

RAUE Potsdamer Platz 1 | 10785 Berlin

Bundesverfassungsgericht
- Erster Senat -
Schloßbezirk 3
76131 Karlsruhe

RAUE

Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Rechtsanwältinnen mbB

Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

www.raue.com

Verfassungsbeschwerde

des Kindes Mischa ... ,
vertreten durch die Mutter als gesetzliche Vertreterin,
...

– **Verfassungsbeschwerdeführerin zu 1** –

der Frau ... ,
...

– **Verfassungsbeschwerdeführerin zu 2** –

und der Frau ... ,
...

– **Verfassungsbeschwerdeführerin zu 3** –

Verfahrensbevollmächtigte

Raue Partnerschaft von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen mbB,
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. (Oxford), ...

Datum: 5. September 2022
Unser Zeichen: R-1059-20

Lucy Chebout
Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.
Dr. Dana-Sophia Valentiner

Sekretariat: Heike Merten
T +49 30 818 550 315
F +49 30 818 550 108

lucy.chebout@raue.com
anne.sanders@uni-bielefeld.de
valentiner@hsu-hh.de

Sitz der Gesellschaft:
Berlin, AG Charlottenburg PR 1363 B

Dr. Dana-Sophia Valentiner, ...

Namens und in Vollmacht der Verfassungsbeschwerdeführerinnen (**Anlagen VB 1, VB 2 und VB 3**) erheben wir

Verfassungsbeschwerde

gegen

1. den Beschluss des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg (Familiengericht) vom 15. März 2021 - 142 F 9899/20 (**Anlage VB 4**),
2. den Beschluss des Kammergerichts vom 26. Juli 2022 - 3 UF 30/21, zugestellt am 8. August 2022 (**Anlage VB 5**),

sowie mittelbar gegen § 1592 Nr. 1 BGB.

Wir rügen die Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführerinnen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 1 GG, aus Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1 GG sowie die Verletzung von Menschenrechten der Beschwerdeführerinnen aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK.

Wir bitten, die Verfassungsbeschwerde bis zur Entscheidung über die Anhörungsrüge im Allgemeinen Register einzutragen. Sobald der Beschluss vorliegt, werden wir ihn übersenden.

Inhaltsverzeichnis

A. Vorbemerkung	6
B. Sachverhalt und Verfahrensverlauf	8
I. Sachverhalt	8
II. Verfahrensverlauf	9
1. Verfahren vor dem Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg	9
2. Verfahren vor dem Kammergericht	11
C. Rechtliche Ausführungen	13
I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde	13
1. Fristgerechte Erhebung der Verfassungsbeschwerde	13
2. Beschwerdegegenstand	14
3. Beschwerdeberechtigung	14
4. Beschwerdebefugnis	14
a) Grundrechtsverletzungen	14
b) Beschwer	15
aa) Selbstbetroffenheit	15
bb) Gegenwärtige Beschwer	15
cc) Unmittelbare Beschwer	15
5. Rechtswegerschöpfung und materielle Subsidiarität	16
II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde	17
1. Rechtslage	17
a) Gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung (Primärebene)	17
b) Korrekturmöglichkeiten (Sekundärebene)	18
aa) Anfechtung der Vaterschaft	18
bb) Besonderheiten im Fall der Samenspende	19
cc) Adoption als sekundäre Korrekturmöglichkeit	19
c) Statusprinzip bei der Eltern-Kind-Zuordnung	20
d) Gesetzeslücken im Abstammungsrecht nach der „Ehe für alle“ und der „Dritten Option“	20
e) Verfassungsrechtlicher Klärungsbedarf	21
2. Grundrechtsverletzungen des Kindes	22
a) Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung	22
aa) Eingriff in den Schutzbereich	22
(1) Schutzbereich	23
(2) Eingriff	24
bb) Keine Rechtfertigung	25
(1) Grundsätzlicher Gestaltungsspielraum	25

(2)	Ermöglichungsverpflichtung für eheliche Herkunftsfamilie _____	26
(a)	Zuordnung zum Initiativelternteil _____	27
(b)	Keine Elternbereitschaft des Samenspenders _____	28
(c)	Keine angemessene Absicherung auf anderem Wege _____	30
b)	Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz _____	31
aa)	Ungleichbehandlung _____	32
bb)	Strenger Prüfungsmaßstab _____	32
(1)	Persönlichkeitsrelevante Grundrechtsdimensionen betroffen _____	33
(2)	Ungleichbehandlung knüpft an Merkmale an, die das Kind nicht beeinflussen kann _____	35
(3)	Nähe zu den Merkmalen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG _____	36
(4)	Berücksichtigung der Wertentscheidung aus Art. 6 Abs. 1 GG _____	37
cc)	Keine Rechtfertigung _____	38
(1)	Keine entgegenstehenden Verfassungsgüter _____	38
(a)	Grundrechte des Kindes _____	38
(b)	Grundrechte der Mütter _____	40
(c)	Grundrechte des Samenspenders _____	40
(2)	Hilfsweise: Typisierung anhand der Abstammungsvermutung jedenfalls unangemessen _____	41
(a)	Mischa ist kein atypischer Fall _____	44
(b)	Vermeidbare Härten _____	46
(c)	Schwerwiegender Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz _____	47
(3)	Äußerst hilfsweise: Kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung _____	48
(a)	Zeugungsart ist irrelevant _____	48
(b)	Geschlecht der mit der Mutter verheirateten Person ist unzulässiges Differenzierungsmerkmal _____	50
(c)	Genetische Abstammung unzureichend als Grund _____	51
(d)	Abstammungsvermutung verfassungsrechtlich problematisch _____	53
3.	Grundrechtsverletzungen der Mit-Mutter _____	55
a)	Elterngrundrecht _____	55
aa)	Mit-Mutter steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG _____	55
(1)	Mit-Mutter hat llan das Leben gegeben _____	56
(2)	Nicht allein soziale Elternschaft, sondern ursprüngliche Elternverantwortung ____	58
(3)	Keine Elternpflichten ohne Elternrechte _____	58
(4)	Fortpflanzungsfreiheit _____	60
bb)	Eingriff _____	61
cc)	Keine Rechtfertigung _____	61
(1)	Rechte des Kindes _____	61
(2)	Grundrechte der Mutter _____	62
(3)	Rechte des Samenspenders _____	62

b)	Benachteiligung auf Grund des Geschlechts _____	63
aa)	Benachteiligung _____	63
bb)	Keine Rechtfertigung _____	64
(1)	Keine biologisch zwingenden Differenzierungsgründe _____	64
(2)	Keine entgegenstehenden Grundrechte _____	66
4.	Grundrechtsverletzung der Mutter _____	67
a)	Benachteiligung _____	67
b)	Keine Rechtfertigung _____	67
5.	Grundrechtsverletzungen beider Mütter _____	68
a)	Familiengrundrecht _____	68
aa)	Eingriffe in den Schutzbereich des Familiengrundrechts _____	68
(1)	Familiäre Abhängigkeit der Mit-Mutter vom Goodwill der Mutter _____	68
(2)	Familiäre Abhängigkeit der Mutter vom Goodwill der Mit-Mutter _____	69
(3)	Keine rechtliche Schutzwirkung der sozial-familiären Beziehung _____	69
(4)	Eingriff durch Adoptionserfordernis _____	71
(5)	Eingriff in den Schutz der Fortpflanzungsfreiheit _____	71
bb)	Keine Rechtfertigung _____	73
b)	Ehegrundrecht _____	73
aa)	Eingriff in den Schutzbereich des Ehegrundrechts _____	73
bb)	Keine Rechtfertigung _____	75
6.	Rechtsfolgen _____	75
D.	Annahmeveraussetzungen _____	77

Begründung

A. Vorbemerkung

Das Verfahren betrifft die rechtliche Elternschaft für das Kind Mischa ... (Verfassungsbeschwerdeführerin zu 1, im Folgenden: **Mischa**). Die Verfassungsbeschwerdeführerin zu 2 (im Folgenden: **Mutter**) hat Mischa zur Welt gebracht. Die Verfassungsbeschwerdeführerin zu 3 (im Folgenden: **Mit-Mutter**) war zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet. Wäre die Mit-Mutter ein Mann, wäre sie gemäß § 1592 Nr. 1 BGB durch die Ehe mit der Mutter unmittelbar nach der Geburt als zweiter rechtlicher Elternteil von Mischa in der Geburtsurkunde des Kindes eingetragen worden. Da die Mit-Mutter jedoch eine Frau ist, hat Mischa bis heute nur einen rechtlichen Elternteil und gilt als das Kind einer alleinerziehenden Mutter. Dies, obwohl Mischa das gemeinsame Wunschkind beider Eheleute ist, von Geburt an tagtäglich von beiden Müttern versorgt wird und eine eheliche Familie als ihr Zuhause erlebt.

Die abstammungsrechtliche Situation verletzt die Grundrechte von Mischa und ihren beiden Müttern. Die Familie hat deshalb versucht, im Wege eines familiengerichtlichen Antrags nach § 169 Nr. 1 FamFG die Feststellung der Mit-Mutter als zweiten rechtlichen Elternteil zu erreichen. Ihr Antrag wurde zurückgewiesen. Dagegen und gegen die den Entscheidungen zu Grunde liegende Regelung des Abstammungsrechts wenden sich Mischa und ihre beiden Mütter mit der Verfassungsbeschwerde.

Mischa wurde mittels einer privaten Samenspende gezeugt. Der Samenspender ist ein jahrzehntelanger Freund der Mit-Mutter. Zwischen allen Beteiligten war von Anfang an klar, dass der Samenspender keine Elternverantwortung übernehmen will und wird. Sämtliche Elternpflichten nehmen die beiden Mütter seit Mischas Geburt gemeinsam wahr – die Mit-Mutter jedoch ohne rechtliche Verpflichtung und Absicherung. Der Spender ist Mischa seit ihrer Geburt als Freund der Familie bekannt. Er steht ihr jedoch nicht als „Vater“ zur Verfügung. Der Zeugungsbeitrag des Samenspenders beschränkte sich auf die Übergabe von Sperma in einem Becher. Die Elternverantwortung übernehmen ausschließlich die beiden Mütter.

Seit Oktober 2017 ist in Deutschland die Eheschließung von zwei Personen verschiedenen und gleichen Geschlechts möglich, § 1353 BGB. Im Zuge der Eheöffnung ist das Abstammungsrecht lückenhaft geworden. § 1592 Nr. 1 BGB normiert bislang nur für den „Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist“ eine Primärzuordnung als zweiter rechtlicher Elternteil. Kinder können so zwar in verschieden- und gleichgeschlechtliche Ehen hineingeboren werden, erhalten aber nur dann automatisch einen zweiten rechtlichen Elternteil, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einem Mann verheiratet ist.

Durch die fehlende Primärzuordnung der Mit-Mutter bleibt Mischa die Absicherung und Fürsorge durch zwei rechtliche Eltern verwehrt. Das beeinträchtigt das Familienleben insgesamt. Sollte der Mutter etwas zustoßen, wäre Mischa rechtlich gesehen Vollwaise und würde im schlimmsten Fall in staatliche Obhut genommen – obwohl ihre Mit-Mutter von Anfang an als zweiter fürsorgender Elternteil für sie da ist. Sollte die Mit-Mutter unerwartet versterben, wären Mischa ein Erbrecht oder Pflichtteilsanspruch sowie die unterhaltsrechtliche Absicherung versagt. Das ist im vorliegenden Fall schwerwiegend, da die Mit-Mutter durch ihr Einkommen den wesentlichen Unterhalt der Familie erwirtschaftet. Das mangels statusrechtlicher Eltern-Kind-Zuordnung fehlende Sorgerecht der Mit-Mutter führt dazu, dass sie kein Mitspracherecht bei zentralen, kindbezogenen Entscheidungen hat, etwa über ärztliche Behandlungen oder die Kita- und Schulwahl. Die gemeinsame Elternschaft auf Augenhöhe ist von der Bereitschaft der Mutter abhängig und für Mischa sowie die Mit-Mutter weder rechtlich abgesichert noch einklagbar.

Die Nachteile werden nicht durch die Möglichkeit zur sogenannten „Stiefkindadoption“ aufgewogen. Aus Sicht von Mischa ist die Adoption schon deshalb kein Äquivalent zur gesetzlichen Elternschaft ihrer Mit-Mutter, da das Kind keinen rechtlichen Anspruch auf Adoption hat. Mischa kann die Adoption durch ihre Mit-Mutter nicht initiieren und auch nicht rechtlich erzwingen. Auch die Mütter können eine Adoption jeweils nicht alleine durchsetzen. Trennten sich die Eheleute etwa vor Abschluss des Adoptionsverfahrens, scheiterte die Annahme. Abgesehen davon ist die Adoption eine sekundäre, d.h. nachträgliche Eltern-Kind-Zuordnung. Mischa ist aber von Anfang an das gemeinsame Kind ihrer beiden Mütter. Dem wird das Adoptionsverfahren nicht gerecht, das mit einem diskriminierenden Eingriff in das Privatleben der Familie verbunden ist.

Die Reform des Abstammungsrechts ist in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers. Solange der Gesetzgeber aber – wie bislang – untätig bleibt, sind die Familiengerichte verpflichtet, die Grundrechte von Mischa und ihren beiden Müttern zu wahren. Das gilt umso dringlicher, da im vorliegenden Fall keine Rechte Dritter entgegenstehen, insbesondere nicht die des Samenspenders. Im Wege der verfassungskonformen – nämlich geschlechtsneutralen – Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB hätten die Familiengerichte feststellen müssen, dass zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis besteht.

Zur Frage der Verfassungswidrigkeit des geltenden Abstammungsrechts haben im Jahr 2021 vier Familiengerichte dem Bundesverfassungsgericht konkrete Normenkontrollanträge vorgelegt: KG, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20; OLG Celle, Beschluss vom 24. März 2021 - 21 UF 146/20; AG Brandenburg an der Havel, Beschluss vom 27. September 2021 - 41 F 132/21 und AG München, Beschluss vom 11. November 2021 - 542 F 6701/21. Die Verfahren werden beim Bundesverfassungsgericht unter den Aktenzeichen 1 BvL 1/21, 1 BvL 2/21, 1 BvL 7/21 sowie 1 BvL 1/22 geführt.

B. Sachverhalt und Verfahrensverlauf

I. Sachverhalt

Das Verfahren betrifft das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis zwischen Mischa und ihrem zweiten Elternteil, hier Mit-Mutter genannt.

Die Mütter von Mischa leben seit 20.. in einer festen Lebensgemeinschaft zusammen. Am ... Januar 20.. haben sie in Berlin geheiratet (Eheurkunde, **Anlage VB 6**). Mischa kam am ... 2020 in Berlin zur Welt. Sie wurde als eheliches Kind geboren. Nachdem die Mütter die Geburt beim Standesamt ... angezeigt hatten, erhielten sie eine Geburtsurkunde, in der als erster und bislang einziger Elternteil die gebärende Mutter eingetragen ist. Die zweite Elternstelle ist unbesetzt (Geburtsurkunde, **Anlage VB 7**).

Die Eheleute hatten von Beginn an den Wunsch, gemeinsam Eltern zu werden. Nachdem sie alle zur Verfügung stehenden Optionen sorgsam abgewogen hatten, entschieden sie sich, ihr Kind mittels Samenspende eines Dritten zu bekommen. Eine Behandlung in einem Kinderwunschzentrum kam für sie nicht in Betracht. Dies hatte zum einen finanzielle Gründe, da die Kosten zwischen 5.000 € und bis zu 15.000 € betragen hätten und die Krankenkasse eine solche Behandlung bei gleichgeschlechtlichen Paaren nicht unterstützt. Zum anderen war es den Müttern wichtig, dass ihr Kind seine genetische Herkunft kennt und mit dem Samenspender als Bezugsperson aufwachsen kann. Herr ... (im Folgenden: **Samenspender**) ist seit 20 Jahren mit der Mit-Mutter befreundet. Er hatte nie einen eigenen Kinderwunsch, war aber sofort bereit, als Samenspender für die beiden Mütter zur Verfügung zu stehen, um ihnen bei der Realisierung ihres Kinderwunsches zu helfen. Der Samenspender ist beruflich im internationalen ... tätig, was regelmäßig mit längeren Auslandsaufenthalten verbunden ist. Es war deshalb für alle Beteiligten von Beginn an klar und auch wichtig, dass der Samenspender nicht als Elternteil zur Verfügung steht und die Elternverantwortung für das gemeinsame Wunschkind der Eheleute ausschließlich bei den Müttern liegt. Seinen Verzicht auf die rechtliche Elternschaft erklärte der Samenspender mehrmals: schriftlich im Rahmen seiner Einwilligung in die Adoption (Erklärung des Samenspenders vom ... 20..., **Anlage VB 8**) und nochmals im Rahmen des Feststellungsverfahrens persönlich zu gerichtlichem Protokoll (Vermerk vom 25. Februar 2021, **Anlage VB 9**, S. 2).

Beide Eheleute unternahmen abwechselnd insgesamt ... Versuche, um mit dem in einem Becher zur Verfügung gestellten Spendersamen schwanger zu werden. ... Dass es am Ende die Mutter war, die Mischa zur Welt brachte, ist quasi dem Zufall geschuldet. Mit der Geburt von Mischa im ... 2020 ging für die Eheleute schließlich ihr langjähriger Kinderwunsch in Erfüllung. Beide Mütter verbrachten mehrere Monate Elternzeit mit

Mischa. Sie versorgen und erziehen Mischa gemeinsam und gleichberechtigt. Mischa kennt als Familie nur ihre beiden Mütter. Mit dem Samenspender besteht der freundschaftliche Kontakt der Eltern fort, der sich nun auch auf Mischa erstreckt.

Die Eheleute hatten im ... 2020 zunächst einen Antrag auf Stiefkindadoption beim Amtsgericht ... gestellt (Adoptionsantrag, **Anlage VB 10**). Das Verfahren haben sie jedoch ruhend gestellt, nachdem das Gericht seine weitere Verfahrensführung davon abhängig machte, dass die Mütter umfangreiche Unterlagen und höchstpersönliche Informationen einreichen (Schreiben vom 20. August 2020, **Anlage VB 11**). Konkret forderte das Gericht die Familie dazu auf, dass die Mit-Mutter einen Staatsangehörigkeitsnachweis, ein polizeiliches Führungszeugnis, ein ärztliches Adoptionseignungsattest, einen Einkommensnachweis sowie einen Lebenslauf über ihren beruflichen und privaten Werdegang vorlegen soll. Auch für Mischa sollten die Mütter eine erweiterte Meldebescheinigung und ein ärztliches Adoptionseignungsattest einreichen. Schließlich verlangte das Gericht auch von der Mutter (die ja bereits rechtlicher Elternteil ist), dass sie ebenfalls eine erweiterte Meldebescheinigung und ein polizeiliches Führungszeugnis vorlegen sollte. Die Eheleute entschieden daraufhin, das Verfahren nicht weiter zu betreiben, weil sie die staatliche Überprüfung ihrer Elterneignung als diskriminierend empfanden. Die Elterneignung der beiden Mütter und ihre Versorgung von Mischa muss nicht erprobt oder staatlich und behördlich überprüft werden – sie wird seit Mischas Geburt bereits gelebt und ist ein Faktum. Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen sind eine Herkunftsfamilie, keine Adoptionsfamilie.

II. **Verfahrensverlauf**

Die Familie beantragte beim Familiengericht gemäß § 169 Nr. 1 FamFG die Feststellung, dass zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis besteht.

1. **Verfahren vor dem Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg**

Mit Schriftsatz vom 28. August 2020 (**Anlage VB 12**) haben wir für die Verfassungsbeschwerdeführerinnen das Feststellungsverfahren beim Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg (Familiengericht) eingeleitet. Zur Begründung haben wir ausgeführt, dass die fehlende gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung die Grundrechte des Kindes sowie der Eltern und Eheleute verletzt (Anlage VB 12, S. 6 ff.). Konkret haben wir gerügt, dass das Grundrecht von Mischa auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG verletzt ist und Mischa als eheliches Kind zweier Mütter diskriminiert wird. Hinsichtlich Mischas Eltern haben wir eine Verletzung des Ehe- und Familiengrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG sowie des

Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dargelegt und verdeutlicht, dass die geltende Rechtslage die Mit-Mutter auf Grund ihres Geschlechts und die Eheleute gemeinsam auf Grund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert. Das Familiengericht sollte, so unsere Begründung, dem Antrag im Wege der verfassungskonformen Rechtsanwendung des § 1592 Nr. 1 BGB stattgeben (Anlage VB 12, S. 16 ff.). Diese verfassungskonforme Gesetzesinterpretation wäre im vorliegenden Fall geboten, um die Grundrechtsverletzungen zu beseitigen. Zugleich wäre sie ausnahmsweise möglich, weil es keine entgegenstehenden Interessen Dritter gibt und der Gesetzgeber bereits seit langem in Aussicht gestellt hat, das Abstammungsrecht zu reformieren. Hilfsweise haben wir eine Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG angeregt (Anlage VB 12, S. 29).

Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg teilte nach vorläufiger Prüfung im November 2020 schriftlich mit, dass das Feststellungsbegehren keine Aussicht auf Erfolg habe (Hinweis vom 13. November 2020, **Anlage VB 13**). Mit Schriftsatz vom 30. November 2020 (**Anlage VB 14**) haben wir dazu Stellung nehmend dargelegt, dass der Antrag nach § 169 Nr. 1 FamFG zulässig ist und die Familie nicht auf das personenstandsrechtliche Verfahren zu verweisen ist, weil dieses im Ausgang lediglich deklaratorische Wirkung entfaltet. Demgegenüber entfaltet die familiengerichtliche Feststellung des Eltern-Kind-Verhältnisses Wirkung für und gegen alle.

Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg hat daraufhin am 25. Februar 2021 einen Anhörungstermin durchgeführt, an dem neben der Familie und ihrer Verfahrensbevollmächtigten auch der Samenspender persönlich teilnahm (Vermerk vom 25. Februar 2021, Anlage VB 9). Der Samenspender gab zu gerichtlichem Protokoll:

„Es war von Anfang so ausgemacht, dass ich keine Elternschaft übernehmen möchte und auch keine Rechte oder Pflichten betreffend das Kind haben möchte.“
(Vermerk vom 25. Februar 2021, Anlage VB 9, S. 2).

