

geRechtsanwältinnen, Wallstraße 25, 60594 Frankfurt a.M.

Amtsgericht Darmstadt  
Mathildenplatz 12  
64283 Darmstadt

## über beA

Unser Zeichen: 166-20/Bo/jd  
Sachbearbeiterin: Friederike Boll

Arbeitsrecht – Antidiskriminierungsrecht

Friederike Boll  
Rechtsanwältin  
Angela Kolovos  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Wallstraße 25  
60594 Frankfurt am Main

Tel. 069/6660889-0  
Fax 069/6660889-99  
Email info@geRechtsanwältinnen.de

[www.gerechtsanwaeltinnen.de](http://www.gerechtsanwaeltinnen.de)

13.05.2020

In dem Rechtsstreit

[...] und [...]

gegen

die Stadt [...]

und

die Landesamtsaufsicht – Regierungspräsidium [...]

## Aktenzeichen: [...]

[...] werden folgende **Prozesshandlungen** vorgenommen:

1.  
[...]

2.  
Als Antragstellerin zu 3. tritt fortan zusätzlich

[das Kind...],

dem Streit bei und wird fortan ebenfalls von der Unterzeichnerin als

Prozessbevollmächtigter vertreten; ordnungsgemäße Bevollmächtigung wird anwaltlich versichert.

3.

Namens und in Vollmacht der antragstellenden Personen zu 1., 2. und 3. wird im Anschluss an die Anträge vom 06.02.2020 beantragt:

1.

das Standesamt [...] anzuweisen, die Eintragung der Antragstellerin zu 3. im Geburtenregister unter der Registernummer G [...] dahingehend zu berichtigen, dass die antragstellende Person zu 2. als zweites „Elternteil“ erfasst wird.

2.

für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. das Standesamt [...] anzuweisen, die antragstellende Person zu 2. im Geburtenregister der Antragstellerin zu 3. unter der Registernummer G [...] als zweites „Elternteil“ zu beurkunden.

3.

für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. oder 2. wird das Standesamt angewiesen, die Beurkundung der antragstellenden Person zu 2. als zweites Elternteil im Geburtenregister der Antragstellerin zu 3. mit der Registernummer G [...] mit der Bezeichnung „Elternteil“ vorzunehmen.

4.

hilfsweise für den Fall, dass das Gericht, die Abgabe einer öffentlich beurkundeten Erklärung auf Anerkennung der Elternschaft als Voraussetzung für die Anweisung entsprechend des Antrags zu 1. oder 2. für erforderlich hält, das Standesamt [...] anzuweisen, die Erklärung der antragstellenden Person zu 2., Elternteil der Antragstellerin zu 3. zu sein, entgegenzunehmen, zu beurkunden und im Anschluss die Registrierung als zweites Elternteil vorzunehmen.

Die Anträge werden unter vollumfassender Bezugnahme auf die Ausführungen in der Antragsschrift vom 06.02.2020 wie folgt begründet:

A. Weiterer Sachverhalt

B. Rechtliche Erwägungen

I. Zulässigkeit

II. Begründetheit

1. Direkte, verfassungskonforme Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB

a) Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB

b) Verfassungskonforme Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB

aa) Diese Auslegung ist somit aufgrund drohender Verstöße gegen die Grundrechte der antragstellenden Person zu 2. geboten

(1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3, 1 GG

- i. Strenger Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG
  - ii. Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung auch nach Art. 3 Abs. 1 GG
  - iii. Ungleichbehandlung nach beiden Maßstäben ungerechtfertigt
- (2) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG
  - (3) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG
  - (4) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG
- bb) Diese Auslegung ist auch aufgrund drohender Verstöße gegen die Grundrechte der Antragstellerin zu 3. geboten
    - (1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3, 1 GG
    - (2) Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG
  - cc) Die obige Auslegung ist auch geboten, da sonst der Antragstellerin zu 1. Grundrechtsverstöße drohen
- 2. Analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB
    - a) Planwidrige Regelungslücke
    - b) Vergleichbare Interessenlage
  - 3. Hilfsweise: Anspruch auf Eintragung unmittelbar aus den Grundrechten
  - 4. Hilfsweise: Anwendung von § 1592 Nr. 2 BGB
  - 5. Bezeichnung der Elternstellung als „Elternteil“

### III. Anregung der Vorlage beim BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG

---

#### A. Weiterer Sachverhalt

Die verheirateten Antragsteller\*innen zu 1. und 2. sind mit der Geburt der Antragstellerin zu 3. a m [...] in [...] Eltern eines gemeinsamen Kindes geworden und begehren nunmehr die entsprechende Geburtsregistrierung. [...]

