartwuchs, Brustgröße und Stimmlage sowie in vielen weiteren Merkmalen, ohne dass „das Geschlecht“ die markante Differenzierungslinie wäre. So fasst die Biologin und Kulturwissenschaftlerin *Palm* zusammen:

„Inhaltlich stimmen die meisten kritischen Biolog_innen darin überein, dass eine sexismusfreie Biologie Geschlechtskörper weniger in einer kategorialen binären Differenz, sondern in ihren vielfältigen individuellen Variationen bzw. einem Kontinuum von Körperausprägungen beschreiben sollte, die quer zu bisherigen dichotomen Festlegungen durch vielfältige temporäre Ähnlichkeiten von Merkmalsausprägungen immer wieder neue biologische Gruppenbildungen ermöglichen bzw. zerstören.“¹¹⁷⁴

Hinzukommt, worauf *Mangold*, *Markwald* und *Röhner* hingewiesen haben:

„Es besteht keine wissenschaftliche Einigkeit darüber, wie Geschlecht entsteht und was die bestimmenden Faktoren und Prozesse sind, vielmehr finden Studien immer neue zu berücksichtigende Aspekte.“¹¹⁷⁵

In ihrem Rechtsgutachten kommen sie zu dem Schluss, dass medizinische Erkenntnisse „kein stabiles Fundament“ bieten, „auf dem die Rechtsordnung einfach aufbauen und auf welches sie ohne Weiteres zurückgreifen kann.“¹¹⁷⁶ Das Geschlecht erweist sich auch in seiner vermeintlich eindeutig „natürlichen“ körperlichen Kategorisierung als komplex und lässt sich nicht bipolar, sondern besser als Kontinuum bzw. als „Spektrum“¹¹⁷⁷ verstehen.

1174 *Palm* (2019) Biologie: materielle Dimensionen von Geschlecht in biologisch-kritischer Perspektive, S. 731.

1175 Mit Verweis auf das zelluläre Geschlecht *Mangold/Markwald/Röhner* (2019) Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, S. 4.

1176 Ebd.

1177 *Mangold/Markwald/Röhner* (2019) Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, S. 5. *Lembke* beschreibt das biologische Geschlecht als „multifaktoriell, divers und prozesshaft“, *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 97.

c) Keine natürliche Verschränkung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion

Auch die Fortpflanzungsfunktion ist kein geeignetes Kriterium, um Menschen rechtlich in eine von zwei dichotomen Geschlechtskategorien einzuordnen.

Es beginnt schon damit, dass nicht alle Menschen zwingend und ihr Leben lang gleichbleibend fortpflanzungsfähig sind. Zwar wird für gewöhnlich das Schwangerwerdenkönnen als „weibliche“ Fortpflanzungsfunktion angenommen und bei den Keimzellen zwischen „weiblichen“ Eizellen und „männlichen“ Samenzellen unterschieden. Das ist aber keineswegs zwingend und trifft auch nicht in jedem Fall zu. Nicht alle Frauen können schwanger werden und/oder haben (fortpflanzungsfähige) Eizellen¹¹⁷⁸; nicht alle Männer haben (fortpflanzungsfähige) Samenzellen. Würde das Geschlecht eines Menschen auf seine Fortpflanzungsfunktion reduziert, hätten all jene Personen kein Geschlecht, deren reproduktive Organe fehlen oder nicht wie erwartet funktionieren. Auch wäre die Existenz von Frauen und Männern dann auf einen vergleichsweise kurzen Lebensabschnitt begrenzt, denn je nach Alter sind Menschen natürlicherweise noch nicht oder nicht mehr fortpflanzungsfähig.

Entscheidender ist, dass die Geschlechtsidentität eines Menschen gar nicht mit dem vermeintlichen Geschlecht seiner Fortpflanzungsfunktion kongruent sein muss. Der Fall des gebärenden trans Mannes verdeutlicht dies eindrücklich. Es handelt sich um eine Person, die sich geschlechtlich „ungeachtet ihrer körperlichen Ausstattung *in nicht verhandelbarer Weise*“ als Mann identifiziert und dies in einem Gerichtsverfahren und anhand medizinischer Gutachten rechtsverbindlich hatte feststellen lassen.¹¹⁷⁹ Im Leben des Kindes und des Mannes ist die männliche Geschlechtsidentität auch nicht in Frage gestellt, sondern eine alltäglich erlebte Tatsache. Die Verschränkung von Geschlecht und Fortpflanzungsfunktion ist also gerade

1178 Das hat u.a. *Lorber* wie folgt verdeutlicht: „Menstruation, Milchbildung und Schwangerschaft unterscheiden Frauen nicht von Männern. Nur manche Frauen sind schwanger, und auch dann nur eine gewisse Zeit; manche Frauen haben keine Gebärmutter oder keine Eierstöcke. Bei manchen Frauen setzt die Menstruation zeitweise aus, andere sind bereits in den Wechseljahren, und manche haben eine Totaloperation hinter sich. Manche Frauen stillen eine gewisse Zeit, aber auch bei manchen Männern kommt es zur Milchbildung“, *Lorber* (2003 [1995]) *Gender-Paradoxien*, S. 87.

1179 *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861, S. 1861, Herv. im Orig.

in diesem Fall nicht „unbestreitbar biologisch begründet“. Vielmehr ist der trans Mann, der ein Kind zur Welt gebracht hat,

„darum nicht ‚eigentlich‘ oder ‚teilweise‘ noch weiblichen Geschlechts [...]. Er ist ein Mann. Bekommt er ein Kind, übernimmt er die soziale Rolle eines Vaters.“¹¹⁸⁰

Für das Recht, zumal für das am Statusprinzip orientierte Familienrecht, erweist sich die Fortpflanzungsfunktion somit also auch nicht als verlässliche Grundlage eines in Naturtatsachen verorteten Geschlechtsbegriffs.

d) Zwischenfazit

Ein binäres naturalistisches Verständnis von Geschlecht, wie es im geltenden Abstammungsrecht zum Ausdruck kommt, lässt sich mit zwingenden Naturargumenten nicht begründen. Wird das Geschlecht, mit den Worten von *Baer*,

„als soziale Konstruktion verstanden [...], dann gerät das bislang Allgemeine, Selbstverständliche und als neutral Behauptete unter Verdacht.“¹¹⁸¹

Mit dieser Erkenntnis haben insbesondere die Legal Gender Studies offengelegt, dass auch das Recht nicht objektiv oder neutral existiert, sondern stets mit bestimmten Interessen und Voreinstellungen derer verflochten ist, die die Regelungen erschaffen haben.¹¹⁸² Unter Verweis auf die sozialen und gesellschaftlichen Produktionsprozesse der Natürlichkeit von Geschlecht zeigt sich vielmehr, dass das Recht selbst – ähnlich wirkmächtig wie die Medizin – „immer wieder neue Definitionen dieses angeblichen Faktums, dieser Natur“ hervorgebracht hat.¹¹⁸³ Die Elternkategorien „Mutter“ und „Vater“ gehören dazu. Das Geschlecht erweist sich vor diesem Hintergrund nicht als Naturproblem, dessen Lösung das Abstammungsrecht zwingend

1180 *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861, S. 1861.

1181 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft*, S. 29.

1182 Vgl. statt vieler die Übersichtstexte von *Sacksofsky* (2012) *Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft*; *Baer/Elsuni* (2021) *Feministische Rechtstheorien*; *Valentiner* *Geschlecht und Recht*, JuS 2022, 1094 sowie die Beiträge in *Foljanty/Lembke* (Hrsg., 2012) *Feministische Rechtswissenschaft*; *Rudolf* (Hrsg., 2009) *Geschlecht im Recht*; *cognitio/F.Ius u.a.* (Hrsg., 2023) *Gender und Recht*.

1183 *Baer* (2004) *Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft*, S. 27 mwN.

erfordern würde. Vielmehr ist es umgekehrt: Das Abstammungsrecht konstruiert selbst ein Geschlechtsverständnis, das es in „der Natur“ aber gar nicht gibt.

4. Fazit

Damit ist die zwingende Natürlichkeit der leiblichen Abstammung und des Geschlechts als Determinanten eines vergeschlechtlichten Abstammungsrechts insgesamt in Frage gestellt und widerlegt. Die Ungleichbehandlungen im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung können nicht mit biologischen Differenzen begründet werden, weil sich die Naturvorstellungen des Abstammungsrechts in großem Umfang als unzutreffend erweisen. „Schlicht biologistische Stereotype“, darauf weisen *Baer* und *Markard* hin, „tragen verfassungsrechtlich ebenso wenig wie pauschale Annahmen über soziale Rollen.“¹¹⁸⁴ „Die Natur“ rechtfertigt mithin keine zwingend zweigeschlechtlich biologistische Ausgestaltung des Abstammungsrechts.

IV. Keine Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht

Wenn die Ungleichbehandlungen im Abstammungsrecht (s. oben I.) nicht mit zwingenden biologischen Unterschieden gerechtfertigt werden können, verbleibt noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung mit kollidierendem Verfassungsrecht. Dies wird nachfolgend für die einzelnen Tatbestände der Eltern-Kind-Zuordnung geprüft. Auch dabei wird sich zeigen, dass die Anknüpfung der Elternschaft an die Geburt unproblematisch ist (1.), die geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlungen jedoch nicht begründbar und mithin verfassungswidrig sind (2. bis 4.).

1. Geburt als Zuweisungskriterium für den ersten Elternteil

Die Frage, ob die Eltern-Kind-Zuordnung auf Grund der Fortpflanzungsfunktion des Gebärens gleichheitsrechtlich problematisch sein könnte, wurde bislang kaum diskutiert. Wenn dies überhaupt geschehen ist, wurde

¹¹⁸⁴ *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 450.

sie zutreffend verneint.¹¹⁸⁵ Faktisch stellt sich bei dieser Statuszuweisung auf Grund der Geburt kein geschlechtsspezifisches Diskriminierungsproblem mehr, da die gebärende Person unabhängig von ihrem Geschlechtseintrag als erster Elternteil zugewiesen wird. Die unterschiedliche Fähigkeit von Menschen, ein Kind zu bekommen, ist zudem biologisch begründet. Dass die Zuweisung unabhängig vom Geschlecht der gebärenden Person erfolgt, wäre gesetzgeberisch in § 1591 BGB klarzustellen. (Zum Problem der Statusbenennung als „Mutter“ s. sogleich unter 4.)

2. Anknüpfung an den Geschlechtseintrag „männlich“

Dass der zweite Elternteil eines Kindes gemäß § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB nur ein „Mann“ sein kann, wird als gesetzliche Ungleichheit im Abstammungsrecht kritisiert.¹¹⁸⁶ Viele verorten das Problem jedoch im allgemeinen Gleichheitssatz.¹¹⁸⁷ Das ist erstaunlich, weil die Anknüpfung an das Geschlecht doch offenkundig ist und die Regelungen daher am Maßstab von Art. 3 Abs. 3 GG zu prüfen sind.

Zwei Rechtfertigungsargumente sind in diesem Zusammenhang noch abzuarbeiten. Das Erste betrifft die Rede von der Abstammungsvermutung, die nur die Zuweisung eines Mannes als zweiten Elternteil begründen soll, sich bei näherer Betrachtung jedoch als unzulässige Typisierung erweist (a). Das Zweite betrifft ein Gleichberechtigungsgebot zu Gunsten von Männern, das jedoch ebenfalls nicht trägt (b).

1185 So auch *Sitter* (2017) Grenzüberschreitende Leihmutterschaft, S. 150. Allenfalls wird unter Verweis auf Art. 3 GG die Legalisierung der Leihmutterschaft gefordert, vgl. u.a. *Esser* (2021) Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?, S. 277, 245 ff.

1186 So etwa schon 2005 von *Siegfried* Kinder vom anderen Ufer, FPR 2005, 120, S. 121. Zudem u.a. *Richarz* Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, 53, S. 64; *Chebout/Sanders/Valentiner* Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, 3694, S. 3697; *Sanders* Wunschkind, Wunscheltern und das Grundgesetz, FF 2021, 341, S. 348 f.; *Hartmann* (2020) Von der Mutterschaft zur Elternschaft, S. 135 f.

1187 Vgl. dazu schon Fn. 1039.

a) Die „Abstammungsvermutung“ als unzulässige Typisierung

Die 2. Kammer des Ersten Senats sah im Jahr 2010 „keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG“ darin, dass die Lebenspartnerin der Mutter nicht als zweiter Elternteil im Geburtenregister des Kindes eingetragen wurde.¹¹⁸⁸ Die eingetragene Lebenspartnerin, so führte die Kammer aus, habe „keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit rechtlichen oder leiblichen Vätern eines Kindes“. Dass bei ihr – anders als beim Ehemann der Mutter – nicht vermutet werde, sie „sei der andere Elternteil des Kindes“, stelle „keine Ungleichbehandlung“ dar. Die Vermutung beruhe „auf der biologischen Herkunft des Kindes“ und sei bei gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerinnen unbegründet.¹¹⁸⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verneinte im gleichen Fall eine gleichheitsrechtliche Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK.¹¹⁹⁰ Auch er stützte sich auf die fehlende Abstammungsvermutung: Es sei „aus biologischen Gründen ausgeschlossen“, dass das Kind von der Lebenspartnerin der Mutter abstamme.¹¹⁹¹ Darauf bezog sich auch der Bundesgerichtshof, um die nach der Einführung der „Ehe für alle“ fortbestehende Ungleichbehandlung der Ehefrau zu legitimieren.¹¹⁹² Die Gerichte stützten sich also auf das Argument der Abstammungsvermutung als vermeintlich natürliche Unterschiedlichkeit von Ehemännern und Ehefrauen. Diese rechtfertigte aus Sicht der Gerichte die ungleiche Situation im Abstammungsrecht.

Eine Rechtfertigung der Diskriminierung mit dem Argument einer Abstammungsvermutung zu Gunsten von Männern scheitert schon daran, dass die Zuordnung des Ehemannes oder des aner kennenden Vaters an den *rechtlichen* Geschlechtseintrag knüpft. Der rechtliche Geschlechtseintrag lässt aber gerade keine Vermutung der Abstammung zu, sondern ist ein rechtliches Konstrukt. Mit der Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes kann künftig jeder *rechtliche* Mann Vater werden – somit auch eine Frau, die ihren Geschlechtseintrag rechtzeitig vor der Geburt des Kindes in „männlich“ geändert hat.¹¹⁹³ Zudem erhält auch ein Kind, das nicht vom Ehemann abstammt, etwa weil es im Rahmen einer Kinderwunschbehand-

1188 BVerfG Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats v. 2.7.2010 – 1 BvR 666/10 *Eingetragene Lebenspartnerin*, Rn. 30.

1189 Ebd.

1190 EGMR 7.5.2013 – 8017/11 *B. und G.B. gegen Deutschland*, Rn. 31.

1191 Ebd.

1192 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 28 mwN.

1193 Für trans Frauen reicht der Nachweis, dass sie früher den Geschlechtseintrag „männlich“ geführt haben.

lung mit Keimzellen eines Dritten oder in einer außerehelichen Beziehung der Mutter entstanden ist, den Ehemann oder Anerkennenden als rechtlichen Vater. Schon deshalb kann die Anknüpfung an das Geschlecht nicht mit einer „Abstammungsvermutung“ begründet werden.