Mit Beschluss vom 15. März 2021 (Anlage VB 4) hat das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung führte das Gericht aus, der Antrag sei bereits nicht statthaft. Das Gesetz sehe die gerichtliche Feststellung einer auf der Eheschließung mit der Mutter des Kindes beruhenden Elternschaft nicht vor. Die Vaterschaft könne nach dem Gesetz auf drei verschiedenen Wegen begründet werden. Die Vaterschaft auf Grund der Ehe und auf Grund der Anerkennung beruhen auf einer Vermutung, einer Fiktion, und beinhalteten keine Überprüfung, ob der Ehemann der Mutter beziehungsweise der Mann, der die Vaterschaft anerkennt, tatsächlich der biologische Vater sein kann oder ist. Hingegen beinhaltet die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft eine Überprüfung der genetischen Abstammung. Nur die Fälle der „fiktiven Vaterschaft“ könnten im Nachhinein im Wege der Anfechtung beseitigt werden. Die gerichtlich festgestellte Vaterschaft könne nicht angefochten werden. Dementsprechend sei eine

gerichtliche Vaterschaftsfeststellung nur für die Fälle vorgesehen, in denen die Vaterschaft nicht bereits auf Grund einer Fiktion (Ehe oder Anerkennung) bestehe. Die Feststellung einer Elternschaft auf Grund einer Fiktion sehe das Gesetz nicht vor. Weil es eine Vaterschaftsfeststellung auf Grund der Fiktion der Ehe gar nicht gäbe, könne auch die Mutterschaft nicht analog zur Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden. Ein statusrechtliches Feststellungsverfahren gemäß § 169 Nr. 1 FamFG gebe es für die Vaterschaft auf Grund der Ehe mit der Mutter des Kindes nicht. Die Feststellung der Elternschaft gehe immer mit einer Überprüfung der tatsächlichen biologischen Elternschaft einher.

2. Verfahren vor dem Kammergericht

Gegen den ablehnenden Beschluss des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg haben wir mit Schriftsatz vom 16. April 2021 (**Anlage VB 15**) Beschwerde eingelegt, die wir mit Schriftsatz vom 19. April 2021 (**Anlage VB 16**) begründet haben. Da sich das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg mit den vorgetragene Grundrechtsverletzungen nicht auseinandergesetzt hatte, haben wir auf unseren gesamten erstinstanzlichen Vortrag auch in der Beschwerdeinstanz verwiesen (Beschwerdebegründung, Anlage VB 16, S. 1, 5 ff.). Unter Berücksichtigung der jeweils am 24. März 2021 ergangenen konkreten Normenkontrollanträge des Oberlandesgerichts Celle (21 UF 146/20) und des Kammergerichts (3 UF 1122/20) haben wir dargelegt, dass die identischen Erwägungen auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, weil die gesetzliche Unterscheidung zwischen privater und offizieller Samenspende nicht die Primärebene, sondern ausschließlich die Sekundärebene betrifft.

Das Kammergericht beteiligte den Samenspender erneut am Verfahren (Schreiben vom 7. Juni 2021, **Anlage VB 17**). Der Samenspender teilte schriftlich mit, dass er keine weitere Teilnahme wünscht (Schreiben vom 9. Juli 2021, **Anlage VB 18**). Das Kammergericht führte am 6. August 2021 einen Anhörungs- und Erörterungstermin durch. An diesem Termin nahmen die Familie und ihre Verfahrensbevollmächtigte teil. Im Anhörungstermin teilte der Senat mit, dass er beabsichtige, das Verfahren auszusetzen. Er sei zwar für den Fall der Zeugung mittels offizieller Samenspende von der Verfassungswidrigkeit des geltenden Abstammungsrechts überzeugt (vgl. Vorlagebeschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20). Der Senat habe sich bislang jedoch keine abschließende Meinung gebildet, ob eine Grundrechtsverletzung durch das geltende Abstammungsrecht auch dann gegeben sei, wenn das Kind mittels privater Samenspende gezeugt wurde. Das Kammergericht erwog deshalb, das Verfahren im vorliegenden Fall auszusetzen. Wir haben dazu mit Schriftsatz vom 20. August 2020 (**Anlage VB 19**) Stellung genommen und dargelegt, warum das Kammergericht das Verfahren nicht aussetzen darf, sondern – wie im Fall der offiziellen Samenspende auch – dem

Bundesverfassungsgericht im Wege einer konkreten Normenkontrolle vorlegen müsste, wenn es der Beschwerde nicht durch eine Antragstattgabe abhelfen wolle.

Mit Schriftsatz vom 26. April 2022 (**Anlage VB 20**) haben wir daran erinnert, dass Mischa inzwischen ... Jahre alt ist und rechtlich immer noch nicht durch ihre beiden Eltern abgesichert ist.

Mit Beschluss vom 26. Juli 2022 (Anlage VB 5), hier zugestellt am 8. August 2022, hat das Kammergericht die Beschwerde zurückgewiesen. Die Beschwerde sei zulässig, aber unbegründet. Die Ehefrau der Mutter werde weder in direkter noch in analoger Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB Mit-Elternteil des Kindes. Dies begegne keinen verfassungs- oder konventionsrechtlichen Bedenken und verletze insbesondere nicht das Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG und das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Senat sei zwar von der Verfassungswidrigkeit des § 1592 Nr. 1 BGB überzeugt, weil er sowohl das Kind als auch die Ehefrau in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletze. Das betreffe jedoch nur die Konstellationen, in denen das Kind mittels einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugt worden sei. Nur in dieser Konstellation könnten „die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau die der Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB zu Grunde liegende gesetzgeberische Typisierung nicht mehr rechtfertigen“ (S. 3). Vom Prinzip der „Statuswahrheit“ sei der Gesetzgeber nur in Fällen der „qualifizierten Samenspende“ abgewichen, was in § 1600d Abs. 4 BGB zum Ausdruck komme. Für Fälle der privaten Samenspende gelte dies hingegen nicht. Von einer Aussetzung des Verfahrens sah das Kammergericht ab, weil die konkreten Normenkontrollverfahren, die dem Bundesverfassungsgericht zur Verfassungswidrigkeit des Abstammungsrechts vorliegen, Fallkonstellationen betreffen, in denen eine Feststellung der Vaterschaft von vornherein ausscheide.

Die Rechtsbeschwerde hat das Kammergericht nicht zugelassen.

Mit Schriftsatz vom 19. August 2022 haben wir Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Kammergerichts vom 26. Juli 2022 erhoben mit der Begründung, dass der erkennende Senat sich nicht mit unseren Argumenten auseinandergesetzt hat (**Anlage VB 21**). Die Entscheidung des Kammergerichts über die Anhörungsrüge steht noch aus.

C. Rechtliche Ausführungen

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die familiengerichtlichen Entscheidungen des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg und des Kammergerichts, mit denen die Feststellung des Bestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter versagt wurde. Sie richtet sich mittelbar auch gegen die den Entscheidungen zu Grunde liegende Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB. Die Rechtslage sowie die Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall verletzen die Verfassungsbeschwerdeführerinnen in ihren Grundrechten. Im Einzelnen:

I. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Sie ist fristgerecht erhoben (unter 1.). Die angegriffenen Rechtsakte sind zulässige Beschwerdegegenstände (unter 2.). Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen sind gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdeberechtigt (unter 3.) und beschwerdebefugt (unter 4.). Sie haben den Rechtsweg erschöpft und die Vorgaben zur materiellen Subsidiarität erfüllt (unter 5.).

1. Fristgerechte Erhebung der Verfassungsbeschwerde

Die Monatsfrist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG wird gewahrt.

Die hier angegriffenen Entscheidungen gehören zu einem einheitlichen fachgerichtlichen Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. In diesem Fall bestimmt sich die Verfassungsbeschwerdefrist einheitlich nach der letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheidung, sofern der Beschwerdeführer auch diese letzte Entscheidung mit seiner Verfassungsbeschwerde angreift (Peters in: Barczak, § 93 BVerfGG, Rn. 19 m.w.N.).

Die Frist begann gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG am 8. August 2022. An diesem Tag wurde der Beschluss zugestellt, mit dem das Kammergericht die Beschwerde der Verfassungsbeschwerdeführerinnen zurückgewiesen hat (siehe Eingangsstempel auf Anlage VB 5).

Gemäß § 222 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB endet die Monatsfrist damit am 8. September 2022.

Eine Anhörungsrüge ist beim Kammergericht noch anhängig. Das Ergebnis werden wir umgehend mitteilen.

2. Beschwerdegegenstand

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die im Rubrum gelisteten familiengerichtlichen Entscheidungen, die Akte der öffentlichen Gewalt gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG darstellen. Mittelbar richtet sie sich gegen § 1592 Nr. 1 BGB, der in seiner aktuellen Ausgestaltung mit den gerügten Grundrechten nicht vereinbar ist.

3. Beschwerdeberechtigung

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen sind als natürliche Personen beschwerdeberechtigt gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG und Trägerinnen der jeweils als verletzt gerügten Grundrechte.

4. Beschwerdebefugnis

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen sind durch die familiengerichtlichen Entscheidungen und die zu Grunde liegende gesetzliche Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB in ihren Grundrechten verletzt (unter a)) und beschwert (unter b)).

a) Grundrechtsverletzungen

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen machen die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 1 GG, aus Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1 GG sowie die Verletzung von Menschenrechten der Beschwerdeführerinnen aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK geltend.

Mischa hat, obwohl sie als eheliches Kind geboren wurde und vom ersten Tag ihres Lebens von zwei fürsorgenden Eltern geliebt und versorgt wird, bislang nur einen rechtlichen Elternteil. Die Mit-Mutter gilt rechtlich als Fremde. Das verletzt Mischa in ihrem Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Sie wird außerdem als eheliches Kind zweier Mütter in verfassungswidriger Weise ungleich behandelt gegenüber Kindern, die mittels Samenspende eines Dritten gezeugt und in eine Ehe von Mann und Frau hineingeboren wurden.

Die Mit-Mutter ist in ihrem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt. Obwohl die Mit-Mutter Initiativerelation von Mischa ist und sie Mischa seit ihrer Geburt pflegt und erzieht, ist ihre rechtliche Beziehung zum Kind nicht anerkannt und dadurch auch nicht abgesichert. Anders als der Ehemann einer Frau, die ein Kind zur Welt bringt, das mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde, wurde

die Mit-Mutter nicht qua Ehe als Mischas zweiter Elternteil zugeordnet – was die Mit-Mutter auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung gemäß Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1 GG benachteiligt. Auch die Mutter wird unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1 GG auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt. Beide Eheleute sind außerdem verletzt in ihren Ehe- und Familiengrundrechten aus Art. 6 Abs. 1 GG und ihrer nach Art. 8 EMRK, auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK geschützten Fortpflanzungsfreiheit.

b) Beschwer

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen sind durch die angegriffenen Beschlüsse selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert.

aa) Selbstbetroffenheit

Von der fehlenden Eltern-Kind-Zuordnung der Mit-Mutter sind sowohl Mischa als rechtlich nicht anerkanntes Kind und die Mutter als im rechtlichen Sinne alleinerziehende Mutter als auch die Mit-Mutter als nicht rechtlich anerkannter Elternteil selbst in Rechten betroffen. Sie sind zudem als Antragstellerinnen und Adressatinnen der gerichtlichen Beschlüsse auch durch diese selbst in ihren Rechten betroffen.

bb) Gegenwärtige Beschwer

Die Beschlüsse des Kammergerichts vom 26. Juli 2022 sowie des Amtsgerichts Tempelhof-Kreuzberg vom 15. März 2021 haben den Feststellungsantrag der Verfassungsbeschwerdeführerinnen zurückgewiesen beziehungsweise die Rechtmäßigkeit der Antragszurückweisung bestätigt. Aufgrund dessen ist es den Verfassungsbeschwerdeführerinnen gegenwärtig verwehrt, die Mit-Mutter als zweiten rechtlichen Elternteil von Mischa festzustellen und eine entsprechend korrigierte Geburtsurkunde für Mischa zu erhalten.

cc) Unmittelbare Beschwer

Mischa hat bislang nur einen rechtlichen Elternteil, wodurch sie und ihre beiden Mütter unmittelbar beschwert sind. Auch die angegriffenen familiengerichtlichen Beschlüsse beschweren die Verfassungsbeschwerdeführerinnen unmittelbar, indem sie die begehrte Feststellung zurückgewiesen und damit

das Rechtsschutzziel für die Verfassungsbeschwerdeführerinnen endgültig unmöglich gemacht haben.

5. Rechtswegerschöpfung und materielle Subsidiarität

Der Rechtsweg ist mit Ausnahme der Rüge wegen des Rechts auf rechtliches Gehör gemäß § 90 Abs. 2 BVerfGG erschöpft. Die Entscheidung über die Gehörsrüge gegen den Beschluss des Kammergerichts vom 26. Juli 2022 steht noch aus.

Die Verfassungsbeschwerdeführerinnen haben die hier geltend gemachten Grundrechtsverletzungen von Beginn an und in allen Instanzen des fachgerichtlichen Verfahrens verdeutlicht und wiederholt ausdrücklich gerügt. Sie haben dadurch alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergriffen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung schon im fachgerichtlichen Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 134, 242 <285 Rn. 150>). Insbesondere haben die Verfassungsbeschwerdeführerinnen durchgängig und mit ausführlicher Begründung den Einwand erhoben, dass die fehlende gesetzliche Primärzuordnung der Mit-Mutter als zweiter rechtlicher Elternteil von Mischa ihre Grundrechte verletzt. In diesem Fall ist es die Aufgabe der Familiengerichte, die gesetzliche Lücke im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung und durch verfassungskonforme Gesetzesanwendung zu schließen. Die Grundrechtsverletzungen der Verfassungsbeschwerdeführerinnen können bis zu einer Gesetzesänderung nur beseitigt werden durch eine verfassungskonforme Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB.

Es bestehen keine anderweitigen Möglichkeiten mehr, die begehrte primäre rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung sowie die Eintragung der Mit-Mutter in der Geburtsurkunde von Mischa zu erreichen.

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Mischa und ihre beiden Mütter sind in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, aus Art. 6 Abs. 1 GG, aus Art. 3 Abs. 3 und Abs. 1 GG sowie in ihren Menschenrechten aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK verletzt.

Zum besseren Verständnis der Grundrechtsverletzungen im Einzelnen (unter 2. ff.) fassen wir zunächst die einfachgesetzliche Rechtslage zusammen (unter 1.).

1. Rechtslage

a) Gesetzliche Eltern-Kind-Zuordnung (Primärebene)

Wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind, regelt das materielle Familienrecht in den §§ 1591 und 1592 BGB. Das Gesetz sieht zwei Elternstellen vor: Die erste Elternstelle („Mutterschaft“) besetzt nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren hat. Die zweite Elternstelle („Vaterschaft“) wird gemäß § 1592 Nr. 1 BGB dem Mann zugeordnet, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist. Ein Kind, das in eine bestehende Ehe von Mann und Frau hineingeboren wird, erhält so in jedem Fall zwei rechtliche Eltern. Ist die Mutter nicht verheiratet, wird zweiter Elternteil der Mann, der mit Zustimmung der Mutter die Vaterschaft für das Kind anerkannt hat, § 1592 Nr. 2 BGB (vgl. zur Abstammung als Rechtskategorie grundlegend Gietl, Abstammung, 2014; Vollersen, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, 2011).

Das Abstammungsrecht zielt bei der sogenannten Primärzuordnung, also der Eltern-Kind-Zuordnung unmittelbar nach der Geburt des Kindes, darauf, anhand einfach feststellbarer Kriterien dem Kind möglichst schnell diejenigen Personen als Eltern zuzuordnen, die die Elternverantwortung voraussichtlich zuverlässig und dauerhaft ausüben wollen und werden (vgl. Arbeitskreis Abstammungsrecht 2017, S. 24; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 152 ff.; Richarz, RdJB 2019, S. 53 <57 ff.>; Scheiwe, djbZ 2019, S. 6).

Die biologisch-genetischen Abstammungsverhältnisse werden bei der Primärzuordnung nicht überprüft. Auch die Frage, wie das Kind konkret entstanden ist, ist nicht von Belang (vgl. Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 247). Das Kind wird also der Frau, die es geboren hat, auch dann zugeordnet, wenn die Eizelle von einer anderen Person stammt.

Der Ehemann der Mutter wird auch dann rechtlicher Vater, wenn das Kind etwa mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde. In dem Fall wird auch nicht danach unterschieden, ob es sich um einen privaten oder anonymen Samenspende handelt, der Ehemann wird automatisch der rechtliche Vater.

b) Korrekturmöglichkeiten (Sekundärebene)

Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung soll nur in eng begrenzten Ausnahmefällen korrigierbar sein. Das Gesetz sieht zwei Korrekturmöglichkeiten vor: die Vaterschaftsanfechtung (unter aa)) mit Besonderheiten im Fall der konsentierten Samenspendezeugung (unter bb)) sowie die Adoption (unter cc)).

aa) Anfechtung der Vaterschaft

Die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes oder des anerkennenden Vaters ist gemäß §§ 1599 ff. BGB anfechtbar, wenn sich herausstellt, dass das Kind nicht vom rechtlichen Vater abstammt. Allerdings ist dies kein Automatismus. Die Anfechtung muss vielmehr von einem der Anfechtungsberechtigten geltend gemacht werden, § 1600 f. BGB. Dafür sieht das Gesetz – im Interesse der Rechtssicherheit und des Friedens der sozialen Familie – eine kurze Anfechtungsfrist vor, § 1600b BGB. Die Konkurrenzsituation zwischen rechtlchem und biologischem Vater löst das Gesetz auch nicht zwingend zu Gunsten des biologischen Vaters. Die Anfechtung durch den biologischen Vater greift nicht, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht, § 1600 Abs. 2 BGB. Das Gesetz vermutet, dass zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht, wenn dieser für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt, was in der Regel dann angenommen wird, wenn der rechtliche Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, § 1600 Abs. 3 BGB. In diesem Fall bleibt die rechtliche Vaterschaft erhalten, auch wenn sie nicht mit der biologisch-genetischen Abstammung übereinstimmt. Die soziale Elternschaft hat also bei ehelichen Kindern, die mit beiden Eheleuten in sozial-familiärer Gemeinschaft leben, nahezu immer Vorrang vor der biologischen Abstammung. Der biologische Vater kann in diesen Fällen nicht als Vater festgestellt werden. Er ist auf ein Umgangs- und Auskunftsrecht gemäß § 1686a BGB verwiesen.

bb) Besonderheiten im Fall der Samenspende

Ist das Kind mittels Samenspende eines Dritten entstanden, spielt dies für die Primärzuordnung keine Rolle. Lediglich auf der Sekundärebene greifen Korrekturmöglichkeiten, die allerdings in diesem Fall noch begrenzter als ohnehin schon sind.

Zum einen ist hier nur das Kind selbst anfechtungsberechtigt. Der rechtliche Vater und die Mutter können die Vaterschaft nicht anfechten, § 1600 Abs. 4 BGB (vgl. Wellenhofer in: MüKoBGB, § 1600 Rn. 52 m.w.N.). Auch der Samenspender ist nicht anfechtungsberechtigt, weil für ihn keine Beibehaltungsumstände bestehen (vgl. BTDrucks 15/2492, 9; BGHZ 197, 242). Seine erklärte Bereitschaft zur Teilnahme an einer Samenspende wird als konkludenter Verzicht auf die rechtliche Vaterschaft und auf ein entsprechendes Anfechtungsrecht gedeutet (Wellenhofer in: MüKoBGB, § 1600 Rn. 23 m.w.N.). Die Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit gilt für Fälle der privaten Samenspende wie für Fälle der sogenannten offiziellen Samenspende gleichermaßen.

Zum anderen ist es für den sogenannten offiziellen Samenspender gänzlich ausgeschlossen, jemals rechtlicher Vater des Kindes zu werden. Wenn das Kind im Wege einer reproduktionsmedizinischen Behandlung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugt wurde und die Informationen über Samenspender im Samenspenderegister hinterlegt sind, ist eine Vaterschaftsfeststellung nach § 1592 Nr. 3 BGB nicht möglich.

cc) Adoption als sekundäre Korrekturmöglichkeit

Während die Korrektur in Form der Anfechtung auf die Vaterschaft beschränkt ist, ermöglicht die Adoption eine neue Eltern-Kind-Zuordnung für beide Elternstellen. Grundkonstellation ist, dass die ursprünglichen Eltern eines Kindes als fürsorgende und pflegende Personen nicht zur Verfügung stehen. Das Kind soll in dieser Situation unter behördlicher Begleitung in eine neue – fremde – Familie integriert werden. Die Adoption erfordert zudem ein gerichtliches Verfahren. Die Eltern-Kind-Zuordnung gilt dann ab dem Zeitpunkt des positiven Adoptionsbeschlusses.

Abgesehen von Fällen der sogenannten Sukzessivadoption, bei der ein Kind zunächst von einer Person alleine als Kind angenommen wurde und im zweiten Schritt auch von deren (neuer) Lebenspartner*in adoptiert wird, ist die sogenannte Stiefkindadoption im Grundfall für Kinder vorgesehen, die in eine

Herkunftskonstellation hineingeboren wurden und nach Trennung ihrer Eltern bei einem Elternteil verblieben sind. Lebt dieser Elternteil in einer neuen Partnerschaft und besteht zu dem neuen sozialen Elternteil eine engere familiäre Verbindung als zu dem Ursprungselternteil, kann die Adoption den Stiefelternteil zum rechtlichen Elternteil machen, sofern der Ursprungselternteil zustimmt.