Die Geburt des Kindes [...] wurde am [...] durch die antragstellenden Personen zu 1. und 2. zur Anzeige gebracht (**Anlage ASt 7**). In der Geburtsanzeige wird als Mutter die Antragstellerin zu 1. und – aus Mangel an alternativen Anzeigeformularen – „als Vater“ die antragstellende Person zu 2. erfasst. Beide haben durch ihre Unterschrift zum Ausdruck gebracht, dass sie die Eintragung als rechtliche Elternteile bewirken wollen.

Unter der Registernummer G [...] nahm sodann das Standesamt [...] a m [...].2020 die Geburtsregistrierung vor, trug als alleiniges Elternteil jedoch die Antragstellerin zu 1. als Mutter ein, während die antragstellende Person zu 2. gänzlich unerwähnt bleibt (**Anlage ASt 8**). Nähere Ausführungen machte das Standesamt [...] nicht.

Bislang ist auch keine Äußerung der Standesamtaufsicht bekannt, doch ist davon auszugehen,

dass diese die Beurkundung ebenfalls ablehnt und dem Rechtsschutzersuchen der Antragstellenden nicht nachkommen wird. Dies steht zu befürchten, da sich mit Schreiben vom [...] die Unterzeichnerin namens und in Vollmacht der Antragsteller\*innen zu 1. und 2. an das Standesamt [...] wandte, um vorab die Modalitäten der Geburtsbeurkundung abzustimmen (vgl. die bereits vorgelegte Anlage ASt 4). Das Standesamt sprach sich daraufhin mit der zuständigen Standesamtsaufsicht – dem Regierungspräsidium [...] – ab und verneinte daraufhin eine Eintragung der antragstellenden Person zu 1. als Elternteil (Anlage ASt 5). Auch das nunmehr zuständige Standesamt liegt im Bereich der Standesamtsaufsicht durch das Regierungspräsidium [...].

Die Schwangerschaft ist unter Zuhilfenahme reproduktionsmedizinischer Behandlungen durch eine anonyme Samenspende zustande gekommen. Der Samenspender ist den Antragsteller\*innen nicht bekannt und kann von diesen auch nicht ausfindig gemacht werden. Ebenso verhält es sich anders herum: Der Samenspender kann und will nicht die Identität der Antragsteller\*innen erfahren. Demnach ist der unbekannte Samenspender für das hier geführte Verfahren ohne jegliche Bedeutung (vgl. AG Göttingen, Beschluss vom 29.06.2015 – 40 F 9/14 AD).

## B. Rechtliche Erwägungen

### I. Zulässigkeit

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit nach § 50 PStG ergibt sich aufgrund des Geburtsorts [...] nunmehr für das AG [...].

Die Antragstellerin zu 3. schließt sich nunmehr aus eigenen Rechten den Anträgen an, § 7 Abs. 1 FamFG.

Der Wechsel bezüglich der Antragsgegnerin zu 2. folgt zwingend aus dem Gesetz, da die begehrte Amtshandlung gemäß § 18 PStG i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 4 PStG durch das Standesamt [...] zu erfolgen hat und sich zugleich der hiesige Antrag gemäß § 49 gegen die unterlassene Eintragung durch das Standesamt [...] in der Geburtsregistrierung vom [...]2020 trotz gegenteiliger Geburtsanzeige vom [...]2020 richtet.

### II. Begründetheit

Die Antragsteller\*innen können die Beurkundung der Geburt der Antragstellerin zu 3.) mit den Antragsteller\*innen zu 1. und 2. als Elternteile und den daraus erwachsenden Rechten und Pflichten von den Antragsgegnerinnen verlangen.

Zwischen der Antragstellerin zu 3. und der antragstellenden Person zu 2. besteht seit Geburt ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis, so dass die antragstellende Person zu 2. als „Elternteil“ in das Geburtenregister des Kindes – der Antragstellerin zu 3. - beim Standesamt [...] einzutragen ist.

