

Einleitung

I. Problemstellung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Gang der Argumentation

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

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

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

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

1. Leibliche Abstammung

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

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

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

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

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

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

2. Geschlecht

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

-
- 16 In diesem Zusammenhang ist oftmals von „Regenbogenfamilien“ die Rede. Die Bezeichnung wird in familienrechtlichen Zusammenhängen jedoch oftmals auch verwendet, um ein Arrangement kenntlich zu machen, in dem sich ein schwules und ein lesbisches Paar zusammentun und eine gemeinsame Familie gründen. Um diese Engführung zu vermeiden, wird im Folgenden von queeren Familien gesprochen, die das gesamte Spektrum queerer Elternschaft abbilden sollen.
- 17 Das Adjektiv „trans“ verwenden Person, „die sich nicht oder nicht nur mit dem Geschlecht identifizieren, das ihnen bei Geburt zugewiesen wurde.“ Die Schreibweise mit Sternchen (trans*) verweist auf „eine Vielzahl möglicher Endungen, wie z.B. transgeschlechtlich, transsexuell, transident oder transgender“, vgl. <https://www.transinterqueer.org/themen/trans/> (31.3.2025). In der vorliegenden Arbeit wird „trans“ in der Schreibweise ohne Sternchen benutzt, gleichwohl verstanden als Oberbegriff für umfassende und nicht exklusiv gedachte Möglichkeiten der Geschlechtsidentität. Dazu auch *Rofsbach* Ein Regenbogen an Begriffen: Das Vokabular rund um sexuelle und geschlechtliche Vielfalt, djbZ 2023, I, S. 2.
- 18 Das Adjektiv „inter“ (auch: inter* oder intergeschlechtlich) wird als Oberbegriff verwendet für „Personen, die mit körperlichen Merkmalen geboren wurden, die nicht den traditionellen Vorstellungen von weiblichen oder männlichen Körpern entsprechen“, ebd. Das kann „alle Variationen, die von traditionellen Geschlechtervorstellungen abweichen“ umfassen und „etwa die Geschlechtsorgane, die Hormonproduktion oder den Chromosomensatz betreffen. Intergeschlechtlichkeit kann bereits bei der Geburt, erst später im Leben oder manchmal auch überhaupt nicht sichtbar werden“, ebd.
- 19 Die Bezeichnung „nichtbinär“ kann eine Geschlechtsidentität bezeichnen oder gerade auch die Verweigerung ausdrücken, sich überhaupt in der eigenen geschlechtlichen Identität verorten zu lassen. Nichtbinäre Personen „können ‚sowohl Mann als auch Frau‘, ‚weder Mann noch Frau‘, genderfluid (Personen, deren Geschlechtsidentität sich verschiebt oder flexibel verändert, statt anhaltend gleich zu bleiben) und vieles mehr sein“, <https://www.transinterqueer.org/themen/nicht-binaer/> (31.3.2025).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Einordnung der Perspektive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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