Für gleichgeschlechtliche Eltern ist die Stiefkindadoption oftmals der einzige Weg, gemeinsam Eltern ihres – in der Regel – konsentiert geplanten Wunschkindes zu werden (zu Ausnahmen bei internationalen Sachverhalten vgl. BGHZ 210, 59; 203, 350). Hier besteht allerdings ein wesentlicher Gegensatz zu den oben beschriebenen Grundfällen der Adoption, die der Integration eines in einer Ursprungsfamilie geborenen Kindes in eine (zumindest teilweise) neue Familie erfolgt. In Zwei-Mütter-Familien fungiert die Stiefkindadoption nicht als sekundäre Korrekturmöglichkeit, sondern besetzt in der Regel die bis dahin freie zweite Elternstelle erstmalig.

c) Statusprinzip bei der Eltern-Kind-Zuordnung

Im deutschen Recht ist die Eltern-Kind-Zuordnung statusrechtlich ausgestaltet. Sämtliche Elternrechte und -pflichten sind mit dem Status der rechtlichen Elternschaft verbunden (vgl. Hammermann in: Erman BGB, Kommentar, § 1592, Rn. 12 ff.; von Scheliha, Familiäre Autonomie und autonome Familie, 2019, S. 47 ff.; Helms, StAZ 2014, S. 225 <228 f.>). So sind die rechtlichen Eltern im Rahmen der §§ 1626, 1626a BGB sorgeberechtigt, gemäß §§ 1601, 1602 Abs. 2 BGB unterhaltsverpflichtet sowie zum Umgang berechtigt und verpflichtet, § 1684 Abs. 1 BGB. Auch das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht knüpft an die rechtliche Elternschaft an. Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist außerdem maßgeblich für den Personenstand des Kindes, etwa für den Nachnamen gemäß §§ 1616 ff. BGB und die Staatsangehörigkeit des Kindes nach § 4 Abs. 1 StAG (vgl. zu weiteren Statusfolgen: Ernst, NZFam 2018, S. 443 <443>).

d) Gesetzeslücken im Abstammungsrecht nach der „Ehe für alle“ und der „Dritten Option“

Wie bisher dargelegt, kennt das geltende Abstammungsrecht eine primäre Eltern-Kind-Zuordnung bislang nur für eine Frau als Mutter und einen Mann als Vater. Eine dem § 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB vergleichbare gesetzliche Zuordnungsmöglichkeit fehlt bislang für Menschen, die nicht männlichen Geschlechts sind.

Im Oktober 2017 trat das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts in Kraft, die sogenannte „Ehe für alle“. Seither können gemäß § 1353 Abs. 1 BGB zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts die Ehe miteinander schließen. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten „Dritten Option“ (BVerfGE 147, 1) hat der Gesetzgeber die Geschlechtskategorie „divers“ neu geschaffen. Seit 2018 sind nunmehr Personen männlichen, weiblichen und diversen Geschlechts personenstandsrechtlich anerkannt.

Das Abstammungsrecht rekuriert in § 1592 Nr. 1 BGB sowohl auf die Ehe als auch auf das Geschlecht des zweiten Elternteils. An die fundamentalen Rechtsänderungen aus den Jahren 2017 und 2018 wurde das Abstammungsrecht bislang jedoch nicht angepasst.

e) Verfassungsrechtlicher Klärungsbedarf

In Ansehung der Ehemöglichkeit für zwei Personen gleichen Geschlechts hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10. Oktober 2018 - XII ZB 231/18 - entschieden, dass § 1592 Nr. 1 BGB weder direkt noch analog auf die Ehefrau der Mutter anwendbar sei (a.A. Kiehnle, JR 2022, S. 447; Chebout/Xylander, NJW 2021, S. 2472; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, S. 768; Kiehnle, JURA 2019, S. 563; Löhnig, NZFam 2017, S. 643; Zschiebsch, Notar 2017, S. 363; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, S. 742; Erbarth, FamRB 2017, S. 429; Kemper, FamRB 2017, S. 438). Auch verstoße die fehlende Möglichkeit einer gesetzlichen Eltern-Kind-Zuordnung für eheliche Kinder zweier Mütter nicht gegen das Grundgesetz (a.A. Kiehnle, JR 2022, S. 447; Chebout/Xylander, NJW 2021, S. 2472; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, S. 768; Kiehnle, JURA 2019, S. 563; BMJV Diskussionsteilentwurf zum Abstammungsrecht, 2019, S. 19; Löhnig, NZFam 2017, S. 643).

Die Frage der Verfassungswidrigkeit beurteilten im Jahr 2021 mehrere Familiengerichte anders als der BGH. Vier Gerichte haben entsprechende Feststellungsverfahren von Zwei-Mütter-Familien ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht konkrete Normenkontrollanträge zur Verfassungswidrigkeit des § 1592 BGB vorgelegt. Die Verfahren werden beim Bundesverfassungsgericht unter den Aktenzeichen 1 BvL 1/21, 1 BvL 2/21, 1 BvL 7/21 sowie 1 BvL 1/22 geführt.

Das Oberlandesgericht Celle (Beschluss vom 24. März 2021 - 21 UF 146/20) hält § 1592 BGB für verfassungswidrig, weil das Grundrecht des Kindes auf staatliche

Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung sowie das Grundrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sind. Das Kammergericht (Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20) hält es für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, dass ein Kind, das nach einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB von einer in gleichgeschlechtlicher Ehe lebenden Mutter geboren wird, kraft Gesetzes nur einen rechtlichen Elternteil hat. Die gleiche Rechtsauffassung vertreten auch das Amtsgericht Brandenburg an der Havel (Beschluss vom 27. September 2021 - 41 F 132/21) und das Amtsgericht München (Beschluss vom 11. November 2021 - 542 F 6701/21).

Mit Blick auf diese Vorlageverfahren haben weitere Gerichte anhängige Verfahren ausgesetzt, weil sie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abwarten wollen (vgl. den Fall eines nicht-binären Elternteils, OLG München, Aussetzungsbeschluss vom 29. April 2021 - 31 Wx 122/21 -, dieses Kind hat bis heute keine Geburtsurkunde; AG Tempelhof-Kreuzberg, Aussetzungsbeschluss vom 29. März 2021 - 3 WF 66/21; KG, Aussetzungsbeschluss vom 27. Juli 2022 - 3 UF 93/21).

2. Grundrechtsverletzungen des Kindes

Mischa ist das gemeinsame Wunschkind ihrer beiden Mütter. Sie wurde in die Ehe der beiden Frauen hinein geboren. Gleichwohl hat Mischa bislang nur einen rechtlichen Elternteil. Die zweite Elternstelle ist unbesetzt. Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter verstößt gegen das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (unter a)) und behandelt Mischa als eheliches Kind in verfassungswidriger Weise ungleich gegenüber anderen ehelich geborenen Kindern (unter b)).

a) Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter greift in das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein (unter aa)). Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt (unter bb)).

aa) Eingriff in den Schutzbereich

Der Schutzbereich des Grundrechts auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist eröffnet und es liegt ein Eingriff in diesen Schutzbereich vor.

(1) **Schutzbereich**

Damit ein Kind sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann, braucht es Eltern, die verbindlich für es Verantwortung übernehmen und ihm Liebe, Geborgenheit, Unterstützung und Erziehung geben (vgl. BVerfGE 121, 69 <92 f.>; stRspr). Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die elterliche Hinwendung zum Kind (vgl. BVerfGE 101, 361 <385 f.>) rechtlich auszugestalten und dadurch dem Grunde nach zu ermöglichen und zu sichern (vgl. BVerfGE 57, 361 <382 f.>; 121, 69 <95>; 133, 59 <74>). Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung weist eine Abwehr- und eine Leistungskomponente auf (vgl. Britz, JZ 2014, S. 1069 <1070>). In der Abwehrkomponente dürfen Kinder ihren Eltern nicht entzogen werden. In der Leistungskomponente begründet Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat (vgl. BVerfGE 133, 59 <74-75 Rn. 43>). In diesem Zusammenhang ist der Staat verpflichtet, das Wie und das Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern (ebd. m.w.N.).

Nach dem Bundesverfassungsgericht geht der Verfassungsgeber davon aus, dass diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>). Deshalb sei, so das Bundesverfassungsgericht, der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten (vgl. BVerfGE 79, 256 <267>; 108, 82 <100>). Denn bei den Menschen, die die Entstehung eines Kindes gemeinsam verursacht haben, kann zum Zeitpunkt der Geburt angenommen werden, dass ihnen das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als allen anderen Personen (vgl. BVerfGE 61, 358 <371 f.>; 133, 59 <77 Rn. 49>). Zum Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung gehört es auch, rechtliche Vorkehrungen zu treffen, so dass in Fällen, in denen die leiblichen Eltern nicht zur Verfügung stehen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann (vgl. BVerfGE 133, 59 <74 Rn. 43>; 24, 119 <148 f.>).

Mischa hat nur einen rechtlichen Elternteil, die Mutter, obwohl sie als Wunschkind eines Ehepaares geboren wurde. Eine rechtssichere Gestaltung der Eltern-Kind-Beziehung zur Mit-Mutter ist noch nicht hergestellt und damit eine Kernfrage staatlicher Gewährleistung elterlicher Pflege und Hinwendung für Mischa noch nicht gegenüber beiden Eltern gelöst. Damit ist das Grundrecht in seiner Leistungskomponente betroffen.

(2) Eingriff

Auch ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor. Mischa hat nur einen rechtlichen Elternteil. Der Gesetzgeber hat bislang keine primäre Zuordnungsregelung geschaffen, die Mischa als ehelich geborenes Kind zweier Frauen einen zweiten Elternteil unmittelbar ermöglicht. Der Staat hat es also bislang versäumt, für Kinder wie Mischa das Ob und das Wie der elterlichen Pflichtenwahrnehmung durch zwei gleichberechtigte Eltern dem Grunde nach zu ermöglichen. Auch die Familiengerichte haben es abgelehnt, festzustellen, dass zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis besteht.

Ohne eine gesetzliche Primärzuordnungsmöglichkeit bleibt die zweite Elternstelle frei. Die Mit-Mutter übernimmt zwar von Anfang an die Elternverantwortung für Mischa. Dies ist rechtlich aber nicht abgesichert (vgl. BVerfGE 133, 59 <75 Rn. 44>; 151, 101 <123 Rn. 53>). In der Konsequenz führt der Ausschluss der gesetzlichen und gerichtlichen Eltern-Kind-Zuordnung dazu, dass Mischa dauerhaft nur einen rechtlichen Elternteil hat. Mischa hat keine Möglichkeit, eine Adoption durch die Mit-Mutter zu erzwingen. Aus Sicht des Kindes fehlt also eine Zuordnungsmöglichkeit zu einem zur Elternverantwortung bereiten Elternteil vollständig.

Theoretisch könnte Mischa – bis zu ihrer Volljährigkeit allerdings nur in gesetzlicher Vertretung – eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung betreiben. Diese wäre allerdings auf den Samenspender gerichtet, mithin auf eine Person, die keine Elternverantwortung für Mischa übernehmen will. Es ist in diesen Fällen schon fraglich, ob der Samenspender überhaupt feststellbar, oder in analoger Anwendung des § 1600d Abs. 4 BGB eine Feststellung auch für den privaten Samenspender ausgeschlossen wäre (vgl. dazu schon Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 340 ff.).

Mit der gerichtlichen Feststellung des Samenspenders würde Mischa jedenfalls keinen Elternteil im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG erhalten, denn elterliche Pflege und Erziehung will der Samenspender ihr gerade nicht zuwenden.

Die geltende Rechtslage und darauf basierend die gerichtliche Anwendungspraxis sehen für ein Kind, das mittels Samenspende eines Dritten gezeugt und in die Ehe zweier Frauen hineingeboren wurde, faktisch dauerhaft keine Möglichkeit einer rechtlich abgesicherten elterlichen Pflege und Erziehung durch zwei gleichberechtigte und zur Verantwortungsübernahme bereite Personen vor. Mischa fehlt dadurch nicht nur in der Geburtsurkunde ein Elternteil, sondern ihr bleiben sämtliche an die Eltern-Kind-Zuordnung geknüpfte Folgerechte verwehrt.

bb) Keine Rechtfertigung

Der Eingriff ist trotz des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums nicht gerechtfertigt.

(1) Grundsätzlicher Gestaltungsspielraum

Wie der Staat seine Verpflichtung zu einem effektiven Grundrechtsschutz erfüllt, entscheidet in erster Linie der Gesetzgeber. Er befindet darüber, welche Schutzmaßnahmen er für zweckdienlich und geboten hält, um einen wirksamen Schutz zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 39, 1 <44>; 46, 160 <164>; 121, 317 <356>; 125, 39 <78>; stRspr). Die aus den Grundrechten folgenden subjektiven Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe einerseits und die sich aus der objektiven Bedeutung der Grundrechte ergebenden Schutzpflichten andererseits unterscheiden sich grundlegend voneinander. Abwehrrechte fordern in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten, während Schutzpflichten grundsätzlich unbestimmt sind. Wie die staatlichen Organe ihre Schutzpflichten erfüllen, ist von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden. Das Bundesverfassungsgericht betont deshalb in ständiger Rechtsprechung, dass die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts Sache des Gesetzgebers ist, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er dem Grunde nach verpflichtet ist, Maßnahmen zum

Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>; 133, 59, <76 Rn. 45>; stRspr).

Das Bundesverfassungsgericht hat in Fällen, in denen es um die Möglichkeit der Adoption durch einen adoptionswilligen, sozialen Elternteil ging, einen Anspruch des Kindes auf Erlangung eines zweiten rechtlichen Elternteils abgelehnt, wenn bereits ein rechtlicher Elternteil vorhanden und das Kind so nicht elternlos gestellt sei (vgl. BVerfGE 133, 59 <76 Rn. 46, 81 f. Rn. 59>; 151, 101 <124 Rn. 54>). Einen Anspruch auf Einräumung der rechtlichen Elternstellung für lediglich von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte soziale Elternteile hat das Bundesverfassungsgericht abgelehnt (vgl. BVerfGE 133, 59 <81 f. Rn. 59>).

Dem Fall von Mischa und ihren beiden Müttern liegt jedoch ein anderer Sachverhalt zu Grunde, infolge dessen der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum reduziert ist. Für Fälle, in denen ein Kind mittels heterologer Samenspende eines Dritten gezeugt und in eine eheliche Gemeinschaft seiner Initiativelterne (vgl. dazu ausführlich unten, S. 58 ff.) hineingeboren wurde, muss der Gesetzgeber eine primäre Zuordnungsmöglichkeit zu zwei rechtlichen Eltern vorsehen und darf Kinder nicht mit einer künstlich freigehaltenen zweiten Elternstelle schutzlos stellen.

(2) Ermöglichungsverpflichtung für eheliche Herkunftsfamilie

Die Situation von Mischa und ihren beiden Müttern ist eine andere als in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption (BVerfGE 133, 59) und zur Adoption unverheirateter sozialer Eltern (BVerfGE 151, 101). Für Mischa steht die erstmalige, primäre Eltern-Kind-Zuordnung direkt nach der Geburt in Rede. Es geht nicht – wie in den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen – um die sekundäre Zuordnung eines Kindes zu Eltern im Wege der Adoption. Darum genügt die Möglichkeit der Stiefkindadoption, auf die Mischa keinen Einfluss hat, nicht. Für die Primärebene ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers insoweit eingeschränkt, als er verpflichtet ist, die Zuordnung zu einem zweiten zur Elternverantwortung bereiten Elternteil grundsätzlich zu ermöglichen.

Über die Sukzessiv- oder Stiefkindadoption erhält ein Kind einen neuen Elternteil, weil die primär nach der Geburt zugeordneten Eltern die Elternverantwortung nicht beziehungsweise nicht mehr wahrnehmen wollen oder können. Mischa hatte hingegen nie andere Eltern als ihre beiden Mütter. Die zweite Elternstelle in Mischas Geburtsurkunde ist bislang gar nicht besetzt. Sie muss also nicht – sekundär – korrigiert, sondern überhaupt erst – primär – zugeordnet werden. Während dem Gesetzgeber bei der Adoptionsregelung zweifellos ein großer Gestaltungsspielraum zukommt, kann es auf der primären Ebene dem Gesetzgeber nicht vollständig überlassen sein, ob ein ehelich geborenes Kind überhaupt zwei Elternteile im Wege der Primärzuordnung erhält. Der Gesetzgeber muss vielmehr für alle ehelichen Herkunftsfamilien gleichermaßen gewährleisten, dass die Elternschaft grundsätzlich möglich ist. Das Kind sollte unmittelbar den Personen zugeordnet werden, mit denen es von Anfang an in familiärer Gemeinschaft lebt und aufwächst und bei denen auf Grund ihres Beitrags zur Entstehung des Kindes eine Bereitschaft und Eignung zur Übernahme der Elternverantwortung vermutet werden kann.

(a) Zuordnung zum Initiativelternteil

Der Verfassungsgeber geht davon aus, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>). Denn bei diesen Menschen kann zum Zeitpunkt der Geburt angenommen werden, dass ihnen das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als allen anderen Personen (vgl. BVerfGE 61, 358 <371 f.>; 133, 59 <77 Rn. 49>).

§ 1592 Nr. 1 BGB ordnet dem Kind den Ehemann der Mutter entsprechend als zweiten rechtlichen Elternteil zu. Die Zuordnung basiert auf der Annahme, dass der Ehemann gemeinsam mit der Mutter die Zeugung veranlasst hat und dass er dadurch am ehesten bereit und willens ist, dauerhaft für das Kind zu sorgen (vgl. Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 140 ff.).

Diese Annahme trifft auf Ehefrauen wie die Mit-Mutter ebenfalls zu. Sie ist originärer Elternteil von Mischa und steht unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 GG (vgl. Wapler, RW 2014, S. 57 <74 ff.>, dazu auch noch ausführlich unten, S. 55 ff.). Sie trägt die gleiche

Zeugungsverantwortung für das Kind, weil sie mit der Mutter gemeinsam die Entstehung von Mischa initiiert hat. Diese Zeugungsverantwortung wird bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren automatisch durch § 1592 Nr. 1 BGB in die rechtliche Elternschaft umgesetzt und gemäß § 1600 Abs. 4 BGB dauerhaft abgesichert (vgl. BTDrucks 14/2096, S. 6, 7 f.; zur Initiativelternschaft Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 295 ff., 316 ff.). Zum Wohle von Kindern wie Mischa darf diese Absicherung nicht vom Geschlecht des Ehepartners abhängig gemacht werden. Andernfalls würde nur ehelichen Kindern von Mann und Frau ein zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet, obwohl aus Sicht aller Kinder der gleiche Absicherungsbedarf durch zwei Eltern besteht.

Bei einer Zeugung mittels konsentierter heterologer Insemination sind von vornherein mindestens drei Personen beteiligt, die dem Kind in diesem Sinne das Leben geben: die (verschieden- oder gleichgeschlechtlichen) Wunscheltern und der externe Samenspender. Der Beitrag des Samenspenders beschränkt sich dabei auf die Hergabe von Sperma. Im Fall von Mischa hat der Samenspender den beiden Müttern den Samen in einem Becher zur Verfügung gestellt. An der weiteren Zeugung war er nicht beteiligt. Die Zeugungshandlung haben vielmehr die beiden Mütter gemeinsam durchgeführt. Sie waren es auch, die die Schwangerschaft und Geburt von Mischa gemeinsam erlebt haben und die seit dem ersten Lebenstag von Mischa die Pflege und Erziehung des Kindes gewährleisten.

(b) Keine Elternbereitschaft des Samenspenders

Der Samenspender kommt als rechtlicher Elternteil im Wege der Primärzuordnung nicht in Betracht, so dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch insofern eingeschränkt ist. Der Samenspender – unabhängig davon, ob er seinen Samen bei einer Samenbank oder im Wege einer privaten Samenspende abgibt – hat in der Regel und im vorliegenden Fall nachweislich kein eigenes Interesse an der Übernahme der Elternverantwortung, sondern will lediglich die Elternschaft eines anderen Paares unterstützen. Anders als für den biologischen, nicht rechtlichen Vater, der das Kind gemeinsam mit der Mutter in der Hoffnung auf eine gemeinsame Familiengründung gezeugt hat, hat das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Elternstellung des Samenspenders auch bisher nicht angenommen. Der

Gesetzgeber des § 1600d Abs. 4 BGB ging entsprechend davon aus, dass bei der heterologen Samenspende immer der Ehemann, nicht der Samenspender als Vater gelten soll, weil der Samenspender an der Vaterstellung kein Interesse habe (BTDrucks 18/11291, S. 35). Zwar mag die genetische Abstammung eine wichtige tatsächliche Verbindung begründen. Doch verzichten Samenspender regelmäßig – in diesem Fall ausdrücklich – auf die Übernahme der Elternverantwortung (vgl. Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 288 ff., 362 f.; von Landenberg-Roberg, Elternverantwortung im Verfassungsstaat, 2020, S. 756), weil sie diese nicht zu übernehmen bereit sind. Im Fall von Mischa und ihren beiden Müttern war von Anfang an klar, dass der Samenspender sich nicht als Vater sieht und von den Müttern auch aus der Inanspruchnahme herausgehalten werden will. Dies hat der Samenspender mehrfach, auch vor Gericht, bestätigt.

Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist danach auszurichten, wer die größtmögliche Gewähr für eine dauerhafte Versorgung des Kindes bietet. Das verlangt es in Fällen der Samenspendezeugung, nicht an die abstrakte Tatsache der genetischen Abstammung anzuknüpfen. Vielmehr dient die Zeugungsverantwortung als natürlicher Anknüpfungspunkt, der die Bereitschaft zur Übernahme der Elternverantwortung indiziert (vgl. zu dieser Grundlage der Zuordnung der Elternschaft Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 169 ff.). Das ist bei einem Samenspender nicht der Fall, auch wenn ein Abstammungsgutachten seine genetische Verwandtschaft nachweisen würde. Die Zeugungsverantwortung trägt hier die Mutter gemeinsam mit der Mit-Mutter, ohne deren Zusammenwirken es Mischa nicht gäbe. Allein die Zuordnung der Mit-Mutter als zweiter Elternteil auf der Primärebene sichert Mischa daher angemessen ab.

Dass der Gesetzgeber für den privaten Samenspender keine Ausschlussregelung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB normiert hat, der private Samenspender also möglicherweise gemäß § 1592 Nr. 3 BGB als rechtlicher Vater feststellbar bleibt, rechtfertigt den Grundrechtseingriff nicht. Dem Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ist nicht bereits dann Rechnung getragen, wenn der Staat dem Kind irgendeine Person als Elternteil zuordnet. Dem Kindeswohl ist vielmehr nur dann im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG entsprochen, wenn es sich dabei um eine Person handelt, bei der eine gewisse Vermutung besteht, dass diese die Elternverantwortung auch

wahrnehmen will und dauerhaft wahrnehmen wird. Dies sind vorliegend Mischas Mütter. Eltern, die im Sinne des Grundgesetzes diesen Namen verdienen, sind schließlich nur solche, die zur Übernahme der Elternverantwortung bereit sind (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>).

