

letzte Aktualisierung: 20.10.2021

KG, Beschl. v. 24.3.2021 – 3 UF 1122/20

BGB §§ 1591, 1592 Nr. 1, 1600d Abs. 4; GG Art. 3 Abs. 1, 6

Gesetzliche Elternstellung nach ärztlich unterstützter künstlicher Befruchtung in gleichgeschlechtlicher Ehe

Der Senat 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.

Gründe

I.

1. Das Verfahren betrifft die Feststellung der Elternschaft zwischen der Beteiligten zu 1. (im Folgenden: Kind) und der Beteiligten zu 3.
2. Die Beteiligte zu 2. (deutsche Staatsangehörige) und die Beteiligte zu 3. (luxemburgische Staatsangehörige) schlossen am ... 2018 vor dem Standesbeamten des Standesamtes ... von Berlin (Registernummer ...) die Ehe miteinander. Um ihren Kinderwunsch zu erfüllen, entschieden sie sich, eine reproduktionsmedizinische Behandlung in einem Kinderwunschzentrum in der Weise durchzuführen, dass die Person des Samenspenders ihnen gegenüber unbekannt bleibt und der Samenspender auf alle Rechte aus der Elternschaft verzichtet. Sie schlossen im September 2019 einen Behandlungsvertrag zur ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung mit ... im Kinderwunschzentrum „...“ (gynäkologische Praxis unter der ärztlichen Leitung von ... (vgl. <https://www. de>). Die Praxis arbeitet mit der European Sperm Bank in Kopenhagen zusammen. Von dort bezogen die beteiligten Eheleute die Samenspende.
3. Die Beteiligte zu 2. (im Folgenden: Mutter) gebar am ... 2020 Zwillinge, nämlich das hier betroffene Kind L. (Beteiligte zu 1.) und das Kind J.. Die Rechtsmittel in dem das Kind J. betreffenden Verfahren auf Feststellung der Elternschaft sind unter dem Aktenzeichen 3 UF 1123/20 beim Senat anhängig. Die Beteiligte zu 1. lebt im Haushalt der Eheleute und wird von ihnen gemeinsam zu gleichen Anteilen betreut. In der Geburtsurkunde des Kindes ist die Beteiligte zu 2. als Mutter des Kindes eingetragen. Das Standesamt Friedrichshain-Kreuzberg von Berlin lehnte eine Eintragung der Beteiligten zu 3. (im Folgenden: Ehefrau) als Mit-Mutter des Kindes ab.
4. Das Kind, die Mutter und die Ehefrau haben bei dem Familiengericht beantragt festzustellen, dass zwischen dem am ... geborenen Kind und der Ehefrau ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht.
5. Mit Beschluss vom 26. Oktober 2020 hat das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg (Familiengericht) die Anträge zurückgewiesen. Die Anträge seien nicht statthaft. § 169 Nr. 1 FamFG erfasse nur Abstammungssachen, welche „auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses, insbesondere der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Anerkennung der Vaterschaft“ gerichtet seien. Das Gesetz bestimme zunächst in § 1591 BGB, wer die Mutter des Kindes sei, nämlich die Frau, die das Kind geboren hat. Es regele dann weiter, wer Vater des Kindes sei. § 1600d Abs. 1 BGB enthalte eine abschließende Regelung, wann die Vaterschaft gerichtlich festgestellt werden könne. Im Gesetz sei dagegen keine Vorschrift vorhanden, nach der die Mutterschaft festgestellt werden könne. Etwas Anderes folge auch nicht aus § 169 Abs. 1 FamFG. Dem Wortlaut dieser Vorschrift lasse sich nicht entnehmen, dass neben den im BGB geregelten Fällen weitere Abstammungsverfahren geschaffen werden sollten. Des Weiteren wäre der Antrag auch dann nicht statthaft, wenn man der Rechtsauffassung der Antragstellerinnen folge und eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB in dieser Fallkonstellation bejahe. Denn dann wäre bereits die Beteiligte zu 3. kraft Gesetzes Elternteil des Kindes. Eine Feststellung nach § 169 Abs. 1 FamFG scheide dann – ebenso wie bei einer Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB – aus. Dies folge aus der Vorschrift des § 1600d Abs. 1 BGB. Danach könne

eine Vaterschaft nur dann gerichtlich festgestellt werden, wenn keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB bestehe. Rechte der Antragstellerinnen würden nicht verletzt. Ihnen stehe der Weg offen, beim Standesamt eine Eintragung der Elternschaft zu erwirken und bei Ablehnung einer solchen Eintragung den Rechtsweg zu beschreiten.

6. Gegen diese – ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 9. November 2020 zugestellte – Entscheidung haben die Beteiligten zu 1. bis 3. mit Anwaltsschriftsatz vom 30. November 2020, am selben Tag beim Familiengericht eingegangen, Beschwerde eingelegt. Sie wenden sich gegen die Rechtsauffassung des Familiengerichts. Entgegen der Auslegung des Amtsgerichts seien ihre Anträge auf Feststellung der Elternschaft statthaft und auch im Übrigen begründet. Eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung erfordere in dieser Fallkonstellation eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB. Es fehle eine gesetzliche Regelung, die eine rechtliche Elternschaft der Ehefrau der Mutter analog zu § 1592 Nr. 1 BGB festschreibe. Dieser Zustand sei verfassungswidrig, weil er eheliche Kinder zweiter Klasse schaffe und gleichgeschlechtliche Familien diskriminiere.

II.

7. Das Verfahren ist gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG auszusetzen. Nach Überzeugung des Senats ist es mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, dass das Gesetz es unterlässt, einem durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugten und in der gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geborenen Kind die Ehefrau der Mutter kraft Gesetzes als Elternteil zuzuordnen, während das Gesetz in § 1592 Nr. 1 BGB einem auf gleiche Weise gezeugten Kind, das in der verschiedengeschlechtlichen Ehe der Mutter geboren wird, den Ehemann der Mutter kraft Gesetzes als Elternteil zuordnet. Zur Verfassungsmäßigkeit ist eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.
8. 1. Entscheidungserheblichkeit der Regelung (§ 1592 Nr. 1 BGB)
9. Die Frage, ob die Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB, nach der Vater eines Kindes der Mann ist, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, verfassungsgemäß ist, ist für die Entscheidung erheblich.
10. a) Der Senat ist ohne Durchführung eines Anhörungs- und Erörterungstermins zur Vorlage befugt.
11. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist in Ausnahmefällen eine Richtervorlage auch ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung (hier eines Anhörungs- und Erörterungstermins) zulässig (BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 1989 – 1 BvL 17/87 -, juris Rn. 30 f.). Diese sind auf die Verfahren zu beschränken, in denen schon vor der mündlichen Verhandlung die Entscheidungserheblichkeit der Norm mit Sicherheit feststeht (BVerfG, Beschluss vom 29. Oktober 1963 – 1 BvL 15/58 -, juris Rn. 15). So liegt der Fall hier. Nach § 175 Abs. 1 FamFG soll das Gericht zwar vor einer Beweisaufnahme über die Abstammung die Angelegenheit in einem Termin erörtern und das persönliche Erscheinen der verfahrensfähigen Beteiligten anordnen. Eine Beweisaufnahme ist hier aber nicht erforderlich. Der Sachverhalt ist unstreitig. Gemäß §§ 32 Abs. 1 Satz 1, 33 Abs. 1 Satz 1 FamFG sieht der Senat im vorliegenden Fall von der Durchführung eines Anhörungs- und Erörterungstermins ab, weil der Sachverhalt aufgeklärt ist und weitere Ermittlungen von Amts wegen nicht erforderlich sind.
12. b) Die Richtervorlage ist eröffnet, obwohl die Vorlagefrage gesetzgeberisches Unterlassen betrifft. Zwar kann schlichtes gesetzgeberisches Unterlassen nicht Gegenstand einer Vorlage

sein. Ist der Gesetzgeber aber auf einem Gebiet – wie dem der Eltern-Kind-Zuordnung aufgrund einer Ehe - bereits tätig geworden und hält ein Gericht die geschaffenen Vorschriften angesichts einer grundrechtlichen Schutzwürdigkeit für unzureichend oder das Unterlassen der Einbeziehung weiterer Tatbestände in die begünstigende Regelung für nicht gerechtfertigt, ist eine Vorlage möglich (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 16. Januar 2013 - 1 BvR 2004/10 -, juris Rn. 21). Das ist hier der Fall. Der Senat hält die unterlassene Elternzuordnung kraft Gesetzes bei der Geburt eines Kindes in einer gleichgeschlechtlichen Ehe für verfassungswidrig.