Eine „Abstammungsvermutung“, die nur für einen Mann gelten würde, wäre darüber hinaus eine unzulässige Typisierung. Wenngleich das Bundesverfassungsgericht den Typisierungsbegriff bislang nicht für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung bemüht hat, taucht die Terminologie zuweilen auf. So stellt etwa *Landenberg-Roberg* fest, der Gesetzgeber könne den Eltern-Kind-Status „als differenzierten Zuordnungsprozess ausgestalten“ und dürfe dabei „zur tatbestandlichen Bündelung bestimmter Konstellationen und Situationen auf einer primären Zuordnungsebene auf Typisierungen und Vermutungsregeln zurückgreifen“.¹¹⁹⁴ Das Kammergericht Berlin sieht die „Typisierung“ des § 1592 Nr. 1 BGB zu Gunsten eines Ehemannes als nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG an.¹¹⁹⁵

Verfassungsrechtlich verweist die Typisierung auf etwas, das *Britz* als „Generalisierungsunrecht“ und als „spezifisches Gleichheitsproblem des atypischen Falls“ bezeichnet hat.¹¹⁹⁶ § 1592 BGB enthält – verstanden als „Abstammungsvermutung“ – ein solches Generalisierungsunrecht: Ein Mann wird rechtlicher Vater qua Ehe oder Anerkennungserklärung, auch wenn er nicht der leibliche Vater und die Abstammungsvermutung des § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB konkret widerlegt ist. Eine Frau hingegen kann (ohne den Umweg über die Stiefkindadoption) nicht einmal dann zweiter rechtlicher Elternteil werden, wenn sie nachweist, dass das Kind aus ihrer Eizelle entstanden ist und mithin genetisch von ihr abstammt.¹¹⁹⁷

Dem Gesetzgeber ist es grundsätzlich gestattet, typisierende Regelungen zu treffen. Er tut dies auch regelmäßig – etwa im Steuerrecht zur Bewältigung von „Massenerscheinungen“.¹¹⁹⁸ Allerdings muss die Typisierung

1194 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 758, Herv. LC; ähnlich auch *Jestaedt* (2015) Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 44.

1195 Vgl. KG Berlin Beschl. v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20 *Nodoption II*, Rn. 70 ff. A.A. aber ebenfalls unter Verwendung der Typisierungsterminologie *Moes* Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, NJW 2021, 3359, S. 3361 f.

1196 *Britz* (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 3 et passim.

1197 OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 *ROPA I*, Rn. 18.

1198 BVerfG Beschl. v. 29.1.2019 – 2 BvC 62/14 *Wahlrecht*, BVerfGE 151, 1, S. 21, Rn. 47.

verhältnismäßig sein.¹¹⁹⁹ Neben anderen Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht die folgende Formel geprägt:

„Die Typisierung ist dann verhältnismäßig, wenn die Ziele, die mit ihr verfolgt werden, von einem solchen Gewicht sind, dass sie die Ungleichbehandlungen gegenüber den Benachteiligten rechtfertigen können.“¹²⁰⁰

Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz darf zudem „nicht sehr intensiv“ sein.¹²⁰¹ So unterliegt der Gesetzgeber auch bei der Typisierung „einer strengeren Bindung, wenn sich die Regelung auf die Ausübung eines Grundrechts auswirken kann.“¹²⁰²

Das hat auch für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung Folgen. Eine typisierte Regelung des Sorgerechts hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Vergangenheit als unzulässig erachtet. Sowohl den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht als auch die Beeinträchtigung des Kindeswohls sah das Gericht als „von erheblichem Gewicht“ an.¹²⁰³ Wenn aber schon das Sorgerecht nicht typisierend geregelt werden darf, müsste dies erst recht für die Statuszuordnung als dessen Voraussetzung gelten.

Eine etwaige Rechtfertigung des typisierenden geschlechtsspezifischen Abstammungsrechts scheitert jedenfalls daran, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der gesetzgeberische Spielraum für Typisierungen spätestens dort endet, „wo die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG betroffen sind.“¹²⁰⁴ Typisierende Regelungen, die an das Geschlecht anknüpfen, sind demnach per se verfassungswidrig.¹²⁰⁵ Das Geschlecht des Elternteils dürfte der Gesetzgeber also selbst dann nicht als Anknüpfungspunkt nutzen, wenn man § 1592 Nr. 1

1199 Britz (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 40.

1200 Ebd., mwN.

1201 BVerfG Beschl. v. 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 *Steuervergünstigungen*, BVerfGE 84, 348, S. 360 mwN; BVerfG Beschl. v. 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 u.a. *Betriebsrenten*, BVerfGE 98, 365, S. 385.

1202 BVerfG Beschl. v. 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 u.a. *Betriebsrenten*, BVerfGE 98, 365, S. 385.

1203 BVerfG Beschl. v. 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 *Ehelichkeitserklärung*, BVerfGE 84, 168, S. 183.

1204 BVerfG Beschl. v. 7.5.2013 – 2 BvR 909/06 u.a. *Ehegattensplitting und eingetragene Lebenspartnerschaft*, BVerfGE 133, 377, S. 413, Rn. 88 mwN. So auch Britz (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 29 f.

1205 Britz (2008) Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 140 mwN; Sachs (1987) Grenzen des Diskriminierungsverbots, S. 478 f.; Sacksofsky (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 58.

und Nr.2 BGB als eine „Abstammungsvermutungsregel“ interpretieren wollte.¹²⁰⁶

b) Kein Gleichstellungsgebot für Männer

Kollidierendes Verfassungsrecht, das die Zuweisung eines rechtlichen Mannes erzwingen würde, ist nicht ersichtlich. Auf den Schutz des Elternrechts kann sich ein Mann nicht qua seines Geschlechtseintrags beziehen. Auch aus Sicht des Kindes sind keine Grundrechtspositionen erkennbar, die die Zuweisung eines Mannes als zweiten Elternteil zwingend notwendig machen.

Die an das Geschlecht anknüpfende Regelung ist auch nicht erforderlich, um die Gleichberechtigung von Frauen und Männern tatsächlich durchzusetzen und bestehende Nachteile zu beseitigen. In diese Richtung könnte man Überlegungen der Gerichte deuten. Der XII. Zivilsenat sorgte sich etwa um die „Diskriminierung männlicher Ehepaare“.¹²⁰⁷ Bevor die Ehefrau der Mutter zweiter Elternteil werden könne, so die Richter, bedürfe es

„einer gesetzgeberischen Klärung, ob und in welcher Weise bei zwei männlichen Ehegatten vergleichbare, auf bei Geburt bestehender Ehe beruhende Eltern-Kind-Verhältnisse begründet werden können.“¹²⁰⁸

Dass ein Mann daran gehindert sein könnte, rechtlicher Vater eines Kindes zu werden, trieb mehrere Gerichte so sehr um, dass sie die zweite Elternstelle lieber für einen anonymen Samenspender frei hielten, als dem Kind eine zweite Mutter zuzuordnen.¹²⁰⁹ Nicht einmal ein gebärender trans Mann durfte als Vater seines Kindes eingetragen werden, weil dies nach An-

1206 Kaulbach/Pickenhahn/Scheliha Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden?, FamRZ 2019, 768, S. 773; Sanders, FF 2021, 341, S. 346 mwN; Chebout/Sanders/Valentiner, NJW 2022, 3694, S. 3697.

1207 BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*, Rn. 23 mwN.

1208 Ebd.

1209 Vgl. BGH Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18 *Ehefrau der Mutter*; OLG Köln Beschl. v. 27.8.2014 – 2 Wx 222/14 *ROPA I*; OLG Köln Beschl. v. 26.3.2015 – 14 UF 181/14 *ROPA II*. Die Richter bemühten Art. 3 Abs. 2 GG in diesen Zusammenhängen nicht und führten die Gedanken auch nicht näher aus. Die Sorge um die Gleichberechtigung von Männern ist jedoch gerade im Kontext von Zweimütter-Familien nicht selten, vgl. auch OLG Celle Beschl. v. 24.3.2021 – 21 UF 146/20 *Nodoption I*, Rn. 162; AG München Beschl. v. 11.11.2021 – 542 F 6701/21 *Nodoption IV*, Rn. 37.

sicht des XII. Zivilsenats die Zuordnung des (im konkreten Fall abermals anonymen) Samenspenders als weiteren Vater angeblich blockiert hätte.¹²¹⁰ Doch nicht nur in der familiengerichtlichen Rechtsprechung tritt die Förderung von Väterrechten hervor.¹²¹¹ Auch der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in den vergangenen Dekaden das Elternrecht von leiblichen Vätern gestärkt.¹²¹² Wenngleich die Gerichte dazu nicht Art. 3 GG mobilisierten, tragen die Entscheidungen einen gleichheitsrechtlichen Impetus. Es ging den Gerichten mutmaßlich auch darum, eine befürchtete Benachteiligung von Männern im Familienrecht zu unterbinden.

Die „gleichberechtigte Elternschaft“ war dem Bundesverfassungsgericht von Anfang an ein Anliegen. Schon früh stellte das Gericht klar: „Art. 3 Abs. 2 GG ist eine echte Rechtsnorm“, auch und gerade im Familienrecht.¹²¹³ Unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG wies das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber mit mehreren Entscheidungen an, das Familienrecht von seinen patriarchal geprägten Normen zu befreien.¹²¹⁴ Ging es zunächst darum, die Diskriminierung von Frauen im Familienrecht zu beseitigen, kam später unter Verweis auf Gleichheitsrechte die Forderung hinzu, dass Mütter und Väter die gleichen Rechte haben sollten. So urteilte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1981, dass es zwar (noch) keinen Gleichheitsverstoß darstelle, wenn die nichteheliche Mutter allein sorgeberechtigt sei. Es entnahm Art. 3 Abs. 2 GG jedoch ein Anliegen, „für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durch[zu]setzen.“¹²¹⁵ Dem entspreche es, wenn Sorgerechtsregelungen „nicht von vornherein von einem Primat der Mutter ausgehen.“¹²¹⁶

Diesen Gleichberechtigungsanspruch liest *Landenberg-Roberg* als Strukturprinzip direkt in Art. 6 GG hinein:

„Der wohlverstandenen Institutsgarantie ist die Gleichberechtigung von Mutter und Vater [...] bereits *strukturimmanent* und bedarf der zusätzli-

1210 Warum das Argument auch rechtlich unzutreffend ist, s. unter D. II. 3. c) *Kritische Würdigung der Rechtsprechung*.

1211 S. unter D. II. *Rechtsprechung zu queerer Elternschaft*.

1212 S. unter B. II. *Verleiblichungstendenzen im Verfassungsrecht*.

1213 BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225, S. 239.

1214 Vgl. *Wapler* Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, 57, S. 63 ff. *Kingreen* schreibt *Erna Scheffler* eine maßgebliche Rolle dabei zu, *Kingreen* in BK, Art. 3 GG, Rn. 462 f. mwN.

1215 BVerfG Urt. v. 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78 u.a. *Sorgerecht des nichtehelichen Vaters*, BVerfGE 56, 363, S. 389 mwN.

1216 Ebd.

chen wertsetzenden Entscheidung des Art. 3 Abs. 2 GG insofern eigentlich nicht mehr: Die Vereinbarkeit des Art. 6 mit Art. 3 Abs. 2 GG¹²¹⁷ erweist sich nicht ‚bloß‘ als eine Folge der ‚Gesamtschau‘ der wertsetzenden Grundentscheidungen, sondern folgt nach diesem Begründungsstrang bereits aus einem angemessenen Verständnis der Art. 6 Abs. 2 GG fundierenden Leitidee ‚natürlicher Elternverantwortung‘.¹²¹⁷

Eine solche Setzung ist nicht überzeugend, unter anderem deshalb, weil sie die Schutzrichtung von Gleichheitsrechten verkennt. Art. 3 Abs. 2 GG enthält kein „Paritätsgebot“ zu Gunsten der statusrechtlichen Vaterschaft, denn dieses wäre „mit dem Risiko behaftet, als Vorgabe schematischer Ergebnisse missverstanden zu werden.“¹²¹⁸ Unter dem Aspekt von verfassungsrechtlicher Gleichberechtigung im Elternrecht kann es also nicht darum gehen, dass jedes Kind formal einen statusrechtlichen Vater und eine statusrechtliche Mutter bekommt oder dass nur ein Mann zweiter Elternteil werden kann, weil zur Entstehung des Kindes auch eine Samenzelle notwendig ist. Eine solche Lesart verkürzt Art. 3 Abs. 2 GG auf ein formelles Gleichheitsverständnis.¹²¹⁹ Ein formelles Gleichheitsverständnis sieht Diskriminierung als unzulässige Differenzierung an. Das Problem liegt dabei „in der schematisierenden Benachteiligung eines Menschen aufgrund eines der verpönten Merkmale.“¹²²⁰ Es erscheint als ungerecht, „Menschen nach Kategorien zu beurteilen, die sie nicht beeinflussen können.“¹²²¹ Zwar ist Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG symmetrisch formuliert. Seine „Schutzrichtung nach Regelungsgrund und Telos“ ist jedoch „historisch und aktuell“ auf den „Abbau der Benachteiligung von Frauen“ gerichtet.¹²²² Die Norm ist insofern im Anschluss an *Sacksofsky* „als zugunsten von Frauen wirkendes, antipatriarchales ‚Dominierungsverbot‘“ auszulegen.¹²²³ Es geht um substantielle Gleichheit, um Recht gegen Diskriminierung als Dominierungs- und

1217 *Landenberg-Roberg* (2021) Elternverantwortung im Verfassungsstaat, S. 318.

1218 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361.

1219 Vgl. zur Konzeption formeller vs. materieller Gleichheit *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 76 ff. bzw. zu formaler vs. asymmetrisch-materieller Gleichheit *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 418 f.

1220 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 77 mwN.

1221 Ebd.

1222 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361.

1223 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 2 GG, Rn. 361. Zu Art. 3 Abs. 2 GG als „Dominierungsverbot“ vgl. *Sacksofsky* (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung.

Hierarchisierungsverbot.¹²²⁴ Von einer Dominierung oder Hierarchisierung im Abstammungsrecht zu Gunsten von Frauen kann aber in Anbetracht der Ausführungen in den vorherigen Kapiteln keine Rede sein. Männer sind im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung nicht benachteiligt. Ihnen stehen vielmehr zahlreiche Wege offen, um rechtlicher Elternteil eines Kindes zu werden. Dass sie dies bei der Primärzuordnung nur in Übereinstimmung mit der gebärenden Person tun können, ist gerechtfertigt, denn es braucht zwingend eine Person, die das Kind zur Welt bringt. Ein zweiter Elternteil kann zum Zeitpunkt der Geburt natürlich begründet keinen gleichwertigen Zugang auf volle Elternrechte für sich beanspruchen. Dass das Abstammungsrecht zwei Statuselternstellen vorsieht, ist eine rechtliche Entscheidung, die im Sinne des Kindeswohls auch begründbar ist – unter der Voraussetzung, dass sie einvernehmlich mit der ersten Elternperson begründet wird.

Für Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG betont das Bundesverfassungsgericht den Zweck, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“.¹²²⁵ Diskriminierungsverbote sind demnach „kontextsensibel auf historisch vorgeprägte Praktiken und Strukturen der Diskriminierung gerichtet“.¹²²⁶ Unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten geht es im Abstammungsrecht darum, den Zugang zu den familienrechtlichen Status umfassend diskriminierungsfrei zu gewährleisten. Ein Gleichstellungsgebot streitet mithin nicht zu Gunsten einer exklusiv männlichen Elternstelle, sondern im Gegenteil für eine Statuszugänglichkeit, die Menschen aller Geschlechter gleichwertig offensteht.

c) Ergebnis

Es ist nicht gerechtfertigt, dass nur ein Mann durch Ehe oder Anerkennungserklärung zweiter rechtlicher Elternteil des Kindes werden kann, während dies Personen anderen Geschlechts nicht möglich ist. Mit seiner Anknüpfung an das Geschlecht in § 1592 BGB verstößt das Abstammungsrecht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

1224 Grundlegend *Sacksofsky* (1996) Das Grundrecht auf Gleichberechtigung; *Baer* (1995) Würde oder Gleichheit?

1225 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 28, Rn. 59 mwN.

1226 *Achenbach* in Dreier, Art. 3 GG, Rn. 76.

3. Anknüpfung an den Beitrag der Samenzelle

Auch die Ungleichbehandlung von Eizelle und Samenzelle wird in der Literatur thematisiert, vor allem jedoch mit Blick auf die Kompensation von männlicher und weiblicher Infertilität.¹²²⁷ Auch die Differenzierung im Abstammungsrecht nach dem Geschlecht der Keimzellen ist nicht durch „natürliche“ Gründe gerechtfertigt. Es ist zwar zutreffend, dass die Keimzellen den Grundbaustein für die Entstehung eines neuen Menschen liefern. Ein Kind stammt jedoch genetisch nie nur von einem Mann ab, sondern es sind stets mehrere Personen erforderlich, die ihre Keimzellen beitragen. Die genetische Verbindung auf Grund eines Keimzellenbeitrags ist mithin nicht singulär männlich.