Für das Kind bleibt der Samenspender lediglich zur Gewährleistung der Kenntnis der Abstammung von Bedeutung. Mischa kennt den Samenspender seit ihrer Geburt und wird von ihren Eltern altersgerecht über ihre Herkunft aufgeklärt. Regelmäßig dürfte in Fällen der privaten Samenspende das Recht auf Kenntnis der Abstammung sogar besser gewährleistet sein, als bei Einschaltung einer Samenbank. Denn Kinder wie Mischa können den Samenspender nicht erst kennenlernen, wenn sie 16 Jahre alt sind und Auskunft nach dem Samenspenderregister erhalten können, sondern erleben ihn in vielen Fällen schon als Bezugsperson während ihrer Kindheit.

(c) Keine angemessene Absicherung auf anderem Wege

Mischa wird auch nicht auf anderem Wege angemessen abgesichert.

Die unmittelbare statusrechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist die Voraussetzung dafür, dass Mischa weitere Rechte, wie Sorge-, Unterhalts- und Erbrecht gegenüber ihrer Mit-Mutter zukommen. Sollte der Mutter etwas zustoßen, wäre Mischa rechtlich gesehen Vollwaise und würde im schlimmsten Fall in staatliche Obhut kommen – obwohl ihre Mit-Mutter als zweiter sorgender Elternteil da ist. Sollte die Mit-Mutter unerwartet versterben, würde Mischa nicht erben und hätte weder Anspruch auf ei-nen Pflichtteil noch auf Halbwaisenrente. Sie könnte diese Ansprüche auch nicht nachträglich erlangen. Es gibt keinen Grund und damit auch keine Rechtfertigung, Mischa die rechtliche Absicherung durch zwei Eltern zu verwehren. Derzeit bleibt das Kind hilflos darauf angewiesen, dass die Mit-Mutter entweder Elternverantwortung freiwillig leistet oder das Adoptionsverfahren betreibt.

Zwar mag man eine vertragliche Verpflichtung der Mit-Mutter zur Zahlung von Unterhalt für möglich halten, auch wenn sie das Adoptionsverfahren nicht betreibt (vgl. BGHZ 207, 135; dazu Löhnig/Runge-Rannow, NJW 2015, S. 3757; OLG Brandenburg, Beschluss vom 26. Oktober 2020 - 9 UF 178/20). Diese Hilfskonstruktion hatte die Rechtsprechung vor der Einführung des § 1600 Abs. 4 BGB im Jahre

2002 entwickelt, mithin zu einer Zeit, als der Ehemann die Vaterschaft eines durch heterologe Samenspende gezeugten Kindes noch anfechten konnte. Die Rechtsprechung nahm eine vertragliche Verpflichtung zur Unterhaltszahlung auf der Grundlage seiner mit der Zustimmung zur Insemination begründeten Zeugungsverantwortung an (vgl. BGHZ 129, 297; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 267 ff.).

Selbst wenn man einen solchen, auf richterlicher Rechtsfortbildung des Vertragsrechts beruhenden Anspruch für die Mit-Mutter bejahen wollte, wäre das Kind durch ein solches Provisorium nur unzureichend abgesichert. Insbesondere das Sorge- und Erbrecht sowie auch die personenstandsrechtlichen Folgen der Eltern-Kind-Zuordnung können so nicht gewährleistet werden. Das Abstammungsrecht soll als Statusrecht gerade dafür sorgen, dass mit der Geburt einem Kind sofort zwei Eltern zugeordnet werden, die unmittelbar und umfassend für es Verantwortung übernehmen, ohne dass sie dafür Verträge zu Einzelfragen schließen oder andere aufwändige Schritte unternehmen müssen. Genauso wie Kinder verschiedengeschlechtlicher Paare stehen Mischa zwei Eltern unmittelbar zu, nicht nur ein „Zahlelternteil“.

Nach alledem ist das Grundrecht von Mischa auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung verletzt, weil der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum in unzulässiger Weise überschritten hat.

b) Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz

Die verwehrte Primärzuordnung zur Mit-Mutter verletzt Mischa in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 GG, auch in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG.

Das geltende Abstammungsrecht behandelt eheliche Kinder verschiedengeschlechtlicher Eltern und eheliche Kinder gleichgeschlechtlicher Eltern ungleich (unter (aa)). An die Rechtfertigung dieser Differenzierung sind hohe Anforderungen zu stellen, weil die Ungleichbehandlung die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten betrifft und an Merkmale anknüpft, die für Mischa nicht verfügbar sind und die sich denen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG annähern (unter (bb)). Diesen strengen Rechtfertigungsanforderungen werden Ausgestaltung und Anwendung des Abstammungsrechts im Fall von Mischa nicht gerecht (unter (cc)).

aa) Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 138, 136 <180 Rn. 121>; stRspr).

Anders als Kinder, die mittels Samenspende eines Dritten in eine verschiedengeschlechtliche Ehe hineingeboren wurden, hat Mischa qua Geburt nur einen rechtlichen Elternteil. Sie gilt als Kind einer alleinerziehenden Mutter. Obwohl Mischa zur – wesentlich gleichen – Gruppe von ehelich geborenen Kindern gehört, die mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurden, wird sie als Kind zweier verheirateter Mütter ungleich behandelt gegenüber Kindern verheirateter verschiedengeschlechtlicher Eltern.

Mischa wird durch das Erfordernis der Stiefkindadoption als Adoptivkind behandelt. Sie wurde aber in eine Herkunftsfamilie hineingeboren und lebt von Beginn an bei ihren beiden intendierten Eltern. Insofern wird Mischas Absicherung durch zwei rechtliche Eltern von einem staatlichen Adoptionsverfahren abhängig gemacht, obwohl sie nicht zur – wesentlich ungleichen – Gruppe von Kindern gehört, denen sekundär im Wege der Adoption ein neuer Elternteil zugeordnet wird.

bb) Strenger Prüfungsmaßstab

Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 133, 59 <86 Rn. 72>; 129, 49 <69>; stRspr). Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (vgl. BVerfGE 133, 59 <86 Rn. 72>; 129, 49 <68 f.>; stRspr). Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 130, 240 <254>; stRspr).

Eine strengere Bindung des Gesetzgebers und damit höhere Anforderungen an Rechtfertigungsgründe für gesetzliche Differenzierungen können sich insbesondere ergeben, wenn und soweit sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann (vgl. BVerfGE 112, 164 <174>; 122, 210 <230>; 126, 268 <277>; 133, 59 <87 Rn. 72>; 138, 136 <181 Rn. 122>; 139, 285 <309 Rn. 71>; 141, 1 <39 Rn. 94>; 145, 106 <145 Rn. 105>; 148, 147 <184 Rn. 95>; 152, 274 <313 Rn. 98> m.w.N.; stRspr). Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für Einzelne verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 129, 49 <69>; 138, 136 <180 f. Rn. 122>; 145, 106 <145 Rn. 105>; 151, 101 <127 Rn. 64>; Beschluss des Zweiten Senats vom 8. Dezember 2021 - 2 BvL 1/13 -, Rn. 54; Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Juni 2022 - 2 BvL 9/14 -, Rn. 72).

Die Ungleichbehandlung von Mischa berührt persönlichkeitsrelevante Grundrechtsdimensionen (unter (1)) und knüpft an Merkmale an, die für sie nicht verfügbar sind (unter (2)) und die sich jenen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG annähern (unter (3)). Hierdurch – und aus der Berücksichtigung der Wertentscheidung aus Art. 6 Abs. 1 GG (unter (4)) – verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Es ergibt sich ein gegenüber dem bloßen Willkürverbot deutlich strengerer Prüfungsmaßstab.

(1) Persönlichkeitsrelevante Grundrechtsdimensionen betroffen

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung gehen schon deshalb deutlich über ein bloßes Willkürverbot hinaus, weil die verwehrte Primärzuordnung von Mischa zu ihrer Mit-Mutter Grundrechtsdimensionen betrifft, die für die Persönlichkeitsentfaltung von Mischa wesentlich sind. Wir haben dargelegt, dass die abstammungsrechtliche Situation Mischa in ihrem Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung verletzt (vgl. oben, S. 22 ff.). Ihr bleiben dadurch Möglichkeiten der Entwicklung und Lebensgestaltung verwehrt, die Kindern aus Ehen zwischen einem Mann und einer Frau offenstehen.

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in den Entscheidungen zur Sukzessivadoption und zur Stiefkindadoption ausgeführt, dass die

Verwehrung der rechtlich vollwertigen Elternstellung mit Beschränkungen elterlicher Befugnisse einhergeht, die sich auch auf die Entwicklung des Kindes auswirken können (vgl. BVerfGE 133, 59 <87 Rn. 73>; 151, 101 <128 Rn. 66>). Beeinträchtigt wird dadurch insbesondere die für die Entwicklung des Kindes wichtige, durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Stabilisierungsfunktion der Familie, weil die Verwehrung rechtlicher Anerkennung dem Kind den Eindruck vermitteln kann, sein Familienverhältnis sei weniger wertvoll als das Familienverhältnis von Kindern in der Vergleichsgruppe (vgl. BVerfGE 133, 59 <87 Rn. 73>; 151, 101 <129 Rn. 70>). Durch die fehlende rechtliche Anerkennung des zweiten Elternteils muss für Mischa der Eindruck entstehen, ihre originären Familienverhältnisse seien weniger wertvoll als von ehelichen Kindern verschiedengeschlechtlicher Eltern. Dieser Eindruck könnte die bestehenden Vorurteile, mit denen sich queere Familien im Alltag konfrontiert sehen (vgl. Rupp/BMJ (Hg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, 2009, S. 296 f.) und mit denen auch Mischa möglicherweise im Laufe ihrer Kindheit und Jugend konfrontiert werden wird, aus ihrer Sicht fatalerweise bestätigen, beziehungsweise sogar als legitim erscheinen lassen. Hierin liegt eine erhebliche Gefährdung für Mischas Persönlichkeitsentwicklung.

Die Persönlichkeitsgefährdung wird auch nicht durch den Verweis auf die Möglichkeit einer Adoption durch die Mit-Mutter geschmälert. Die Notwendigkeit, durch die Mit-Mutter erst adoptiert werden zu müssen, obwohl beide Mütter miteinander verheiratet sind und Mischa ein gemeinsames Wunschkind ist, bestätigt erst recht den für Mischas Persönlichkeitsentwicklung relevanten Eindruck, ihre Familie sei weniger wertvoll und vertrauenswürdig und müsse daher erst einer gerichtlichen und behördlichen Kontrolle unterzogen werden.

Die rechtliche Anerkennung der Eltern-Kind-Beziehung zur Mit-Mutter zu verwehren, belastet Mischa auch mit den Risiken des Verlusts ihres faktischen zweiten Elternteils – etwa durch Trennung oder Tod (vgl. zu diesen Risiken auch die Entscheidung zur Stiefkindadoption BVerfGE 151, 101 <129 f. Rn. 71> sowie besonders eindrücklich OLG Hamburg, Beschluss vom 14. März 2017 - 2 UF 160/16), denn die Realbeziehung von Mischa zur Mit-Mutter hat bisher keine rechtliche Grundlage. Im Falle einer Trennung der Eheleute blieben Mischa und die Mit-Mutter auf das Wohlwollen der Mutter angewiesen, um die gelebte Eltern-

Kind-Beziehung zwischen Mischa und der Mit-Mutter aufrecht erhalten zu können. Zwar gewährt § 1685 Abs. 2 BGB ein Recht auf Umgang auch für Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind Verantwortung getragen haben. Allerdings erweist sich dieses Recht in der Praxis gerade für Mit-Mütter als kaum durchsetzbar (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Juni 2022 - 18 UF 22/22; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 11. Mai 2020 - 4 UF 17/20; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. November 2010 - 5 UF 217/10; einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK bejahend: EGMR, Callamand v. Frankreich, Entscheidung vom 7. April 2022, Nr. 2338/20). Würde die Mutter versterben, oder wäre sie auf Grund schwerer Krankheit nicht mehr in der Lage, ihr Sorgerecht für Mischa auszuüben, käme Mischa schlimmstenfalls in staatliche Obhut, weil die Mit-Mutter kein gesichertes Elternrecht innehat, sondern Mischa gegenüber als Fremde gilt.

(2) Ungleichbehandlung knüpft an Merkmale an, die das Kind nicht beeinflussen kann

Die Ungleichbehandlung knüpft an Merkmale an, auf die Mischa keinen Einfluss hat. Auch aus diesem Grund verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 129, 49 <69>; 138, 136 <180 f. Rn. 122>; 145, 106 <145 Rn. 105>; 151, 101 <127 Rn. 64>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 8. Dezember 2021 - 2 BvL 1/13 -, Rn. 54; Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Juni 2022 - 2 BvL 9/14 -, Rn. 72).

Ungleich behandelt wird Mischa, weil die rechtlich anerkannte Mutter, die sie geboren hat, mit einer Frau verheiratet ist und nicht mit einem Mann. Auf die sexuelle Orientierung ihrer beiden Mütter und auf das Geschlecht der Mit-Mutter kann Mischa nicht nur keinen Einfluss nehmen. Es handelt sich auch um Merkmale, die den besonderen Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG unterliegen (dazu sogleich unter (3)).

Würde man unterstellen, die gesetzgeberische Differenzierung würde auch an die Zeugungsart anknüpfen – Mischa wurde durch eine Samenspende gezeugt –, so würde es sich auch hierbei jedenfalls um einen Umstand handeln, der sich der Beeinflussung des Kindes vollständig entzieht.

Schließlich kann Mischa auch keinen Einfluss auf die Bereitschaft der Mütter nehmen, ein Adoptionsverfahren zu durchlaufen. Die Adoption kann – die Zustimmung der Mutter vorausgesetzt – nur die Mit-Mutter initiieren, Mischa selbst hat kein Antragsrecht. Auch die Möglichkeit einer nachträglichen Eltern-Kind-Zuordnung durch Adoption entzieht sich Mischas Verfügbarkeit.

(3) Nähe zu den Merkmalen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Erschwerend fällt ins Gewicht, dass die Ungleichbehandlung an das Geschlecht der Mit-Mutter anknüpft, mithin an ein Merkmal, an das gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine Benachteiligung nicht geknüpft werden darf. Der gesetzgeberische Spielraum für Typisierungen endet dort, wo die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG betroffen sind (vgl. BVerfGE 39, 169 <194 f.>; 121, 241 <261 f.>; 133, 377 <413 Rn. 88> m.w.N.; 142, 353 <385 f. Rn. 69>).

Ob der zweite Elternteil qua Geburt nach § 1592 Nr. 1 BGB rechtlich anerkannt wird, hängt nach dem Wortlaut des Gesetzes und der bisherigen gerichtlichen Rechtsanwendung vom Geschlecht des zweiten Elternteils beziehungsweise von der sexuellen Orientierung der Eltern ab. Wäre Mischa mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden und wäre die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einem Mann verheiratet gewesen, wäre Mischas Beziehung zu beiden Elternteilen ab dem Zeitpunkt der Geburt rechtlich abgesichert. Weil sie aber in eine gleichgeschlechtliche Ehe geboren wurde, wird nur die Beziehung zur Mutter, die sie geboren hat, rechtlich anerkannt. Die Fallkonstellationen unterscheiden sich unmittelbar einzig hinsichtlich des Geschlechts der mit der Mutter verheirateten Person, mithin hinsichtlich eines Merkmals des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Die Fallkonstellationen unterscheiden sich zugleich mittelbar durch die sexuelle Orientierung der Eltern. Zurecht hat sich das Bundesverfassungsgericht von seiner Auffassung in der Entscheidung zum Lebenspartnerschaftsgesetz (BVerfGE 105, 313 <351 f.>) gelöst (vgl. Sacksofsky in: Kempny/Reimer (Hg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 80 f.). Die sexuelle Orientierung wird zwar nicht ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannt. Eine Anknüpfung an die sexuelle Orientierung unterliegt jedoch laut inzwischen gefestigter

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls dem strengen Prüfungsmaßstab:

„Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.“ (BVerfGE 124, 199 <220> m.w.N.; 126, 400 <419>).

Mischa wird ungleich behandelt, weil ihre Mütter in einer gleichgeschlechtlichen Ehe zusammenleben.

(4) Berücksichtigung der Wertentscheidung aus Art. 6 Abs. 1 GG

Gesetzgeberische Grenzen ergeben sich auch, je stärker sich die Ungleichbehandlung nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. Ehe und Familie stehen gemäß Art. 6 Abs. 1 GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Eine Ungleichbehandlung kann hier nur dann gerechtfertigt sein, wenn für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 88, 87 <97>; 106, 166 <176>). Die besonderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes prägen den Gleichheitssatz insoweit nach bestimmten Richtungen hin aus. Sie schränken die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers ein, selbst zu bestimmen, was ‚gleich‘ und ‚ungleich‘ sein soll, indem sie Unterscheidungen verbieten, die dem in der Wertentscheidung ausgedrückten Willen des Verfassungsgebers zuwiderlaufen würden, einem bestimmten Lebensbereich oder Lebensverhältnis seinen besonderen Schutz angedeihen zu lassen (vgl. BVerfGE 17, 210 <217>; 65, 104 <113>; 81, 108 <118, 121>).

Auch insoweit erhöhen sich die Anforderungen an eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Mischa. Für die Gesetzgebung im Abstammungsrecht folgt aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unter Berücksichtigung der in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Grundsatzentscheidung für den Schutz der Ehe und der Familie das Gebot der Gleichbehandlung von Kindern in queeren Familien, insbesondere wenn die Eltern sich für den institutionellen Schutz der Ehe zur Absicherung ihres Familienlebens entschieden haben (vgl. zur

besonderen Kindeswohldienlichkeit gerade der Ehe BVerfGE 117, 316 <328>).

cc) Keine Rechtfertigung

Nach dem hier anzuwendenden strengsten Maßstab ist die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung im vorliegenden Fall mit Art. 3 Abs. 1 GG und Abs. 3 GG, auch in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar. Es gibt keine entgegenstehenden Rechtsgüter von Verfassungsrang, die die Ungleichbehandlung von Mischa rechtfertigen könnten (unter (1)). Selbst wenn – was nicht der Fall ist – dem Gesetzgeber für die primäre Eltern-Kind-Zuordnung eine Typisierungsbefugnis zustünde, dürfte der Gesetzgeber die rechtliche Absicherung eines Kindes durch zwei primäre Eltern nicht typisierend von dem Kriterium der Abstammungsvermutung abhängig machen (dazu nur hilfsweise unter (2)). Die Ungleichbehandlung von Mischa wäre im Übrigen nicht einmal dann gerechtfertigt, wenn man den schwächsten Prüfungsmaßstab anlegen würde. Denn es fehlt schon an einem sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung (dazu nur äußerst hilfsweise unter (3)).

(1) Keine entgegenstehenden Verfassungsgüter

Die Ungleichbehandlung von Mischa ist nach dem hier einschlägigen strengsten Maßstab nicht durch entgegenstehende Verfassungsgüter gerechtfertigt.

(a) Grundrechte des Kindes

Verfassungsrechtliche Schutzgüter von Mischa rechtfertigen die Ungleichbehandlung nicht. Das Kindeswohl steht der primären Zuordnung der Mit-Mutter als zweiter Elternteil von Mischa nicht entgegen, sondern spricht im Gegenteil gerade dafür.

Nur wenn die Mit-Mutter als zweiter rechtlicher Elternteil zugeordnet wird, wird dem Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (s. oben, S. 22 ff.) Rechnung getragen. Auch das Familienleben von Mischa und ihren beiden Müttern wird abgesichert und die Ungleichbehandlung des Kindes wird beendet. So lange die zweite Elternstelle frei bleibt, ist Mischa nur durch ihre Mutter rechtlich abgesichert.

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (vgl. BVerfGE 79, 256; 141, 186) ist nicht beeinträchtigt (dazu schon oben, S. 30). Zwar ist der private Samenspender nicht im Samenspenderegister eingetragen. Dies könnte der Familie im vorliegenden Fall aber schon deshalb nicht entgegen gehalten werden, weil der Staat keine Möglichkeit bereitstellt, dass auch private Samenspender ihre Daten im Spenderegister hinterlegen. Für Mischa besteht ohnehin keine Gefahr mangelnder Kenntnis über ihre Abstammung, weil der private Samenspender ihr bereits bekannt ist. Ihr Grundrecht auf Kenntnis ist damit nicht nur gewahrt, sondern sogar weitergehend gesichert als bei Kindern, die mittels offizieller Samenspende gezeugt wurden und Daten über den im Übrigen anonymen Spender erst im Alter von 16 Jahren abrufen können. In Mischas Familienkonstellation ist offenkundig, dass es einen Samenspender gab. Insofern besteht auch die Gefahr einer Verheimlichung nicht.

Abgesehen davon wäre das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung durch die primäre Eltern-Kind-Zuordnung wohl nicht einmal berührt. Die Eltern-Kind-Zuordnung beinhaltet keine Aussage über die genetische Abstammungswahrheit, sondern lässt allenfalls Vermutungen zu. Das Geburtenregister enthält keine Eintragung der lediglich genetischen Eltern, sondern dient ausschließlich als Nachweis der rechtlichen Beziehungen (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 2022 - XII ZB 142/20). Ziel des Abstammungsrechts ist nicht die Dokumentation von genetischen Abstammungsverhältnissen, sondern gerade bei der Primärebene die schnelle Zuordnung des Kindes zu zwei Eltern, die für das Kind möglichst dauerhaft und verlässlich die Verantwortung übernehmen. § 1600 Abs. 4 BGB kann hier wieder als Indiz dienen, dass die dauerhafte Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern auch ohne genetische Abstammung möglich ist, die soziale Verbindung also auch auf der Sekundärebene im Zweifel Vorrang hat vor den genetischen Abstammungsverhältnissen. Das Verfahren gemäß § 1598a BGB ermöglicht die Klärung der genetischen Abstammung jenseits des rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnisses – was ebenfalls verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Kenntnis der genetischen Abstammungsverhältnisse außerhalb der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung, eben statusunabhängig verortet.