Die Ehefrau der antragstellenden Person zu 2. – die Antragstellerin zu 1. – wurde als gebärende Person nach § 1591 BGB als „Mutter“ und damit als „Elternteil 1“ dem Neugeborenen zugeordnet. Das deutsche Recht kennt auf einfachgesetzlicher Ebene für die Zuordnung einer zweiten Person im Rahmen der Geburtsbeurkundung ausschließlich die drei Varianten des § 1592 Nr. 1-3 BGB. Vorliegend ist § 1592 Nr. 1 BGB aufgrund der Ehe der Antragsteller\*innen einschlägig. Die antragstellende Person zu 2. ist aufgrund der Ehe mit der Antragstellerin zu 1. nach § 1592 Nr. 1 BGB das zweite Elternteil neben der gebärenden Person. Es ist nach dem BGB nicht ausgeschlossen, dass einem Kind zwei Elternteile zugeordnet sind, die nicht Frau und Mann sind.

Die Elternschaft der antragstellenden Person zu 2. ist gem. § 1592 Nr. 1 BGB (analog) durch die im Zeitpunkt der Geburt bestehende Ehe mit der Antragstellerin zu 1. als Mutter begründet. Dies ergibt sich einfachgesetzlich, zumindest bei verfassungskonformer Auslegung, bereits bei direkter Anwendung oder analoger Anwendung der §§ 1591, 1592 Nr. 1 BGB sowie subsidiär aus den Grundrechten Art. 3 Abs. 1, 3 GG, Art. 6 Abs. 1, 2 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Auch die Antragstellerin zu 3. kann die Eintragung ihres zweiten Elternteils verlangen. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG und ihren Grundrechten Art. 3 Abs. 1, 3 GG, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1, 2 GG. Die Antragstellerin zu 3. wird schlechter gestellt als das Kind, das in einer Ehe mit einem Mann als zweitem Elternteil geboren wird, in dem es nicht wie dieses Kind von Beginn an zwei Eltern rechtlich durch ordnungsgemäße Geburtsregistrierung zugeordnet erhält und somit keine Ansprüche auf elterliche Sorge und Unterhalt gegenüber der antragstellenden Person zu 2. hat.

Die Eintragung der antragstellenden Person zu 2. ist daher fehlerhaft unterblieben. Es besteht nunmehr ein Anspruch auf Anweisung der begehrten Eintragungen durch das Gericht an das Standesamt [...] nach § 48 Abs. 1 PStG.

#### 1. Direkte, verfassungskonforme Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB

Die Eintragung der antragstellenden Person zu 2. als Elternteil in das Geburtenregister ergibt sich schon aus § 1592 Nr. 1 BGB direkt. Es ist davon auszugehen, dass das Tatbestandsmerkmal „Vater“ im Einzelfall auch eine Person mit einem 'divers' als geschlechtlichen Eintrag im Personenstandsregister erfasst. Darauf weist auch die Anlage 1 zur PStV hin. Dort heißt es hinsichtlich der Datenfelder in der Personenstandsverwaltung bezüglich der zweiten Elternstelle in Ordnungsnummer 1300:

*„Es können die Bezeichnungen „Mutter“ oder „Vater“ angegeben werden; bei Folgebeurkundungen sind Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören, als „Elternteil“ anzugeben, Beispiel: 2. Vater“*

Die Weigerung des Standesamts, gegenüber den antragstellenden Eheleuten die Beurkundung der Geburt ihres Kindes vorzunehmen, knüpft ausschließlich am Wortlaut des § 1592 Nr. 1 BGB an, welcher das zweite Elternteil als „Vater“ und damit männlich bezeichnet. Jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung ist unter „Vater“ jedoch „zweites Elternteil“ zu verstehen und die Eintragung damit nicht ausschließlich männlichen Personen vorbehalten. Sollte das Gericht eine direkte Anwendung ausschließen, ist § 1592 Nr. 1 BGB daher verfassungskonform auszulegen (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung betreffend der Grundrechte nicht-binärer Personen jüngst auch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.06.2019 – 25 Wx 76/17; und grundsätzlich zum staatlichen Schutzauftrag gegenüber nicht-binärer Personen BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 16/2017, Rn. 59).

#### a) Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB

Vorliegend bestehen verschiedene Auslegungsmöglichkeiten des § 1592 Nr. 1 BGB:

Der Wortlaut ergibt, dass nach § 1592 Nr. 1 BGB nur „ein Mann“ „Vater“ werden kann, mithin erfasst der Wortlaut nur männliche Personen.