Wollte man eine Differenzierung nach der Art der Keimzelle vornehmen und etwa nach dem Ei- und Samenzellenbeitrag unterscheiden, ergäbe sich aus der natürlichen Unterschiedlichkeit der Keimzellen zudem eher eine geringere Bedeutung der Samenzelle gegenüber der Eizelle.¹²²⁸ Das gilt insbesondere für reproduktionsmedizinische Behandlungen. Zur Entstehung eines Kindes steuert die samenspendende Person regelmäßig den kleinsten Anteil bei. Demgegenüber ist die Gewinnung einer Eizelle ein aufwendiger Prozess, der wochenlange Hormonbehandlungen und operative Eingriffe sowohl bei der eizellabgebenden als auch bei der schwangeren Person erfordert.

Die Tatsache, dass die Eizelle im Abstammungsrecht bislang als gänzlich irrelevant angesehen wird, während aus der Samenzelle mitunter vollwertige Elternrechte folgen sollen, lässt sich weder mit einem Verweis auf die Natur noch mit kollidierendem Verfassungsrecht rechtfertigen. Es verstößt mithin gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, dass über den Nachweis der genetischen Abstammung eine Eltern-Kind-Zuordnung erzwungen werden kann, wenn die Abstammung aus dem Beitrag der Samenzelle resultiert, aus der genetischen Verbindung qua Eizelle hingegen keinerlei Rechte hergeleitet werden können.

1227 Während es für unfruchtbare Männer möglich ist, mittels Samenspende eines Dritten ein Kind zu bekommen, ist es für unfruchtbare Frauen nicht möglich, eine Eizellspende in Anspruch zu nehmen. Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sehen das u.a. *Reinke* (2008) Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, S. 102 ff.; *Jofer* (2014) Regulierung der Reproduktionsmedizin, S. 304 ff.; *Heun* (2008) Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, S. 61; *Dethloff* (2018) Reproduktive Autonomie, S. 231.

1228 Dazu schon unter III. 2. c) *Natürlich ungleiche Keimzellen*.

4. Vergeschlechtlichte Statusbenennung

Dass das Abstammungsrecht Menschen eine vergeschlechtlichte Statusbezeichnung als „Mutter“ oder „Vater“ aufzwingt, die alternativlos ist und im Gegensatz zur gelebten Geschlechtsidentität einer Person steht, kann nicht mit der Natur begründet werden. Der Unterschied, dass ein trans Mann anders als andere Männer schwanger werden kann, steht nicht in einem zwingend biologischen Zusammenhang mit seiner Geschlechtsidentität.¹²²⁹ Es ist ohne Weiteres natürlich möglich, dass eine Person als Mann und Vater lebt und ein Kind zur Welt bringt.

Für Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind, hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darin gesehen, dass das Personenstandsrecht eine positive Geschlechtsbezeichnung jenseits der Kategorien männlich oder weiblich versagte.¹²³⁰ In diesem Sinne stellt die Verpflichtung, sich abstammungsrechtlich in eine der binären Kategorien „Mutter“ oder „Vater“ einordnen zu lassen, folglich für nichtbinäre Personen eine nicht zu rechtfertigende Geschlechtsdiskriminierung dar. Wenn es keinen Grund gibt, nichtbinären Personen den Grundpersonenstandseintrag zu verwehren, kann es erst recht keinen rechtfertigenden Grund geben, sie im Abstammungsrecht falsch zuzuordnen.

Für trans Personen hat *Nußberger* dargestellt, dass der „Konflikt zw. Abstammungsrecht und Diskriminierungsverbot“ anhand eines „strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab[s] aufzulösen“ sei und ein trans Mann als Vater eingetragen werden müsse.¹²³¹ In der Tat verkennt die personenstandsrechtliche Zuweisung einer Person unter Anknüpfung an eine bestimmte Fortpflanzungsleistung den Schutz von Art. 3 Abs. 3 GG, denn dieser liegt gerade darin, „nicht auf ein Merkmal reduziert zu werden, ist also auch ein Recht auf Anerkennung von Individualität.“¹²³²

1229 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 32 mwN.

1230 BVerfG Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 *Dritte Option*, BVerfGE 147, 1, S. 27, Rn. 57.

1231 *Nußberger* in Sachs, Art. 3 GG, Rn. 289. Im Ergebnis auch so, jedoch mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründend *Wapler* Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, 1861; *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 226 mwN. Das Problem benennend, die Lösung aber offenlassend („Diskriminierungsverbot berührt“): *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 457. A.A. *Reimer/Jestaedt* in BK, Art. 6 Abs. 2 und 3 GG, Rn. 204 mwN.

1232 *Baer/Markard* in Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG, Rn. 441.

In diesem Zusammenhang bleibt noch zu prüfen, ob sich aus kollidierendem Verfassungsrecht eine andere Wertung ergibt, die eine Zuweisung der zweigeschlechtlichen Status „Mutter“ oder „Vater“ notwendig machen könnte. In der familienrechtlichen Diskussion stehen ein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion (a) sowie Mutterschutzregeln (b) als potentiell rechtfertigende Gründe eines zweigeschlechtlichen Abstammungsrechts im Raum. Im Ergebnis ist keine dieser Positionen und sind auch keine anderen Grundrechte (c) einschlägig, um die Diskriminierung bei der statusrechtlichen Registrierung zu rechtfertigen.

a) Kein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion

Der XII. Zivilsenat sah die zwingende Zuordnung des gebärenden Mannes als „Mutter“ durch ein Recht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion gerechtfertigt:

„Wesentliche, dem Geburtenregister zu entnehmende Informationen zu seiner Abstammung würden dem Kind [...] vorenthalten, wenn das familienrechtliche Statusrecht nicht klarstellen oder nur in einer im Widerspruch zu den biologischen Gegebenheiten stehenden Weise darstellen würde, auf welche Fortpflanzungsfunktion (Geburt oder Zeugung) es die konkrete Eltern-Kind-Zuordnung zurückführen will.“¹²³³

Auch diese Begründung kann gleichheitsrechtlich nicht überzeugen. Es ist bereits fraglich, ob es überhaupt ein Grundrecht des Kindes auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion seiner Eltern gibt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Kenntnis der Abstammung legt dies nicht nahe. Das Kenntnisrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährt demnach kein generelles Recht auf Verschaffung von Abstammungsinformationen. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht in jeder Entscheidung zum Kenntnisrecht wiederholt, dass das Kenntnisrecht lediglich „vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe“ schütze.¹²³⁴ Der Staat ist aber nicht verpflichtet, in jedem Fall die Kenntnis der Abstammung auch zu verschaffen. Vielmehr

1233 BGH Beschl. v. 6.9.2017 – XII ZB 660/14 *Gebärender trans Mann*, Rn. 29.

1234 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, S. 269; BVerfG Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56, S. 63. Vgl. ausführlich unter B. II. 2. *Die Herausbildung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung*.

ist anerkannt, dass es „Fälle gibt, in denen die Abstammung unaufklärbar bleibt“.¹²³⁵

Abgesehen davon, dass das Kenntnisrecht seinerseits mit anderen betroffenen Grundrechten abgewogen werden müsste, ist hier schon gar nicht ersichtlich, welche Relevanz das Wissen über die *Fortpflanzungsfunktion* des Elternteils für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes überhaupt haben könnte. Selbst wenn man ein solches „Recht auf Kenntnis der Fortpflanzungsfunktion“ konstruieren wollte, ist nicht erkennbar, warum es durch eine statusrechtliche Zuweisung des gebärenden Mannes als Vater beeinträchtigt wäre. Der gebärende trans Mann wird dem Kind kaum verheimlichen, dass er es geboren hat. Warum sollte er auch? Der Umgang mit Geschlecht und Körperlichkeit dürfte gerade bei trans Personen sehr viel reflektierter und dem Kind gegenüber mit weniger stereotypisierenden Tabus behaftet sein als in cis-heteronormativen Familienkonstellationen. Zudem dürfte auch das Umfeld darüber informiert sein, weil eine Schwangerschaft regelmäßig nicht verborgen bleibt. Wächst ein Kind mit einem Vater auf, der es zur Welt gebracht hat, ist es daher vielmehr naheliegend, dass sich dieser Mann umfassend mit seiner eigenen Geschlechtsidentität auseinandergesetzt hat. Gerade Personen, die das binäre Geschlechtersystem als unterdrückend erleben, werden Ansätze suchen und finden, um diese Belastung nicht selbst – etwa durch Geheimhaltung oder Tabuisierung – zu perpetuieren.

Hinzukommt, dass der Bundesgerichtshof in anderem Zusammenhang der Meinung war, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung „jedenfalls nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten“ sei.¹²³⁶ So hat der Senat wiederholt ausgeführt, dass sich „der Grundsatz der Registerwahrheit nicht auf die biologische oder genetische Wahrheit“ beziehe, sondern vielmehr erfordere, „dass die bestehende Rechtslage zutreffend wiedergegeben wird.“¹²³⁷ Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht begründen, warum das Geburtenregister einerseits gerade nicht die Abstammungswahrheit, sondern Rechtsverhältnisse abbilden, andererseits für das Kind eines trans Elternteils jedoch einen spezifischen Fortpflanzungsbeitrag dokumentieren sollte.

1235 BVerfG Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256, Rn. 44.

1236 BGH Beschl. v. 10.12.2014 – XII ZB 463/13 *Kalifornische Leihmutter*, Rn. 63.

1237 BGH Beschl. v. 12.1.2022 – XII ZB 142/20, Rn. 25, Herv. LC.

b) Mutterschutzregeln erfordern keine Statusmutterschaft

Art. 6 Abs. 4 GG gewährt jeder Mutter einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Gelegentlich findet sich die Behauptung, im „Schutzzentrum“ dieser Norm stehe die „leibliche Kindesmutter“,¹²³⁸ deren „Belastungen durch Schwangerschaft, Geburt, nachgeburtliche Regeneration und Stillzeit“ ausgeglichen werden sollen.¹²³⁹ Die Auflösung der Statuskategorie „Mutter“ würde, so argumentieren Einzelne, dazu führen, dass dieser besondere Schutz verlorengehe. Dieser Ansatz kann unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht überzeugen. So bringt es *Sacksofsky* auf den Punkt:

„Diskriminierungsschutz darf nicht dazu zwingen, Menschen in Kategorien einzuordnen, denen sie sich nicht zugehörig fühlen. Im Gegenteil verlangt Diskriminierungsschutz gerade, die Selbstbeschreibung und Selbstzuordnung von Menschen zu respektieren. Diskriminierungsschutz will individuelle Selbstbestimmung fördern und ermöglichen, nicht repressiv Menschen in Raster pressen, die für sie nicht passen.“¹²⁴⁰

Mit anderen Worten kann der besondere Schutz einer gebärenden Person nicht dazu zwingen, sich selbst als „Mutter“ klassifizieren zu lassen. Richtig verstanden schützt Art. 6 Abs. 4 GG auch nicht zwingend nur eine Frau als „Mutter“, sondern ist funktional auf das gerichtet, was *Sinder* als „die drei körperlichen Dimensionen der Mutterschaft“ bzw. als „Trias der Körperlichkeit“ beschrieben hat, namentlich auf die Schwangerschaft, Niederkunft und Stillzeit.¹²⁴¹ Naturgemäß sind diese Körperlichkeiten nicht

1238 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 451.

1239 *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 438.

1240 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 100.

1241 *Sinder* Der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Mutterschutzes, *Der Staat* 2021, 523, S. 545. *Sinder* fordert eine „Rückbesinnung auf die körperliche Dimension der Mutterschaft“. Diese vom Geschlecht und Fragen der emotionalen Zuwendungsaspekte entkoppelte Fokussierung würde es ihrer Ansicht nach auch ermöglichen, „bislang noch weitgehend unintelligiblen Erscheinungsformen körperlicher Sonderbelastungen durch die biologische Dimension der Elternschaft die ihnen gebührende Anerkennung zuteilwerden zu lassen.“ Als Beispiele nennt *Sinder* trans Menschen, die Kinder bekommen, oder Personen, die ihr Adoptivkind stillen, vgl. *Sinder* Der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Mutterschutzes, *Der Staat* 2021, 523, S. 525 mwN. *Brosius-Gersdorf* will auch die Eizellspenderin in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 4 GG einbeziehen, die Schutzwirkung allerdings auf die Zeit der Eizellspende („Hormonbehandlung, Eizellenentnahme, postoperative Regeneration“) beschränken, vgl. *Brosius-Gersdorf* in Dreier, Art. 6 GG, Rn. 450.

bei allen Menschen vorhanden. Wie der Fall des gebärenden trans Mannes zeigt, sind sie auch nicht deckungsgleich mit „naturgemäßen Unterschieden“ der Geschlechter. Anders gesagt: Nicht weil eine schwangere, gebärende oder stillende Person eine Frau ist, steht sie unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 4 GG, sondern weil sie die genannte Reproduktionsleistung erbringt.¹²⁴² Art. 6 Abs. 4 GG rechtfertigt insofern Ungleichbehandlungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG, soweit sie an den Umstand anknüpfen, schwanger zu sein bzw. ein Kind geboren zu haben.¹²⁴³ Die Schwangerschaft und Geburt legitimieren umgekehrt aber keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.

c) Keine anderweitigen kollidierenden Verfassungsgüter

Auch andere potentiell entgegenstehende verfassungsrechtlich geschützte Positionen sind nicht erkennbar. Das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schreibt seinem Wortlaut nach keine „Mutterschaft“ oder „Vaterschaft“ vor. Auch das Bundesverfassungsgericht hat „eine binäre Geschlechtsgebundenheit der Elternposition abgelehnt“¹²⁴⁴ und auf die geschlechtsneutrale Formulierung des Elternbegriffs in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG abgestellt.¹²⁴⁵

Für trans Personen hat das Bundesverfassungsgericht zudem entschieden, dass es mit der Verfassung nicht vereinbar sei, wenn die rechtliche Anerkennung des Geschlechts nur zu dem Preis möglich ist, dass das Statusverhältnis der Ehe vorher aufgelöst wird.¹²⁴⁶ Anhand dieser Maßgaben kann auch eine „faktische Erzwingung der ‚Entscheidung‘ zwischen

Für eine generelle „gebotene Ausnahme der nur-genetischen Mutter“ aus dem Schutzbereich von Art. 6 Abs. 4 GG hingegen *Aubel* (2003) *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz*, S. 113 ff.

1242 Zu den diskursiven Herausforderungen von trans Männern im Zusammenhang mit der Schwangerschaft vgl. *Dionisius* (2020) *Zwischen trans Empowerment und Cisnormativität*, S. 81 ff.; *Spahn* (2019) *Heteronormative Biopolitik und die Verhinderung von trans Schwangerschaften*; *Stoll* (2020) *Becoming trans* parents*.

1243 *Brosius-Gersdorf* in *Dreier*, Art. 6 GG, Rn. 439.

1244 *Lembke* (2023) *Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!*, S. 147.

1245 BVerfG Urt. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 u.a. *Sukzessivadoption*, BVerfGE 133, 59, S. 78, Rn. 51.

1246 BVerfG Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05 *Trans VII*, BVerfGE 121, 175, S. 192 ff.

rechtlich anerkannter Geschlechtsidentität und rechtlich anerkannter Elternschaft“ nicht gerechtfertigt sein.¹²⁴⁷

d) Ergebnis

Auch die zwingende Statusbenennung als „Mutter“ oder „Vater“ ist somit „eine persistente Verletzung des Geschlechtsdiskriminierungsverbots“.¹²⁴⁸ Die binären Elternbezeichnungen sind zwar tradiert, geburtenregisterlich aber doch nur statusrechtliche Konstrukte. Sie transportieren eine biologisch eben nicht zwingende Erwartung des Rechts¹²⁴⁹, etwa als gebärende Person die „Mutter“ zu sein.