(b) Grundrechte der Mütter

Es gibt keine Grundrechte der Mütter, die die Ungleichbehandlung von Mischa rechtfertigen könnten. Beide Ehefrauen haben vielmehr das gleiche Interesse an einer gleichberechtigten und rechtlich abgesicherten gemeinsamen Elternschaft. Die rechtlichen Interessen der von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Mütter sprechen mithin für, nicht gegen die Eltern-Kind-Zuordnung der Mit-Mutter.

(c) Grundrechte des Samenspenders

Auch mit Blick auf den Samenspender sind grundrechtliche Beeinträchtigungen, die die gravierende Ungleichbehandlung von Mischa rechtfertigen könnten, nicht erkennbar.

Ausweislich seiner Erklärungen ist es im Interesse des Samenspenders, dass die Mit-Mutter zweiter rechtlicher Elternteil von Mischa wird. Insofern wäre er durch die Zuordnung der Mit-Mutter nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil wären auch die rechtlichen Interessen des Samenspenders erst dadurch gewahrt. Denn nicht nur für Mischa und ihre Mütter, sondern auch für den Samenspender birgt die freie zweite Elternstelle ein Risiko, jederzeit doch noch als unterhaltszahlender Vater in Anspruch genommen zu werden.

Der Samenspender hat mehrmals erklärt, dass er keine Elternverantwortung übernehmen will, also insbesondere nicht zur Pflichtentragung gegenüber Mischa bereit ist. Es ist deshalb fraglich, ob der Samenspender überhaupt in den Schutzbereich des Elterngrundrechts einbezogen ist, sprich ob er grundsätzlich mit einem biologischen Vater gleichgestellt werden kann und ein Anwartschaftsrecht auf die rechtliche Elternschaft geltend machen könnte. Die Situation einer konsentierten Samenspende unterscheidet sich grundlegend von einer Situation, in der aus einer heterosexuellen Intimbeziehung eine Schwangerschaft folgt. Der Zeugungsbeitrag des Samenspenders richtete sich von Anfang an lediglich auf die Bereitstellung von Sperma. Der Samenspender war und ist nicht an der weiteren Planung, Entstehung, Pflege und Erziehung des Kindes beteiligt. Unter den Schutz des Elterngrundrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG fällt jedoch nur, wer auch bereit ist, Elternverantwortung für das Kind zu übernehmen. Nach der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts schließt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ein Elternrecht ohne Pflichtentragung gegenüber dem Kind aus. Mit dem Elternrecht ist von vornherein als dessen wesensbestimmender Bestandteil die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes verbunden (vgl. BVerfGE 24, 119 <143>; 52, 223 <235>; 61, 358 <372>). Wer das Elternrecht für sich beansprucht, kann nicht nur Rechte gegenüber dem Kind einfordern, sondern muss auch Pflichten tragen (vgl. BVerfGE 108, 82 <102>). Diesen Aspekt sowie die Tatsache, dass der Samenspender im vorliegenden Fall mehrfach erklärt hat, dass er nicht Vater sein will, haben die Gerichte überhaupt nicht in ihre Erwägungen einbezogen. Sie hätten dies aber tun und für den Fall von Mischa und ihren beiden Müttern zu dem Schluss kommen müssen, dass keine verfassungsrechtlich schutzwürdigen Interessen des Samenspenders berührt sind.

Selbst wenn der Samenspender seine Meinung nachträglich noch ändern sollte – wofür in Mischas Fall nichts spricht –, würde eine Zuordnung zu beiden Müttern qua Geburt seine möglichen Rechte nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Im Vergleich wäre er mit gleichen Rechten versehen wie der private Samenspender, der einem heterosexuellen Ehepaar den Samen gespendet hat.

(2) Hilfsweise: Typisierung anhand der Abstammungsvermutung jedenfalls unangemessen

Teilweise wird vertreten, dass die Zuordnung zum Ehemann gemäß § 1592 Nr. 1 BGB auf der Vermutung beruhe, dass das Kind auch tatsächlich von ihm abstammt (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 - XII ZB 231/18 -, Rn. 22; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 2020, S. 546). Da diese Vermutung von vornherein nicht auf die Ehefrau der Mutter zutreffen könne, vielmehr klar sei, dass stets ein samenspendender Dritter involviert sei, sei die Ungleichbehandlung von Ehefrauen und Ehemännern gerechtfertigt.

Der BGH stützt sich hierbei auf Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, um die Abstammungsvermutung als zulässiges Typisierungskriterium und damit die Ungleichbehandlung im bestehenden Abstammungsrecht zu rechtfertigen. Diese Bezugnahme verkürzt allerdings die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts und berücksichtigt den Kontext des Familienlebens intendierter verheirateter

Eltern mit ihrem durch Samenspende gezeugten Kind nicht hinreichend.

Das Bundesverfassungsgericht hat zur Elternschaft zweier eingetragener Lebenspartnerinnen in seinem Nichtannahmebeschluss vom 2. Juli 2010 (1 BvR 666/10 = BVerfGK 17, 368) ausgeführt:

„Lebenspartner (sic) haben keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit rechtlichen oder leiblichen Vätern eines Kindes hinsichtlich der Eintragung in die Geburtsurkunde des Kindes. [...] Dass bei Lebenspartnern anders als bei Ehegatten nicht gesetzlich vermutet wird, der Partner der Mutter sei der andere Elternteil des Kindes, stellt keine Ungleichbehandlung dar. Denn diese Vermutung beruht auf der biologischen Herkunft des Kindes und ist bei Lebenspartnern nicht begründet.“ (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 2. Juli 2010 - 1 BvR 666/10 -, Rn. 30)

Zur Bedeutung des biologischen Vaters hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber aufgegeben, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition grundsätzlich an der Abstammung des Kindes auszurichten (vgl. BVerfGE 79, 256 <267>; 108, 82 <100>). Das Bundesverfassungsgericht stellte aber zugleich klar, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt (vgl. BVerfGE 108, 82 <100>). Im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und den Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG sei es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und auf Grund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt (vgl. BVerfGE 79, 256 <267>; 108, 82 <100>). Nicht zu beanstanden sei es, wenn im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Vermutung die rechtliche und die leibliche Elternschaft auseinander fallen können (vgl. BVerfGE 108, 82 <100>).

Beide Entscheidungen sind nicht geeignet, die gesetzgeberische und gerichtliche Ungleichbehandlung von Mischa gegenüber anderen ehelichen Kindern, die mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurden, zu rechtfertigen. Bei genauerer Betrachtung hat das

Bundesverfassungsgericht zur Situation von Kindern wie Mischa bislang keine Aussagen getroffen.

In der Entscheidung zum leiblichen Vater ging es um eine Konkurrenzsituation zwischen dem rechtlichen und dem leiblichen Vater eines Kindes. Es ging nicht um die Rechte des Kindes. Die kollidierenden Rechtspositionen der Väter hat das Bundesverfassungsgericht so aufgelöst, dass es dem leiblichen Vater ein Anwartschaftsrecht auf die rechtliche Vaterschaft zugesprochen hat, dem im konkreten Einzelfall jedoch eine sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtllichem Vater und Kind entgegenstehen kann (vgl. BVerfGE 108, 82). Im Zweifel – das zeigt auch der auf die Entscheidung hin neu eingefügte § 1600 Abs. 2 BGB – ist die sozial-familiäre Beziehung schutzwürdig.

Für Kinder, die mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurden, sind die entwickelten Rechtsprechungskriterien nur eingeschränkt übertragbar. Schutzwürdig ist freilich auch hier die sozial-familiäre Beziehung. Im Fall der konsentierten heterologen Insemination kann es aber eine Abstammungsvermutung für den Ehemann der Mutter von vornherein nicht geben. Mehr noch, es ist konkret widerlegt, dass der Ehemann der leibliche Vater des Kindes ist. Zugleich gibt es regelmäßig keine Konkurrenzsituation zwischen rechtllichem Vater und Samenspender, weil letzterer keine Elternverantwortung übernehmen will und daher wohl auch kein Elterngrundrecht geltend machen kann.

Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010 trifft keine Aussage zur Situation von Mischa als ehelich geborenem Kind. Die Entscheidung fiel lange vor Einführung der „Ehe für alle“. Sie kann heute schon deshalb keinen Bestand mehr haben, weil es nur einen einheitlichen Institutsbegriff der Ehe geben kann und sich eine Unterteilung in Ehen erster und zweiter Klasse verbietet. Vor allem aber hat das Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Typisierung nur im Hinblick auf die Eltern bewertet (zur Ungleichbehandlung der Mit-Mutter s. unten, S. 63 ff.). Hier geht es aber um die Ungleichbehandlung des Kindes.

Die Abstammungsvermutung ist aber schon kein zulässiges Kriterium für eine gesetzliche Typisierung. Berührt nämlich die Ungleichbehandlung wie im vorliegenden Fall die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG oder sind vergleichbare Kriterien wie die sexuelle

Orientierung betroffen, darf der Gesetzgeber einen Sachverhalt nicht typisierend regeln (vgl. Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 441; Nußberger in: Sachs, 9. Aufl. 2021, GG, Art. 3 Rn. 109). Der Gesetzgeber darf demzufolge nicht typisierend nur den Ehemann der Mutter gemäß § 1592 Nr. 1 BGB als zweiten Elternteil des Kindes unmittelbar zuordnen mit der Behauptung, dies führe in der Regel zu einer Übereinstimmung der biologischen und rechtlichen Elternschaft. Auf das Geschlecht des Elternteils, die Form der Zeugung oder die sexuelle Orientierung der Eltern darf der Gesetzgeber für eine solche Vermutungsregel nicht abstellen.

Nur hilfsweise führen wir daher aus: Selbst wenn die Abstammungsvermutung des Ehemannes gemäß § 1592 Nr. 1 BGB eine zulässige Typisierungsgrundlage wäre, wäre die Verweigerung eines zweiten Elternteils für Kinder wie Mischa eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Eine zulässige Typisierung durch den Gesetzgeber würde voraussetzen, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist (vgl. BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 111, 176 <188>; 126, 233 <263 f.>; 133, 377 <413 Rn. 88>; 145, 106 <146 f. Rn. 108>; 152, 274 <315 Rn. 103>). Geht es um die Bewältigung einer mehrpoligen Interessenlage, sind die für die typisierende Regelung sprechenden Gesichtspunkte zugleich zu den Nachteilen und Belastungen ins Verhältnis zu setzen, die durch eine stärker differenzierende Regelung für Dritte oder die Allgemeinheit entstünden (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. April 2022 - 1 BvL 3/18 -, Rn. 316). Keine dieser Voraussetzungen wäre vorliegend erfüllt.

(a) Mischa ist kein atypischer Fall

Zunächst wäre eine Typisierung entlang der Abstammungsvermutung nur zulässig, wenn der Gesetzgeber keinen atypischen Fall als Leitbild wählt, sondern realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zu Grunde legt (vgl. BVerfGE 145, 106 <146 Rn. 107>; 148, 147 <202 Rn. 136>; stRspr).

Mischa und ihre Familie sind insoweit keine Ausnahmeerscheinung. Zwar gibt es bislang keine verlässlichen Zahlen darüber, wie viele

Kinder pro Jahr in Zwei-Mütter-Konstellationen hineingeboren oder wie viele Kinder insgesamt mittels Samenspende eines Dritten gezeugt werden. Folgende Informationen bestätigen aber die Einschätzung, dass beide Phänomene keine Seltenheit mehr sind.

Laut Auswertung des Statistischen Bundesamtes lebten im Jahr 2020 rund 55.000 Ehepaare bestehend aus zwei Frauen in Deutschland, darunter rund 19.000 mit Kindern (Mikrozensus 2020, Anlage **VB 22**).

Die Zahl der Personen, die eine reproduktionsmedizinische Behandlung in Anspruch nehmen, ist in Deutschland in den vergangenen vierzig Jahren stetig gewachsen. Auch wenn Daten bislang nicht umfassend erhoben werden, geht etwa aus dem Jahresbericht des Deutschen IVF-Registers hervor, dass pro Jahr rund 21.500 Kinder zur Welt kommen, die in Deutschland im Wege einer In-vitro-Fertilisation gezeugt wurden (<https://www.deutsches-ivf-register.de/perch/resources/dirjb2020de.pdf>, Anlage **VB 23**, S. 39). Zahlen für das Vereinigte Königreich weisen im Jahr 2016 rund 5.500 Behandlungen mit Spendersamen aus (<https://www.hfea.gov.uk/media/2808/trends-in-egg-and-sperm-donation-final.pdf>, Anlage **VB 24**, S. 7). Für das Jahr 2018 gibt die britische Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA) an, dass die große Mehrzahl von Behandlungen (90 Prozent) von heterosexuellen Paaren in Anspruch genommen wurde. Lesbische Paare machten einen Anteil von 6,4 Prozent unter den Behandelten aus und Alleinstehende einen Anteil von 3,2 Prozent (vgl. <https://www.hfea.gov.uk/about-us/publications/research-and-data/family-formations-in-fertility-treatment-2018/>, Anlage **VB 25**). Vermutlich liegt die Verteilung in Deutschland ähnlich.

Zwar machen demnach eheliche Zwei-Mütter-Familien wohl nur einen geringen Anteil der Familien aus, die eine offizielle Kinderwunschbehandlung in Anspruch nehmen. Dies ist jedoch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass lesbische Paare – anders als heterosexuelle Paare – bislang keine finanzielle Unterstützung für die Behandlung bekommen. In Anbetracht der hohen Kosten zwischen mehreren tausend Euro und in Einzelfällen sogar 15.000 Euro oder mehr, ist es nicht verwunderlich, dass lesbische Paare alternativ auf eine private Samenspende ausweichen. Laut interner Erhebungen von Regenbogenfamilienzentren wählen rund 40 Prozent der lesbischen Paare einen privaten Samenspender, unter anderem aus finanziellen Gründen (vgl.

Bundesinteressengemeinschaft Regenbogenfamilien, Stellungnahme der BIG-Regenbogenfamilienfachkräfte zum Diskusstextentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, 2019, online unter [big-regenbogenfamilien.de/wp-content/uploads/BIG-RBFF_Stellungnahme_Abstammungsrechtsreform.pdf](https://www.big-regenbogenfamilien.de/wp-content/uploads/BIG-RBFF_Stellungnahme_Abstammungsrechtsreform.pdf), Anlage **VB 26**, S. 2). Zudem ist der Zugang zu Samenbanken in Deutschland nach wie vor nicht gesetzlich geregelt und insbesondere für Zwei-Mütter-Familien erschwert. In vielen Fällen ist medizinische Assistenz bei lesbischen Paaren mit Kinderwunsch auch nicht erforderlich, weil keine medizinische Indikation vorliegt (vgl. Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zu den Reformplänen im Familienrecht, 2022, online unter: https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st22-11#_ftn5, Anlage **VB 27**).

Es handelt sich mithin bei Kindern wie Mischa nicht um eine so verhältnismäßig kleine Zahl von Personen, dass diese zu vernachlässigen wäre. Zwar kommt die Zeugung eines Kindes mittels Samenspende in verschiedengeschlechtlichen Ehen deutlich häufiger vor. Die Zeugung mittels Samenspende eines Dritten stellt für gleichgeschlechtliche Ehepaare gleichwohl eine verbreitete Zeugungsart dar. Bei der Zeugung mittels Samenspende handelt es sich – wie die Verbreitung bei verschiedengeschlechtlichen Paaren zeigt – keineswegs um eine atypische Zeugungsart, die hier zu vernachlässigen wäre. Der Gesetzgeber muss für alle Kinder, die in eine Ehe hineingeboren werden, eine gesetzliche Zuordnung zu zwei Eltern ermöglichen und darf diese nicht typisierend auf heterosexuelle Familienformen beschränken. Wenn der Gesetzgeber ehelichen Kindern den Ehemann der Mutter unabhängig von seiner Zeugungsfähigkeit zuordnet, darf er es Kindern wie Mischa nicht verwehren, die Ehefrau der Mutter als zweiten Elternteil zu erhalten.

(b) Vermeidbare Härten

Aus der fehlenden Eltern-Kind-Zuordnung zur Mit-Mutter folgen für Mischa erhebliche Härten und Ungerechtigkeiten, die leicht vermeidbar wären. Auf Grund der Statuswirkung des Abstammungsrechts sind Mischa sämtliche Folgerechte insbesondere auf elterliche Sorge, Unterhalt, Erb- und Namensrecht verwehrt (s. oben, S. 20). Die zweite Elternstelle wird vom Gesetz und durch die Rechtsanwendung der Gerichte hier künstlich freigehalten, obwohl die Mit-Mutter als faktischer

Elternteil von Anfang an zur Verfügung steht und obwohl der Samenspender – als einzig alternativ denkbarer Aspirant für die Elternstelle – nicht als zur Pflichtentragung bereiter Elternteil zur Verfügung steht.

Diese für alle Beteiligten nur nachteilige Situation wäre ohne Weiteres vermeidbar. Die Familiengerichte hätten im vorliegenden Fall die Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter in verfassungskonformer Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB feststellen können. Alle Beteiligten, auch der Samenspender, haben gerichtlich erklärt, dass die Elternverantwortung von beiden Müttern wahrgenommen wird, dies von Anfang an so intendiert war und sich auch zukünftig nicht ändern soll.

Auch die Härten der typisierten Eltern-Kind-Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB wären generell vermeidbar. Da es für die Primärzuordnung weder auf die Zeugungsfähigkeit des Elternteils noch auf die konkrete Entstehung des Kindes ankommt, kann und muss der Gesetzgeber die Norm geschlechtsneutral ausgestalten und die Zuordnung zu einem zweiten rechtlichen Elternteil unabhängig vom Geschlecht ermöglichen. Eine solche Regelung ist ohne Weiteres umsetzbar – auch mit Blick auf etwaige Rechtspositionen Dritter. Diese sind über die bestehenden sekundären Korrekturmöglichkeiten nicht berührt und werden nicht dadurch eingeschränkt, dass Kinder verschieden- und gleichgeschlechtlicher Ehepaare gleichbehandelt werden.

(c) Schwerwiegender Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz

Schließlich ist der mit der Ungleichbehandlung verbundene Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu Lasten von Mischa besonders intensiv. Die Intensität ergibt sich – wie schon dargelegt – aus der Bedeutung der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung für Mischas Persönlichkeitsentwicklung sowie für sämtliche Absicherungsaspekte des Kindes. Durch die fehlende rechtliche Zuordnung zur Mit-Mutter ist Mischa nicht nur bei einer Eintragung im Geburtenregister ungleich behandelt, sondern auf Grund der Statuswirkung der Abstammung in sämtlichen aus der Eltern-Kind-Zuordnung folgenden rechtlichen Ansprüchen.

Die Intensität ist zudem dadurch gesteigert, dass die Ungleichbehandlung an Merkmale anknüpft, die Mischa nicht beeinflussen kann.

Weiter fällt ins Gewicht, dass die Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB an verpönte Merkmale aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG anknüpft.

Auch die Tatsache, dass die Ungleichbehandlung das familiäre Innenleben von Mischa und ihren Eltern, mithin Wertungen des Art. 6 Abs. 1 GG, betrifft, intensiviert die grundrechtliche Beeinträchtigung.

(3) Äußerst hilfsweise: Kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung

Nicht einmal nach dem weitmaschigsten Maßstab einer bloßen Willkürkontrolle wäre die Ungleichbehandlung von Mischa gegenüber anderen ehelichen Kindern gerechtfertigt. Art. 3 Abs. 1 GG ist demnach schon dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für eine gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt (vgl. BVerfGE 1, 14 <52>; 89, 132 <141>; 105, 73 <110>; 107, 27 <45 f.>; 110, 412 <431 f.>; 113, 167 <214>; 145, 106 <143 Rn. 101>; 152, 274 <312 Rn. 97>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 8. Dezember 2021 - 2 BvL 1/13 -, Rn. 53; Beschluss des Zweiten Senats vom 28. Juni 2022 - 2 BvL 9/14 -, Rn. 71; stRspr). Das ist hier der Fall, denn es gibt bei genauerer Betrachtung überhaupt keinen sachlichen Grund dafür, dass ein Kind gemäß § 1591 Nr. 1 BGB nur einen Mann als zweiten rechtlichen Elternteil erhalten könnte – zumal, wenn es konsentiert mittels Samenspende eines Dritten gezeugt und in die bestehende Ehe hineingeboren wurde.

(a) Zeugungsart ist irrelevant

Die Zeugungsart, mithin die Tatsache, dass Mischa mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde, ist kein zulässiges Differenzierungskriterium. § 1592 Nr. 1 BGB stellt nicht auf die Zeugungsart ab. Der Staat überprüft bei der primären Eltern-Kind-Zuordnung nicht, wie ein Kind entstanden ist.

Entgegen der Auffassung des Kammergerichts (Anlage VB 5, S. 3) macht es für die grundrechtliche Bewertung der vorliegenden Ungleichbehandlung auch keinen Unterschied, dass Mischa mittels

privater Samenspende und nicht mittels registrierter Samenspende gezeugt wurde.

Das Kammergericht führt aus, die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB verletze nur das durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugte und in die gleichgeschlechtliche Ehe hinein geborene Kind in seinem Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Nur in dieser Konstellation könnten die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau die der Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB zu Grunde liegende gesetzgeberische Typisierung nicht mehr rechtfertigen, weil der Gesetzgeber nur für eine solche „qualifizierte“ Samenspende von dem Prinzip der „Statuswahrheit“ abgerückt sei. Eine gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der sozialen Elternschaft habe der Gesetzgeber nur für die offizielle Samenspende getroffen, nicht jedoch für private Samenspenden.

Der Gesetzgeber unterscheidet bei der primären Eltern-Kind-Zuordnung jedoch nicht danach, ob ein Kind mittels registrierter oder privater Samenspende gezeugt wurde. Richtig ist, dass für das gemäß den Vorgaben des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugte Kind der Samenspender nicht als Vater festgestellt werden kann. Die Vorschrift berührt jedoch nicht die primäre Eltern-Kind-Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB. Es geht lediglich um Fragen der sekundären Korrekturmöglichkeit, die hier nicht in Rede stehen. § 1600d Abs. 4 BGB dient vor allem der Rechtssicherheit – sowohl für die Familie als auch für den Samenspender, der keine elterliche Verantwortung übernehmen will. So schützt der Feststellungsausschluss das Kind und seine Familie davor, dass der Spender abredewidrig in die Elternposition drängt (Wellenhofer in: MüKoBGB, § 1600d Rn. 95). Zugleich soll sich der Samenspender darauf verlassen können, nicht nachträglich in die Unterhaltsverantwortung für das Kind gezwungen zu werden. Hieraus ist für die primäre Eltern-Kind-Zuordnung zu der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheirateten Person aber nichts abzuleiten. Der Ehemann der Mutter wird gemäß § 1592 Nr. 1 BGB mit der Geburt der Vater des Kindes, unabhängig davon, ob das Kind mittels Kinderwunschbehandlung und Samenbank-Samenspende oder mittels privater Samenspende gezeugt wurde.