Diese auf Männer und Vaterschaft zugeschnittene Norm des § 1592 Nr. 1 BGB entstammt jedoch einer Zeit, in der zum einen die Ehe nur zwischen einer Frau und einem Mann möglich war und zu der zum anderen die Existenz und rechtliche Anerkennung von nicht-binären Menschen (erst recht als Elternteil) noch nicht mitgedacht wurden. Diese historische Auslegung führt dazu, dass beide männlichen Fixierungen inzwischen überholt sind:

Mit der Öffnung der Ehe im Jahr 2017 sollten zum einen die bestehenden Ungleichheiten zwischen der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft beseitigt werden. Mit der „Ehe für alle“ sollten keine Ehen zweiter Klasse entstehen, denn das war bereits der vorherige Status quo durch das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Vielmehr sollte die rechtliche Situation für Paare aller Geschlechter gleichgestellt werden und zu diesem Zweck die umfassende Gleichstellung aller Ehen realisiert werden – unabhängig vom Geschlecht der Eheleute. Dies zeigt auch die Formulierung der Ehe in § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB, die explizit nicht von Männern und Frauen, sondern von verschiedenem oder gleichem Geschlecht spricht und somit Platz lässt für alle Geschlechter auch über die binären Gruppen der Männer und Frauen hinaus. Vor diesem Hintergrund kann kein Zweifel daran bestehen, dass sämtliche Normen, die an die Ehe anknüpfen, für alle Ehegatten gleichermaßen gelten müssen. Diese Anwendung von Normen, die Ehe betreffend, auf andere Paare als Mann und Frau war bei Erlass des § 1592 Nr. 1 BGB nicht absehbar.

Zum anderen war weder zu Ende des 19. Jahrhunderts bei Erlass des BGB noch Ende des 20. Jahrhunderts bei Erlass des Kindschaftsrechtsreformgesetzes vom 16.12.1997 (BGBl. I S. 2947, ber. BGBl. 1998 I S. 946) absehbar, dass rechtlich auch zwei Personen gleichen Geschlechts Eltern eines Kinds werden können, was jedoch mittlerweile unumstritten ist (vgl. BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, insb. Rn 55).

Ebenso wenig absehbar war, dass es rechtlich Geschlechter jenseits von Frauen und Männern

geben könne, wie es nun in § 22 Abs. 3 PStG und in der Verfassung anerkannt wird (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 16/2017). Der Wortlaut spiegelt somit in historischer Lesart lediglich die damals vorherrschende Geschlechter- und Ehevorstellung wieder, die jedoch der jetzigen Rechtslage bezüglich Ehe und Geschlecht und auch den gesellschaftlichen Vorstellungen und Realitäten nicht mehr entspricht. Betrachtet man somit den Wortlaut in einer historischen Auslegung wird deutlich, dass der Gesetzgeber keine bewusste Regelung getroffen hat, die andere Personen als Männer ausschließen sollte, sondern dass schlicht auf den Ehepartner abgestellt werden sollte, der damals zwangsläufig ein Mann war. Somit spricht die historische Auslegung dafür, dass die Regelung auf jede Person Anwendung findet, die mit der gebärenden Person durch eine Ehe verbunden ist: „Mann“ ist hier demnach als Ehepartner\*in – gleich welchen Geschlechts – zu verstehen.

Diese Auslegung wird auch durch eine Betrachtung der ratio legis bestätigt. Denn wie schon früh der BGH formulierte, ist der Gesetzeszweck *„nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten und ihnen sinnvoll angepasst weitergelten will, solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist“* (BGHSt 10, 157, 159 f.).

Mit der Bezeichnung „Vater“ und „Mann“ sind im BGB keine biologischen, sondern rechtlich-soziale Entitäten bezeichnet. Denn die rechtliche Elternschaft und damit einhergehend Verantwortung für das Kind wird mit § 1592 Nr. 1 BGB gerade unabhängig von einem biologischen Beitrag zur Entstehung des Kinds zugewiesen. § 1592 Nr. 1 BGB schreibt als vorrangiges Anknüpfungsmerkmal für die Zuordnung der zweiten Elternstelle die Ehe mit der Mutter fest. Dass der Ehemann tatsächlich fortpflanzungsfähig ist und das Kind, dessen rechtlicher Vater er wird, auch tatsächlich gezeugt hat, ist keine Voraussetzung der Elternschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB und wird nicht überprüft. Die biologische Verbindung war auch historisch von höchstens untergeordneter Bedeutung, da sie mangels Verfahren nicht feststellbar war. Das Überwiegen der institutionellen Komponente der Ehe gegenüber der biologischen Herkunft zeigt sich zudem darin, dass die Ehe zum Zeitpunkt der Geburt und nicht zum Zeitpunkt der Zeugung bestehen muss (anders als z. T. in anderen Rechtsordnungen, siehe *Engelhardt, H., Die „Ehe für alle“ und ihre Kinder, NZFam 2017, S. 1045*).