V. Ausblick: Materielle Gleichheit im Familienrecht

Sacksofsky unterscheidet „zwei Phasen rechtlicher Diskriminierung bzw. Diskriminierungsbekämpfung“: Solange die Rechtsordnung explizit auf ein bestimmtes Merkmal Bezug nimmt und unterschiedliche Rechte etwa auf Grund des Geschlechts vorsieht, sei demnach ein Verständnis von Diskriminierung als Differenzierungsverbot „sinnvoll und hinreichend“, um Diskriminierung abzubauen.¹²⁵⁰ Mit Blick auf das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung befinden wir uns noch in dieser ersten Phase, weil die Rechtsordnung bislang explizit auf das Merkmal Geschlecht Bezug nimmt und unterschiedliche Elternrechte vorsieht. Ein erster Schritt zur Diskriminierungsbekämpfung wäre es, die primären und sekundären Zuordnungsregeln geschlechtsneutral und funktional zu fassen.¹²⁵¹ Demnach sollte es nicht um Mutterschaft und Vaterschaft als binär und komplementär ange-

1247 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 150.

1248 *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 148.

1249 *Adamietz* (2011) Geschlecht als Erwartung.

1250 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 82 ff. mwN.

1251 So auch *Heiderhoff* (2023) Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung, S. 21; *Coester-Waltjen* Die Herausforderungen der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht, FF 2022, 279, S. 287 f.; *Gössl* Abstammung und Geschlecht, ZRP 2018, 174, S. 177. Auch mit Erläuterungen zur internationalen Situation *Lettmaier* (2023) Geschlechtliche Selbstbestimmung und Abstammungsrecht, S. 74 ff.

legte Status gehen, sondern um statusförmige *Elternschaft* – auf Grund von Schwangerschaft und Geburt (erste Elternstelle) sowie auf Grund von Ehe, Anerkennungserklärung oder Abstammungsfeststellung (zweite Elternstelle). Das wäre zwar nicht, wie *Wellenhofer* meint, eine „ganz große Lösung“¹²⁵², würde aber zumindest zu formaler Gleichheit im bestehenden Regelungssystem führen.

Sacksofsky merkt aber zutreffend an, dass eine „Abschaffung expliziter Differenzierungen in der Rechtsordnung“ noch keine grundlegende, substantielle Gleichheit schafft.¹²⁵³ Mit einem lediglich formalen Gleichheitsverständnis ist das eigentliche Potential von Gleichheitsrechten mithin noch nicht abschließend erfasst.¹²⁵⁴ Ein asymmetrisch-materielles Gleichheitsverständnis hat vielmehr den „gesellschaftlichen Kontext, insbesondere die historische Erfahrung“ miteinzubeziehen, wodurch „die strukturelle Natur von Diskriminierung in den Blick“ rückt.¹²⁵⁵ Ein so umfassend verstandenes materielles Gleichheitskonzept würde für das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung also berücksichtigen, dass historisch und bis heute nicht Männer, sondern Frauen bzw. alle Personen, die nicht männlich waren und sind, im und durch das Recht benachteiligt werden. Die Beispiele der Rechtsprechung zu queerer Familiengründung im Recht verdeutlichen das eindrücklich. Zudem reicht die Geschichte der familienrechtlichen Diskriminierung von lesbischen Frauen weit zurück bis in die frühen Jahre der Bundesrepublik. Bis in die 1980er Jahre mussten Frauen, die sich von ihrem Ehemann scheiden ließen und fortan mit einer Frau zusammenlebten, befürchten, dass ihnen das Sorgerecht für ihre Kinder entzogen würde. Die Historikerin *Plötz* hat rekonstruiert, welche Drohkulisse gerade das Familienrecht damals für die betroffenen Frauen darstellte.¹²⁵⁶ Die Situation im gegenwärtigen Abstammungsrecht kann vor diesem Hintergrund durchaus als Fortschreibung einer rechtlichen Maßregelung von Frauen und queeren

1252 *Wellenhofer* (2023) Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, S. 48.

1253 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 84.

1254 So auch *Lembke* (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 164 ff.

1255 *Sacksofsky* (2021) Gleichheitsrechte, Rn. 83. „Die rechtliche Rede vom ‚Elternteil‘ statt von ‚Vater‘ und ‚Mutter‘ hat in der tatsächlichen Verteilung der Reproduktionsaufgaben kaum etwas verändert“, ebd.

1256 *Plötz* (2021) „... in ständiger Angst ...“. Nicht selten führte diese Angst dazu, dass sich Frauen auf existenzbedrohende Scheidungsvereinbarungen einließen, etwa auf Unterhalt und Vermögensausgleich verzichteten, oder ihre lesbische Beziehung geheim hielten. Eine umfassende Aufarbeitung dieser Unrechtserfahrungen steht aus.

Personen gelesen werden. Auch schwule Männer waren von gravierenden Diskriminierungen sowie strafrechtlicher Kriminalisierung und Verfolgung betroffen. Diese Diskriminierungen sind nicht gleich und gerade mit Blick auf das Familienrecht unterschiedlich wirksam. Bezogen auf das Recht der Eltern-Kind-Zuordnung geht es bei einem substantiell verstandenen Gleichheitsanspruch darum, „[a]symmetrische, diskriminierende Versionen von Gender, die sich juristisch und sozial verfestigt haben“¹²⁵⁷, verfassungsrechtlich nach und nach abzutragen.

1257 Baer Hat das Grundgesetz ein Geschlecht?, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, 107, S. 115 f.

F. Schlussbetrachtungen

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass das Abstammungsrecht nicht zwingende Naturverhältnisse abbildet, sondern Natürlichkeiten aufdrängt. Dabei interessiert sich das Abstammungsrecht bei näherem Hinsehen eigentlich gar nicht für die Natur, sondern bringt sein eigenes Konstrukt ebendieser hervor. So wird deutlich, dass es weniger um Fragen der Biologie geht als vielmehr um das, was *Villa* in einem anderen Zusammenhang als „Mechanismen biopolitisch begründeter Exklusion“ bezeichnet hat.¹²⁵⁸

I. Mumifiziertes Patriarchat im Familienrecht

Eine Mumie entsteht, wenn ein Lebewesen nach seinem Tod nicht natürlich verwest, bis es irgendwann ganz verschwunden ist, sondern durch eine künstliche Behandlung vor seinem Verfall bewahrt wird. So wurden etwa im Alten Ägypten Menschen nach ihrem Tod einbalsamiert und in Tücher gehüllt, damit ihre Körper erhalten blieben. Das geschah im Glauben daran, dass sie so ewig weiterleben würden.

Eine Mumifizierung hat – im übertragenen Sinne – auch der „pater familias“ erfahren. Der Vater war historisch das Oberhaupt der Familie¹²⁵⁹, die sich erst im 18./19. Jahrhundert von einer Haus- und Hofgemeinschaft zu der uns heute vertrauten individuellen Kernfamilie wandelte. Als Familienoberhaupt hatte der Vater die Entscheidungsgewalt über „seine“ Familienmitglieder und die alleinige Repräsentationshoheit nach außen. Zu diesen Rechten gehörten auch Pflichten, etwa auf Versorgung der Familie durch Unterhalt.¹²⁶⁰ Diese Bedeutung hat die Figur des Vaters zwar längst verlo-

1258 *Villa* (2020) *Bodies matter*, S. 147.

1259 Der Begriff der Familie geht etymologisch auf das lateinische Wort „*famulus*“ zurück, dem Diener. Der lateinische Begriff der „*familia*“ meinte ursprünglich vor allem Sklaven und leibeigene Dienerschaft, später dann die ganze Hausgenossenschaft, vgl. zur historischen Entwicklung nur <https://www.dwds.de/wb/Familie> (31.3.2025).

1260 *Wapler* (2018) *Familie als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, S. 393 mwN.

ren.¹²⁶¹ Gleichwohl ist die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung bis heute von hierarchisierten Geschlechterbeziehungen geprägt. Das Abstammungsrecht hat den „pater familias“ in gewisser Weise konserviert; Einbalsamierungstechniken in Form biologistischer Narrative verhindern seinen Zerfall.

Die Zwei-Mütter-Familie ist das Paradebeispiel dafür, wie das Abstammungsrecht Natürlichkeiten aufdrängt und dadurch eine selbstbestimmte Familiengründung jenseits patriarchaler Grundmuster verhindert. Jedes Kind hat eine Mutter und einen Vater, so lautet das „abstammungsrechtliche Naturgesetz“. Wie aufgedrängt und wie wenig „natürlich“ diese rechtliche Konstruktion von Familie jedoch ist, zeigt sich mit Blick darauf, was eigentlich Stand der naturwissenschaftlichen Forschung zu Fortpflanzungs- und Geschlechterverhältnissen ist. So begründen naturalistische Argumente gerade keine Vormachtstellung des Vaters, sondern sie verdeutlichen seine relative Bedeutungslosigkeit. Einbalsamiert von Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung wird die Vaterfigur im Recht dadurch zwar wirkmächtig vor dem Verfall bewahrt, sie ist und bleibt aber künstlich.

II. Perspektiven eines Fürsorge-basierten Elternschaftsrechts

Während die Mumien im Keller des Familienrechts viel Schaden für Familien und insbesondere für Kinder anrichten, die auf Grund fehlender Eltern-Kind-Zuordnung nicht umfassend abgesichert sind, ließe sich das Abstammungsrecht minimalinvasiv reformieren, ohne dass das Familienrecht grundlegend umgebaut werden müsste. Es sollte, das haben bereits andere vorgeschlagen, zukünftig „nicht mehr an heteronormativen Leitbildern, sondern an praktisch gelebter Verantwortungsübernahme“ ausgerichtet werden.¹²⁶²

Die Forderung nach einem inkludierenden Abstammungsrecht, das real gelebte Fürsorgeverhältnisse einbezieht, ist nicht als Neuauflage des familienrechtsdogmatischen Appells „Vom Status zur Realbeziehung“¹²⁶³ zu

1261 Braun (2018) Blutsbande, S. 63.

1262 Lembke (2023) Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, S. 109; Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, S. 119.

1263 Die Forderung von Schwenzer war durchaus komplexer: „Ein an der Realbeziehung ausgerichtetes Familienrecht beinhaltet beides: Die Anerkennung privatautonomer Gestaltung der persönlichen Lebensverhältnisse und das Abstellen auf die konkret gelebte Beziehung im Einzelfall.“ Schwenzer (1987) Vom Status zur Realbeziehung, S. 274.

verstehen. Vielmehr ist es ein Rettungsversuch für das Statusprinzip als familienrechtliches Regelungsmodell.

Es ist deutlich geworden, dass das geltende Abstammungsrecht mit seiner statusprinzipiellen Regelungstechnik und dem Streben nach Klarheit, Generalität und Stabilität einen guten Rahmen bietet, um kindeswohlorientiert Elternverantwortung zu ermöglichen und abzusichern. Das Recht muss jedoch dringend von seinen Leiblichkeitsnarrativen befreit werden. Denn nicht die zunehmend vielfältigen Familienformen gefährden die Familienrechtsdogmatik. Vielmehr führen – wie gezeigt werden konnte – Verleiblichungstendenzen zu Erosionen der Dogmatik. Das Problem lässt sich beheben, indem der Status der Eltern-Kind-Zuordnung diskriminierungsfrei für alle Menschen zugänglich gemacht wird.

Die bisherigen Anknüpfungskriterien der Geburt, der Ehe sowie der Anerkennungserklärung sind gut geeignet, um die Anliegen des Statusprinzips umzusetzen. Sie sind jedoch weniger als „Abstammungsvermutungen“ oder Leiblichkeitsanknüpfungen zu lesen, sondern vielmehr als Indizien für die Erwartung willentlicher Fürsorge für das Kind. Der genetischen Verbindung kann keine eigenständige Bedeutung zukommen, auch nicht auf der sekundären Korrektorebene. Für die zukünftige Gesetzgebung stellt sich vielmehr die Aufgabe, Konkurrenzfälle zu verhindern, die durch eine Überbewertung der Leiblichkeit entstehen.

1. Primäre Eltern-Kind-Zuordnung zum Zeitpunkt der Geburt

a) Anknüpfen an Schwangerschaft als Fürsorge

Schwangerschaft und Geburt werden bislang als Inbegriff der leiblichen Abstammung angesehen. Ein Kind muss zwingend ausgetragen und geboren werden. Schwangerschaft und Geburt sind insofern natürliche Imperative. § 1591 BGB trägt dem Rechnung und weist die erste Elternstelle unmittelbar der gebärenden Person zu. Es sprechen gute Gründe dafür, diese Anknüpfung beizubehalten. Sie ermöglicht eine schnelle und einfache Absicherung des Kindes im Sinne des Statusprinzips, indem unter Bezugnahme auf den Geburtsvorgang unmittelbar geklärt ist, wer rechtlich für das Kind verantwortlich ist.

§ 1591 BGB sollte jedoch nicht maßgeblich leiblichkeitsbasiert gedacht werden, sondern als Zuweisungsnorm auf Grund der vorgeburtlich erbrachten Fürsorgeleistung für das Kind. Die gebärende Person ist mit dem

Kind, das sie zur Welt bringt, zuvor über mehrere Monate aufs Engste verbunden gewesen und ihr gesamter Organismus hat zum Heranwachsen des Fötus beigetragen. Die Geburt markiert insofern den Abschluss der Schwangerschaft als fundamentale Versorgungsleistung der schwangeren Person.¹²⁶⁴

Schwangerschaft und Geburt fürsorgebasiert zu deuten, müsste jedoch auch den Willen zur fortgesetzten Fürsorge berücksichtigen. Der Rückschluss ist erlaubt, dass die Person, die ein Kind ausgetragen und zur Welt gebracht hat, auch die Intention hat, für das Kind die Elternverantwortung zu übernehmen. Das Recht hat insofern die Aufgabe, dies zu ermöglichen. Fehlt die Intention jedoch nachhaltig, wären Anfechtungsmöglichkeiten auch für die erste Elternstelle zu schaffen.¹²⁶⁵

b) Voluntative Zuordnung eines zweiten Elternteils

Anders als beim ersten Elternteil fehlt beim zweiten Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt eine bereits etablierte Fürsorgebeziehung zum Kind. *Sanders* verweist zwar darauf, dass auch schwangerschaftsbegleitende Zuwendungen als eine indirekte Fürsorge für das Kind erachtet werden könnten.¹²⁶⁶ Ein Anspruch auf eine zweite gleichberechtigte Elternzuordnung kann jedoch daraus schon auf Grund der Ungleichheit dieses Beitrags gegenüber der Schwangerschaft nicht begründet werden. Ein zweiter Elternteil kann daher zum Zeitpunkt der Geburt stets nur prognostisch mit Blick auf die zukünftige Übernahme von Elternverantwortung zugeordnet werden.

Auch aus „natürlichen“ Aspekten ergibt sich für eine zweite Person kein Anspruch auf eine gleichrangige Zuordnung als Statuselternteil. Die Verschmelzung der Keimzellen ist zwar wie die Schwangerschaft und Geburt zwingende Entstehungsvoraussetzung für das Kind. Ein einzelner Keimzellenbeitrag begründet aber für sich genommen die Entstehung des Kindes noch nicht. Eine Zuordnung qua Genetik müsste also immer mehrere Elternstellen vorsehen – für alle Personen, die ihre Keimzellen zur Entste-

1264 *Wanitzek* (2002) Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, S. 205 mwN.

1265 Damit soll nicht der Forderung nach einer Legalisierung von Leihmutterschaft beigetreten werden. Vielmehr geht es auch hier darum, auf die Grenzen biologistischer Argumentationen im Recht hinzuweisen.

1266 *Sanders* (2018) Mehrelternschaft, S. 294.

hung des Kindes beigetragen haben. Davon abgesehen steht zum Zeitpunkt der Geburt nicht rechtssicher fest, wer die Keimzellen beigetragen hat, so dass die Anknüpfung an die Keimzellen auch unter statusprinzipiellen Erwägungen keine vergleichbar rechtssichere Eltern-Kind-Zuordnung ermöglichen würde. Zudem ist fraglich, welche Bedeutung hochkomplexe biochemische Prozesse, die aus der Keimzellen-Verbindung folgen, überhaupt für die Entwicklung des Kindes haben. Für die Pflege und Erziehung halten sie keine Antworten bereit.