Würde man nur bei Kindern gleichgeschlechtlicher Ehepaare die Zuordnung zum zweiten Elternteil davon abhängig machen, dass das Kind aus einer offiziellen Samenspende im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB entstanden ist, wäre dies abermals eine gleichheitswidrige Differenzierung. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof hat in einer aktuellen Entscheidung zum Fall zweier Mütter, die mit Hilfe eines privaten Samenspenders ein Kind bekommen hatten, einen Verstoß gegen Gleichheitsrechte und gegen Konventionsrechte festgestellt (vgl. ÖVerfGH vom 30. Juni 2022 - G 230/2021-20). In Österreich hatte der Gesetzgeber mit dem Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz im Jahr 2015 die Elternschaft der Mit-Mutter in einer gleichgeschlechtlichen Ehe statuiert – jedoch nur für den Fall, dass das Kind durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung entstanden ist, vgl. § 144 Abs. 2 ABGB. Für den Ehemann genügte hingegen allein die Ehe mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt, um Vater des Kindes zu werden. Der Verfassungsgerichtshof erblickte in dieser Differenzierung unter anderem einen Verstoß gegen die Rechte des Kindes:

„[A]us dem Blickwinkel des Wohles des Kindes, das nach Art. 1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl. I 4/2011, besonderen Schutz erfahren muss, ist nicht ersichtlich, warum es sachlich beziehungsweise nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sein soll, dem Kind in Fällen einer ‚Heiminsemination‘ gegenüber der (Ehe- beziehungsweise eingetragenen) Partnerin der Mutter u.a. alle – Kindern aus einer Ehe oder (eingetragenen) Partnerschaft unabhängig von der tatsächlichen (Art und Weise der) Fortpflanzung zwischen Vater und Mutter gegenüber dem abstammungsrechtlichen Vater zustehenden – erbrechtlichen (Versorgungs-)Ansprüche zu verwehren.“ (ÖVerfGH vom 30. Juni 2022 - G 230/2021-20 -, Rn. 33)

So dürfte auch der deutsche Gesetzgeber nicht an die Zeugungsart des Kindes anknüpfen.

(b) Geschlecht der mit der Mutter verheirateten Person ist unzulässiges Differenzierungsmerkmal

Zudem stellt eine gesetzliche Typisierung, die eine rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung qua Ehe mit der Mutter nur für Ehemänner vorsieht, eine verbotene Anknüpfung an das Merkmal Geschlecht dar. Eine

Ungleichbehandlung, die an das Geschlecht anknüpft, ist mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 92, 91 <109>; 114, 357 <364>; 132, 72 <97 f. Rn. 58>; 147, 1 <29 Rn. 60>).

Ein zwingendes Erfordernis für die Ungleichbehandlung fehlt aber. Denn – wie gezeigt – ist auch bei verschiedengeschlechtlichen Paaren eine Zeugung mittels Samenspende nicht nur möglich, sondern durchaus verbreitet. Der Ehemann ist also nicht notwendig genetischer Vater, so dass hier kein Problem vorliegt, das seiner Natur nach nur bei Frauen und Männern auftreten kann.

Bei einem Vergleich dieser Fälle ist nicht ersichtlich, warum die Zustimmung der Mit-Mutter zur Befruchtung der Geburtsmutter, die so ebenfalls eine Initiativverbindung (vgl. schon oben, S. 27 f.) begründet, nicht gleichermaßen für die Absicherung des Kindes durch unmittelbare Elternschaft ausreichen sollte. In beiden Fällen geht es um die unmittelbare Absicherung des Kindes.

(c) **Genetische Abstammung unzureichend als Grund**

Auch die fehlende genetische Abstammung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter ändert hieran nichts und ist kein eigenständiger Sachgrund, der die Ungleichbehandlung bei der gesetzlichen Primärzuordnung rechtfertigt. Wird ein Kind mittels Samenspende eines Dritten gezeugt, fallen genetische und rechtliche Elternschaft des zweiten Elternteils regelmäßig auseinander.

Es mag bei verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren noch die Ausnahme darstellen, dass ein Kind mit reproduktionsmedizinischer Unterstützung oder durch eine private Samenspende eines Dritten entsteht. Angesichts von zunehmenden Fertilitätsproblemen in westlichen Industriegesellschaften dürfte die Notwendigkeit der Zuhilfenahme von Spendersamen jedoch nicht ganz selten vorkommen. Forschungen hierzu finden sich bisher kaum, womöglich auch, weil die Zeugungsart für die rechtliche Anerkennung in verschiedengeschlechtlichen Paarbeziehungen keine Relevanz hat. Den Kindern, die durch Keimzellen eines Dritten entstanden sind, eine Zuordnung zu einem zweiten Elternteil zu verwehren, oder den Samenspender in Anspruch

zu nehmen, ist gesetzgeberisch nicht gewollt und auch nicht interessengerecht. Zutreffend macht das Gesetz mit § 1592 Nr. 1 BGB den Ehemann der Mutter ab dem Zeitpunkt der Geburt zum Vater, unabhängig davon, ob eine genetische Verwandtschaft zum Kind besteht. Der Gesetzgeber hat sich damit gerade auch für Fälle, in denen ein Kind mittels heterologer Insemination gezeugt und in eine Ehe von Mann und Frau hineingeboren wurde, entschieden, die Zuordnung der zweiten Elternstelle nicht an der Genetik auszurichten.

Auch eine systematische und teleologische Betrachtung der Primärzuordnungsregeln der §§ 1591 f. BGB ergibt, dass das Abstammungsrecht generell nicht dem Nachweis der genetischen Abstammung dient und auch nicht an die genetische Abstammung als Zuordnungskriterium anknüpft („ein Prinzip der Blutsverwandtschaft existiert ... nicht“, Gietl, Abstammung, 2014, S. 193). Darauf verweist auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 79, 256 <267>; 108, 82 <100>). Die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung schützt die künftige soziale Familie (vgl. KG, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20 -, Rn. 77; Helms, StAZ 2018, S. 33 <34>; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, S. 768 <771>) und gilt daher – wie § 1600 Abs. 4 BGB ganz bewusst zeigt – ebenfalls für im Wege der Samenspende gezeugte Kinder, auch wenn der Ehemann hier „nur“ der Zeugung zugestimmt hat. Ziel des Abstammungsrechts ist es, dem Kind zwei Eltern zuzuordnen, die die größtmögliche Gewähr bieten, dauerhaft für das Kind zu sorgen. In systematischer und teleologischer Hinsicht spricht auch die eingeschränkte Korrekturmöglichkeit auf der Sekundärebene, etwa §§ 1600 Abs. 4, 1600d Abs. 4 BGB, dafür, dass die dauerhafte Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern auch ohne genetische Abstammung möglich und rechtsbeständig ist. Auch die Tatsache, dass es ein statusfolgenloses Verfahren zur Klärung der genetischen Abstammung gemäß § 1598a BGB gibt, verdeutlicht, dass die genetische Abstammung nicht zwingend mit der rechtlichen Elternschaft einhergehen muss. Vielmehr wird der Ehemann der Mutter, von dem das Kind nicht genetisch abstammt, der Vater. Er bleibt dies auch dauerhaft, weil der Gesetzgeber für die Fälle der offiziellen Samenspende die Korrekturmöglichkeiten (bis auf die Adoption) nahezu vollständig ausgeschlossen hat.

Wenn die fehlende genetische Verwandtschaft zwischen zweitem Elternteil und Kind bei heterosexuellen Eheleuten kein

Zuordnungshindernis ist, kann sie auch nicht als Begründung dienen, Mischa die Zuordnung zu ihrer Mit-Mutter zu verwehren.

(d) Abstammungsvermutung verfassungsrechtlich problematisch

Auch die fehlende Abstammungsvermutung bei nicht-männlichen Eltern ist kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2018 den § 1600d Abs. 4 BGB neu geschaffen. Seither ist der Samenspender dauerhaft von der rechtlichen Vaterschaft ausgeschlossen. Damit hat der Gesetzgeber auch bestätigt, dass die Zuordnung zum Ehemann der Mutter im Fall einer konsentierten heterologen Insemination uneingeschränkt gilt. Die Abstammungsvermutung kann seither kein Begründungsmerkmal der rechtlichen Vaterschaft qua Ehe mehr sein. Wir verweisen hierzu auf die Argumentation des Kammergerichts (vgl. KG, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20 -, Rn. 74 ff.), die wir uns für die Verfassungsbeschwerde zu eigen machen. Das Kammergericht führt aus:

„Der Gesetzgeber hat von dem Prinzip der ‚Statuswahrheit‘ also, dass ‚die Vaterschaft kraft Ehe sich aus dem Gedanken rechtfertigt, dass regelmäßig eine biologisch richtige Zuordnung begründet wird‘, mit der Anpassung des § 1600d Abs. 4 BGB ab dem 1. Juli 2018 zugunsten der sozialen Elternschaft beziehungsweise dem Schutz der sozial-familiären Beziehung abgesehen. [...] In den Fällen der ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung im heterologen System mithilfe eines anonymen Samenspenders hat der Gesetzgeber nunmehr von der Voraussetzung wahrscheinlicher biologischer Elternschaft für die rechtliche Elternschaft abgesehen. [...] Die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns auf Grund der Vermutungsregelung nach § 1592 Nr. 1 BGB besteht also, obwohl bekannt ist, dass diese mit der biologischen nicht übereinstimmt [...]. Demnach knüpft der Gesetzgeber in den Fällen der ‚qualifizierten Samenspende‘ die Vaterschaftsvermutung bzgl. des Zuordnungskriteriums der Ehe nur noch an die positive Prognose der sozialen Elternstellung [...].“ (KG, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20 -, Rn. 75, 78)

Zwar greift § 1600d Abs. 4 BGB nur im Falle einer ärztlich unterstützten reproduktionsmedizinischen Behandlung mittels Samenbank-Samenspende. Dies wirkt sich jedoch nicht auf der Primärebene aus (vgl.

dazu schon oben S. 19). Insofern treffen die zitierten Erwägungen des Kammergerichts zur Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB auch auf den Fall der privaten Samenspende zu.

Nach alledem ist Mischa auch in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung verletzt, weil die gesetzliche Ungleichbehandlung von Kindern, die mittels Samenspende eines Dritten gezeugt und in eine bestehende Ehe hineingeboren werden, nach dem anzuwendenden strengen Prüfungsmaßstab nicht gerechtfertigt ist. Zugleich verletzt die Rechtslage Mischa auch in ihren Menschenrechten aus Art. 8 Abs. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK, weil für die Ungleichbehandlung keine objektive und vernünftige Rechtfertigung vorliegt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Mai 2020 - 2 BvR 2628/18 -, Rn. 28).

3. Grundrechtsverletzungen der Mit-Mutter

Die Mit-Mutter ist zweiter Initiativelternteil von Mischa. Rechtlich gilt die Mit-Mutter bislang aber Mischa gegenüber als Fremde, obwohl sie die Zeugung des Kindes mit der Mutter initiiert hat und das Kind seit seiner Geburt versorgt. Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter verstößt gegen das Elterngrundrecht der Mit-Mutter (unter a)) und benachteiligt die Mit-Mutter in verfassungswidriger Weise auf Grund ihres Geschlechts und der sexuellen Orientierung (unter b)).

a) Elterngrundrecht

Die fehlende gesetzliche Möglichkeit einer primären Eltern-Kind-Zuordnung als zweiter Elternteil von Mischa verletzt die Mit-Mutter in ihrem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

aa) Mit-Mutter steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Die Mit-Mutter steht – auch ohne bislang rechtlicher Elternteil zu sein – unter dem Schutz des Elterngrundrechts. Der Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG setzt die rechtliche Elternschaft nicht voraus (vgl. BVerfGE 108, 82 <101>). Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass auch der nicht-rechtliche aber leibliche Vater eines Kindes in den Schutzbereich des Elterngrundrechts einbezogen ist, das gegen den Gesetzgeber ein Recht auf Einräumung der rechtlichen Elternstellung begründen kann (vgl. BVerfGE 108, 82 <101>).

Das Geschlecht der Mit-Mutter steht ihrer Einbeziehung in den Schutzbereich des Elterngrundrechts ebenfalls nicht entgegen. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt nicht nur verschiedengeschlechtliche Eltern, sondern auch zwei Elternteile gleichen Geschlechts (vgl. BVerfGE 133, 59 <77 Rn. 48>). Gleichgeschlechtliche Eltern sind gleichwertig gute Eltern für ein Kind (vgl. Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 182 ff.; Golombok, Modern Families, 2015, S. 198 f. sowie die Beiträge in: Rupp (Hg.), Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren, 2011).

Soweit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vom „natürlichen“ Recht der Eltern spricht, ändert das an der Schutzdimension für die Mit-Mutter nichts. Der Wortlaut bringt zum Ausdruck, dass das Elterngrundrecht nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist (vgl. BVerfGE 59, 360 <376>). Zudem verdeutlicht der Wortlaut die Annahme, dass diejenigen, die

einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>; 108, 82 <100>). In Anbetracht pluraler Familiengründungsformen darf sich der Staat bei seiner familienrechtlichen Ausgestaltung jedoch nicht nur auf Konstellationen beschränken, in denen rechtliche und leibliche Elternschaft (vermutet) übereinstimmen. Wie bereits beim Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung dargestellt, muss der Staat eine primäre elterliche Verantwortungsübernahme durch diejenigen Personen ermöglichen, die die Entstehung eines Kindes verursacht haben und bei denen zum Zeitpunkt der Geburt angenommen werden kann, dass ihnen das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als allen anderen Personen (vgl. BVerfGE 61, 358 <371 f.>; 133, 59 <77 Rn. 49>). Spiegelbildlich zum Recht von Mischa auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ist die Mit-Mutter aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt, so dass ihre elterliche Verantwortungsübernahme auch rechtlich abgesichert werden muss.

(1) Mit-Mutter hat Ilan das Leben gegeben

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt nicht nur die biologisch-genetischen Eltern eines Kindes, sondern zielt im Interesse des Kindes auf diejenigen Personen, die die Entstehung des Kindes veranlasst haben mit der Intention, für das Kind sorgen zu wollen.

Kinder entstehen längst nicht mehr nur im Wege „natürlicher Zeugung“, sondern auf verschiedene Weise. Dabei können der performative Akt der „natürlichen Zeugung“ und derjenige einer „künstlichen Befruchtung“ durchaus nahe beieinanderliegen, etwa wenn im Fall einer privaten Samenspende die Partnerin der gebärenden Frau den Samen selbst mit einer Spritze einführt. Abgesehen davon kommt es auf die konkreten Umstände der Entstehung eines Kindes für den Schutz des Elterngrundrechts nicht an. Wie das Oberlandesgericht Celle für den vergleichbaren Fall in seinem Vorlagebeschluss vom 24. März 2021 (21 UF 146/20) ausgeführt hat, ist der personelle Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auf die Personen zu erstrecken, die durch ihre Einwilligung in eine konsentiertere heterologe Insemination entscheidend zur Entstehung des Kindes beigetragen haben.

„Die übereinstimmenden Erklärungen der Wunscheltern sind damit ebenso notwendige Voraussetzung für die Geburt eines

Kindes wie die Keimzellen der Spendereltern, die jedoch mit ihrer Spende zugleich zum Ausdruck bringen, dass sie die Elternstellung [...] gerade nicht einnehmen wollen. Die Erklärungen der Wunscheltern stellen den maßgeblichen Anknüpfungspunkt einer Elternschaft dar, dem im Fall der natürlichen Zeugung die genetische Verbindung der leiblichen Eltern zu ihrem Kind entspricht.

Ebenso wie bei der leiblichen Elternschaft kann durch den übereinstimmenden Kinderwunsch und die Einwilligungserklärung des Partners oder der Partnerin der Geburtsmutter davon ausgegangen werden, dass gerade diese Personen die Pflege und Erziehung des Kindes gewährleisten und für das Kind Verantwortung übernehmen wollen und werden. Wie für leibliche Eltern gilt auch für die Wunscheltern, dass gerade ihnen das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person, einschließlich der Spendereltern, oder Institution. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass im Fall der Embryonenspende der Samenspende die Übernahme von Verantwortung in einer sozial und personal bestehenden Verbundenheit zwischen den Wunscheltern und dem Kind gelebt werden soll.“ (OLG Celle, Beschluss vom 24. März 2021 - 21 UF 146/20 -, Rn. 93-94)

Der Argumentation des Oberlandesgerichts Celle schließen wir uns an und machen sie uns für die Verfassungsbeschwerde zu eigen. Sie trifft auf alle Familienkonstellationen zu, die mittels Keimzellenspende einer dritten Person ein Kind bekommen haben – unabhängig vom Geschlecht der Eltern und unabhängig davon, ob die Insemination in einer Reproduktionsklinik oder im ehelichen Heim durchgeführt wurde.

In der Diskussion um Elternschaft und künstliche Befruchtung werden die Begriffe „intendierte Eltern“ (BMJV Diskussionsentwurf 2019, S. 3), „intentionale Eltern“ oder „Wunscheltern“ (vgl. z.B. Dutta, JZ 2016, S. 845) verwendet. Der „Wunsch“ beschreibt aber den Beitrag der Mit-Mutter zu Mischas Entstehung nicht vollständig. Beide Mütter haben sich nicht (irgend)ein Kind gewünscht, wie es etwa adoptionswillige Eltern tun. Vielmehr haben sie mit ihrem Verhalten die Entstehung konkret von Mischa initiiert. Sie sind also Initiativeltern (vgl. Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 295 ff., 316 ff.; Dethloff, Abstammung und Verantwortung, 2017; Schwenzer, RabelsZ 2007, S. 705 <722 f.>) in dem Sinne, dass sie die Zeugung und Geburt des konkreten Kindes veranlasst haben. Um es ganz deutlich zu sagen: Ohne das

gemeinsame Handeln der Eheleute, und damit auch der Mit-Mutter, gäbe es Mischa nicht. Ihr Beitrag zur Entstehung von Mischa rechtfertigt es, diesen zum Anknüpfungspunkt für elterliche Verantwortung zu machen.

(2) Nicht allein soziale Elternschaft, sondern ursprüngliche Elternverantwortung

Der Mit-Mutter ist damit nicht allein sozialer Elternteil. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet ein „allein soziales Elternverhältnis“ keine verfassungsrechtliche Elternschaft (vgl. BVerfGE 133, 59 <81 f. Rn. 59>; 151, 101 <122 Rn. 50>), auch wenn die soziale Elternschaft letztlich Voraussetzung dafür ist, entsprechend dem Elternrecht Verantwortung für das Kind tragen zu können (vgl. BVerfGE 108, 82 <106>; 133, 59 <81 Rn. 59>; 151, 101, <122 Rn. 50>). Die Rolle der Mit-Mutter geht vorliegend jedoch über die eines sozialen Elternteils hinaus. Sie war von Anfang an und originär an der Entstehung von Mischa beteiligt. Beide Mütter haben gemeinsam nicht nur die Entscheidung zu Mischas Entstehung getroffen, sondern auch zur gemeinsamen Übernahme der Elternverantwortung. Mischa lebt seit dem Tag ihrer Geburt in einer Herkunfts- beziehungsweise Ursprungsfamilie – mit genau den beiden Eltern, die ihre Entstehung veranlasst haben, die die Elternverantwortung für Mischa ausüben wollen und dies auch tun.

Wie bereits im Zusammenhang mit den Rechten des Kindes dargelegt, kann bei Initiativeltern, die bewusst die Entscheidung und die schwierigen Schritte zur Begründung der Elternschaft unternommen haben, angenommen werden, dass sie die Elternverantwortung bewusst und freudig annehmen (s. oben, S. 27 f.). In diesem Fall haben Mutter und Mit-Mutter lange abwechselnd versucht, schwanger zu werden. Dass letztlich die Mutter Mischa austragen konnte, war ein reiner Zufall. Beide haben die Entscheidung für die Elternschaft gemeinsam getroffen und die Entstehung von Mischa bewusst herbeigeführt.

(3) Keine Elternpflichten ohne Elternrechte

Während die Mit-Mutter derzeit keinerlei Rechte gegenüber Mischa geltend machen kann, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sie auf

Grund ihres Verursachungsbeitrages und der intendierten Elternverantwortung durchaus zu Elternpflichten herangezogen werden könnte.

Auch ohne rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung haben Gerichte – wie bereits oben, S. 31 f. gezeigt – für den Initiativ-, aber nicht rechtlichen Elternteil vereinzelt eine vertragliche Verpflichtung zur Zahlung von Kindesunterhalt angenommen (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 26. Oktober 2020 - 9 UF 178/20; BGHZ 207, 135, dazu Löhnig/Runge-Rannow, NJW 2015, S. 3757). Diese Hilfskonstruktion hatte die Rechtsprechung – wie oben schon ausgeführt – für Situationen entwickelt, in denen ein Ehemann die Vaterschaft seines durch heterologe Samenspende gezeugten Kindes angefochten (vgl. BGHZ 129, 297 = NJW 1995, 2028) beziehungsweise ein nichtehelicher Partner der Mutter die ursprünglich intendierte Vaterschaft für das mittels Samenspende eines Dritten gezeugte Kind nicht anerkannt hatte (vgl. BGHZ 207, 135). Die Rechtsprechung nahm eine vertragliche Verpflichtung der intendierten Väter zur Unterhaltszahlung auf der Grundlage ihrer mit der Zustimmung zur Insemination begründeten Zeugungsverantwortung an (vgl. Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 267 ff.).