13. c) Entscheidungserheblichkeit setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG voraus, dass das Gericht im Ausgangsverfahren bei Ungültigkeit der Norm anders entscheiden müsste als bei deren Gültigkeit (BVerfG, Beschlüsse vom 2. Mai 2012 – 1 BvL 20/09 -, juris Rn. 67; 5. Dezember 2002 – 2 BvL 5/98; 2 BvL 6/98 -, juris Rn. 126; 6. November 1957 – 2 BvL 12/56 -, juris Rn. 12). Diese Voraussetzungen sind auch dann erfüllt, wenn im Fall der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes das Ausgangsverfahren auszusetzen ist, bis der Gesetzgeber reagiert hat, denn auch diese Ausgangsentscheidung ist eine andere Entscheidung als die, die im Falle der Gültigkeit des Gesetzes zu treffen wäre (BVerfG, Beschlüsse vom 31. Januar 1996 – 2 BvL 39/93, 2 BvL 40/93 -, juris Rn. 30; 12. Februar 1986 – 1 BvL 39/83 -, juris Rn. 31; 15. Oktober 1985 – 2 BvL 4/83 -, juris Rn. 30; 17. Mai 1983 – 2 BvL 8/82 -, juris Rn. 28; 6. Februar 1968 – 1 BvL 7/65 -, juris Rn. 14; 12. Februar 1964 – 1 BvL 12/62 -, juris Rn. 21). Zudem genügt bei der Annahme eines Gleichheitsverstoßes für die Entscheidungserheblichkeit der Regelung, dass die Feststellung der Verfassungswidrigkeit die Chance offenhält, eine für den Beteiligten des Ausgangsverfahrens günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (BVerfG, Beschlüsse vom 11. November 2008 – 1 BvL 3/05 bis 1 BvL 7/05 -, juris Rn. 59; 17. April 2008 – 2 BvL 4/05 -, juris Rn. 31). Entscheidungserheblichkeit kann damit anzunehmen sein, wenn der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß auf verschiedenen Wegen heilen kann und eine der dem Gesetzgeber möglichen Entscheidungsvarianten das Ausgangsverfahren in Richtung einer für den betroffenen Verfahrensbeteiligten günstigeren Entscheidung beeinflusst (BVerfG, Beschlüsse vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18 -, juris Rn. 36; 31. Januar 1996 – 2 BvL 39/93, 2 BvL 40/93 -, juris Rn. 32f.).
14. Gemessen an diesem Maßstab liegt die Entscheidungserheblichkeit im Sinne des Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG vor.
15. aa) Die Chance, eine für die Beteiligten günstigere Regelung zu erreichen, lässt sich bereits aus dem am 13. März 2019 vorgelegten Diskussionsteilentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz entnehmen (abrufbar unter <https://www.bmjjv.de>). Der Entwurf sieht in seinem § 1592 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, dass Mit-Mutter eines Kindes die Frau ist, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Danach wäre in der hier vorliegenden Fallkonstellation die Ehefrau bei der Geburt des Kindes kraft Gesetzes rechtlicher Elternteil.
16. bb) Die Rechtsmittel der Antragstellerinnen sind gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen nach §§ 59 ff. FamFG zulässig, insbesondere sind sie innerhalb der Beschwerdefrist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden und genügen den Erfordernissen des § 64 FamFG.
17. Darüber hinaus ist die Mutter, welche als allein Sorgeberechtigte im Namen des Kindes Rechtsmittel eingelegt hat, weder gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1795 BGB von der Vertretung des Kindes im Verfahren ausgeschlossen noch ist der Mutter die Vertretungsmacht gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3 BGB i. V. m. § 1796 BGB zu entziehen.

- 18.** Grundsätzlich umfasst die elterliche Sorge gemäß § 1629 Abs. 1 BGB auch die Vertretung des Kindes. Die Vertretung des minderjährigen Kindes im gerichtlichen Verfahren war im Hinblick auf eine mögliche Interessenkollision seiner Eltern nach Inkrafttreten des FamFG zunächst umstritten (vgl. Dürbeck, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 172 Rn. 4 m. w. N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, ist nunmehr die allein sorgeberechtigte Mutter dagegen weder nach § 1795 Abs. 1 Nr. 3 BGB noch nach § 1796 BGB an der Vertretung des Kindes gehindert (BGH, Beschlüsse vom 2. November 2016 – XII ZB 583/15 -, juris Rn. 13; 21. März 2012 – XII ZB 510/10 -, juris). Ein allein aus der Verfahrensbeteiligung hergeleiteter Vertretungsausschluss, der in allen Abstammungsverfahren gelten müsste (so aber Coester-Waltjen/Lugani, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2018, § 172 Rn. 34) widerspräche besonderen gesetzlichen Regelungen. So enthält § 1629 Abs. 2 Satz 3 2. Halbsatz BGB die ausdrückliche Bestimmung, dass der Mutter für die Feststellung der Vaterschaft die Vertretung nicht nach § 1796 BGB entzogen werden kann. Diese Regelung wäre gegenstandslos, wenn die Mutter von der gesetzlichen Vertretung schon kraft Gesetzes ausgeschlossen wäre. Ein Ausschluss der Mutter von der Vertretung widerspräche aber vor allem auch der bewussten gesetzlichen Wertung, dass die Mutter grundsätzlich in der Lage ist, das Kind seinen Interessen entsprechend im Verfahren zu vertreten. Dass das Gesetz die Mutter nicht generell als von der Vertretung im Abstammungsverfahren ausgeschlossen ansieht, verdeutlicht ferner § 173 FamFG. Danach ist der sorgeberechtigte Elternteil von der Vertretung des Kindes (im Vaterschaftsfeststellungsverfahren) - erst - ausgeschlossen, wenn das Kind durch das Jugendamt als Beistand vertreten wird, was wiederum einen entsprechenden Antrag des - sorgeberechtigten - Elternteils nach §§ 1712, 1713 BGB voraussetzt. Dass bei der Vertretung durch die Mutter schließlich nicht zwischen Feststellungs- und Anfechtungsverfahren unterschieden werden kann, zeigt sich auch im Fall der Anfechtung durch den leiblichen Vater. Diese führt nach § 182 FamFG im Erfolgsfall nicht nur dazu, dass das Nichtbestehen der Vaterschaft des rechtlichen Vaters festgestellt wird, sondern (kraft Gesetzes) zugleich auch zur Feststellung der Vaterschaft des Anfechtenden (BGH, Beschluss vom 21. März 2012 – XII ZB 510/10 -, juris Rn. 20).
- 19. cc)** Den Beteiligten steht das gerichtliche Verfahren zur Statusfeststellung nach § 169 Nr. 1 FamFG zur Verfügung. Entgegen der Auffassung des Familiengerichts ist das Verfahren nach § 48 PStG nicht vorrangig.
- 20.** Nach § 169 Nr. 1 FamFG sind Abstammungssachen Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses, insbesondere der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Anerkennung der Vaterschaft. Die Vorschrift umfasst neben dem Streit über die anfängliche Wirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung sowohl Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen einer rechtlich bereits erfolgten bzw. nicht erfolgten Zuordnung (also insbesondere die Mutterschaft und die Elternschaft der bei Geburt des Kindes miteinander verheirateter Eltern) als auch Verfahren, die eine solche rechtliche Zuordnung erst herstellen bzw. ihre Herstellung verneinen (Coester-Waltjen/Lugani, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2018, § 169 Rn. 4). Ihr Rechtsschutzziel (Feststellung der Elternschaft) können die Antragstellerinnen im Verfahren nach § 169 Abs. 1 FamFG erreichen. Im Rahmen dieses Verfahrens können sie die Verfassungswidrigkeit des § 1592 Nr. 1 BGB geltend machen (OLG Hamburg, Beschluss vom 14. März 2017 – 2 UF 160/16 -, juris Rn. 22; Coester-Waltjen/Lugani, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl. 2018, § 169 Rn. 7; im Ergebnis auch OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2015 – II-14 UF 181/14, 14 UF 181/14 -, juris Rn. 12 ff.).