Der Punkt ist – und auch das setzt das Abstammungsrecht bereits um:¹²⁶⁷ Die zweite Elternschaftszuweisung ist nicht losgelöst von der ersten Elternperson zu denken; sie steht vielmehr in einem Abhängigkeitsverhältnis. Die Ehe oder eine mit Zustimmung des ersten Elternteils erklärte Anerkennung der Elternschaft sind Indizien dafür, das Kind nachgeburtlich auch versorgen und die Elternverantwortung für das Kind übernehmen zu wollen. Daran knüpfen die primären Regelungen des § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB die Zuordnung des zweiten Elternteils an. Die Ehe oder Anerkennungserklärung sind jedoch nicht leiblichkeitsbasiert und auch nicht individualistisch zu verstehen, sondern in ihrer Bezogenheit auf den ersten Elternteil. Der Wille zur Elternschaft allein kann für die gemeinsame Elternverantwortung nicht individuell und losgelöst vom anderen Elternteil betrachtet werden, sondern setzt ein Mindestmaß an elterlicher Kooperation und Übereinstimmung voraus. Das hat *Schrupp* gut auf den Punkt gebracht:

„Gemeinsame Elternschaft setzt voraus, dass die beteiligten Erwachsenen einvernehmlich miteinander auskommen, denn sie erfordert ein großes Maß an Kooperation und Beziehung. Deshalb darf Co-Elternschaft nicht gegen den Willen der Schwangeren etabliert werden. Schwangere müssen die Möglichkeit haben, ein Kind zur Welt zu bringen, ohne damit zugleich in eine gemeinsame Elternbeziehung mit dem genetischen Mitzeuger einzuwilligen.“¹²⁶⁸

Das bedeutet, dass initial niemand gegen den Willen des ersten Elternteils in die Statusposition gebracht werden kann, weil damit ein Konflikt zum

1267 So schrieb schon *Schwenzer* zur Idee einer intentionalen Elternschaft: „Eine derartige intentionale Elternschaft ist nichts grundstürzend Neues. Denn um nichts anderes handelt es sich, wenn heute ein Mann eine schwangere Frau heiratet, ein nichteheliches Kind anerkennt oder der heterologen Insemination seiner Ehefrau zustimmt, wohl wissend, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist.“ *Schwenzer* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 2007, 705, S. 723.

1268 *Schrupp* (2022) Reproduktive Freiheit, S. 82 f.

Sorgerecht vorprogrammiert wäre, den es im Kindeswohlinteresse zu verhindern gilt. Die gemeinsame Elternschaft ist mithin abhängig vom Willen der gebärenden Person und von der sozialen Bindung unter den Erwachsenen. Die Ehe sowie alternativ die zustimmungsbedürftige Willenserklärung gewährleisten das. Bezieht man mit ein, dass eine gebärende Person (in aller Regel eine Frau) bis heute die überwiegenden Lasten trägt und es für sie regelmäßig nicht möglich ist, den zweiten Elternteil (in der Regel ein Mann) gegen seinen Willen zu Sorgeleistungen zu verpflichten, erscheint das nicht ungerecht oder gar gleichheitswidrig, sondern substantiell gleichberechtigt.

Freilich führt das nicht dazu, dass die zweite Elternstelle nach ihrer Besetzung dann auch fortgesetzt vom ersten Elternteil abhängig ist. Ein Kind ist nicht davor geschützt, dass es zum Konflikt zwischen den rechtlichen Eltern kommen kann. Im Sinne des Statusprinzips ist ein einmal begründeter Status jedoch sicher, stabil und in seinem Bestand zu wahren.

2. Sekundäre Korrekturmöglichkeiten

In einem fürsorgebasierten Abstammungsrecht hätte auch zukünftig jedes Kind eine Person, die ihm initial als erster Elternteil zugeordnet wird. Die zweite Elternstelle wird im voluntativen Einvernehmen des ersten und des zweiten Elternteils besetzt. Bleibt die zweite Elternstelle frei, kann sie nachträglich besetzt werden – abermals durch Einvernehmen; zudem aber auch durch Elternverantwortung, die faktisch über einen längeren Zeitraum im Einvernehmen mit dem ersten Elternteil erbracht wurde. Eine Person, die über Jahre im Rahmen eines familiären Arrangements mit dem ersten Elternteil substantielle Fürsorgeaufgaben für das Kind übernommen hat, sollte nicht daran gehindert sein, auch statusrechtlicher Elternteil zu werden – im Zweifel mittels eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens und auch gegen den Willen des ersten Elternteils. Dies jedenfalls dann, wenn eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind besteht, die im Sinne des Kindeswohls auch fortgesetzt werden soll.

Denkbar ist und bleibt, dass die leibliche Abstammung als Auffangtatbestand herangezogen wird, um für ein Kind die Elternverantwortung auch für einen zweiten Elternteil begründen zu können. Auch das ist im geltenden § 1592 Nr. 3 BGB schon vorgesehen, dürfte zukünftig aber freilich nicht auf Männer beschränkt bleiben und – wie gezeigt – überhaupt nicht an das Geschlecht der Person oder ihrer Keimzellen anknüpfen.

Die gerichtliche Feststellung eines zweiten Elternteils ist zudem nicht biologistisch, sondern verantwortungsorientiert zu denken. So kommen neben den Personen, mit deren Keimzellen das Kind entstanden ist, auch diejenigen als Verantwortliche qua Verursachungsbeitrag in Betracht, die übereinstimmend mit der gebärenden Person in eine reproduktionsmedizinische Kinderwunschbehandlung eingewilligt haben.

„Nicht die leibliche Elternschaft, sondern die Veranlassung der Zeugung wird in diesen Fällen zur Grundlage der Verantwortung für das Kind.“¹²⁶⁹

Abgesehen von diesen Fällen der nachträglichen Besetzung einer freien zweiten Elternstelle muss das Abstammungsrecht die schwierige Frage beantworten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein einmal begründeter Status nachträglich veränderbar sein soll. Der Status ist als Dauerrechtsverhältnis angelegt, so dass nachträgliche Korrekturmöglichkeiten für die Eltern-Kind-Zuordnung auch in Zukunft minimal gehalten sein sollten. Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass es verfassungswidrig ist, wenn nur der leiblichen Abstammung von einem Mann Bedeutung beigemessen wird. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die leibliche Verbindung zum Kind überhaupt eine Korrekturmöglichkeit der zweiten Elternstelle begründen können sollte. Da die Elternverantwortung und die Fürsorge im Zentrum des Abstammungsstatus stehen, muss der tatsächlich und einvernehmlich erbrachten Fürsorgeleistung eine vorrangige Bedeutung auch auf der Sekundärebene zukommen. Eine Person, die über viele Jahre mit dem Kind in sozial-familiärer Gemeinschaft lebt oder gelebt hat, darf nicht nachträglich von einer nur genetisch verwandten Person aus dem Elternstatus verdrängt werden können.

3. Registerebene

Der Eltern-Kind-Status ist fundamental abhängig von seiner personenstandsregisterlichen Eintragung. Ob und wie eine Person als Elternteil staatlich anerkannt wird, ist insofern doppelt grundrechtsrelevant: einerseits durch die gesetzliche Ausgestaltung des materiellen Abstammungsrechts und andererseits durch das Handeln des Standesamtes als zuständiger Behörde. Hier braucht es zukünftig nicht nur klarere Regeln, sondern in Anbetracht der Grundrechtssensibilität auch eine verwaltungsrechtliche

1269 Duden (2018) Mehr Freiheit wagen im Familienrecht – Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht, S. 101.

Kontrolle des Standesamtes als öffentlicher Behörde. Abgesehen davon verspricht eine Rückbesinnung auf das Statusprinzip auch hier sachgerechte Lösungen, indem der Zugang zu Personenstandskategorien diskriminierungsfrei ermöglicht wird und der Status dann – stabil und klar – generell sowie einheitlich für und gegen alle wirkt.

G. Literaturverzeichnis

- Adamietz, Laura*, Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Adamietz, Laura/Bager, Katharina*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 7, Berlin 2016.
- Adamietz, Laura/Remus, Juana*, Begrifflichkeiten und Bedeutungswandel von Trans- und Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft, in: *Sauer, Arn* (Hrsg.), Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1, Berlin 2015, S. 13–19.
- Almeling, Rene*, What Biological Stories are Americans Telling About the Egg and the Sperm?, A Study Inspired by Emily Martin 30 Years Later, *Gender & Society* 2023, S. 750–773.
- Althoff, Nina/Schabram, Greta/Follmar-Otto, Petra*, Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 8, Berlin 2017.
- Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Köln 2016.
- Arni, Caroline*, Reproduktion und Genealogie: Zum Diskurs über die biologische Substanz, in: *Pethes, Nicolas/Schickanz, Silke/Ahrens, Jörn* (Hrsg.), Sexualität als Experiment. Identität, Lust und Reproduktion zwischen Science und Fiction, Campus Verlag, Frankfurt am Main u.a. 2008, S. 293–309.
- Aubel, Tobias*, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz. Ein Beitrag zur Dogmatik der Leistungsgrundrechte am Beispiel des Art. 6 Abs. 4 GG, Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Auer, Katharina*, Kindeswohl im Fortpflanzungsmedizinrecht. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zum Verbot der heterologen Eizellspende, der Leihmutterschaft und der postmortalen Befruchtung, Duncker & Humblot, Berlin 2024.
- Baer, Susanne*, Hat das Grundgesetz ein Geschlecht? Gender und Verfassungsrecht, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2013, S. 107–118.
- Baer, Susanne*, Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was darf der Staat?, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Paarbeziehung. Was kann, was darf, was will der Staat? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012, S. 35–45.

- Baer, Susanne, Justitia ohne Augenbinde? Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft, in: *Koreuber, Mechthild/Mager, Ute* (Hrsg.), *Recht und Geschlecht. Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz*, Nomos, Baden-Baden 2004, S. 18–33.
- Baer, Susanne, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Nomos, Baden-Baden 1995.
- Baer, Susanne/Elsuni, Sarah, Feministische Rechtstheorien, in: *Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C.* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., J.B. Metzler Verlag, Berlin 2021, S. 296–303.
- Beier, Henning, Die Entdeckung der Eizelle der Säugetiere und der Menschen, *Reproduktionsmedizin* 2002, S. 215–229.
- Berghahn, Sabine, Variationen von Familie und Elternschaft im bundesdeutschen Recht. Entwicklungen zwischen konservativer Beharrlichkeit und „überschießender“ Liberalisierung, in: *Bloemen, Henrike/Bomert, Christiane/Dziuba-Kaiser, Stephanie u.a.* (Hrsg.), *Machtverhältnisse. Kritische Perspektiven auf Geschlecht und Gesellschaft*, Campus Verlag, Frankfurt am Main u.a. 2023, S. 219–248.
- Berkl, Melanie, Personenstandsrecht. Handbuch zu System und Anwendung, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main u.a. 2017 [2015].
- Bernard, Andreas, Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, Samenspender, Leihmütter, Künstliche Befruchtung, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2014.
- Berneike, Christiane, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage. Die Juristinnen der deutschen Frauenbewegung und das Bürgerliche Gesetzbuch, Nomos, Baden-Baden 1995.
- Binder, Sabrina/Kiehnle, Arndt, „Ehe für alle“ – und Frauen als Väter, *NZ Fam* 2017, S. 742–744.
- Bock von Wülfinen, Bettina, Die Familie unter dem Mikroskop. Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Eizelle 1870-1900, Wallstein Verlag, Göttingen 2021.
- Bock von Wülfinen, Bettina, Zeugung, in: *Braun, Christina von/Stephan, Inge* (Hrsg.), *Gender@Wissen. Ein Handbuch der Gender-Theorien*, 3. Aufl., Böhlau Verlag, Stuttgart u.a. 2013.
- Boll, Friederike, Das Geschlecht im Personenstandsrecht: Rechtsstaatskritik in radikal-demokratischer und queerer Perspektive, *KJ* 2015, S. 421–433.
- Boysen, Sigrid, Vergleichbarkeit und „wesentliche Gleichheit“. Zur Entfaltung einer Paradoxie des allgemeinen Gleichheitssatzes, in: *Kempny, Simon/Reimer, Philipp* (Hrsg.), *Gleichheitssatzdogmatik heute. Beiträge und Ergebnisse des Gleichheitsrechtlichen Arbeitsgesprächs vom 3. bis 5. April 2016 in der Fritz-Thyssen-Stiftung*, Köln, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, S. 35–62.
- Braun, Christina von, Blutsbande. Verwandtschaft als Kulturgeschichte, Aufbau, Berlin 2018.
- Britz, Gabriele, Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, *NZ Fam* 2018, S. 289–293.
- Britz, Gabriele, Gleichgeschlechtliche Elternschaft, *StAZ* 2016, S. 8–13.

- Britz, Gabriele*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069–1074.
- Britz, Gabriele*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG. Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, S. 346–351.
- Britz, Gabriele*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung. Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Brock, Ann-Cathrin*, Die Prinzipien des deutschen Abstammungsrechts. Entwicklungsrichtungen und Entwicklungskräfte, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2020.
- Brosius-Gersdorf, Frauke* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I: Präambel, Art. 1-19, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2023 (zitiert: Dreier).
- Brückner, Christoph*, Väterrechte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, FPR 2005, S. 200–204.
- Bundeszentrale für politische Bildung* (Hrsg.), LSBTIQ-Lexikon, Bonn 2018.
- Burgi, Martin*, Elterliches Erziehungsrecht, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band IV. Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte, C.F. Müller, Heidelberg 2011, S. 1279–1311.
- Butler, Judith*, Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity, Routledge, London, New York 1990.
- Chebout, Lucy*, Stiefmütterliche Behandlung. Wie der EGMR in R.F. und andere gegen Deutschland am eigentlichen Problem vorbei entscheidet, VerfBlog, 2024/11/19, <https://verfassungsblog.de/egmr-abstammungsrecht-muetter/>, DOI: 10.59704/d347f0db490a30e (Stand: 31.3.2025).
- Chebout, Lucy*, Es steht ein Pferd auf dem Flur. Warum der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz das Abstammungsrecht für queere Familien schlimmer macht, VerfBlog, 2023/5/23, <https://verfassungsblog.de/pferd-auf-dem-flur/>, DOI: 10.17176/20230523-140327-0 (Stand: 31.3.2025).
- Chebout, Lucy/Sanders, Anne/Valentiner, Dana-Sophia*, Nicht von schlechten Eltern – verfassungswidriges Abstammungsrecht aus Sicht des Kindes, NJW 2022, S. 3694–3700.
- Chebout, Lucy*, Queere Elternschaft im Recht. Über mutige Nodoption-Familien, Party und Protest, STREIT 2021, S. 160–163.
- Chebout, Lucy/Xylander, Benedikt*, Das eheliche Kind und sein zweiter rechtlicher Elternteil – Zur verfassungskonformen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB, NJW 2021, S. 2472–2477.
- Chebout, Lucy*, „Karlsruher Allerlei“ statt Vatertag. Von den Grenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung, VerfBlog, 2016/5/05, <https://verfassungsblog.de/karlsruher-allerlei-statt-vatertag-von-den-grenzen-des-rechts-auf-kenntnis-der-eigenen-abstammung/>, DOI: 10.17176/20160506-094936 (Stand: 31.3.2025).
- Coester, Michael*, Standesbeamter und Eheschließung, StAZ 1996, S. 33–40.
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Die Herausforderungen der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht, FF 2022, S. 279–289.