Eine Übertragung dieser Rechtsprechung ist nicht unproblematisch, auch wenn im Interesse des Kindes selbstverständlich nichts dagegen einzuwenden ist, die Mit-Mutter an ihrer Zeugungsverantwortung für das Kind festzuhalten. Doch müssen Pflichten und Rechte Hand in Hand gehen. Im Gegensatz zu den zuvor betroffenen Männern hat die Mit-Mutter keine Möglichkeit, die Elternstellung direkt beziehungsweise durch Anerkennung einzunehmen. Sie muss vielmehr ein langwieriges und in ihre Persönlichkeitsrechte eingreifendes Verfahren der Stiefkindadoption durchlaufen, das sie auch nur mit Zustimmung der Mutter einleiten kann und das vom Fortbestand der Ehe abhängig ist (vgl. zur Kritik an diesem Erfordernis schon Dethloff, Zeitschrift für Familienforschung 2016, S. 178 <184 f.>).

Aus gutem Grund hat sich der Gesetzgeber schon seit Jahrzehnten davon verabschiedet, die elterliche Pflichtenübernahme von der elterlichen Rechtsausübung zu trennen. Das Recht soll gerade nicht nur einen „Zahlelternteil“ bereitstellen, wie ihn das deutsche Familienrecht bis 1970 für den nichtehelichen Vater kannte. Dieser hatte das Kind zwar gezeugt, galt aber rechtlich als nicht verwandt mit ihm (vgl.

Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 41 ff., 49 ff.). Obwohl Mischa vorliegend auf Grund der gemeinsamen Entscheidung und des Zusammenwirkens von Mit-Mutter und Mutter entstanden ist, wird die Mit-Mutter als nicht mit dem Kind verwandt angesehen. Ein bloßer Unterhaltsanspruch von Mischa gegen die ihr rechtlich nicht zugeordnete Mit-Mutter würde diese zu einer bloßen „Zahlmutter“ degradieren.

Auch das Bundesverfassungsgericht sieht Pflichten und Rechte als untrennbar mit der Elternverantwortung (vgl. BVerfGE 24, 119 <143>, stRspr) verbunden. In der Konsequenz ist spiegelbildlich zur Absicherung des Kindes auch eine Absicherung der Mit-Mutter in ihrer Elternschaft zu gewährleisten. In diesem Sinne argumentierte auch der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 203, 350, Rn. 60), dass eine unmittelbare Zuweisung der Elternschaft erforderlich sei und verhindere, dass sich die Initiativeltern ihrer Verantwortung für das Kind entziehen könnten.

(4) Fortpflanzungsfreiheit

Für den Schutz der Mit-Mutter nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG spricht auch der verfassungsrechtliche Schutz der Fortpflanzung. Wie unten im Zusammenhang mit dem Schutz des Familiengrundrechts (S. 71 ff.) weiter ausgeführt wird, erstreckt sich der Schutz der Fortpflanzung grundsätzlich auch auf die Verwendung von Spendersamen – soweit dieses Material vom Spender freiwillig zur Verfügung gestellt wird (vgl. Gassner u.a., Fortpflanzungsmedizinengesetz Augsburg-Münchener-Entwurf, 2013, S. 32 f.). Der Wunsch, ein Kind auf die Welt zu bringen und aufzuziehen hat nicht nur eine genetische Komponente, sondern entspringt der auf Gemeinschaft und Familie ausgerichteten Natur des Menschen. Menschen sind soziale Wesen, die ihre Persönlichkeit in der Beziehung zu anderen entfalten. Dies ist die Grundlage des verfassungsrechtlichen Schutzes von Familie, Ehe und Elternschaft des Art. 6 GG, aber auch die Begründung für einen Schutz der Fortpflanzung über die Weitergabe des eigenen genetischen Materials hinaus.

Steht die Fortpflanzung unter grundrechtlichem Schutz, muss den Wunscheltern, die solche Maßnahmen nutzen, konsequent auch die Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG für die Kinder zugewiesen werden, die auf ihre Veranlassung hin gezeugt worden sind. Die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass Eltern nicht die

Freiheit besitzen, sich nicht um ihre Kinder zu kümmern (vgl. BVerfGE 24, 119 <150>), ist in gleicher Weise in Bezug auf Kinder von Bedeutung, die mit reproduktionsmedizinischen Mitteln oder der privaten Samenspende eines Dritten gezeugt wurden. Dürfen Wunscheltern auf diese Weise die Entstehung eines Kindes initiieren, tragen sie dafür auch Verantwortung und dürfen es wie leibliche Eltern nicht ablehnen, z.B. wenn es nicht ihren Erwartungen entspricht. Umgekehrt müssen sie dann aber auch den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz genießen (vgl. Sanders, Mehrelternschaft, 2018, S. 320 ff.).

Nach alledem sind auch Initiativeltern wie die Mit-Mutter als von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Eltern anzusehen.

bb) Eingriff

Anders als dem Ehemann, der gemäß § 1592 Nr. 1 BGB primär rechtlicher Vater des Kindes wird, das nicht genetisch von ihm abstammt, sondern bei dem er seine Zustimmung zur Zeugung mittels Samenspende erklärt hat, kommt der Mit-Mutter keine gesetzliche Elternstellung zu. Sie wird rechtlich als Fremde behandelt und soll erst ein langwieriges Adoptionsverfahren durchlaufen, um rechtlich als Elternteil ihres eigenen Kindes anerkannt zu werden. Damit wird in den Schutzbereich des Elterngrundrechts eingegriffen.

cc) Keine Rechtfertigung

Es ist nicht gerechtfertigt, der Mit-Mutter nicht bereits auf der Primärebene die Elternstellung für Mischa einzuräumen. Dem Gesetzgeber steht bei der Ausgestaltung der rechtlichen Elternschaft ein Ermessens- und Gestaltungsspielraum zu. Jedenfalls müsste er aber die Mit-Mutter bei Zuweisung von Elternrechten berücksichtigen, was bisher nicht geschehen ist. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist zudem dadurch reduziert, dass in gleichheitswidriger Weise einem Ehemann die unmittelbare Elternschaft eingeräumt wird, nicht aber einer Ehefrau.

(1) Rechte des Kindes

Die Rechte des Kindes rechtfertigen eine Vorenthaltung der Mit-Mutter als Elternteil auf der Primärebene nicht. Wie oben gezeigt, verlangen das Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege

und Erziehung und auf Gleichbehandlung vielmehr die unmittelbare rechtliche Elternschaft zur Absicherung des Kindes.

Auch das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung (vgl. BVerfGE 79, 256; 90, 263 <270-271>; 96, 56) kann den Ausschluss von der Elternschaft auf der Primärebene nicht rechtfertigen (vgl. oben, S. 38 f.). Die Gefahr, dass ein Mann an der Entstehung des Kindes beteiligt sein könnte, dessen Identität das Kind später nicht mehr feststellen könnte, besteht im konkreten Fall von Mischa nicht und wäre abstrakt gesehen im Übrigen auch unabhängig davon, ob das Kind in eine gleich- oder verschiedengeschlechtliche Ehe geboren wird. So könnte theoretisch in beiden Fällen die Mutter eine Affäre mit einem Unbekannten haben oder Spendersamen ungeklärter Herkunft verwendet werden. Im Fall der gleichgeschlechtlichen Ehe wird dies jedoch eher selten der Fall sein, weil niemand davon ausgehen wird, das Kind stamme genetisch von der Mit-Mutter ab. Eine private Samenspende wird vielmehr gerade häufig genutzt, damit das Kind den Samenspender früh kennenlernen kann. Das Recht des Kindes auf Gewährleistung der Kenntnis seiner Abstammung ist damit – wie der Fall von Mischa verdeutlicht – besonders gut gewährleistet. Demgegenüber kann die genetische Abstammung des Kindes in einer verschiedengeschlechtlichen Ehe nicht selten zu einem dunklen Familiengeheimnis werden. Dies rechtfertigt jedenfalls in beiden Fällen nicht, dem Kind zwei rechtliche Eltern bei Geburt und der Mit-Mutter die Elternschaft zu versagen.

(2) Grundrechte der Mutter

Es gibt keine Grundrechte der Mutter, die die Verletzung des Elterngrundrechts der Mit-Mutter rechtfertigen könnten. Beide Ehefrauen haben vielmehr das gleiche Interesse an einer gleichberechtigten und rechtlich abgesicherten gemeinsamen Elternschaft. Die rechtlichen Interessen der Mutter sprechen mithin für, nicht gegen die Eltern-Kind-Zuordnung der Mit-Mutter.

(3) Rechte des Samenspenders

Die geltende Rechtslage lässt sich – ebenso wie gegenüber dem Kind – auch nicht mit der kollidierenden Grundrechtsposition des Samenspenders rechtfertigen. Wie dargelegt (s. oben, S. 28 ff.), ist der

Samenspender an der Elternverantwortung nicht interessiert und zur Pflichtentragung nicht bereit, so dass keine Interessen seinerseits höher zu gewichten wären, als die Grundrechte der Familie.

Nach alledem ist die Mit-Mutter nicht nur vom Elterngrundrecht geschützt, sondern auch in ihrem Elterngrundrecht verletzt, weil ihre Elternstellung bislang rechtlich nicht anerkannt wird und es dafür keine rechtfertigenden Gründe gibt.

b) Benachteiligung auf Grund des Geschlechts

Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter benachteiligt die Mit-Mutter auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung. Diese Benachteiligung verstößt gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 1 GG und ist nicht gerechtfertigt.

aa) Benachteiligung

Die Mit-Mutter wird als Ehefrau benachteiligt, weil sie anders als ein Ehemann, der die Zeugung eines Kindes mittels konsentierter heterologer Insemination mit veranlasst hat, nicht zweiter rechtlicher Elternteil des in ihre Ehe hineingeborenen Kindes wird. Der Ehemann der gebärenden Mutter wird demgegenüber gemäß § 1592 Nr. 1 BGB automatisch und im Zeitpunkt der Geburt der zweite rechtliche Elternteil des Kindes, das in die bestehende Ehe hineingeboren wird. Die Zuordnung erfolgt ohne Weiteres Zutun der Eheleute und unabhängig von der biologisch-genetischen Abstammung oder von der Zeugungsart. Der Ehemann wird also auch in den Fällen wie dem vorliegenden rechtlicher Elternteil, wenn das Kind mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde. Das heißt, auch wenn

„offensichtlich unmöglich ist, dass das Kind von dem Ehemann abstammt, zB weil dieser zeugungsunfähig ist, seit Jahren im Koma liegt oder schon vor langer Zeit ausgewandert ist, gilt der Ehemann kraft Gesetzes als Vater“ (Wellenhofer in: MüKoBGB, § 1592 Rn. 13).

Für eine Ehefrau oder mit der Mutter verheiratete trans, inter oder nicht-binäre Person sieht das Gesetz bislang keine dem § 1592 BGB vergleichbare Zuordnung als zweiter Elternteil vor. Obwohl die Mit-Mutter im vorliegenden Fall nichts als ihr Geschlecht von einem Ehemann unterscheidet, dessen Frau ein mittels Becherspende eines Dritten gezeugtes Kind in die Ehe hineingeboren hat, ist sie nicht zweiter Elternteil von Mischa.

bb) Keine Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung knüpft an das Geschlecht der Mit-Mutter an. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf das Geschlecht gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (vgl. BVerfGE 147, 1 <27>; stRspr seit BVerfGE 85, 191 <206>). Eine gesetzliche Vorschrift, die – wie vorliegend – an das Geschlecht und die sexuelle Orientierung der Mit-Mutter anknüpft, wäre mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 92, 91 <109>; 114, 357 <364>; 132, 72 <97 f. Rn. 58>; 147, 1 <29 Rn. 60>), oder wenn es kollidierendes Verfassungsrecht gäbe, das in der Abwägung stärker zu gewichten wäre (vgl. BVerfGE 114, 357 <364>; Nußberger in: Sachs, 9. Aufl. 2021, GG, Art. 3 Rn. 272 ff.; KG, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 UF 1122/20 -, Rn. 84). Beides ist nicht der Fall.

(1) Keine biologisch zwingenden Differenzierungsgründe

Die rechtliche Elternschaft ist schon denklogisch kein Aspekt, der seiner Natur nach nur entweder bei Frauen oder bei Männern auftreten kann. Die rechtliche Elternschaft ist vom Gesetzgeber geschaffen und nicht natürlich vorgegeben.

Der Gesetzgeber hat sich für ein geschlechterbinäres Abstammungsrecht entschieden, bei dem die erste Elternstelle für ein Kind nur eine Frau und die zweite Elternstelle nur ein Mann besetzen kann. Der Gedanke, dass ein Kind zwingend aus einer als weiblich konnotierten Eizelle und einer als männlich konnotierten Samenzelle entsteht, mag auf biologische Grundlagen referieren. Die primäre rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung ist jedoch gerade nicht an den Keimzellenbeiträgen der Beteiligten ausgerichtet, sondern erfolgt anhand einfach feststellbarer Realvorgänge, namentlich der Geburt, der Ehe oder Anerkennungserklärung. Es handelt sich dabei nicht um Anknüpfungskriterien, die ihrer Natur nach zwingend jeweils nur bei Männern oder Frauen vorhanden sein können.

Schon bei der ersten Elternstelle ist nicht ausschlaggebend, wer die Eizelle zum Kind beigesteuert hat, sondern ausschließlich, wer das Kind geboren hat (BTDrucks 13/4899, S. 51 f.). Die gebärende Person eines Kindes muss nicht einmal zwingend eine Frau sein, sondern es kann sich auch um einen rechtlichen Mann handeln. Der Bundesgerichtshof hat für den Fall eines gebärenden trans Mannes entschieden, dass dieser gemäß § 1591 BGB die Mutter des Kindes wird (BGHZ 215, 318). Das Beispiel zeigt, dass also auch ein Mann die Mutterstelle besetzen kann.

Wenn ein gebärender Mann die erste Elternstelle besetzen kann, ist nicht ersichtlich, warum nicht auch eine Frau qua Ehe mit der Mutter als zweiter Elternteil zugewiesen werden sollte. Seit der Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare ist es möglich, dass Kinder in Ehen zweier Frauen hineingeboren werden. Eine Beschränkung der Zuordnungsregel des § 1592 Nr. 1 BGB auf Ehemänner ist dadurch rechtfertigungsbedürftig geworden. Die Ehe ist ein Rechtsinstitut, so dass es bei der Ehe als Anknüpfungskriterium für die Eltern-Kind-Zuordnung erst recht keine zwingenden aus der Natur begründeten Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, die die Benachteiligung der Mit-Mutter rechtfertigen. So kann nicht argumentiert werden, dass es beim Ehemann der Mutter eine Abstammungsvermutung gebe, die bei der Mit-Mutter von vornherein nicht greife (s. dazu schon oben, S. 41 ff. und S. 53 ff.). Zum einen kann es durchaus Konstellationen geben, in denen die Ehefrau der Mutter nachweisen kann, dass das Kind genetisch von ihr abstammt (vgl. die Konstellationen im Beschluss des OLG Köln vom 27. August 2014 - I-2 Wx 222/14 - reziproke Eizellenspende; BGH, Beschluss vom 29. November 2017 - XII ZB 459/16 - trans Frau als 2. Mutter). Zum anderen knüpft § 1592 Nr. 1 BGB gerade nicht an den Nachweis der genetischen Verwandtschaft an, sondern lässt die Ehe mit der Mutter als einziges Zuordnungskriterium genügen. Abermals: Der Ehemann wird auch dann rechtlicher Vater, wenn von vornherein sicher feststeht, dass er nicht biologisch mit dem Kind verwandt ist – wie im Fall der Samenspende eines Dritten.

So bleibt am Ende nur die vermutete Außenwirkung als Unterscheidungskriterium, also dass es bei einem Mann in der Außenwahrnehmung so wirken könnte, als sei er auch der biologische Elternteil des Kindes. Diese Außenwahrnehmung kann die Ungleichbehandlung aber nicht rechtfertigen, sondern wäre eine weitere Diskriminierung.

Der Staat darf heterosexuelle Personen nicht als wünschenswertere Eltern behandeln.

(2) Keine entgegenstehenden Grundrechte

Es gibt im vorliegenden Fall auch keine Grundrechte Dritter, die durch eine gesetzliche Zuordnung oder jedenfalls eine gerichtliche Feststellung der Mit-Mutter als zweiten rechtlichen Elternteil von Mischa berührt oder gar verletzt werden (dazu schon oben, S. 38 ff. und S. 61 ff.).

Die weitergehende Frage, wie zwei miteinander verheiratete Männer gemeinsam Eltern werden können und ob der Gesetzgeber verpflichtet wäre, die Leihmutterschaft oder Eizellenspenden in Deutschland zu legalisieren, stellt sich im Fall von Mischa und ihren beiden Müttern nicht (nicht überzeugend daher die Erwägungen des BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 - XII ZB 231/18 -, Rn. 23). Jedenfalls für den Fall, dass ein Kind von einer verheirateten Person in eine bestehende Ehe hineingeboren wird, sind Kinder und Ehegatten der gebärenden Person gleich zu behandeln.

Die Mit-Mutter ist demnach auch in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung verletzt, weil sie auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt wird und es abermals keine Rechtfertigung dafür gibt.

4. Grundrechtsverletzung der Mutter

Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter benachteiligt auch die Mutter auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung. Auch diese Benachteiligung verstößt gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 1 GG und ist nicht gerechtfertigt.

a) Benachteiligung

Die Mutter wird als gebärende Ehefrau einer Frau benachteiligt, weil sie anders als eine mit einem Mann verheiratete gebärende Frau rechtlich als alleinerziehende Mutter angesehen wird. Wäre die Mutter mit einem Mann verheiratet, erhielte sie gemäß § 1592 Nr. 1 BGB automatisch und im Zeitpunkt der Geburt einen zweiten rechtlichen Elternteil zur Seite, mit dem sie die Elternverantwortung für das gemeinsame Wunschkind gleichberechtigt und in Kooperation ausüben könnte. Die Zuordnung würde ohne Weiteres Zutun der Eheleute erfolgen und wäre unabhängig von der biologisch-genetischen Abstammung oder von der Zeugungsart. Auch für die Mutter bedeutet die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung eine gravierende Beeinträchtigung, da ohne den Status der Elternschaft keine Versorgungsansprüche gegen die Mit-Mutter bestehen. So fehlt der Mutter ein Anspruch auf Betreuungsunterhalt gemäß § 1615l BGB beziehungsweise für den Fall der Scheidung gemäß § 1570 BGB. Der Unterhaltsanspruch setzt die Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes voraus, was beim Ehemann einer Mutter ohne Weiteres vermutet wird, auch wenn das Kind nicht genetisch vom Ehemann abstammt. Mischa gilt bislang hingegen nicht als gemeinschaftliches Kind der Ehefrauen, sondern als das alleinige Kind der Mutter.

b) Keine Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung knüpft an das Geschlecht und die sexuelle Orientierung der Mutter an. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf das Geschlecht gemäß Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (BVerfGE 147, 1 <27>; stRspr seit BVerfGE 85, 191 <206>). Die sexuelle Orientierung wird zwar nicht ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannt. Eine Anknüpfung an die sexuelle Orientierung ist laut Bundesverfassungsgericht jedoch im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG mit der Anknüpfung an die dort genannten Merkmale vergleichbar und unterliegt daher ebenfalls einem strengen Kontrollmaßstab

(vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; 126, 400 <419>). Eine gesetzliche Vorschrift, die – wie vorliegend – an das Geschlecht und die sexuelle Orientierung der Mutter anknüpft, wäre mit Art. 3 Abs. 3 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; 92, 91 <109>; 114, 357 <364>; 132, 72 <97 f. Rn. 58>; 147, 1 <29 Rn. 60>), oder wenn es kollidierendes Verfassungsrecht gäbe, das in der Abwägung stärker zu gewichten wäre (BVerfGE 114, 357 <364>).

Auch für die benachteiligende Ungleichbehandlung der Mutter fehlt es an Rechtfertigungsgründen. Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu den fehlenden Rechtfertigungsgründen bei der Mit-Mutter, die für die Mutter gleichermaßen zutreffen (s. oben, S. 64 ff.).

5. Grundrechtsverletzungen beider Mütter

Beide Mütter sind auch verletzt in ihren Grundrechten auf Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG (unter a)) und durch den Verweis auf das Adoptionsverfahren überdies in ihrem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (unter b)) – jeweils auch im Lichte des Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 14 EMRK.

a) Familiengrundrecht

aa) Eingriffe in den Schutzbereich des Familiengrundrechts

Das Familiengrundrecht schützt die aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende Gemeinschaft, sofern diese dauerhaft angelegt ist und als umfassende Gemeinschaft gelebt wird (BVerfGE 133, 59 <82 Rn. 61; 83 Rn. 63> m.w.N.). Auf den Schutz des Familiengrundrechts können sich alle Beteiligten jeweils eigenständig berufen (BVerfGE 133, 59 <82 Rn. 60> m.w.N.). Das Familiengrundrecht garantiert als Abwehrrecht insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden (vgl. BVerfGE 61, 319 <347>; 99, 216 <231>; 133, 59 <84 Rn. 67>).

(1) Familiäre Abhängigkeit der Mit-Mutter vom Goodwill der Mutter

Die fehlende Eltern-Kind-Zuordnung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter greift ein in das familiäre Zusammenleben, weil der Mit-Mutter

gegenüber Mischa elterntypische rechtliche Befugnisse verwehrt bleiben. Die Mit-Mutter ist in allen Kind-bezogenen Entscheidungen und Handlungen abhängig von der Mutter, die sie bevollmächtigen muss, die Vollmacht aber im Konfliktfall auch jederzeit zurückziehen könnte. Die Ehefrauen können damit die Erziehungsaufgaben für ihr gemeinsames Kind Mischa nicht gleichberechtigt wahrnehmen (vgl. BVerfGE 133, 59 <84 Rn. 67>; 151, 101 <124 Rn. 56>).

(2) Familiäre Abhängigkeit der Mutter vom Goodwill der Mit-Mutter

Die verheiratete Mutter gilt in rechtlicher Hinsicht als Alleinerziehende. Die Entscheidung der Eltern, gleichberechtigt ein Kind groß zu ziehen, für es zu sorgen und es abzusichern, wird rechtlich nicht anerkannt. Das Familienleben leidet auch darunter, dass es keine tatsächliche Gleichberechtigung zwischen den Eltern gibt. Auch für den Fall, dass die Ehe der Eltern zerbricht oder der Mit-Mutter etwas zustößt, sind Mischa und ihre Mutter in unterhalts- oder erbrechtlicher Hinsicht nicht abgesichert.