21. Zwar ist hier auch das Berichtigungsverfahren nach § 48 PStG eröffnet. Gegenüber dem Berichtigungsverfahren hat das Abstammungsverfahren jedoch den Vorteil, dass eine rechtskraftfähige Feststellung der rechtlichen Elternschaft mit allgemein verbindlicher Wirkung erreicht wird, § 184 Abs. 2 FamFG (KG, Beschluss vom 31. Mai 2017 – [3 WF 22/17](#) –, juris [Rn. 3](#); Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 169 Rn. 8).
22. dd) Der Senat wäre im Falle der Verfassungswidrigkeit des § 1592 Nr. 1 BGB an der Entscheidung gehindert. Dagegen wären die Rechtsmittel bei Annahme der Verfassungsgemäßheit des § 1592 Nr. 1 BGB zurückzuweisen.
23. Die Anträge wären zurückzuweisen, weil weder nach deutschem [hierzu unter (2)] noch nach dem gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ebenfalls in Betracht kommenden luxemburgischem Recht [hierzu unter (1)] die Ehefrau der Mutter dem Kind kraft Gesetzes als Elternteil zugeordnet werden kann.

(1)

24. Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt die Abstammung eines Kindes dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Aufenthaltsstatut). Das ist hier deutsches Recht. Sie kann gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört (Personalstatut). Da die Ehefrau die luxemburgische Staatsangehörigkeit besitzt, ist das luxemburgische Heimatrecht der Ehefrau anzuwenden. Wenn die Mutter verheiratet ist, kann die Abstammung eines Kindes zudem gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 EGBGB nach dem Recht, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB unterliegen, bestimmt werden (Ehwirkungsstatut). Das Personalstatut und das Ehwirkungsstatut sind dem Aufenthaltsstatut grundsätzlich gleichwertige Zusatzanknüpfungen (BGH, Beschluss vom 20. April 2016 – XII ZB 15/15 –, juris Rn. 28).
25. Bei der Verweisung in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB handelt es sich nach allgemeiner Ansicht um eine Gesamtverweisung, so dass eine Rück- oder Weiterverweisung (renvoi) des ausländischen Kollisionsrechts im Grundsatz zu beachten ist. Eine Rück- oder Weiterverweisung kann allerdings nur berücksichtigt werden, wenn sie die Zahl der anwendbaren Rechte nicht vermindert. Führt das Recht, auf das Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB verweist, zu einer positiven Feststellung der Abstammung, ist eine eventuelle Rück- oder Weiterverweisung durch das Kollisionsrecht des betreffenden Staates nicht zu beachten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 14. September 2015 – 11 W 277/15 –, juris, m. w. N.; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2011 – 17 W 48/10 –, juris Rn. 21 m. w. N.).
26. Es kann offenbleiben, ob das luxemburgische Kollisionsrecht die Verweisung annimmt oder eine Rückverweisung auf das deutsche Recht ausspricht, weil das Sachrecht beider Rechtsordnungen hier zum gleichen Ergebnis kommt. Auch nach dem luxemburgischen Recht der Eltern-Kind-Zuordnung ist die Ehefrau nicht kraft Gesetzes rechtlicher Elternteil des Kindes. Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach Art. 312 ff. Code Civil in erster Linie nach der Vaterschaftsvermutung bestimmt (Art. 312 Abs. 1 Code Civil). Danach ist Vater eines während der Ehe empfangenen Kindes der Ehemann der Mutter. Gemäß Art. 143 Abs. 1 Code Civil können zwei Personen gleichen Geschlechts die Ehe eingehen. Nach 143 Abs. 2 Code Civil ist aber Art. 312 Code Civil nicht anwendbar (Martiny, in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Luxemburg, Stand: 1. April 2014, S.21, 63 ff.). Die Weiterverweisung in eine dritte Rechtsordnung kommt hier nicht in Betracht.

(2)

27. (a) Die Ehefrau ist nicht gemäß § 1591 BGB rechtlicher Elternteil des Kindes.
28. Gemäß § 1591 BGB ist Mutter eines Kindes die Frau, die das Kind geboren hat. Das ist im vorliegenden Fall die Beteiligte zu 2. und nicht ihre Ehefrau.
29. Eine analoge Anwendung der Vorschrift scheidet aufgrund des eindeutigen Wortlauts und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift aus.
30. Der Senat schließt sich dieser einhelligen Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur an (BGH, Beschlüsse vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 10; 29. November 2017 – XII ZB 459/16 -, juris Rn. 11; 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13 -, juris Rn. 35; OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2015 – II-14 UF 181/14, 14 UF 181/14 -, juris Rn. 13; Wellenhofer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1591 Rn. 12; Di Cato in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, (Stand: 15. Oktober 2019) § 1591 Rn. 5; Reinhardt, RpflStud. 2018, 33, 35).
31. § 1591 BGB wurde 1998 mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts in das BGB aufgenommen. Durch die Regelung wollte der Gesetzgeber eine regulatorische Antwort auf die Fortschritte der Fortpflanzungsmedizin geben, die ein Auseinanderfallen von genetischer und biologischer Mutterschaft möglich machte (Reuß, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann BeckOGK, BGB, Stand: 1. September 2020, § 1591 Rn. 43). In § 1591 BGB wird für die Fälle der Ei- oder Embryonenspende klargestellt, dass die Mutter des Kindes im Rechtssinne allein die Frau ist, die das Kind geboren hat (BT-Drs., 13/4899, 52).
32. (b) Die Ehefrau ist nicht gemäß § 1592 Nr. 1 BGB rechtlicher Elternteil des Kindes.
33. Nach § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.
34. (aa) Eine unmittelbare Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB kommt hier nach dem klaren Wortlaut der Norm nicht in Betracht. Eine Frau ist auch im Rechtssinne kein Mann und kann somit nicht nach § 1592 BGB Vater sein (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18, juris Rn. 13; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743; a. A. wohl Engelhardt, NZFam 2017, 1042, 1047, der eine „ausdehnende“ Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB in der hier vorliegenden Fallkonstellation befürwortet). Auch im allgemeinen Sprachgebrauch ist Vater immer ein Mann und das BGB knüpft noch durchgehend an die tradierte Geschlechterdifferenzierung an (Balzer, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, BGB, Stand: 1. Februar 2021, § 1592 Rn. 41; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 769).
35. Auch die Entstehungsgeschichte des § 1592 BGB bietet keinen Anlass für eine direkte Anwendung auf die Ehefrau der Mutter. Die Norm gilt in ihrer heutigen Fassung seit dem am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Kindschaftsrechtsreformgesetz (BGBl 1997 I 2942). Inhaltlich findet sich aber eine entsprechende Regelung schon in den Digesten 2, 4, 5: „Pater... est, quem nuptiae demonstrant“ (Rauscher, in: Staudinger, BGB (2011), § 1592 Rn. 14). Vorrangige Reformziele des Gesetzgebers von 1998 waren die Verbesserung der Rechte des Kindes und die bestmögliche Förderung des Kindeswohls. Das Kind sollte als Rechtssubjekt im Mittelpunkt stehen, und fokussiert wurde die Stärkung der rechtlichen Beziehung zu beiden Elternteilen. Dabei wurde eine gesonderte Regelung für die Geburt eines Kindes nach Rückgriff auf eine heterologe künstliche Fortpflanzung bewusst nicht