- Coester-Waltjen, Dagmar, Keine Mit-Mutterschaft der Ehefrau der Mutter, Anmerkung, FamRZ 2018, S. 1922–1923.
- Coester-Waltjen, Dagmar, Besonderheiten im Abstammungsverfahren, JURA 2009, S. 427–431.
- cognitio/F.Ius (Hrsg.), Gender und Recht. Perspektiven aus den Legal Gender Studies, transcript, Bielefeld 2023.
- Cooke, Lucy, Bitch. Ein revolutionärer Blick auf Sex, Evolution und die Macht des Weiblichen im Tierreich, Piper, München 2023.
- Crenshaw, Kimberle, Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review 1991, S. 1241–1299.
- Dahlkamp, Helen, Das Recht auf Zugang zur Elternschaft. Eine rechtsdogmatische und -philosophische Begründung auf supranationaler und nationaler Ebene, Nomos, Baden-Baden 2023.
- Deichfuß, Hermann, Abstammungsrecht und Biologie, C.F. Müller, Heidelberg 1991.
- Deichfuß, Hermann, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutmäßigen (genetischen) Abstammung? Zur Diskussion um die Zulässigkeit der heterologen Insemination, NJW 1988, S. 113–117.
- Dethloff, Nina, Familienrecht. Ein Studienbuch, 33. Aufl., C.H. Beck, München 2022.
- Dethloff, Nina, Reproduktive Autonomie, in: Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute (Hrsg.), Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 229–238.
- Dethloff, Nina, Elternschaft für das von einer Leihmutter geborene Kind – Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen, Anmerkung, JZ 2016, S. 207–211.
- Dethloff, Nina, Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht, ZfF 2016, S. 178–190.
- Dethloff, Nina, Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Ein rechtsvergleichender Überblick, in: Funcke, Dorett/Thorn, Petra (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, transcript, Bielefeld 2010, S. 161–193.
- Dethloff, Nina/Timmermann, Anja, Multiple Elternschaft – Familienrecht und Familienleben im Spannungsverhältnis, in: Bergold, Pia/Buschner, Andrea/Mayer-Lewis, Birgit u.a. (Hrsg.), Familien mit multipler Elternschaft. Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potenziale, Barbara Budrich, 2017, S. 173–194.
- Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, Band 14 Hauptausschuß, Teilband I, 14/I, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 2009.
- Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle, Band 14 Hauptausschuß, Teilband II, 14/II, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 2009.
- Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), Band II/1 Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse). Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, C.H. Beck, München 2017.
- Dionisius, Sarah, Queere Praktiken der Reproduktion, transcript, Bielefeld 2021.

- Dionisius, Sarah, Zwischen trans Empowerment und Cisnormativität, in: *Peukert, Almut/Teschlade, Julia/Wimbauer, Christine u.a.* (Hrsg.), *Elternschaft und Familie jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit*, Barbara Budrich, Opladen 2020, S. 77–91.
- Dölling, Irene, ‚Geschlechter-Wissen‘ – ein nützlicher Begriff für die ‚verstehende‘ Analyse von Vergeschlechtlichungsprozessen?, *Zeitschrift für Frauenforschung & Geschlechterstudien* 2005, S. 44–62.
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2022 (zitiert: *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*).
- Duden, Konrad, Mehr Freiheit wagen im Familienrecht – Freiheit und Verantwortung im Abstammungsrecht, in: *Dutta, Anatol/Heinze, Christian* (Hrsg.), »Mehr Freiheit wagen« – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Mohr Siebeck, Tübingen 2018, S. 89–109.
- Duden, Konrad, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, C.H. Beck, München 2024 (zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz*).
- Dutta, Anatol, Anm. zu AG München Beschl. v. 23.2.2021 – 722 UR III 65/21, *FamRZ* 2021, S. 767–768.
- Dutta, Anatol/Hepting, Reinhard, *Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht*, 3. Aufl., Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main 2019.
- Ebeling, Smilla, Amazonen, Jungfernezeugung, Pseudomännchen und ein feministisches Paradies. Metaphern in evolutionsbiologischen Fortpflanzungstheorien, in: *Schmitz, Sigrid/Ebeling, Smilla* (Hrsg.), *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 75–94.
- Ebeling, Smilla/Schmitz, Sigrid/Bauer, Robin, Tierisch menschlich. Ein un/geliebter Dualismus und seine Wirkungen, in: *Schmitz, Sigrid/Ebeling, Smilla* (Hrsg.), *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 347–362.
- Engelhardt, Hanns, Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder, *NZ Fam* 2017, S. 1042–1047.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz*, 58. Aufl., C.H. Beck, München 2024 (zitiert: *BeckOK Grundgesetz*).
- Ernst, Rüdiger, *Abstammungsrecht – Die Reform ist vorbereitet! Eine tour d'horizon zum Beginn der Legislaturperiode*, *NZ Fam* 2018, S. 443–447.
- Esser, Alexandra, *Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar?* Nomos, Baden-Baden 2021.
- Fangerau, Heiner, *Die Entwicklung des Vaterschaftsgutachtens in der gerichtlichen Medizin/Forensik*, *RdJB* 2016, S. 256–269.
- Fausto-Sterling, Anne, *Gefangene des Geschlechts? Was biologische Theorien über Mann und Frau sagen*, Piper, München 1988.

- Fine, Cordelia*, *Testosterone Rex. Unmaking the Myths of Our Gendered Minds*, Icon Books Ltd., London 2017.
- Firestone, Shulamith*, *Frauenbefreiung und sexuelle Revolution*, Fischer Taschenbuchverlag, Frankfurt am Main 1975.
- FitzGibbon, Scott*, *The Biological Basis for the Recognition of Family*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2012, S. 1–36.
- Fitzpatrick, John L./Willis, Charlotte/Devigili, Alessandro u.a.*, *Chemical signals from eggs facilitate cryptic female choice in humans*, *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences* 2020, <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rspb.2020.0805> (Stand: 31.3.2025).
- Flindt, Jan Ole*, *Gutgläubig gelebte Statusverhältnisse. Vertrauensschutz im deutschen Namens-, Ehe- und Abstammungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Flügge, Sibylla*, *Leihmutterschaft ist kein Menschenrecht*, in: *Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute* (Hrsg.), *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, Nomos, Baden-Baden 2018, S. 239–250.
- Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2012.
- Frank, Rainer*, *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?* *FamRZ* 1988, S. 113–120.
- Fuscaldo, Giuliana*, *Genetic ties: are they morally binding?* *Bioethics* 2006, S. 64–76.
- Gaaz, Berthold/Bornhofen, Heinrich/Lammers, Thomas* (Hrsg.), *Personenstandsgesetz. Handkommentar*, 5. Aufl., Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main u.a. 2020 (zitiert: Gaaz/Bornhofen/Lammers).
- Gaul, Hans Friedhelm*, *Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz*, *FamRZ* 1997, S. 1441–1466.
- Gayk, Magdalena Sophie*, *Vaterschaft und weitere Rechtsprobleme bei heterologer Insemination*, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Gerhard, Ute*, *Für eine andere Gerechtigkeit. Dimensionen feministischer Rechtskritik*, Campus Verlag, Frankfurt am Main u.a. 2018.
- Gerhard, Ute*, *Unerhört. Die Geschichte der deutschen Frauenbewegung*, Rowohlt, Reinbek 1990.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*, *Familienrecht*, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*, *Familienrecht*, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2010.
- Giesen, Dieter*, *Genetische Abstammung und Recht*, *JZ* 1989, S. 364–377.
- Gietl, Andreas*, *Abstammung – Dogmatik einer normativen Kategorie*, 2014, 10.5283/epub.30025 (Stand: 31.3.2025).
- Gildemeister, Regine*, *Doing Gender. Soziale Praktiken der Geschlechterunterscheidung*, in: *Becker, Ruth/Kortendiek, Beate* (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung*, 3. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 137–145.

- Gillers, Shoshana L., A Labor Theory of Legal Parenthood, *The Yale Law Journal* 2001, S. 691–724.
- Gössl, Susanne Lilian, Das dritte Geschlecht, *FF* 2019, S. 298–305.
- Gössl, Susanne Lilian, Abstammung und Geschlecht, *ZRP* 2018, S. 174–177.
- Gössl, Susanne Lilian/Dannecker, Sophie/Schulz, Alix, Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden? *NZFam* 2020, S. 145–150.
- Graumann, Sigrid, Eizellspende – Beitrag zur Selbstbestimmung oder Ausbeutung von Frauen? in: Woopen, Christiane (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizin in Deutschland. Entwicklungen, Fragen, Kontroversen*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2016, S. 62–73.
- Grünberger, Michael, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Nomos, Baden-Baden 2013.
- Grüneberg, Christian (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare. Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. Aufl., C.H. Beck, München 2024 (zitiert: Grüneberg).
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan u.a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR, C.H. Beck, München 2023 (zitiert: BeckOGK).
- Gutmann, Thomas, Mutterschaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung, in: Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung. Was kann, was darf, was will der Staat?* Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016, S. 63–85.
- Haraway, Donna, Situieretes Wissen [1988]. Die Wissenschaftsfrage im Feminismus und das Privileg einer partialen Perspektive, in: Haraway, Donna (Hrsg.), *Die Neuerfindung der Natur. Primaten, Cyborgs und Frauen*, Campus Verlag, Frankfurt am Main 1995, S. 73–97.
- Haraway, Donna, Im Streit um die Natur der Primaten [1983]. Auftritt der Töchter im Feld des Jägers 1960-1980, in: Haraway, Donna (Hrsg.), *Die Neuerfindung der Natur. Primaten, Cyborgs und Frauen*, Campus Verlag, Frankfurt am Main 1995, S. 123–159.
- Hark, Sabine, Heteronormativität revisited. Komplexitäten und Grenzen einer Kategorie, in: Paul, Barbara/Tietz, Lüder (Hrsg.), *Queer as ... – Kritische Heteronormativitätsforschung aus interdisziplinärer Perspektive*, transcript, Bielefeld 2016, S. 53–72.
- Hartmann, Britta, Von der Mutterschaft zur Elternschaft. Zum Reformbedarf des geltenden Abstammungsrechts, Peter Lang, Frankfurt am Main 2020.
- Hartmann, Jutta, Der heteronormative Blick in wissenschaftlichen Diskursen – eine Einführung, in: Hartmann, Jutta/Klesse, Christian/Wagenknecht, Peter u.a. (Hrsg.), *Heteronormativität. Empirische Studien zu Geschlecht, Sexualität und Macht*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 55–60.
- Hassenstein, Bernhard, Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, *FamRZ* 1988, S. 120–123.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 71. Aufl., C.H. Beck, München 2024 (zitiert: BeckOK BGB).
- Heiderhoff, Bettina, Lobgesang auf den biologischen Vater als Störgeräusch, *VerfBlog*, 2024/4/16, <https://verfassungsblog.de/lobgesang-auf-den-biologischen-vater-als-storgeraesch/>, DOI: 10.59704/8b92819a9f428035 (Stand: 31.3.2025).

- Heiderhoff, Bettina*, Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023, S. 9–25.
- Heiderhoff, Bettina*, Kinderrechte – ein Überblick, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018, S. 9–27.
- Heiderhoff, Bettina*, Anmerkung zu § 1600 I Nr. 2 BGB: Vaterschaftsanfechtung durch Samenspende, FamRZ 2013, S. 1212–1214.
- Helms, Tobias*, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2016.
- Helms, Tobias*, Brauchen wir ein drittes Geschlecht? Reformbedarf im deutschen (Familien-)Recht nach Einführung des § 22 Abs. 3 PStG, De Gruyter, Berlin u.a. 2015.
- Helms, Tobias*, Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung. Was kann, was darf, was will der Staat? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014, S. 19–36.
- Helms, Tobias*, Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive, in: *Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A.* (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 105–120.
- Helms, Tobias*, Die Feststellung der biologischen Abstammung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Hepp, Christine*, Kindergrundrechte, Nomos, Baden-Baden 2021.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut* u.a. (Hrsg.), jurisPK-BGB Band 4, 10. Aufl., juris GmbH 2022.
- Heun, Werner*, Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Bockenheimer-Lucius, Gisela/Wendehorst, Christiane/Thorn, Petra* (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown, Universitätsverlag, Göttingen 2008, S. 49–61.
- Hill, John Lawrence*, What Does It Mean to Be a “Parent”? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights [1991], in: *Gilmore, Stephen* (Hrsg.), Parental Rights and Responsibilities, Routledge, London 2017, S. 29–95.
- Hoffmann-Riem, Christa*, Fragmentierte Elternschaft: technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung [1988], in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Pieper, Marianne/Riemann, Gerhard* (Hrsg.), Christa Hoffmann-Riem. Elementare Phänomene der Lebenssituation. Ausschnitte aus einem Jahrzehnt soziologischen Arbeitens, Deutscher Studien Verlag, Weinheim 1994.
- Hoffmeister, Katharina Helena*, Reproduktives Reisen und Elternschaft, Nomos, Baden-Baden 2022.

- Höfiling, Wolfram, Elternrecht, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2009, S. 477–519.
- Hofmann, Peter, Paare in Kinderwunschbehandlung. Eine Ethnografie soziotechnischer Praktiken des Kinderkriegens, De Gruyter Oldenbourg, München, Wien 2023.
- Holler, Kathrin, Die Treuepflicht zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Diplomarbeit, Graz Juli 2010.
- Honegger, Claudia, Die Ordnung der Geschlechter. Die Wissenschaften vom Menschen und das Weib, 1750-1850, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991.
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2024 (zitiert: Mangoldt/Klein/Starck).
- Ipsen, Jörn, Ehe und Familie, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VII: Freiheitsrechte, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2009, S. 431–475.
- Jarass, Hans; Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., C.H. Beck, München 2022 (zitiert: Jarass/Pieroth).
- Jäschke, Moritz L., Vertauschte Keimzellen und Embryonen. Analyse reproduktionsmedizinischer Zwischenfälle: Normkontext, Rechtsfolgen, Regelungsbedarf, Mohr Siebeck, Tübingen 2020.
- Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Mohr, Freiburg i.B. 1892.
- Jestaedt, Matthias, Ehe, Familie und Erziehung, in: *Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf u.a.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, C.H. Beck, München 2021.
- Jestaedt, Matthias, Eltern im Rechtssinne: Identität und Differenz des Eltern-Begriffs von GG und BGB, in: *Hilbig-Lugani, Katharina/Huber, Peter M.* (Hrsg.), Moderne Familienformen. Symposium zum 75. Geburtstag von Michael Coester, De Gruyter, Berlin u.a. 2018, S. 13–35.
- Jestaedt, Matthias, Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Verfassungsrechtliche (Vor-)Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin, in: *Coester-Waltjen, Dagmar/Lipp, Volker/Schumann, Eva u.a.* (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht, Universitätsverlag, Göttingen 2015, S. 23–46.
- Jestaedt, Matthias, Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz. Die Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften als Probestein, in: *Geis, Max-Emanuel/Umbach, Dieter C.* (Hrsg.), Planung – Steuerung – Kontrolle. Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2015, S. 79–98.
- Jofer, Patricia, Regulierung der Reproduktionsmedizin. Fremdsamenspende, Ersatzmutterschaft und Umgang mit überzähligen Embryonen, Nomos, Baden-Baden 2014.
- Jurczyk, Karin/Lange, Andreas/Thiessen, Barbara, Doing Family als neue Perspektive auf Familie. Einleitung, in: *Jurczyk, Karin/Lange, Andreas/Thiessen, Barbara* (Hrsg.), Doing Family. Warum Familienleben heute nicht mehr selbstverständlich ist, Beltz Juventa, Weinheim u.a. 2014, S. 7–47.

- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, C.F. Müller, Heidelberg 2024 (zitiert: BK).
- Kahlert, Heike, Geschlechterwissen. Zur Vielfalt epistemischer Perspektiven auf Geschlechterdifferenz und -hierarchie in der sozialen Praxis, in: Kortendiek, Beate/Riegraf, Birgit/Sabisch, Katja (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Springer VS, Wiesbaden 2019, S. 179–189.
- Kaiser, Dagmar, Die eingetragene Lebenspartnerschaft – Status und Personenstand, StAZ 2006, S. 65–73.
- Kaiser, Dagmar, Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, FamRZ 2017, S. 1889–1899.
- Kallikat, Sinje, Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, Nomos, Baden-Baden 2021.
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C. (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 3. Aufl., C.H. Beck und Helbing & Lichtenhahn, München u.a. 2022 (zitiert: Karpenstein/Mayer).
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian, Römisches Privatrecht, 22. Aufl., C.H. Beck, München 2021.
- Katzorke, Thomas, Entstehung und Entwicklung der Spermienbehandlung in Deutschland, Journal of Reproductive Medicine and Endocrinology 2008, S. 14–20.
- Kaufhold, Ann-Katrin, Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung. Was kann, was darf, was will der Staat? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2016, S. 87–116.
- Kaulbach, Ann-Marie/Pickenhahn, Christiane/Scheliha, Henrike von, Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden? FamRZ 2019, S. 768–773.
- Keller, Evelyn Fox, Das Jahrhundert des Gens, Campus Verlag, Frankfurt am Main 2001.
- Kieck, Annika, Der Schutz individueller Identität als verfassungsrechtliche Aufgabe. Am Beispiel des geschlechtlichen Personenstands, Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- Kiehnle, Arndt, Konkrete Normenkontrolle des § 1592 BGB – ein Plädoyer für die verfassungskonforme Analogie, JR 2022, S. 447–453.
- Kiehnle, Arndt, Zweck, Lücke, Plan: Warum Kinder lesbischer Ehepaare wie Kinder heterosexueller Eheleute zu behandeln sind, JURA 2019, S. 563–574.
- Kindler, Heinz/Walper, Sabine/Lux, Ulrike u.a., Kenntnis der Abstammung bei fragmentierter Elternschaft aus humanwissenschaftlicher Sicht, NZFam 2017, S. 929–935.
- Kingreen, Thorsten, Das gute alte Grundgesetz und wir Nachkonstitutionellen, Der Staat 2020, S. 195–226.
- Klein, Maren, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls. Zugleich ein Beitrag zur grundrechtlichen Erfassung der Verwirklichung des Kinderwunsches mittels Gametenspende sowie hierauf gründender Elternverantwortung, Duncker & Humblot, Berlin 2019.
- Kleineke, Wilhelm, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Universitätsverlag, Göttingen 1976.