§ 1592 Nr. 1 BGB ist daher dahingehend auszulegen, dass er auf alle Ehen anwendbar ist. Denn die Norm knüpft an die Ehwirkung, nicht an die Fortpflanzungsfähigkeit des Elternteils an. Die Norm soll dazu führen, dass einem Kind automatisch, ohne weitere Überprüfung im Zeitpunkt der Geburt die rechtliche Stellung eines Kinds von zwei Eltern zukommt. Hinter § 1592 Nr. 1 BGB stehen damit insbesondere Erwägungen des Schutzes von Ehe, Familie und des Kindeswohls. Das Gesetz geht für den Regelfall – und auch konkret im vorliegenden Fall zutreffend – davon aus, dass die Person, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Gebärenden verheiratet ist, auch diejenige ist, die neben der gebärenden Person verlässlich die Elternverantwortung für das neugeborene Kind übernehmen will und wird. § 1592 Nr. 1 BGB dient damit dem Schutz der sozial-familiären Beziehung (vgl. schon Motive zum BGB IV, S. 646 ff. = Mugdan IV, S. 343 ff.). Die Regelung dient auch der Statusklarheit und der Statussicherheit. Es entspricht dem Wohl des Kinds am besten, wenn es vom Zeitpunkt der Geburt an zwei rechtliche Elternteile hat, die für seine Pflege, Erziehung und Versorgung verantwortlich sind, dies auch dauerhaft sein wollen und möglichst sicher bleiben.

Neben dem Schutz des Kinds bezweckt die Norm den Schutz der gebärenden Frau davor, alleine

die Verantwortung für das Kind zu tragen. Mit der Eingehung der Ehe geht der Ehepartner die Verantwortung für alle zukünftig geborenen Kinder der Ehefrau ein. Die Regelung stellt somit im weiteren Sinne eine Mutterschutzregelung auf. Mit der Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB wird daher auch nicht (nur) bezweckt, die typischerweise gegebene biologische Vaterschaft des Ehepartners der Mutter abzubilden, sondern die rechtliche und finanzielle Absicherung von Kind und Mutter.

Selbst das BGB i. d. F. vom 18.08.1896 sah in der Eheschließung auch ohne Nachweis tatsächlicher Erzeugerschaft die Übernahme der Verantwortung für das von der Ehefrau geborene Kind (vgl. § 1720 Abs. 1 BGB a. F.). Im Falle des Nichtzutreffens der Voraussetzung von § 1720 Abs. 1 BGB a. F. konnte durch Vaterschaftsanerkennung in öffentlicher Urkunde gemäß § 1720 Abs. 2 BGB a. F. die Voraussetzung als unwiderleglicher Vermutung auch contra factum geschaffen werden (vgl. hierzu Mugdan, Materialien zum BGB, IV. Band, S. 1635-1637).

Wenn schon Ende des 19. Jahrhunderts der Schutz der ehelichen Familie so hoch angesiedelt wurde, dass Eheschließung zugleich Verantwortungsübernahme durch Vaterschaft für die von der Ehefrau geborenen Kinder bedeutete, sollte dies heute nicht anders beurteilt werden.

Sinn und Zweck der Regelung ist es also nicht, die biologischen Ursprünge des Kinds im Eltern-Kind-Verhältnis abzubilden, sondern möglichst gute rechtlich-soziale Umstände für das Kind zu schaffen und die sozial-familiäre Beziehung des Kinds zu Ehepartner\*innen der Mutter im rechtlichen Sinne zu schützen. Diese Erwägungen treffen alle gleichermaßen auf die Elternschaft von nicht-binären Personen zu, da nicht-binäre Personen ebenso wie binäre Personen eine Ehe eingehen und eine Familie bilden können, zumal nicht ausgeschlossen ist, dass bei einer Ehe einer nicht-binären Person die Vermutung der biologischen Elternschaft zutrifft. So kann auch ein lesbisches Paar biologisches Elternpaar sein (vgl. OLG Köln von 2009, Az. 16 Wx 94/09).