vorgenommen (BT-Drs.13/8511, 69; Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 769).

36. (bb) Eine analoge Anwendung der Vorschrift scheidet im vorliegenden Fall aus, weil damit die Grenzen einer zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung überschritten werden.
37. Ob die Voraussetzungen der Analogie der Vorschrift in der hier vorliegenden Fallkonstellation vorliegen, ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.
38. (aaa) Nach der Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht vor. Es fehle sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 16; KG, Beschluss vom 9. Februar 2018 – [3 UF 146/17](#) -, juris [Rn. 53](#); zur eingetragenen Lebenspartnerschaft: OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2015 – II-14 UF 181/14, 14 UF 181/14 -, juris Rn. 14; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2011 – 17 W 48/10 -, juris Rn. 18). So habe der Gesetzgeber zwar mit dem am 1. Oktober 2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. 2017 I 2787, „Eheöffnungsgesetz“) die bestehenden Diskriminierungen von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und von Menschen aufgrund ihrer sexuellen Identität in allen gesellschaftlichen Bereichen beenden und hierzu rechtliche Regelungen, die die gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften schlechter stellen, beseitigen wollen. Dies lasse aber nicht den Schluss zu, er habe es versehentlich versäumt, die bestehende Differenzierung im Abstammungsrecht aufzuheben. Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung in erster Linie die symbolische Diskriminierung homosexueller Paare durch Ausschluss vom Rechtsinstitut der Ehe und der Benachteiligung im Adoptionsrecht vor Augen gehabt, aber nicht jede unterschiedliche Behandlung von homo- und heterosexuellen Paaren beenden wollen (BGH, a. a. O., juris Rn. 18). Gegen eine planwidrige Regelungslücke spreche auch der Umstand, dass der Gesetzgeber bislang von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand genommen habe. Vielmehr sei vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ein Arbeitskreis eingesetzt worden, der eine umfassende Reform des Abstammungsrechts vorbereiten sollte und sich dabei auch intensiv mit der Frage gleichgeschlechtlicher Elternschaft befasst habe. Nur wenige Tage vor Erlass des Eheöffnungsgesetzes vom 20. Juli 2017 – und zwar am 4. Juli 2017 – habe dieser Arbeitskreis seine Ergebnisse vorgelegt. Angesichts dieses zeitlichen Zusammenhangs sei auszuschließen, dass schlicht vergessen worden sei, abstammungsrechtliche Folgen der gleichgeschlechtlichen Ehe zu regeln (BGH, a. a. O., juris Rn. 20; KG, a. a. O., juris Rn. 53).
39. Es fehle auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Die Zuordnungstatbestände des § 1592 BGB knüpften an Kriterien an, die im Regelfall denjenigen Mann als rechtlichen Vater erfassten, von dem das Kind biologisch abstamme (BGH, a. a. O., juris Rn. 20; BGH, Beschluss vom 6. September 2017 – XII ZB 660/14 -, juris Rn. 26). § 1592 Nr. 1 BGB knüpfe daher die Vaterschaft an das Merkmal „verheiratet“ wegen der im Regelfall zutreffenden Vermutung, dass der Ehemann der Mutter der leibliche Vater des Kindes sei. Diese der gesetzlichen Regelung zu Grunde liegende Vermutung sei dagegen für die mit der Mutter verheirateten Frau nicht begründet. Vielmehr sei diese zwingend und damit abweichend von dem die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB tragenden Regelfall personenverschieden zum leiblichen Vater des Kindes (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 22; KG, a. a. O., juris Rn. 53; OLG Celle, a. a. O., juris Rn. 17).

- 40.** (bbb) In der Literatur ist die analoge Anwendung der Vorschrift auf gleichgeschlechtliche Ehepartner zweier Frauen umstritten.
- 41.** Teilweise wird die analoge Anwendung aus den eben dargelegten Gründen abgelehnt. Es fehle insbesondere eine vergleichbare Interessenlage. Durch die abstammungsrechtlichen Regelungen werde eine bereits bestehende Elternschaft rechtlich nachvollzogen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sei es ausreichend, aber auch aufgrund der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG erforderlich, dass aus bestimmten sozialen Situationen bzw. tatsächlichen Umständen auf die Abstammung geschlossen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft vorgenommen werde, wenn die in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führe. Damit verfolge der Gesetzgeber den Zweck, den Status des Kindes in einer Weise festzulegen, dass er der biologischen Abstammung möglichst entspreche, umfangreiche naturwissenschaftliche Untersuchungen jedoch entbehrlich mache (Schmidt, NZFam 2017, 832). Eine Ehe zweier Frauen vermöge diese Vermutung der biologischen Elternschaft nicht zu begründen (Siede, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1592 Rn. 3; Di Cato, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 1592 Rn. 17; Balzer, in: BeckOGK, BGB (Stand: 1. Januar 2021), § 1592 Rn. 66; Wellenhofer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 1592 Rn. 14; Hammermann, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1592 Rn. 4a; Heiderhoff, NZFam, 2020, 320, 325; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Auflage 2020, § 53 Rn. 7; Dethloff, Familienrecht, 32. Auf. 2018, § 10 Rn. 89; DNotI-Report 2018, 19, 20; Coester-Waltjen, FamRZ 2018, 1919, 1922 f.; Helms, StAZ 2018, 33, 34; Hammer, FamRZ 2017, 1236; Kaiser FamRZ 2017, 1889, 1895 ff.; Schmidt, NZFam 2017, 832, 83; Reinhard, RpflStud. 2018, 33, 36; für eingetragene Lebenspartnerinnen: Britz, StAZ 2016, 8, 12).
- 42.** Auf der anderen Seite wird im Schrifttum eine analoge Anwendung bzw. eine verfassungskonforme Interpretation des § 1592 Nr. 1 BGB auf gleichgeschlechtliche Ehen zweier Frauen bejaht (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768 ff.; Löhnig, NJW 2019, 122 ff.; Gössl, ZRP 2018, 174 ff.; Zschiesch, Notar 2017, 363; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 ff.; Erbarth, FamRB 2017, 429 ff.; Kemper, FamRB 2017, 438 ff.).
- 43.** Es liege eine Regelungslücke vor. Das Abstammungsrecht sei nachträglich nach Einführung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Partner lückenhaft geworden. Der eilige Gesetzgeber habe die abstammungsrechtlichen Folgen der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Ehe nicht bedacht, gleichwohl aber in dem Bestreben gehandelt, die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare zu beenden (Löhnig, NJW 2019, 122, 123). Selbst wenn der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung verzichtet hätte, schließe dies eine Regelungslücke nicht aus. In der Methodenlehre werde zwischen bewusster und unbewusster Regelungslücke unterschieden. Es gehe um die Frage, ob die Norm am Maßstab ihres Telos und des Gebots der Gleichbehandlung eine entsprechende Regelung vermissen lasse oder ob man aus dem Schweigen des Gesetzes ein Analogieverbot für die fragliche Norm entnehmen könne. Das erste sei hier der Fall (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 770). Die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse gehöre zu den Aufgaben der Rechtsprechung (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, a. a. O.).
- 44.** Es liege auch eine vergleichbare Interessenlage vor. Nur durch eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB sei das Kind ausreichend abgesichert. Bei einem heterosexuellen Ehepaar würden dem Kind, welches mithilfe einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung gezeugt wurde, direkt mit der Geburt rechtlich zwei Elternteile zugeordnet. Insofern werde dem Kind einer gleichgeschlechtlichen Ehe die Zuordnung zu beiden Wunscherntenteilen nur deshalb verschlossen, weil diese homosexuell seien. Dies sei eine Diskriminierung wegen sexueller Orientierung, die sich zu Lasten des Kindes auswirke (Kaulbach/Pickenhahn/von