- Klöppel, Ulrike, *XX0XY* ungelöst. Hermaphroditismus, Sex und Gender in der deutschen Medizin; eine historische Studie zur Intersexualität, transcript, Bielefeld 2015.
- Kluth, Winfried/Wolff, Heinrich Amadeus/Hömig, Dieter (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar 14. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2025 (zitiert: Hömig/Wolff/Kluth).
- Köppen, Saskia, Samenspende und Register. Analyse und rechtsvergleichende Bewertung, Springer, Berlin u.a. 2020.
- Kriewald, Jessica, Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, Lang, Frankfurt am Main u.a. 2009.
- Krüger-Kirn, Helga, Mütterlichkeit braucht kein Geschlecht. Fürsorge als gesamtgesellschaftliche Herausforderung. Psychosozial-Verlag, Gießen 2024.
- Krüger-Kirn, Helga/Tichy, Leila Zoë (Hrsg.), Elternschaft und Gender Trouble. Geschlechterkritische Perspektiven auf den Wandel der Familie, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2021.
- Kuster, Friederike/Liebsch, Katharina, Einleitung, *feministische studien* 2019, S. 3–12.
- Lamoreaux, Janelle, Beyond the Egg and the Sperm? How Science Has Revised a Romance through Reproductomics, *Science, Technology, & Human Values* 2022, S. 1180–1204.
- Landenberg-Roberg, Michael von, Elternverantwortung im Verfassungsstaat. Rekonstruktion der Grundrechtsdogmatik des Art. 6 Abs. 2 GG, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.
- Lange, Michael, Die Abschaffung der Gene, *Forschung aktuell* v. 8.2.2015, <https://www.deutschlandfunk.de/biologie-die-abschaffung-der-gene-100.html> (Stand: 31.3.2025).
- Laqueur, Thomas Walter, Auf den Leib geschrieben. Die Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud, dtv, München 1996.
- Laufenberg, Mike, Was tun mit der Familie? Für einen queeren Gegenrealismus, in: *Fitsch, Hannah/Greusing, Inka/Kerner, Ina u.a.* (Hrsg.), *Der Welt eine neue Wirklichkeit geben. Feministische und queertheoretische Interventionen*, transcript, Bielefeld 2022, S. 139–148.
- Lauterbach, Wolfgang, Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit, in: *Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A.* (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 191–210.
- Leisner-Egensperger, Anna, Schutz von Ehe, Familie und der Eltern-Kind-Beziehung sowie Gewährleistung des Schulwesens, in: *Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2022.
- Lembke, Ulrike, Familienrecht „ohne Geschlecht“? – Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung!, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), *Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?* Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023, S. 87–196.
- Lesky, Erna, Die Zeugungs- und Vererbungslehren der Antike und ihr Nachwirken, Verlag der Wissenschaften und der Literatur, Mainz 1950.

- Lettmaier, Saskia*, Geschlechtliche Selbstbestimmung und Abstammungsrecht, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), *Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?* Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023, S. 53–86.
- Lewis, Sophie*, *Die Familie abschaffen. Wie wir Care-Arbeit und Verwandtschaft neu erfinden*, S. Fischer, Frankfurt am Main 2023.
- Limbach, Jutta*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen von Ehe und Elternschaft, in: *Nave-Herz, Rosemarie/Markefka, Manfred* (Hrsg.), *Handbuch der Familien- und Jugendforschung. Band I: Familienforschung*, Luchterhand, Neuwied 1989, S. 225–240.
- Lipp, Volker/Röthel, Anne/Windel, Peter A.*, Einführung, in: *Lipp, Volker/Röthel, Anne/Windel, Peter A.* (Hrsg.), *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. V–IX.
- Lipp, Volker/Röthel, Anne/Windel, Peter A.* (Hrsg.), *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Löhnig, Martin*, Ehe für alle – Abstammung für alle? NZFam 2017, S. 643–644.
- Löhnig, Martin/Preisner, Mareike*, Anfechtung der Vaterschaft durch den Samenspende, FamFR 2013, S. 340–343.
- Löhnig, Martin/Preisner, Mareike*, Zur Reichweite des Einflusses der Rechtsprechung des EuGHMR auf das deutsche Kindschaftsrecht, FamRZ 2012, S. 489–496.
- Lorber, Judith*, *Gender-Paradoxien*, 2. Aufl., Leske + Budrich, Opladen 2003 [1995].
- Lueg, Ole*, *Das Kindeswohl als Ausgangspunkt und Grenze der Elternschaft. Eine Untersuchung zur möglichen Gestaltung modernen Rechts der Eltern-Kind-Zuordnung*, Duncker & Humblot, Berlin 2025.
- Maine, Henry Sumner*, *Das alte Recht „Ancient Law“. Sein Zusammenhang mit der Frühgeschichte der Gesellschaft und sein Verhältnis zu modernen Ideen*, Nomos, Baden-Baden 1997.
- Mangold, Anna Katharina*, Rechtskämpfe queerer Menschen in der Bundesrepublik, in: *Bundesstiftung Magnus Hirschfeld* (Hrsg.), *Verfolgung, Widerstand, Selbstbestimmung. Zur Geschichte und Gegenwart queerer Menschen in Deutschland*, Wallstein Verlag, Göttingen 2023, S. 39–58.
- Mangold, Anna Katharina*, Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, Mohr Siebeck, Tübingen 2021.
- Mangold, Anna Katharina/Markwald, Nick/Röhner, Cara*, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 2019.
- Mangold, Anna Katharina/Roßbach, Susanna*, Das Grundrecht auf geschlechtliche Selbstbestimmung, JZ 2023, S. 756–767.
- Mangold, Katharina/Schröder, Julia*, „Ganz normal und doch immer besonders“ – Kategorisierungsarbeit queerer Familien, in: *Peukert, Almut/Teschlade, Julia/Wimbauer, Christine u.a.* (Hrsg.), *Elternschaft und Familie jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit*, Barbara Budrich, Opladen 2020, S. 124–140.
- Mansees, Norbert*, Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, NJW 1988, S. 2984–2987.

- Margaria, Alice*, The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Markard, Nora*, Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, in: *Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad* (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Mohr Siebeck, Tübingen 2022, S. 261–301.
- Martin, Emily*, The Egg and the Sperm. How Science has Constructed a Romance Based on Stereotypical Male-Female-Roles, *Signs* 1991, S. 485–501.
- Masing, Johannes*, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: *Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf u.a.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, C.H. Beck, München 2021.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., C.H. Beck, München 2020.
- Maurer, Margarete*, Sexualdimorphismus. Geschlechtskonstruktion und Hirnforschung, in: *Pasero, Ursula/Gottburgsen, Anja* (Hrsg.), Wie natürlich ist Geschlecht? Gender und die Konstruktion von Natur und Technik, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002, S. 65–108.
- Maurer, Sophia*, Drei-Eltern-Kinder. Die Bewertung von Mitochondrien-Austausch-Techniken im deutschen Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2020.
- Meyer, Petra*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, *Nomos*, Baden-Baden 2005.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan* (Hrsg.), EMRK, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2023 (zitiert: *NomosHandkommentar EMRK*).
- Michael, Lothar*, Die verfassungswandelnde Gewalt, *RW* 2014, S. 426–480.
- Moes, Christoph*, Die abstammungsrechtliche Zuordnung der Elternschaft in den Ehen zweier Frauen, *NJW* 2021, S. 3359–3364.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band IV. Familienrecht.
- Mückl, Stephan*, Ehe und Familie, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band VI/1. Europäische Grundrechte I, C.F. Müller, Heidelberg 2010, S. 191–216.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip/Kämmerer, Jörn Axel u.a.* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2021 (zitiert: *Münch-Kunig*).
- Muscheler, Karlheinz*, Familienrecht, 4. Aufl., Vahlen, München 2017.
- Muscheler, Karlheinz*, Stieffamilie, Status und Personenstand, *StAZ* 2006, S. 189–199.
- Nave-Herz, Rosemarie*, Eine kleine Geschichte des soziologischen Familienbegriffs, *NZFam* 2018, S. 1057–1062.
- Neßmann, Florina*, Transidentität im System der Grund- und Menschenrechte, Universitätsverlag. Göttingen, 2022.
- Nettleton, Pamela Hill*, Brave Sperm and Demure Eggs: Fallopian Gender Politics on YouTube, *Feminist Formations* 27 2015, S. 25–45.

- Niedenthal, Katrin, Rechtliche Wege zur Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt, in: Groß, Melanie/Niedenthal, Katrin (Hrsg.), *Geschlecht: divers. Die »Dritte Option« im Personenstandsgesetz. Perspektiven für die Soziale Arbeit*, transcript, Bielefeld 2021, S. 27–44.
- O'Brien, Mary, Die Dialektik der Reproduktion, in: Dölling, Irene/Krais, Beate (Hrsg.), *Ein alltägliches Spiel. Geschlechterkonstruktion in der sozialen Praxis*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, S. 75–103.
- Okin, Susan Moller, *Justice, gender, and the family*, Basic Books, New York 1989.
- Orland, Barbara/Rössler, Mechtild, Women in Science – Gender and Science. Ansätze feministischer Naturwissenschaftskritik im Überblick, in: Orland, Barbara/Scheich, Elvira (Hrsg.), *Das Geschlecht der Natur. Feministische Beiträge zur Geschichte und Theorie der Naturwissenschaften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, S. 13–63.
- Orland, Barbara/Scheich, Elvira (Hrsg.), *Das Geschlecht der Natur. Feministische Beiträge zur Geschichte und Theorie der Naturwissenschaften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995.
- Ostner, Ilona/Schumann, Eva, Steuerung der Familie durch Recht? in: Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 289–315.
- Palm, Kerstin, Biologie: Materielle Dimensionen von Geschlecht in biologisch-kritischer Perspektive, in: Kortendiek, Beate/Riegraf, Birgit/Sabisch, Katja (Hrsg.), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden 2019, S. 729–739.
- Pasero, Ursula/Gottburgsen, Anja (Hrsg.), *Wie natürlich ist Geschlecht? Gender und die Konstruktion von Natur und Technik*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002.
- Pauli, Edda E., *Der sogenannte biologische Vater*, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Payandeh, Mehrdad, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Völkerrechtsfreundlichkeit in Deutschland, *ZaöRV* 2023, S. 609–628.
- Perler, Laura, *Selektioniertes Leben. Eine feministische Perspektive auf die Eizellenspende*, edition assemblage, Münster 2022.
- Peschel-Gutzeit, Lore Maria, Die geschichtliche Entwicklung der Vaterstellung im deutschen Recht seit 1900, *FPR* 2005, S. 167–172.
- Pieper, Marianne/Riemann, Gerhard, Einleitung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Pieper, Marianne/Riemann, Gerhard (Hrsg.), *Christa Hoffmann-Riem. Elementare Phänomene der Lebenssituation. Ausschnitte aus einem Jahrzehnt soziologischen Arbeitens*, Deutscher Studien Verlag, Weinheim 1994.
- Planck, Gottlieb, Familienrecht. T. 2. Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, De Gruyter, Berlin 1983 [1876 - 1887].
- Plett, Konstanze, Das unterschätzte Familienrecht (2004). Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht, in: Plett, Konstanze/Hulverscheidt, Marion (Hrsg.), *Geschlechterrecht. Aufsätze zu Recht und Geschlecht – vom Tabu der Intersexualität zur Dritten Option*, transcript, Bielefeld 2021, S. 125–138.

- Plett, Konstanze, Intersexuelle — gefangen zwischen Recht und Medizin, in: *Koher, Frauke/Pühl, Katharina* (Hrsg.), *Gewalt und Geschlecht. Konstruktionen, Positionen, Praxen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2003, S. 21–41.
- Plötz, Kirsten, „... in ständiger Angst ...“. Eine historische Studie über rechtliche Folgen einer Scheidung für Mütter mit lesbischen Beziehungen und ihre Kinder in Westdeutschland unter besonderer Berücksichtigung von Rheinland-Pfalz (1946 bis 2000). Forschungsbericht im Auftrag des Instituts für Zeitgeschichte München–Berlin und der Bundesstiftung Magnus Hirschfeld, 2021.
- Pollak, Reinhard, Status, sozialer, in: *Kopp, Johannes/Steinbach, Anja* (Hrsg.), *Grundbegriffe der Soziologie*, 13. Aufl., Springer VS, Wiesbaden 2024, S. 493–495.
- Possinger, Johanna, Familie: Wandel und Persistenz von Geschlecht in der Institution Familie, in: *Kortendiek, Beate/Riegraf, Birgit/Sabisch, Katja* (Hrsg.), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Springer VS, Wiesbaden 2019, S. 1281–1290.
- Preisner, Mareike, Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft. Ein Beitrag zur gegenwärtigen Dogmatik des Familienrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Rauscher, Thomas, Anerkennung zweier Väter kraft kalifornischer Leihmuttervereinbarung, JR 2016, S. 97–105.
- Reinke, Mathias, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, Duncker & Humblot, Berlin 2008.
- Remus, Juana/Liebscher, Doris, Wohnst du noch bei oder sorgst du schon mit? Das Recht des Samenspenders zur Anfechtung der Vaterschaft, NJW 2013, S. 2558–2561.
- Reuß, Philipp, Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Zur Elternschaft gleichgeschlechtlicher weiblicher Paare und zu den Vorlagebeschlüssen des OLG Celle und des KG, FamRZ 2021, S. 824–829.
- Reuß, Philipp, Theorie eines Elternschaftsrechts, Duncker & Humblot, Berlin 2018.
- Richarz, Theresa Anna, Rechtliche Elternschaft jenseits der Geschlechternorm, RdJB 2019, S. 53–75.
- Richarz, Theresa Anna, The state's hands in our underpants. Rechtliche Regulierung von Reproduktion in Deutschland, in: *Fröhlich, Marie/Schütz, Ronja/Wolf, Katharina* (Hrsg.), *Politiken der Reproduktion. Umkämpfte Forschungsperspektiven und Praxisfelder*, transcript, Bielefeld 2022, S. 47–67.
- Richarz, Theresa Anna/Mangold, Katharina, Zwei-Mutterschaft vs. Heteronormatives Recht. Diskussion der Stiefkindadoption als Modus der Herstellung von Familie gleichgeschlechtlicher Paare, in: *Krüger-Kirn, Helga/Tichy, Leila Zoë* (Hrsg.), *Elternschaft und Gender Trouble. Geschlechterkritische Perspektiven auf den Wandel der Familie*, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2021, S. 57–68.
- Richarz, Theresa Anna/Sanders, Anne, Trans Rights in Germany, in: *Jaramillo, Isabel C./Carlson, Laura* (Hrsg.), *Trans Rights and Wrongs. A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Springer, Cham 2021, S. 279–303.
- Riegel, Christine, Familie jenseits der heterosexuellen und zweigeschlechtlichen Norm, in: *Schondelmayer, Anne-Christin/Riegel, Christine/Fitz-Klausner, Sebastian* (Hrsg.), *Familie und Normalität*, Barbara Budrich, Opladen 2020, S. 95–112.
- Roig, Emilia, Das Ende der Ehe, Für eine Revolution der Liebe, Ullstein, Berlin 2023.

