

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-Konstellations 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 abgegeben, 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 uneiigen Zwillingen, vgl. BVerfG Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 18.8.2010 – 1 BvR 811/09 *Vaterschaftsfeststellung bei uneiigen 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 Matritzen weitergegeben, die aus Nukleinsäuren bestehen, die sich mit Hilfe von Enzymen selbst kopieren. Diese Matritzen 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) Verarbeitungstau 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“ vermittle; 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 Verantwortung(sbereitschaft) 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-unterhaltsvorschuss-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 Samenspender 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 Samenspender 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 Spender*innen Elternverantwortung für die aus ihrer Spende entstehenden Kinder übernehmen wollten. Vielmehr sind für kommerzielle Spender*innen 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.