Scheliha, a. a. O.). Es diene dem Kindeswohl am besten, wenn dem Kind von Anfang an zwei Verantwortung tragende rechtliche Eltern mit entsprechenden Pflichten (u. a. auf unterhaltsrechtlicher Ebene) zugeordnet werden können. Da eine Zuordnung des Spenders seit der Neufassung des § 1600d Abs. 4 BGB zum 1. Juli 2018 nicht mehr in Betracht komme, stehe als zweiter Elternteil allein die Ehefrau der Mutter zur Verfügung. Nur durch eine Zuordnung der Ehefrau der Mutter nach § 1592 Nr. 1 BGB analog werde die geplante Co-Mutterschaft von Anfang an auch rechtlich abgebildet.

45. Zudem erscheine es auch nur unter dieser Voraussetzung (Besetzung der zweiten Elternstelle im Wege der abstammungsrechtlichen Regelung) legitim, mit § 1600d Abs. 4 BGB den Samenspender als bloße anonyme Hilfsperson anzusehen und ihn vollständig aus seiner rechtlichen Verantwortung zu entlassen. Dagegen lasse sich nicht einwenden, die Ehefrau der Mutter könne womöglich nichts von der geplanten Elternschaft gewusst haben. Eine vergleichbare Situation sei nämlich auch bei einer heterologen Insemination im Rahmen einer verschiedengeschlechtlichen Ehe denkbar (Löhnig, NJW 2019, 122, 124).
46. Darüber hinaus greife das Argument, dass § 1592 Nr. 1 BGB regelmäßig eine biologisch richtige Zuordnung begründe, in Fällen der heterologen ärztlich assistierten Befruchtung nicht mehr. § 1592 Nr. 1 BGB baue nicht allein auf die Abbildung der tatsächlichen Abstammung (Prinzip der „Statuswahrheit“), sondern sei eine umfassende Zuordnungsregel, der verschiedene Erwägungen (u. a. Schutz der sozial-familiären Beziehung des Kindes zum Ehepartner) zugrunde lägen (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 771).
47. So seien der Ehemann und die Mutter gemäß § 1600 Abs. 4 BGB nicht berechtigt, die Vaterschaft des Ehemanns anzufechten, sofern das Kind durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden sei. Der Gesetzgeber habe in diesen Fällen offensichtlich von der Voraussetzung wahrscheinlicher biologischer Elternschaft für die rechtliche Elternschaft abgesehen (Gössl, ZRP 2018, 174, 176; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743).
48. Des Weiteren bezwecke das Eheöffnungsgesetz, dass das Geschlecht für die Wirkungen einer Ehe irrelevant sei. Zudem sollte gleichgeschlechtlichen Paaren die gemeinsame Adoption von Kindern ermöglicht werden. Es sollte die vollständige rechtliche Gleichstellung verschieden- und gleichgeschlechtlich rechtlich gerahmter Partnerschaften durch Ausweitung des Anwendungsbereichs der Ehe erreicht werden. Angesichts dieser Regelungsziele sei nicht ersichtlich, weswegen miteinander verheiratete Frauen von einer gemeinsamen, rechtlich anerkannten Elternschaft infolge der Geburt ihres Kindes in ihrer Ehe ausgeschlossen werden sollten (Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743; Löhnig NZFam 2017, 643, 645).
49. (ccc) Der Senat hält die erste Auffassung für zutreffend, weil eine planwidrige Regelungslücke fehlt. Eine analoge Anwendung überschreitet in diesem Fall die Grenzen der noch zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung.
50. Grundsätzlich verbieten die Verfassungsgrundsätze es dem Richter allerdings nicht, das Recht fortzuentwickeln. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierungen zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt (BVerfG, Beschluss vom 25. Januar 2011 – 1 BvR 918/10 -, juris Rn. 53 - stRspr.). Der Aufgabe und Befugnis zur „schöpferischen Rechtsfindung und Rechtsfortbildung“ sind mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtssicherheit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der

Rechtsprechung jedoch Grenzen gesetzt (BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1973 – 1 BvR 112/65 – juris Rn. 40 ff.). Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 12. November 1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94 –, juris; 14. Februar 1973 - 1 BvR 112/65 - juris). Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenz des demokratischen Gesetzgebers ein (BVerfG, Beschlüsse vom 27. Januar 2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 118/10 -, juris Rn. 132; 25. Januar 2011 – 1 BvR 918/10 –, juris Rn. 53).

51. Gemessen an diesem Maßstab liegen die Voraussetzungen einer richterlichen Rechtsfortbildung hier nicht vor. Der Gesetzgeber hat bewusst von einer Reform des Abstammungsrechts und einer Anpassung des § 1592 Nr. 1 BGB für gleichgeschlechtliche Ehepartner Abstand genommen.
52. Zwar wurde eine abstammungsrechtliche Regelung im Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe nicht thematisiert, anders als die gemeinschaftliche Adoption (Hammer, FamRZ 2017, 1234, 1236; vgl. BT-Drs. 18/6665, 1).
53. Es kann offenbleiben, ob bereits aus dem kurz vor dieser Beschlussfassung vorgelegten Abschlussbericht des vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Arbeitskreises „Abstammungsrecht“ geschlossen werden kann, dass es auszuschließen ist, der Gesetzgeber habe es schlicht vergessen, die abstammungsrechtlichen Folgen zu regeln. Dies erscheint in Anbetracht des eiligst durchgeföhrten Gesetzgebungsverfahrens am Ende der 18. Legislaturperiode, bei dem aus politischen Gründen auf eine eingehende Beratung des Rechtsausschusses mit Expertenanhörung verzichtet wurde, fraglich (vgl. Löhnig, NJW 2019, 122, 123). Der gesetzgeberische Wille, die abstammungsrechtliche Regelung des 1592 Nr. 1 BGB bewusst unverändert zu lassen, lässt sich aber jedenfalls dem am 22. Dezember 2018 in Kraft getretenen „Anpassungsgesetz“ (BGBl 2018 I 2639) entnehmen. Dieses Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts diente dazu, die erforderlichen Angleichungen im Ehrerecht vorzunehmen, welche aufgrund der gesetzlichen Neuregelung erforderlich geworden sind (BT-Drs. 432/18, 1). Eine Anpassung des § 1592 Nr. 1 BGB erfolgte dagegen nicht (so auch BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 20). Zudem lässt sich aus dem am 18. Mai 2017 verabschiedeten „Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen“ der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers entnehmen, von einer Anpassung des § 1592 Nr. 1 BGB abzusehen. In diesem Gesetz wurde nur in einem neuen § 1600d Abs. 4 BGB geregelt, dass der Samenspender bei offizieller Samenspende trotz genetischer Vaterschaft nicht als Vater des Kindes festgestellt werden kann, u. a. damit die Spendebereitschaft potenzieller Samenspender künftig nicht gefährdet wird (BT-Drs. 18/11291, 35). Es wurde jedoch bewusst keine Regelung dazu vorgesehen, wer stattdessen zweiter Elternteil werden soll, vielmehr sollte insofern der Abschlussbericht des vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Arbeitskreises „Abstammungsrecht“ abgewartet werden (vgl. Plenarprotokoll 18/234, 23825 (A); Hammer, FamRZ 2017, 1234, 1236).