- Roßbach, Susanna*, Das personenstandsrechtliche Geschlecht. Zu Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Geschlechtseintrags in den Personenstandsregistern, Mohr Siebeck, Tübingen 2025.
- Roßbach, Susanna*, Ein Regenbogen an Begriffen: Das Vokabular rund um sexuelle und geschlechtliche Vielfalt, djbZ 2023, S. 1–3.
- Röthel, Anne*, Natur als Normbegründung. Familienrechtliche Fallstudien und Folgerungen, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023, S. 197–230.
- Röthel, Anne*, Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: *Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung. Was kann, was darf, was will der Staat? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014, S. 89–117.
- Röthel, Anne*, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: *Lipp, Volker/Röthel, Anne/Windel, Peter A.* (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 85–120.
- Röthel, Anne*, Lebensformen – Status – Personenstand: rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, StAZ 2006, S. 34–42.
- Röwekamp, Marion*, Die ersten deutschen Juristinnen. Eine Geschichte ihrer Professionalisierung und Emanzipation (1900 - 1945), Böhlau Verlag, Köln u.a. 2011.
- Rudolf, Beate* (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung, Wallstein Verlag, Göttingen 2009.
- Rupp, Marina*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, Bundesanzeiger-Verlag, Köln 2009.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2021 (zitiert: Sachs).
- Sachs, Michael*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 2010, S. 839–934.
- Sachs, Michael*, Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz, Vahlen, München 1987.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut u.a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2024 (zitiert: MüKoBGB).
- Sacksofsky, Ute*, Gleichheitsrechte, in: *Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf u.a.* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive, C.H. Beck, München 2021.
- Sacksofsky, Ute*, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: *Bußmann, Hadumod/Hof, Renate* (Hrsg.), Genus. Geschlechterforschung / Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften. Ein Handbuch, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 2012, S. 402–443.

- Sacksofsky, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1996.
- Sanders, Anne, Wunschkinder. Wunscheltern und das Grundgesetz, FF 2021, S. 341–349.
- Sanders, Anne, Mehrelternschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Savigny, Friedrich Carl von, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Veit, Berlin 1840.
- Schaffarzik, Bert, Die Standesämter und ihre weisungsfreien Weisungsaufgaben: Eine *contradictio in adiecto*? DÖV 2009, S. 899–903.
- Scheiwe, Kirsten, Familie, Gesellschaft und Familienrecht, in: *Ecarius, Jutta/Schierbaum, Anja* (Hrsg.), Handbuch Familie. Band I: Gesellschaft, Familienbeziehungen und differentielle Felder, 2. Aufl., Springer VS, Wiesbaden 2022, S. 285–303.
- Scheliha, Henrike von, Familiäre Autonomie und autonome Familie. Die Selbstbestimmung bei der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung im deutsch-französischen Vergleich, Nomos, Baden-Baden 2019.
- Schmahl, Stefanie, Nationale Grundrechte und Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2022.
- Schmahl, Stefanie (Hrsg.), Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2017 (zitiert: NomosKommentar Kinderrechtskonvention).
- Schmidt, Christopher, Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB auf Co-Mütter? NZFam 2017, S. 832–834.
- Schmidt, Kirsten, Was sind Gene nicht? Über die Grenzen des biologischen Essentialismus, transcript, Bielefeld 2014.
- Schmitz, Sigrid, Entweder — Oder? Zum Umgang mit binären Kategorien, in: *Schmitz, Sigrid/Ebeling, Smilla* (Hrsg.), Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 331–346.
- Schmitz, Sigrid/Ebeling, Smilla (Hrsg.), Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006.
- Schneider, Ingrid, Gesellschaftliche Umgangsweisen mit Keimzellen. Regulation zwischen Gabe, Verkauf und Unveräußerlichkeit, in: *Graumann, Sigrid/Schneider, Ingrid* (Hrsg.), Verkörperte Technik – entkörperte Frau. Biopolitik und Geschlecht, Campus Verlag, Frankfurt am Main 2003, S. 41–65.
- Schröder, Hannelore, Die Frau ist frei geboren. Texte zur Frauenemanzipation, Bd. I: 1789–1870, C.H. Beck, München 1979.
- Schrupp, Antje, Reproduktive Freiheit. Eine feministische Ethik der Fortpflanzung, UNRAST Verlag, Münster 2022.
- Schrupp, Antje, Schwangerwerdenkönnen. Essay über Körper, Geschlecht und Politik, Ulrike Helmer Verlag, Roßdorf bei Darmstadt 2019.

- Schubert, Werner*, Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichteheichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts, Schöningh, Paderborn u.a. 1986.
- Schuchmann, Inga*, Geschlecht im Sexualstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen und Reformbedarf, in: *Januszkiewicz, Magdalena/Post, Alina/Riegel, Alexander u.a.* (Hrsg.), Geschlechterfragen im Recht. Interdisziplinäre Überlegungen, Springer, Berlin u.a. 2021, S. 91–120.
- Schulz, Alix*, Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2024.
- Schulze, Pia Maria*, Das deutsche Kindschafts- und Abstammungsrecht und die Rechtsprechung des EGMR, Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.
- Schwab, Dieter*, Was ist und bedeutet Familie? FF 2022, S. 53–62.
- Schwab, Dieter*, Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie, in: *Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A.* (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 41–56.
- Schwab, Dieter*, Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung. Eine Wanderung auf den Pfaden des Bundesverfassungsgerichts, in: *Manssen, Gerrit/Jachmann-Michel, Monika/Gröpl, Christoph* (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, Boorberg, Stuttgart u.a. 2009, S. 758–777.
- Schwab, Dieter*, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: *Gerhard, Ute* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, C.H. Beck, München 1997, S. 790–827.
- Schwenzer, Ingeborg*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RebelsZ* 2007, S. 705–728.
- Schwenzer, Ingeborg*, Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel, Nomos, Baden-Baden 1987.
- Schwenzer, Ingeborg/Dimsey, Mariel*, Model family code. From a global perspective, Intersentia, Antwerpen 2006.
- Scott, Rosamund*, Egg-sharing, motivation and consent, in: *Golombok, Susan/Scott, Rosamund/Appleby, John B. u.a.* (Hrsg.), Regulating Reproductive Donation, Cambridge University Press, Cambridge 2016, S. 259–290.
- Sehl, Markus*, Was will der Gesetzgeber? Nomos, Baden-Baden 2018.
- Seiler, Christian*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Siegfried, Dirk*, Notarielle Amtspflichten bei Zeugung im Wege der Bechermethode, *FamRZ* 2019, S. 1979–1980.
- Siegfried, Dirk*, Kinder vom anderen Ufer, *FPR* 2005, S. 120–122.
- Simitis, Spiros*, Familienrecht, in: *Simon, Dieter* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, S. 390–448.

- Sinder, Rike*, Der Schutzbereich des verfassungsrechtlichen Mutterschutzes. Zum Potential einer Begrenzung von Art. 6 Abs. 4 GG auf eine Trias der Körperlichkeit, *Der Staat* 2021, S. 523–546.
- Sitter, Sophie Catherine*, Grenzüberschreitende Leihmutterchaft. Eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA, Duncker & Humblot, Berlin 2017.
- Spahn, Annika*, Heteronormative Biopolitik und die Verhinderung von trans Schwangerschaften, in: *Appenroth, Max Nicolai/Castro Varela, María do Mar* (Hrsg.), *Trans & Care. Trans Personen zwischen Selbstsorge, Fürsorge und Versorgung*, transcript, Bielefeld 2019, S. 167–185.
- Spangenberg, Ulrike*, Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung, Nomos, Baden-Baden 2013.
- Spangenberg, Ulrike/Wersig, Maria* (Hrsg.), *Geschlechtergerechtigkeit steuern. Perspektivenwechsel im Steuerrecht*, Nomos, Baden-Baden 2013.
- Statistisches Bundesamt/Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung/Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung*, Datenreport 2021. Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, 2021.
- Steiner, Udo*, Schutz von Ehe und Familie, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band IV. Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte*, C.F. Müller, Heidelberg 2011, S. 1249–1278.
- Stelkens, Ulrich/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2018 (zitiert: Stelkens/Bonk/Sachs).
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2024 (zitiert: Stern/Becker).
- Stoll, Jennifer*, Becoming trans* parents, in: *Peukert, Almut/Teschlade, Julia/Wimbauer, Christine u.a.* (Hrsg.), *Elternschaft und Familie jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit*, Barbara Budrich, Opladen 2020, S. 92–107.
- Straub, Christine Marlene*, Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Swennen, Frederik*, Motherhoods and the Law, in: *Willekens, Harry/Scheiwe, Kirsten/Richarz, Theresa u.a.* (Hrsg.), *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag, Göttingen 2019, S. 101–118.
- Swennen, Frederik/Croce, Mariano*, Family (Law) Assemblages. New Modes of Being (Legal), *Journal of Law and Society* 2017, S. 532–558.
- Taupitz, Jochen*, Rechtliche Regelung der Fortpflanzungsmedizin, in: *Beier, Katharina/Brügge, Claudia/Thorn, Petra u.a.* (Hrsg.), *Assistierte Reproduktion mit Hilfe Dritter*, Springer, Berlin u.a. 2020.
- Teschlade, Julia/Peukert, Almut/Wimbauer, Christine u.a.*, Einleitung, in: *Peukert, Almut/Teschlade, Julia/Wimbauer, Christine u.a.* (Hrsg.), *Elternschaft und Familie jenseits von Heteronormativität und Zweigeschlechtlichkeit*, Barbara Budrich, Opladen 2020, S. 9–27.

- Theilen, Jens T., Intersexualität bleibt unsichtbar, StAZ 2016, S. 295–300.
- Tuana, Nancy, Der schwächere Samen. Androzentrismus in der Aristotelischen Zeugungstheorie und der Galenschen Anatomie, in: *Orland, Barbara/Scheich, Elvira* (Hrsg.), Das Geschlecht der Natur. Feministische Beiträge zur Geschichte und Theorie der Naturwissenschaften, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995, S. 203–223.
- Valentiner, Dana-Sophia, Geschlecht und Recht. Aktuelle Debatten, Perspektiven und Methoden der Legal Gender Studies, JuS 2022, S. 1094–1098.
- van den Broeck, U./Vandermeeren, M./Vanderschueren, D. u.a., A systematic review of sperm donors: demographic characteristics, attitudes, motives and experiences of the process of sperm donation, Hum Reprod Update 2013, S. 37–51.
- Vaskovics, Laszlo A., Segmentierung und Multiplikation der Elternschaft und Kind-schaft: ein Dilemma für die Rechtsregelung? RdJB 2016, S. 194–209.
- Vaskovics, Laszlo A., Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Elternkonstellationen, in: *Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A.* (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 11–40.
- Vienne, Florence, Vom Samentier zur Samenzelle: Die Neudeutung der Zeugung im 19. Jahrhundert, Berichte zur Wissenschaftsgeschichte 2009, S. 215–229.
- Villa, Paula-Irene, Bodies matter. Zur Materialität und Relevanz von (Geschlechts-)Körpern, in: *Rendtorff, Barbara/Mahs, Claudia/Warmuth, Anne-Dorothee* (Hrsg.), Geschlechterverwirrungen. Was wir wissen, was wir glauben und was nicht stimmt, Campus Verlag, Frankfurt am Main u.a. 2020, S. 145–151.
- Villa, Paula-Irene, Sexy Bodies. Eine soziologische Reise durch den Geschlechtskörper, 3. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006.
- Vollersen, Nicolas Uwe, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Völzmann, Berit, Postgender im Recht? Zur Kategorie »Geschlecht« im Personenstandsrecht, JZ 2019, S. 381–390.
- Voß, Heinz-Jürgen, Making Sex Revisited. Dekonstruktion des Geschlechts aus biologisch-medizinischer Perspektive, transcript, Bielefeld 2015.
- Voßkuhle, Andreas, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel? Der Staat 2004, S. 450–459.
- Wagenknecht, Peter, Was ist Heteronormativität? Zu Geschichte und Gehalt des Begriffs, in: *Hartmann, Jutta/Klesse, Christian/Wagenknecht, Peter u.a.* (Hrsg.), Heteronormativität. Empirische Studien zu Geschlecht, Sexualität und Macht, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 17–34.
- Waldby, Catherine/Cooper, Melinda, Biopolitik der Reproduktion. Postfordistische Biotechnologien und die klinische Arbeit von Frauen, in: *Kitchen Politics* (Hrsg.), Sie nennen es Leben, wir nennen es Arbeit. Biotechnologie, Reproduktion und Familie im 21. Jahrhundert, edition assemblage, Münster 2021, S. 19–48.

- Walper, Sabine/Wendt, Eva-Verena, Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz, Adoption, Samenspende und frühe Vaterabwesenheit nach Trennung der Eltern, in: Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A. (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog, Barbara Budrich, Opladen u.a. 2011, S. 211–237.
- Wanitzek, Ulrike, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Gieseking, Bielefeld 2002.
- Wapler, Friederike, Familie als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Wonneberger, Astrid/Weidtmann, Katja/Stelzig-Willutzki, Sabina (Hrsg.), Familienwissenschaft: Grundlagen und Überblick, Springer VS, Wiesbaden 2018, S. 385–415.
- Wapler, Friederike, Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe für den Gesetzgeber? in: Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018, S. 45–73.
- Wapler, Friederike, Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 6. September 2017, XII ZB 660/14, FamRZ 2017, S. 1861–1862.
- Wapler, Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Wapler, Friederike, Familie und Familienschutz im Wandel – zur Entwicklung des Familienbegriffs im öffentlichen Recht, RW 2014, S. 57–87.
- Wellenhofer, Marina, Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht, in: Röthel, Anne/Heiderhoff, Bettina (Hrsg.), Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie? Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023, S. 27–51.
- Weller, Marc-Philippe/Ditzen, Beate/Schulz, Alix u.a., Elternschaft im Wandel: From status to contract? AcP 2021, S. 765–808.
- Wersig, Maria, Der lange Schatten der Hausfrauenehe. Zur Reformresistenz des Ehegattensplittings, Barbara Budrich-Esser, Leverkusen-Opladen 2013.
- Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg u.a. (Hrsg.), BGB, Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdhaftG, VBVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR, 16. Aufl., Otto Schmidt, Köln 2020 (zitiert: Erman).
- Wetterer, Angelika, Konstruktion von Geschlecht. Reproduktionsweisen der Zweigeschlechtlichkeit, in: Becker, Ruth/Kortendiek, Beate (Hrsg.), Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung, 3. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 126–136.
- Wheatley, Alison, Danish sperm donors and the ethics of donation and selection, Med Health Care Philos 2018, S. 227–238.
- Wilkinson, Stephen, Gamete donor motives, payment and child welfare, in: Golombok, Susan/Scott, Rosamund/Appleyby, John B. u.a. (Hrsg.), Regulating Reproductive Donation, Cambridge University Press, Cambridge 2016, S. 232–258.
- Willekens, Harry, Alle Elternschaft ist sozial, RdJB 2016, S. 130–135.
- Windel, Peter A., Status und Realbeziehung, in: Lipp, Volker/Röthel, Anne/Windel, Peter A. (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 1–51.

- Windel, Peter A., Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme, StAZ 2006, S. 125–133.
- Wismeyer, Thomas, Der »Wille des Gesetzgebers«. Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, S. 957–966.
- Wollenschläger, Ferdinand/Coester-Waltjen, Dagmar, Ehe für Alle. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, Mohr Siebeck, Tübingen 2018.
- Woltersdorff, Volker, Heteronormativitätskritik: Ein Konzept zur kritischen Erforschung der Normalisierung von Geschlecht und Sexualität, in: Kortendiek, Beate/Riegraf, Birgit/Sabisch, Katja (Hrsg.), Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung, Springer VS, Wiesbaden 2019, S. 323–330.
- Zéev, Wilhelm Falk, Status und Kontrakt im Familienrecht, FamRZ 1995, S. 1251–1254.
- Zöller, Richard (Hrsg.), Zivilprozessordnung: ZPO, 35. Aufl., Otto Schmidt, Köln 2024 (zitiert: Zöller).