Diese Auslegung wird auch durch die systematische Betrachtung gestützt. Die Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Elternschaft ist zumindest inzwischen kein Leitprinzip für die abstammungsrechtlichen Regelungen des BGB mehr. Die genetische Abstammung ist keine Voraussetzung dafür, der rechtliche Elternteil eines Kinds zu werden.

Darauf weist etwa auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht des Bundesjustizministeriums in seinem Abschlussbericht von 2017 hin:

*„So stellt das Gesetz auch bei natürlicher Zeugung seit jeher nicht ausnahmslos auf die genetische Abstammung ab, sondern arbeitet bereits im geltenden Recht mit Vermutungen und sozialen Tatbeständen (z. B. Ehe, Anerkennung der Vaterschaft)“ (S.26)*

§ 1591 BGB weist die erste Elternstelle unveränderbar der Person zu, die das Kind geboren hat. Ob das Kind auch genetisch mit der Gebärenden verwandt ist, wird nicht überprüft. So ändert beispielsweise bei einer Geburt nach einer Embryonenspende der Umstand, dass keine genetische Verwandtschaft zwischen Mutter und Kind besteht, nichts an der rechtlichen Elternschaft der Gebärenden.

Auch die ersten beiden Zuweisungskriterien für die zweite Elternstelle setzen keine genetische

Verbindung zu dem Kind voraus. § 1592 Nr. 1 BGB knüpft ausschließlich an die bestehende Ehe mit der Mutter an. Die genetische Abstammung spielt keine entscheidende Rolle. Der Ehemann der Mutter wird vielmehr auch dann der rechtliche Vater des Kindes, wenn von vornherein feststeht, dass das Kind genetisch nicht von ihm abstammt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn das Kind mittels Samenspende eines Dritten oder durch außerehelichen Geschlechtsverkehr der Mutter gezeugt wurde. Ausschlaggebend für die elternrechtliche Zuordnung ist allein die bestehende Ehe, nicht die biologisch-genetische Abstammungswahrheit. Dieser Zuordnung qua Ehe hat der Gesetzgeber eine höhere Stellung zugemessen als die Zuordnung qua genetischer Abstammung, die erst als dritte Variante der Erlangung der Elternstellung in § 1592 BGB normiert wurde. Zuvor folgt als Nummer 2 noch eine weitere Möglichkeit der Erlangung der rechtlichen Elternschaft, die völlig unabhängig von der Zeugung des Kindes ist. § 1592 Nr. 2 BGB knüpft die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung allein an die Anerkennungserklärung. Die einzige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung ist die Zustimmung der Mutter. Sofern diese vorliegt, gibt es weder weitere Anforderungen bezüglich des konkreten Verhältnisses zwischen Mutter und Anerkennendem noch bezüglich der biologischen Abstammung. Die Zuordnung qua genetischer Abstammung erfolgt somit nachrangig. Nämlich erst dann, wenn die zweite Elternstelle nicht bereits aufgrund der Nummer 1 oder Nummer 2 unabhängig von der biologischen Abstammung besetzt ist und wenn zudem keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind besteht, § 1600 Abs. 2 BGB.

Schließlich zeigt auch die Regelung des § 1600 Abs. 4 BGB, dass die genetische Abstammung keine Voraussetzung für die rechtliche Elternschaft ist. § 1600 Abs. 4 BGB schließt die Anfechtung der Elternschaft unter Berufung auf die genetische Verwandtschaft aus, wenn das gemeinsame Kind mit Einwilligung des zweiten Elternteils durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt wurde. Das heißt, der Gesetzgeber normiert in diesem Fall sogar ausdrücklich das Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Elternschaft und verhindert eine statusrechtliche Korrektur. Die Situation von Ehemännern und nicht-binären Ehepartner\*innen ist dabei vollkommen gleich zu bewerten. Auch der Wortlaut von § 1600 Abs. 4 BGB („des Mannes“) wurde bisher trotz offenkundiger Gleichheit der Sachverhalte noch nicht für Frauen und nicht-binäre Personen angepasst. Das zeigt, dass die binäre Regelung in § 1592 BGB nicht bewusst zum Ausschluss nicht-binärer Ehepartner\*innen geschaffen wurde, sondern verfassungskonform ausgelegt werden muss.