54. 1. Verfassungswidrigkeit der Vorschrift

- 55.** Der Senat ist überzeugt, dass die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB sowohl das Kind als auch die Ehefrau der Mutter in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG auf Gleichbehandlung verletzt und verfassungswidrig ist.
- 56.** In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob § 1592 Nr. 1 BGB mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist.
- 57.** a) Nach der bisherigen Rechtsprechung der Fachgerichte verstößt § 1592 Nr. 1 BGB nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, soweit die Ehefrau der Mutter anders als ein Ehemann nicht allein aufgrund der bei Geburt bestehenden Ehe kraft Gesetzes rechtlicher Elternteil des Kindes ist (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 28 f.; KG, Beschluss vom 9. Februar 2018 – [3 UF 146/17](#) -, juris [Rn. 52](#); zur Lebenspartnerschaft: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 2. Juli 2010 – 1 BvR 666/10 -, juris Rn. 30; BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014 – XII ZB 463/13 -, juris Rn. 35; OLG Köln, Beschluss vom 26. März 2015 – II-14 UF 181/14, 14 UF 181/14 -, juris Rn. 17; OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2011 – 17 W 48/10 -, juris Rn. 34 ff.; vgl. auch EGMR, Entscheidung vom 7. Mai 2013 – 8017/11 -, juris). Eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, weil die Situation insoweit verschieden sei, als die Ehefrau nicht leiblicher Elternteil des Kindes sein könne, während der Gesetzgeber dies für den Ehemann als Regelfall vermute und darauf die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB gründe. Dieser Unterschied rechtfertige die im Rahmen des Abstammungsrechts nach wie vor bestehende unterschiedliche Behandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Ehepaare und deren Kinder (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 28; zur Lebenspartnerschaft: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 2. Juli 2010 – 1 BvR 666/10 -, juris Rn. 30). Es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, die Ehefrau auf die Adoption nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB zu verweisen, um in die rechtliche Elternstellung zu gelangen. Auf diesem rechtlichen Weg würden sowohl die Rechte des betroffenen Kindes als auch über die Vorschrift des § 1747 BGB die Rechte des in solchen Fallgestaltungen notwendigerweise zusätzlich zu den beiden Ehegatten existierenden biologischen Vaters gewahrt (BGH, a. a. O., juris Rn. 29).
- 58.** b) In der Literatur ist es umstritten, ob ein Gleichheitsverstoß in Bezug auf gleichgeschlechtliche Ehepartner und deren Kinder vorliegt.
- 59.** Teilweise wird ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG aus den unter oben a) dargelegten Erwägungen abgelehnt (Helms, StAZ 2018, 33, 34; Reinhardt, RpflStud. 2018, 33 35; Schmidt, NZFam 2017, 832, 833; zur eingetragenen Lebenspartnerschaft: Britz, StAZ 2016, 8, 12; Wellenhofer, FamRZ 2013, 825, 830).
- 60.** Nach einem anderen Teil des Schrifttums steht § 1592 Nr. 1 BGB in Bezug auf Kinder gleichgeschlechtlicher Ehepartner nicht im Einklang mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 772 ff.; vorsichtig Heiderhoff, NZFam 2020, 320, 325; vorsichtig Löhnig NJW 2019, 122, 124; für eingetragene Lebenspartnerschaften: Remus/Liebscher, NJW 2013, 2558, 2560; vorsichtig Heiderhoff, FamRZ 2013, 1209, 1213). Gleichgeschlechtliche Ehepaare zweier Frauen seien durch die Regelung sowohl auf Grund ihrer sexuellen Identität als auch wegen ihres Geschlechts benachteiligt (so für eingetragene Lebenspartnerinnen: Remus/Liebscher, a. a. O.). Die Ehefrau der Mutter werde durch eine enge Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB gegenüber dem Ehemann der Mutter ungleich behandelt. Ein Ehemann erwerbe auch im Falle einer heterologen Insemination automatisch mit der Geburt des Kindes die

Elternstellung, die Ehefrau der Mutter hingegen nur durch eine Stiefkindadoption. Der Gesetzgeber habe hier bereits für die Ehemänner eine Typisierung vorgenommen und sich trotz steigender Zahlen künstlicher Befruchtung unter Verwendung von Fremdsamen entschieden, die Vaterschaft weiterhin stets – auch bei fehlender Fortpflanzungsfähigkeit des Mannes – dem Ehemann aufgrund bestehender Ehe zuzuordnen (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, a. a. O.). Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung – nämlich der biologische Unterschied zwischen Mann und Frau – beruhe auf dem Geschlecht des zweiten Elternteils und – mittelbar – auf der sexuellen Orientierung beider Partnerinnen. Zwar stehe dem Gesetzgeber bei der ElternKind-Zuordnung grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zu. So könne er die Zuordnung durchaus typisierend an das Merkmal der Ehe knüpfen. Keine Typisierungsmöglichkeit werde dem Gesetzgeber aber dann eingeräumt, wenn dadurch die speziellen

61. Diskriminierungsverbote von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG oder vergleichbare Kriterien, wie die sexuelle Orientierung, betroffen seien. Dass zwei Frauen nicht ohne Spendersamen ein Kind bekommen könnten, sei richtig. Dies gelte aber auch für manche verschiedengeschlechtliche Paare. Eine Typisierung nur zugunsten des männlichen Geschlechts halte den Anforderungen des Diskriminierungsverbots wegen des Geschlechts gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht stand (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, a. a. O.). Eine Differenzierung könne nicht ausschließlich auf biologische Unterschiede gestützt werden, wenn der Gesetzgeber bewusst auf eine separate Abstammungsregelung für Fälle heterologer medizinisch assistierter Befruchtung verzichte. In diesen Fällen sei nämlich entscheidendes Zuordnungskriterium für die rechtliche Elternschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB neben der Ehe allein das Geschlecht Mann und nicht die tatsächlich biologische Abstammung (Kaulbach/Pickenhahn/von Scheliha, a. a. O.).
62. c) Der Senat ist aufgrund der im vorliegenden Fall geänderten Rechtslage – hier ist im Gegensatz zu den Entscheidungen des BGH vom 10. Oktober 2018 (XII ZB 231/18) und des Senats (KG), Beschluss vom 9. Februar 2018 ([3.UF 146/17](#)) § 1600d Abs. 4 BGB in der ab dem 1. Juli 2018 geltenden Fassung anwendbar – überzeugt, dass § 1592 Nr. 1 BGB gegen Art. 3 Abs. 1 verstößt, soweit ein durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugtes und in der gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geborenes Kind kraft Gesetzes nur einen rechtlichen Elternteil hat. Sowohl das Grundrecht des Kindes aus Art. 3 Abs. 1 GG [hierzu unter aa)] als auch das Grundrecht der Ehefrau der Mutter aus Art. 3 Abs. 1 GG [hierzu unter bb)] sind verletzt.
63. aa) Das Grundrecht des Kindes aus Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt.
64. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleicher gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1998 - 1554/89, 1 BvR 963/94, 1 BvR 964/94 -, juris Rn. 74 – stRspr.). 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 (BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/17 -, juris Rn. 63 – stRspr.). Dabei verwehrt Art 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die

Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz 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. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 –, juris Rn. 64 - stRspr.).