(3) Keine rechtliche Schutzwirkung der sozial-familiären Beziehung

In das Familienleben wird auch eingegriffen, indem durch die frei bleibende zweite Elternstelle keine Absicherung der Familie nach außen möglich ist.

Nach dem gesetzgeberischen Willen soll der Status der Eltern-Kind-Zuordnung eigentlich nicht in der Schwebe bleiben, sondern möglichst schon im Zeitpunkt der Geburt rechtssicher vergeben werden. Der einmal begründete Status ist dann nur im eingeschränkten Rahmen veränderbar (vgl. zum Statusrecht S. 20). Der kleine Kreis der Anfechtungsberechtigten und die kurze Anfechtungsfrist sind darauf ausgerichtet, dass die rechtliche Elternschaft nach §§ 1592 Nr. 1 und Nr. 2 BGB nicht dauerhaft mit der Korrekturunsicherheit behaftet bleiben. Der Statussicherheit dient auch, dass die sozial-familiäre Beziehung eine Schutzwirkung nach außen begründet. So ist die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft schon vor Ablauf der Anfechtungsfrist ausgeschlossen, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Die sozial-familiäre Beziehung wird im gesetzlichen Regelfall des § 1600 Abs. 3 Satz 2 BGB

angenommen, wenn die Eltern miteinander in einer ehelichen Gemeinschaft leben.

All diese familiären Schutzwirkungen werden Mischa und ihrer Mit-Mutter vorenthalten. Indem die zweite Elternstelle nach wie vor unbesetzt ist, kann die sozial-familiäre Beziehung zwischen Mischa und ihrer Mit-Mutter keine Schutzwirkung nach außen entfalten. Das bedeutet, dass die rechtliche Elternschaft von Mischa auch noch nach Jahren mit einer anderen Person als der Mit-Mutter besetzbar bleibt. Möglichkeit 1: Der Samenspender könnte seine Ansicht nach vielen Jahren doch noch ändern. Da die zweite Elternstelle frei ist, müsste er dazu nicht einmal ein Anfechtungsverfahren durchführen (was verfristet wäre), sondern könnte ohne Weiteres die gerichtliche Feststellung als Vater erzwingen. Er könnte dies auch noch tun, wenn Mischa schon erwachsen ist – etwa um seinen Unterhalt im Alter zu sichern oder in der Aussicht auf ein Erbe von Mischa. Einem solchen Begehren des Samenspenders könnte die Familie nichts entgegenhalten. Dass der Samenspender nie Elternverantwortung übernommen hat, stünde nicht im Wege. Möglichkeit 2: Die Mutter könnte im Falle einer Trennung jederzeit einen x-beliebigen Mann die Vaterschaft für Mischa anerkennen lassen. Auf Grund der Anerkennung würde dieser Mann gemäß § 1592 Nr. 2 BGB in die bislang freie zweite Elternposition einrücken. Die Mit-Mutter könnte dies nicht verhindern. Aus ihrer jahrelangen faktischen Verantwortungsübernahme für Mischa würde allenfalls ein Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 2 BGB folgen, das sich in der Praxis allerdings als kaum durchsetzbar erweist (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Juni 2022 - 18 UF 22/22; OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 11. Mai 2020 - 4 UF 17/20; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. November 2010 - 5 UF 217/10; einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK bejahend: EGMR, Callamand v. Frankreich, Entscheidung vom 7. April 2022, Nr. 2338/20).

Nochmals zum Vergleich: Wäre die Mit-Mutter ein Mann, wäre sie nach § 1592 Nr. 1 BGB schon bei Mischas Geburt der zweite rechtliche Elternteil geworden. Ihre Elternschaft wäre inzwischen trotz der fehlenden genetischen Verbindung in Rechtskraft erwachsen und könnte lediglich von Mischa selbst, wenn sie alt genug ist, noch angefochten werden. Eine Veränderung des Familienlebens könnte also lediglich von innen heraus betrieben werden. Einen Eingriff in das Familienleben von außen müssten die Beteiligten nicht fürchten.

(4) Eingriff durch Adoptionserfordernis

Auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Familie in ein Adoptionsverfahren nötigt, um Mischa rechtssicher zwei Elternteile zu ermöglichen, stellt einen Eingriff in das Familienleben dar. Das Adoptionsverfahren kann nur im Zusammenwirken beider Mütter und bei Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft betrieben werden. Das Verfahren ist zudem verbunden mit einer – der Einschätzung des Gerichts und des Jugendamts im Einzelfall unterliegenden – Begutachtung der Familie. Vorliegend forderte das Gericht die Familie etwa dazu auf, Gesundheitszeugnisse vorzulegen, weil es meinte, dass dies Einfluss auf die Adoptionseignung der Mit-Mutter und des Kindes haben könnte. Hier sind sensible Daten betroffen, die offenzulegen einen schweren Eingriff in die Privatsphäre der Familie darstellt. Das Adoptionsverfahren ist mit einer intensiven Durchleuchtung des Familienlebens verbunden. Bei dieser Prozedur ist es nicht ausgeschlossen, dass Mischa und ihre beiden Mütter auf Grund ihrer Lebensweise mit Abwertung und Diskriminierung konfrontiert werden (vgl. besonders eindrücklich die Verfahrensgeschichte zur Entscheidung des OLG Nürnberg, FamRZ 2020, S. 613). Dabei handelt es sich bei Mischa und ihren beiden Müttern um eine eheliche Herkunftsfamilie, in die Mischa nicht erst unter staatlicher Aufsicht integriert werden muss, sondern in der Mischa vom Tag ihrer Geburt an lebt.

(5) Eingriff in den Schutz der Fortpflanzungsfreiheit

Die Versagung der unmittelbaren Elternstellung der Mit-Mutter greift auch in das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht der Eheleute auf Fortpflanzung ein.

Das Grundgesetz schützt das Recht, eine Familie zu gründen (vgl. BVerfGE 76, 1 <42 Rn. 113>) und damit das Recht einer Person, sich fortzupflanzen (vgl. Heiderhoff in: von Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG, Art. 6 Rn. 228; Hieb, Die gespaltene Mutterschaft, 2005, S. 17 f.; Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen, 1980, S. 20). Es kann an dieser Stelle dahin stehen, ob der Schutz auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, oder auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. Ramm, JZ 1989, S. 861 <864, 870, 874>) gestützt, oder aus dem Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG

abgeleitet wird (vgl. Reuß, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, S. 201 f.; Brosius-Gersdorf in: Dreier, 3. Aufl. 2018, GG, Art. 6 Rn. 117; Kotzur in: Stern/Becker, 2016, Grundrechte-Kommentar, Art. 6 Rn. 25; Hufen, MedR 2001, S. 440 <442>). Der Schutz umfasst die Freiheit, reproduktionsmedizinische Techniken zu verwenden und er gilt sowohl für verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Paare (vgl. Gassner u.a., Fortpflanzungsmedizingesetz Augsburg-Münchener-Entwurf, 2013, § 3, 31 f.; zustimmend: Sauer, Der Staat 2014, S. 160; Coester-Waltjen in: von Münch/Kunig, 6. Aufl. 2012, GG, Art. 6 Rn. 49; Brosius-Gersdorf in: Dreier, 3. Aufl. 2018, GG, Art. 6 Rn. 117). Der Schutzbereich umfasst auch die Entscheidung, mit wem man eine Familie gründen möchte (Brosius-Gersdorf in: Dreier, 3. Aufl. 2018, GG, Art. 6 Rn. 115).

Das Recht auf die Entscheidung, sich fortzupflanzen, steht auch unter dem Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK (vgl. EGMR, Urteil vom 7. März 2006, Evans v. Vereinigtes Königreich, Nr. 6339/05, Rn. 57; in der gleichen Sache Urteil der Großen Kammer vom 10. April 2007, Rn. 71 f. = NJW 2008, 2013; Urteil der Großen Kammer vom 3. November 2011, S.H. u.a. v. Österreich, Nr. 57813/00, Rn. 82 = NJW 2012, 207; Urteil vom 2. Oktober 2012, Knecht v. Romania, Nr. 10048/10, Rn. 54; Urteil vom 5. Mai 2022, Lia v. Malta, Nr. 8709/20, Rn. 39 m.w.N.). Die Bedeutung der Fortpflanzung gerade für Fälle wie den vorliegenden hat der Verfassungsgerichtshof von Österreich erst kürzlich betont und entschieden, dass einem gleichgeschlechtlichen Paar gerade auch die Wahl der Art und Weise der Fortpflanzung freistehen muss (vgl. ÖVerfGH vom 30. Juni 2022 - G 230/2021-20). Von dieser Wahlfreiheit sind sowohl die kostspielige Unterstützung durch eine Fortpflanzungsklinik als auch die Zeugung des Kindes im familiären Umfeld umfasst. Im Bereich des heimischen Privatumsfeldes steht nur die private Samenspende zur Verfügung, die für viele Paare auch finanziell die einzig erschwingliche Option ist und überdies dem Kind die Möglichkeit gibt, den Samenspender früh kennenzulernen.

Die fehlende Zuordnung der Mit-Mutter als Elternteil ab der Geburt greift in das Recht der Mütter ein, frei zu entscheiden, wie und mit wem sie eine Familie gründen möchten. Durch die geltende Rechtslage wird es den Müttern verwehrt, ihr gemeinsames Kind über einen zweiten Elternteil abzusichern – sofern sie miteinander und ohne Involvierung eines Mannes als Vater eine Familie gründen wollen. Damit gibt der

Gesetzgeber den Müttern vor, mit wem sie ein Kind zeugen müssen und dürfen, wenn sie ihrem Kind ab Geburt die Sicherheit zweier Elternteile verschaffen wollen.

Auch durch den Zwang zur Durchführung eines Adoptionsverfahrens, um die rechtliche Absicherung von Mischa und der durch die Wahrnehmung der Fortpflanzungsfreiheit gegründeten Familie zu gewährleisten, wird in das Grundrecht der Eheleute eingegriffen.

bb) Keine Rechtfertigung

Die vielfältigen Eingriffe in das Familiengrundrecht sind aus den gleichen Gründen nicht gerechtfertigt, wie auch die Eingriffe in die weiteren betroffenen Grundrechte nicht gerechtfertigt werden können. Es gibt keine entgegenstehenden Rechte Dritter (s. dazu oben, S. 38 ff. und S. 61 ff.) und auch die grundrechtlichen Interessen der Beteiligten sprechen ausschließlich für eine primäre Eltern-Kind-Zuordnung der Mit-Mutter als zweiter Elternteil von Mischa.

b) Ehegrundrecht

aa) Eingriff in den Schutzbereich des Ehegrundrechts

Art. 6 Abs. 1 GG enthält eine Garantie für das Institut der Ehe. Sie schützt die Ehe vor staatlichen Beeinträchtigungen und entfaltet zugleich die Wirkung eines speziellen Gleichheitssatzes:

„Der besondere Schutz, der der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG zukommt, verbietet es, sie insgesamt gegenüber anderen Lebensformen schlechter zu stellen (vgl. BVerfGE 6, 55 <76>; 13, 290 <298 f.>; 28, 324 <356>; 67, 186 <195 f.>; 87, 234 <256 ff.>; 99, 216 <232 f.>).“

Seit dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. I 2017, Nr. 52, S. 2787) können in Deutschland auch zwei Frauen die Ehe miteinander schließen. Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wurde zwar kontrovers diskutiert, letztlich aber nicht in Form eines Normenkontrollantrages in Frage gestellt (vgl. für eine umfassende Aufarbeitung der Argumente und rechtlichen Rahmungen Wollenschläger/Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018). Mit der zwischenzeitlich wohl herrschenden Meinung gehen wir davon aus, dass auch die gleichgeschlechtliche Ehe der Verfassungsbeschwerdeführerinnen zu 2)

und zu 3) unter den verfassungsrechtlich geschützten Ehebegriff fällt (vgl. hier nur Heiderhoff, in: von Münch/Kunig, GG 2021, Art. 6, Rn. 59; Brosius-Gersdorf in: Dreier, GG, Art. 6, Rn. 21 und 81; Wollenschläger in: Wollenschläger/Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018, S. 130 f.)

Die Ehe der beiden Mütter entfaltet – anders als bei einer verschiedengeschlechtlichen Ehe – keine abstammungsrechtliche Wirkung nach § 1592 Nr. 1 BGB. Dadurch wird das Eheinstitut abgewertet. Die Ehe von Mischas Müttern wird hier gleich in mehrfacher Hinsicht abgewertet. Sie wird gegenüber verschiedengeschlechtlichen Ehen ungleich behandelt, indem das Statusrecht ihrer Ehe keine statusrechtliche Wirkung in abstammungsrechtlicher Hinsicht entfalten soll. Die Ehe wird zudem gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften schlechter gestellt, bei denen ein Mann die Elternschaft für das Kind seiner Partnerin anerkannt hat. Das widerspricht der gesetzgeberischen und verfassungsimmanenten Wertung

„[...] die Ehe wegen ihres besonderen rechtlichen Rahmens als eine Lebensbasis für ein Kind an[zu]sehen, die den Kindeswohlbelangen mehr Rechnung trägt als eine nichteheliche Partnerschaft [...]. So ist die Ehe nach § 1353 Abs. 1 BGB auf Lebenszeit angelegt und nur unter den Voraussetzungen der Aufhebung (§§ 1313 ff. BGB) oder Scheidung (§§ 1564 ff. BGB) wieder auflösbar, während nichteheliche Partnerschaften jederzeit beendet werden können, auch wenn diese sich im konkreten Fall als eine feste Bindung erweisen. Die ehelichen Bindungen bieten einem Kind grundsätzlich mehr rechtliche Sicherheit, von beiden Elternteilen betreut zu werden. Auch sind Ehegatten einander nach § 1360 BGB gesetzlich verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie zu unterhalten. Dieser Unterhalt ist mit auf die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder ausgerichtet, begünstigt auch sie und bestimmt maßgeblich ihre wirtschaftliche und soziale Situation (vgl. BVerfGE 103, 89 <109 f.>; 107, 205 <217>). Eine solche Verpflichtung besteht bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht.“ (BVerfG, Urteil vom 28. Februar 2007 - 1 BvL 5/03 -, Rn. 38)

Nach der zur Sukzessivadoption ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stand schon vor der „Ehe für alle“ nicht in Zweifel, dass die Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern können wie die einer Ehe (vgl. BVerfGE 133, 59 <89 f. Rn. 80>). Die Schlechterstellung der Ehe zweier Frauen gegenüber

nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

Indem die Ehe von Mischas Müttern keine Wirkung im Hinblick auf das Eltern-Kind-Verhältnis zwischen dem Kind und der Ehefrau der Mutter entfaltet, während in vergleichbaren Konstellationen sogar ein Kind von nichtehelichen Paaren zwei rechtliche Eltern bekommt, werden die Eheleute in verfassungswidriger Weise auf Grund ihres Geschlechts und auf Grund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert und in ihrem Recht auf Gleichbehandlung ihrer ehelichen Lebensform verletzt.

bb) Keine Rechtfertigung

Der Eingriff ist aus den gleichen Gründen nicht gerechtfertigt, wie auch die Eingriffe in die weiteren betroffenen Grundrechte nicht gerechtfertigt werden können. Es gibt keine entgegenstehenden Rechte Dritter (s. dazu oben, S. 38 ff. und S. 61 ff.) und auch die grundrechtlichen Interessen der Beteiligten sprechen ausschließlich für eine primäre Eltern-Kind-Zuordnung der Mit-Mutter als zweiter Elternteil von Mischa.

6. Rechtsfolgen

Wir haben dargelegt, dass Mischa und ihre beiden Mütter gravierend in ihren Grundrechten verletzt sind.

Die Grundrechtsverletzungen hätten das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg und das Kammergericht beseitigen können durch eine verfassungskonforme Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB (vgl. dazu ausführlicher Kiehnle, JR 2022, S. 447; Chebout/Xylander, NJW 2021, S. 2472; Kiehnle, JURA 2019, S. 563). Dem Feststellungsantrag hätte stattgegeben werden können und müssen, weil es im vorliegenden Fall keine einzige Grundrechtsposition gibt, die entgegensteht. Im Gegenteil: Sämtliche Interessen – des Kindes, der Mutter, der Mit-Mutter und auch des Samenspenders – gehen in die gleiche Richtung: Rechtssicherheit schaffen durch Zuordnung der Mit-Mutter als zweiter rechtlicher Elternteil von Mischa.

Geht man – mit den Gerichten der vier Vorlagebeschlüsse (vgl. die Verfahren unter den Aktenzeichen 1 BvL 1/21, 1 BvL 2/21, 1 BvL 7/21 sowie 1 BvL 1/22) – davon aus, dass eine verfassungskonforme Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht möglich ist, ist die Norm für nichtig beziehungsweise für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären. Dem Gesetzgeber steht bei der Ausgestaltung des Abstammungsrechts ein Gestaltungsspielraum zu, den er in verfassungskonformer Weise ausfüllen muss. In der

Literatur wurden bereits eine Reihe von Vorschlägen erarbeitet, auf die der Gesetzgeber aufbauen kann (vgl. unter anderem Arbeitskreis Abstammungsrecht 2017, S. 70-71; Helms, Gutachten F zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. 100; Hartmann, Von der Mutterschaft zur Elternschaft, 2020, S. 270).

Für die Neuregelung des Abstammungsrechts könnte der Gesetzgeber entweder auf die geschlechtliche Bezugnahme verzichten und die Primärzuordnung unabhängig vom Geschlecht der Eltern ermöglichen. § 1591 BGB n.F. könnte dann also regeln: Erster Elternteil eines Kindes ist die Person, die es geboren hat. § 1592 n.F. könnte geschlechtsneutral lauten: Zweiter Elternteil eines Kindes ist die Person, 1. die zum Zeitpunkt der Geburt mit dem ersten Elternteil des Kindes verheiratet ist, oder 2. die die Elternschaft anerkannt hat.

Dem Gesetzgeber stünde es – wenn er, wie bisher nicht, zukünftig mit der Primärzuordnung zwingend eine Übereinstimmung zwischen genetischer und rechtlicher Verwandtschaft anstreben würde – alternativ frei, die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung auf der Primärebene von einem Nachweis der genetischen Verwandtschaft abhängig zu machen und alle Familien, in denen ein solcher Nachweis nicht erbracht werden kann, auf den Weg des Adoptionsverfahrens zu verweisen.

Eine weitere Alternative wäre es, voluntative Elemente zu stärken und die erstmalige Besetzung der Elternstellen insgesamt von einer notariellen Anerkennungserklärung abhängig zu machen.

Vorzugswürdig und jedenfalls für eine Interimplösung am leichtesten realisierbar erscheint die Option, das Abstammungsrecht geschlechtsneutral auszugestalten und ansonsten die bisherigen Zuordnungskriterien (Geburt, Ehe, Anerkennungserklärung) beizubehalten.

D. Annahmeveraussetzungen

Die Voraussetzungen der § 93a Abs. 2 lit. a und b BVerfGG sind erfüllt.

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu. An der Vereinbarkeit der mittelbar angegriffenen Norm mit der Verfassung bestehen durchgreifende Zweifel. Vier Familiengerichte haben dem Bundesverfassungsgericht konkrete Normenkontrollanträge vorgelegt, weil sie von der Verfassungswidrigkeit des geltenden Abstammungsrechts überzeugt sind. In der Fachliteratur wird diese Rechtsauffassung geteilt (vgl. Kiehnle, JR 2022, 447; Chebout/Xylander, NJW 2021, 2472; Kiehnle, JURA 2019, 563; Löhnig, NJW 2019, 122; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768; Gössl, ZRP 2018, 174). Auch das Bundesministerium der Justiz geht davon aus, dass das geltende Abstammungsrecht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist:

„Das geltende Abstammungsrecht verstößt insofern gegen das Nichtdiskriminierungsprinzip, als unterschiedliche Regelungen gelten, je nachdem, ob die Eltern des Kindes in verschieden- oder gleichgeschlechtlicher, ehelicher oder nichtehelicher Gemeinschaft leben, beziehungsweise je nachdem, auf welchem Weg die Eltern ihr Kind bekommen haben, ohne dass immer ein sachlicher Differenzierungsgrund für diese unterschiedliche Behandlung gegeben wäre.“ (BMJV 2019, Diskussionsteilentwurf zum Abstammungsrecht, S. 19-20)

Aus dem Grundgesetz lässt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Norm zwar nach Auffassung der Verfassungsbeschwerdeführerinnen unmittelbar beantworten. Diese Auffassung wird indes von den Familiengerichten bis hin zum BGH bisher nicht geteilt. Die derzeit weitgehend einheitliche, grundrechtswidrige fachgerichtliche Rechtsprechung und behördliche Praxis gilt es zu korrigieren. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage noch nicht geklärt.

Der Frage kommt zudem eine objektive und subjektive Wichtigkeit und wesentliches Gewicht zu, weil die Primärzuordnung beziehungsweise hier die Nichtzuordnung eines zweiten Elternteils auf Grund der daran geknüpften Rechtsfolgen enorme Konsequenzen für die Verfassungsbeschwerdeführerinnen als Familienmitglieder, insbesondere für das Kind Mischaben. Über diese direkten Rechtsfolgen hinaus kommt der Frage der primären Eltern-Kindzuordnung auch deshalb Bedeutung zu, weil das Gesetz und die derzeitige darauf basierende Rechtspraxis Menschen auf Grund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt. Dies empfinden die betroffenen Familien als Ausdruck fehlender gesellschaftlicher Akzeptanz, als gerichtliche und behördliche Schikane und als gesetzliche Diskriminierung. Die vorliegende Frage strahlt damit auch über den Kreis der tatsächlich betroffenen Personen aus.

RAUE

Sie betrifft zudem nicht nur die Verfassungsbeschwerdeführerinnen im Einzelfall, sondern alle Familienkonstellationen, in denen ein Kind mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde und in denen der zweite Elternteil kein Mann ist – und damit eine nicht unerhebliche Anzahl von Menschen. Damit betrifft die Verfassungsbeschwerde für das Zusammenleben im demokratischen Staat wesentliche Fragen, so dass sie zur Entscheidung anzunehmen ist.

Lucy Chebout
Rechtsanwältin

Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur.

Dr. Dana-Sophia Valentiner