65. (1) Die Ungleichbehandlung ist im vorliegenden Fall am strengen Prüfungsmaßstab zu messen.
66. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen gehen schon deshalb über das bloße Willkürverbot hinaus, weil die Verwehrung der automatischen Zuordnung der rechtlichen Elternschaft der Ehefrau mit der Geburt des Kindes und der Verweis auf die Adoption nach § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB für die Persönlichkeitsentfaltung wesentliche Grundrechte des Kindes betrifft. Berührt ist insbesondere die Gewährleistung elterlicher Pflege (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Die Verwehrung der automatischen Zuordnung der rechtlichen Elternschaft schließt aus, dass das Kind bereits mit der Geburt einen zweiten rechtlichen Elternteil erhält, der die von der Verfassung zuvörderst den Eltern zugeschriebene Sorge für die Entfaltung des Kindes in vollem Umfang übernehmen könnte (vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 -, juris Rn. 73; Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 -, juris Rn. 66 ff. zum Adoptionsausschluss bei eingetragener Lebenspartnerschaft und nichtehelichen Familien). Des Weiteren erschweren die mit der Verwehrung der rechtlich vollwertigen Elternstellung verbundenen Beschränkungen zum Zeitpunkt der Geburt das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Zusammenleben des Kindes mit seiner Familie, weil sie einer gleichberechtigten Wahrnehmung der Elternverantwortung durch beide Ehepartner entgegenstehen. Ohne Adoption steht der Ehefrau nur das sog. kleine Sorgerecht (§ 1687b BGB) zu. Beeinträchtigt ist zudem die für die Entwicklung des Kindes wichtige, durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Stabilisierungsfunktion der Familie, weil der allein für die Familienkonstellation des Kindes gleichgeschlechtlicher Ehepartnerinnen angenommene Ausschluss der automatischen Zuordnung der anderen Ehepartnerin als rechtlicher Elternteil dem Kind den Eindruck vermitteln kann, sein Familienverhältnis sei weniger wertvoll als das Familienverhältnis ehelicher Kinder verschiedengeschlechtlicher Ehepartner (vgl. BVerfG, a. a. O.). Zwar kann die Ehefrau über den Weg der Adoption gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB die rechtliche Elternstellung erlangen. Es liegt aber allein in der Entscheidungshoheit der Ehefrau, ob sie den Weg gemäß § 1741 ff. BGB beschreitet.
67. (2) Die Ungleichbehandlung von durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugten Kindern danach, ob sie in einer verschiedengeschlechtlichen oder gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geboren worden sind, ist nicht gerechtfertigt.
68. Es liegen in dieser Fallkonstellation, in der § 1600d Abs. 4 BGB in der Fassung ab dem 1. Juli 2018 anzuwenden ist, keine sachlichen Gründe mehr für eine Ungleichbehandlung vor.
69. Weder die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau [hierzu unter (a)] noch das Kindeswohl [hierzu unter (b)] noch auch die Rechte Dritter [hierzu unter (c)] rechtfertigen in diesem Fall die Ungleichbehandlung.

- 70.** (a) Die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau können in diesem Fall die Typisierung nicht mehr rechtfertigen.
- 71.** Grundsätzlich ist der Gesetzgeber zwar dazu befugt, generalisierende und pauschalisierende Regelungen zu treffen, ohne allein schon dadurch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstößen. Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beachtung ausgehen. Bei der typisierenden Gruppenbildung müssen zudem die tatsächlichen Anknüpfungspunkte im Normzweck angelegt sein. Die Vorteile der Typisierung müssen schließlich im rechten Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Härten stehen; der gesetzgeberische Spielraum ist dabei umso enger, je dichter die verfassungsrechtlichen Vorgaben außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG sind (BVerfG, Beschluss vom 7. Mai 2013 – 2 BvR 909/06 –, juris Rn. 86 m. w. N. - stRspr.).
- 72.** Anknüpfend daran hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen vom 9. April 2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01 – (juris Rn. 55 f.) und 13. Februar 2007 – 1 BvR 421/05 – (juris Rn. 74) zu dem typisierenden Zuordnungskriterium der Ehe in § 1592 Nr. 1 BGB ausgeführt, 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. Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten. Der Gesetzgeber ist allerdings nicht verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt. 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 ist es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen, vor allem auch einer bestehenden Ehe, auf die Abstammung eines Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt. So wird seit jeher nicht nur in unserer Rechtscultur aufgrund der mit der Ehe eingegangenen Beziehung vermutet, dass der Ehemann der Mutter auch der leibliche Vater ihres Kindes ist, und darauf die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns gestützt. Gleiches gilt auch, wenn ein Mann in erklärter Übereinstimmung mit der Mutter eines nichtehelichen Kindes durch das Anerkenntnis der Vaterschaft rechtsverbindlich zum Ausdruck bringt, Elternverantwortung tragen zu wollen. Konsequenz dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Vermutungsregelungen ist, dass im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Vermutung die rechtliche und leibliche Vaterschaft auseinanderfallen können (BVerfG, Beschluss vom 9. April 2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01 –, juris Rn. 56).
- 73.** In seiner Entscheidung vom 2. Juli 2010 – 1 BvR 666/10 - hat das Bundesverfassungsgericht in Fortsetzung dieser Rechtsprechung einen Gleichheitsverstoß bzgl. eingetragener Lebenspartnerinnen abgelehnt und dies damit begründet, dass sich die Vergleichsgruppen (eingetragene Lebenspartnerinnen zu biologischen oder rechtlichen Vätern) unterscheiden, da aufgrund einer tatsächlich-biologischen oder einer rechtlichen Vaterschaft zwischen den Vätern und den Kindern eine Rechtsbeziehung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten besteht, während dies bei Lebenspartnern nicht der Fall ist, sofern sie das Kind nicht adoptiert haben. Dass bei Lebenspartnern anders als bei Ehegatten nicht gesetzlich vermutet wird, die Partnerin 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, a. a. O., juris Rn. 30).

74. Diese Rechtsprechung ist nunmehr aufgrund der Anpassung des § 1600d Abs. 4 BGB ab dem 1. Juli 2018 überholt und entspricht aus folgenden Gründen nicht mehr dem Willen des Gesetzgebers:
75. 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 bzw. dem Schutz der sozial-familiären Beziehung abgesehen (so auch vorsichtig Gössl, ZRP 2018, 174, 176; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743).
76. Grundsätzlich verbindet § 1592 BGB unterschiedliche Prinzipien des Abstammungsrechts.
77. Das sind neben der Genetik/Biologie („Statuswahrheit“) sowie der zeitnahen Zuordnung, des „Zwei-Eltern-Prinzips“ und der Statusklarheit u. a. auch ordnungs- und allgemein gesellschaftspolitische Gesichtspunkte (Balzer in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, BGB, Stand: 1. Februar 2021, § 1592 Rn. 12 ff.; Ernst, NZFam 2018, 443, 444). Die typisierende Zuordnung des § 1592 Nr. 1 BGB beruht neben der „Statuswahrheit“ auch auf der positiven Prognose für eine „soziale Elternschaft“. § 1592 Nr. 1 BGB nimmt eine Zuordnung des Kindes zum Ehemann der Mutter auch deshalb vor, weil man davon ausgehen kann, dass der Ehemann der Mutter (unabhängig davon, ob er der biologische Vater des Kindes ist) die maßgebliche zweite Bezugsperson für das Kind sein wird (Helms, StAZ 2018, 33, 34; Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743). Neben dem Prinzip der „Statuswahrheit“ verfolgt die Zuordnungsregel des § 1592 Nr. 1 BGB demnach den Schutz der sozial-familiären Beziehung eines Kindes zum Ehepartner der Mutter. Bereits die Motive des BGB legen nahe, dass es dem Gesetzgeber mit der Regelung der Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter auch darum ging, den Ruf der Eltern sowie das Kind und die Ruhe und den Frieden in der Familie zu schützen (Kaulbach/ Pickenhahn/von Scheliha, FamRZ 2019, 768, 771).
78. 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. Diese lässt sich aus den folgenden gesetzlichen Regelungen entnehmen: Nach § 1600 Abs. 4 BGB ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Ehemann oder die Mutter ausgeschlossen, wenn das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden ist. Erfolgt die Befruchtung im Rahmen einer sogenannten „qualifizierten“ Samenspende im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB ist, wenn der Samen ab dem 1. Juli 2018 verwendet worden ist, der Samenspender vollständig aus seiner rechtlichen Verantwortung entlassen. Der Samenspender kann nicht mehr als Vater des Kindes festgestellt werden. Die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns aufgrund der Vermutungsregelung nach § 1592 Nr. 1 BGB besteht also, obwohl bekannt ist, dass diese mit der biologischen nicht übereinstimmt (Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742, 743). 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 (so auch vorsichtig Gössl, ZRP 2018, 174, 176).
79. Da der Gesetzgeber in den Fällen der „qualifizierten“ Samenspende das Prinzip der Statuswahrheit nicht mehr verfolgt, liegt kein sachlicher Grund mehr vor, Kinder einer gleichgeschlechtlichen Ehe, die mithilfe einer „qualifizierten Samenspende“ im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugt worden sind, aus dem Anwendungsbereich des § 1592 Nr. 1 BGB auszuschließen.

- 80.** (b) Die Ungleichbehandlung kann nicht mit Belangen des Kindes gerechtfertigt werden.
- 81.** Der Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 1592 Nr. 1 BGB ist nicht damit zu begründen, dass dem Kind das Aufwachsen mit gleichgeschlechtlichen Eltern schade. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die behüteten Verhältnisse einer Ehe gleichgeschlechtlicher Partner das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern könne wie die einer verschiedengeschlechtlichen Ehe (zur eingetragenen Lebenspartnerschaft: BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 -, juris Rn. 80).
- 82.** Dass die Ehefrau der Mutter über den Weg der Adoption die rechtliche Elternstellung erlangen kann, kann die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht rechtfertigen. Bis zum Abschluss des Adoptionsverfahrens ist dem Kind nur ein Elternteil zugeordnet. Es liegt allein im Verantwortungsbereich der Ehefrau, ob sie das Adoptionsverfahren durchführen möchte. Sie kann sich jederzeit entgegen der vorherigen Absprachen entscheiden, doch nicht die rechtliche Elternrolle übernehmen zu wollen, z. B. weil das Kind eine Behinderung aufweist und sie deshalb von einer Adoption absieht (Löhnig, NJW 2019, 122, 124).
- 83.** Es dient dem Kindeswohl vielmehr am besten, wenn dem Kind von Anfang an zwei Verantwortung tragende rechtliche Eltern mit entsprechenden Pflichten zugeordnet werden können. Die Rechtsstellung des Kindes würde – z. B. auf der unterhalts- und erbrechtlichen Ebene – erheblich verbessert (Löhnig, NJW 2019, 122, 123). Des Weiteren besteht bei Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 1592 Nr. 1 BGB für das Kind bei Trennung oder Tod der Mutter vor Abschluss des Adoptionsverfahrens ein erhebliches Risiko. Ohne die Adoption hat die Beziehung des Kindes zur Ehefrau der Mutter keine rechtliche Grundlage. Diese ist allein über den rechtlichen Elternteil (der Mutter) vermittelt. Bei einer Trennung oder dem Tod der Mutter würde diese Grundlage entfallen, ohne dass eine tatsächlich verbleibende Ehefrau-Kind-Beziehung rechtlich geschützt wäre (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. März 2019 – 1 BvR 673/17 -, juris Rn. 71 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien).
- 84.** (c) Der Ausschluss der rechtlichen Elternzuordnung der Ehefrau der Mutter bei der Geburt des Kindes und die Verweisung auf die Adoption sind auch nicht im Hinblick auf die Elternrechte Dritter gerechtfertigt (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 -, juris Rn. 94). In der hier vorliegenden Fallkonstellation existiert zwar zu den beiden Ehegatten immer ein genetischer Vater. Grundsätzlich werden daher über den Weg der Adoption sowohl die Rechte des betroffenen Kindes als auch über die Vorschrift des § 1747 BGB die Rechte des existierenden biologischen Vaters gewahrt (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 231/18 -, juris Rn. 29). Gemäß § 1600d Abs. 4 BGB in der Fassung ab dem 1. Juli 2018 ist aber nunmehr der leibliche Vater als Samenspender von der rechtlichen Elternstellung ausgeschlossen, so dass in seine Elternrechte nicht eingegriffen werden kann und der Schutz über § 1747 BGB nicht mehr gerechtfertigt ist.
- 85.** Die Voraussetzungen des § 1600d Abs. 4 BGB liegen hier vor. Das ist der Fall, wenn der Spender seinen Samen einer Einrichtung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SaRegG zur Verfügung gestellt hat. Erfasst werden auch im Ausland befindliche Einrichtung, wie sich aus § 5 Abs. 1 Satz 2 SaRegG entnehmen lässt (vgl. BT-Drs. 18/11291, 27; a. A. Reuß, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOKG, BGB, Stand: 1. September 2020, § 1600d Rn. 55.2). Nicht erforderlich für den Ausschluss nach § 1600d Abs. 4 BGB ist, dass die Einrichtung ihre Aufklärungspflichten nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SaRegG gegenüber dem Spender erfüllt hat oder die Daten tatsächlich im Samenspenderegister erfasst sind (Frie, NZFam 2018, 817, 822). Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist lediglich die Spende in einer

Einrichtung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SaRegG erforderlich. Nicht verlangt wird dagegen von der Regelung, dass auch die Aufklärungspflichten erfüllt worden sind (Reuß, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK, BGB, Stand: 1. September 2020, § 1600d Rn. 55.2; Helms FamRZ 2017, 1537, 1541). Die für den Ausschluss nach § 1600d Abs. 4 BGB weitere Voraussetzung liegt in dieser Fallkonstellation ebenfalls vor. Der gespendete Samen muss im Rahmen einer qualifizierten Reproduktion – einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung – verwendet worden sein.

- 86. bb)** Das Grundrecht der Ehefrau aus Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt.
- 87.** Die Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB verstößt insoweit gegen Art. 3 Abs. 1 GG, als sie den Ehegatten der Mutter einer gleichgeschlechtlichen Ehe gegenüber dem Ehegatten der Mutter einer verschiedengeschlechtlichen Ehe benachteiligt. Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung unterliegt hier hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil die Ungleichbehandlung die sexuelle Identität betrifft (BVerfG, Urteil vom 19. Februar 2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 -, juris Rn. 104). Unterschiede bestehen aus den eben dargelegten Gründen nicht, weil der Gesetzgeber das Prinzip der „Statuswahrheit“ in der hier vorliegenden Fallkonstellation nicht mehr verfolgt.