Die gesetzgeberische Wertung kommt auch in dem Ausschluss der Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen und sozialen Vaters durch den biologischen Vater in § 1600 BGB zum Ausdruck. Durch diese Regelung wird dem biologischen Vater die Möglichkeit der Erlangung der rechtlichen Vaterschaft verwehrt, während die Vaterrolle des rechtlichen, aber nicht biologischen Vaters geschützt wird.

Zusammengefasst ist also die genetische Abstammung weder für § 1592 Nr. 1 BGB noch für § 1592 Nr. 2 BGB ein konstitutives Merkmal, sondern lediglich eine Hilfskonstruktion und soll nur dann zum Tragen kommen, wenn es keinen zweiten Elternteil gibt, der die zweite Elternstelle qua Ehe, durch Anerkennung oder Adoption eingenommen hat. Das Gesetz räumt der sozialen Elternschaft und der vermuteten Verantwortungsübernahme einen Vorzug gegenüber der biologischen Vaterstellung ein.

Die systematische Betrachtung macht somit deutlich, dass der Wortlaut „Vater“ und „Mann“ in § 1592 Nr. 1 BGB nicht ausschließlich jene Person beschreiben soll, die das Kind biologisch gezeugt hat. Die systematische Auslegung bestätigt somit das Ergebnis der historischen und teleologischen Auslegung: Anknüpfungstatbestand für das Entstehen der Elternstellung ist ausschließlich die Ehe. Zweites Elternteil eines Kinds ist somit die Person, die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist.

Es ergibt sich somit bereits aus der einfachen Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB, dass lediglich der Wortlaut gegen eine Elternschaft der antragstellenden Person zu 1. spricht. Sämtliche anderen Auslegungsaspekte sprechen für eine sinngemäße Auslegung des Wortlauts, dahingehend, dass § 1592 Nr. 1 BGB auch für nicht-männliche Ehepartner\*innen anzuwenden ist.

#### b) Verfassungskonforme Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB

Nur die gerade dargelegte Auslegung vermeidet nicht zu rechtfertigende Grundrechtsverstöße der Antragsteller\*innen. Somit ist gemäß dem Grundsatz der verfassungskonformen Gesetzesauslegung unter mehreren möglichen die Auslegung zu wählen, die eine verfassungskonforme Anwendung des Gesetzes ermöglicht (vgl. statt vieler: BVerfG, Beschluss vom 07.05.1953 – 1 BvL 104/52).

aa) Diese Auslegung ist somit aufgrund drohender Verstöße gegen die Grundrechte der antragstellenden Person zu 2. geboten

Sollte der antragstellenden Person zu 2. die Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB verweigert werden, liegt ein Verstoß gegen die Grundrechte der antragstellenden Person zu 2. vor. Namentlich sind das Verstöße gegen das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 GG, gegen den Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, gegen das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und den Schutz von Ehe und Familie Art. 6 Abs. 1 GG sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG.

(1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3, 1 Abs. GG

Wenn durch die Regelung in § 1592 Nr. 1 BGB als zweiter Elternteil nur mit der Mutter verheiratete Männer, nicht aber Menschen anderen Geschlechts anerkannt würden, würde das eine Geschlechtsdiskriminierung gemäß Art. 3 Abs. 1 der antragstellenden Person zu 2. darstellen, jedenfalls aber einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

i. Strenger Maßstab des Art. 3 Abs. 3 GG

Die Ungleichbehandlung der antragstellenden Person zu 2. ist an Art. 3 Abs. 3 GG zu messen und erfordert damit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass biologische Unterschiede die Ungleichbehandlung zwingend erforderlich machen.

Die antragstellende Person zu 2. wurde nicht als zweiter Elternteil eingetragen, weil ihr Geschlechtseintrag „divers“ und nicht „männlich“ ist. Das stellt eine unmittelbare Geschlechtsdiskriminierung dar. Die benachteiligende Differenzierung zwischen denjenigen, denen die Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB zugesprochen und jenen denen diese verwehrt werden soll, knüpft direkt sowie einzig und allein an dem Geschlecht der antragstellenden Person zu 2. an.

Es ist anerkannt, dass sich auch Personen mit divers-Eintrag auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen können. Der Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG umfasst „*nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts*“ (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2017/16, Rn. 59). Die alleinige Anknüpfung an den personenstandsrechtlichen Status wird durch den Vergleich deutlich, dass ein Mann, dessen Ehefrau im Wege einer heterologen Insemination, also durch eine künstliche Befruchtung mit Fremdsperma schwanger wird, dennoch die Elternzuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB erhält.

Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall von den Fällen der Ungleichbehandlung der Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe, bezüglich derer das Bundesverfassungsgericht von einer Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung und nicht des Geschlechts ausging und die damit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen waren (BVerfGE 124, 199 <226>; 126, 400 <420>; kritisch dazu *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3 Rn. 460)

ii. Strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung auch nach Art. 3 Abs. 1 GG

Auch für den Fall, dass nach der Auffassung des Gerichts die Ungleichbehandlung an sexueller Orientierung anknüpft und damit am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes zu messen ist, ist es aufgrund der dann jedenfalls gebotenen strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz notwendig, dass die Ungleichbehandlung zwingend erforderlich ist.

Der Allgemeine Gleichheitssatz gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (St. Rspr., BVerfGE 1, 14 <52>; 98, 365 <385>; 113, 167 <214>; vgl. dazu auch: Nußberger, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, 2018, Art. 3, Rn. 80-87). Der Gleichheitssatz ist immer verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressat\*innen oder Betroffenen im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, m. w. N.).

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (BVerfGE 88, 87 <96>). Dabei gilt ein einheitlicher und 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 (St. Rspr.; BVerfGE 138, 136 <180>; 129, 49 <69>; 132, 179 <188>; Britz, NJW 2014, 346 <347>.)

Das Bundesverfassungsgericht hat in inzwischen ständiger Rechtsprechung (sog. „Neueste Formel“) drei Kriterien entwickelt, nach denen es eine engere Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz feststellt (St. Rspr.; BVerfGE 139, 285 <309>; 138, 136 <180 f.>; 127, 263 <280>): 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 oder beeinflussbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.

Nach diesen Kriterien ist die Ungleichbehandlung der antragstellenden Person zu 2. auch soweit darin eine Anknüpfung an sexuelle Orientierung liegt, einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Die sexuelle Orientierung ist zwar nicht in Art. 3 Abs. 3 GG gelistet, sie steht aber in einem engen Verhältnis zu geschlechtlicher Identität (St. Rspr.; BVerfG 124, 199 <221f.>; 126, 400; 131, 239; 132, 179; 133, 59; 133, 377). Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung ist durch die Diskriminierungsverbote der 21 Grundrechte-Charta und Art. 14 EMRK-Rechts verboten. Angesichts des insofern bestehenden strikten Diskriminierungsschutzes wird von einem „Quasi-Diskriminierungsverbot“ oder auch von „Analogmerkmalen“ gesprochen (*Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 460). Schließlich macht beispielsweise erst das eigene Geschlecht aus dem sexuellen oder romantischen Interesse an Frauen eine sexuelle Orientierung. Wie das Geschlecht ist auch sexuelle Orientierung für den Einzelnen zudem nicht verfügbar. Und schließlich steht die sexuelle Orientierung in engem Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das auch das Recht des Einzelnen verbürgt Beziehungen und auch die nach Art. 6 GG geschützte Ehe mit Personen gleich welchen Geschlechts einzugehen.

### iii. Ungleichbehandlung nach beiden Maßstäben ungerechtfertigt

Es liegt also eine Ungleichbehandlung der antragstellenden Person als Ehepartner\*in einer Mutter im Vergleich zu anderen Ehepartnern – nämlich solchen mit einem männlichen Geschlecht – vor. Für diese unterschiedliche Behandlung gibt es bereits keine sachliche Rechtfertigung. Ein Rechtfertigungsgrund ist hier nicht ersichtlich und erst recht kein Grund, der den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt. Soweit teilweise darauf rekurriert wird, dass § 1592 BGB die Zuordnung des Kinds zu den Eltern entlang der genetischen Abstammung regelt, ist dies bereits hinreichend deutlich widerlegt worden. Das Abstammungsrecht baut nicht auf genetisch-biologischen Zuordnungen, sondern an rechtlich-sozialen auf. Damit sind auch keinesfalls zwingende biologische Unterschiede Ausgangspunkt der Ungleichbehandlung

(2) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG

Die antragstellende Person zu 2. wird in ihrem Grundrecht auf Achtung und Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG verletzt.

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. BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, Rn. 67 m. w. N.). In dieses Recht wird eingegriffen. Denn die Entscheidung, gleichberechtigt ein Kind groß zu ziehen, für es zu sorgen und es abzusichern, wird durch das Vorenthalten der auch rechtlichen Elternstellung beeinträchtigt. Die stets drohende Gefahr, dass dem derzeit alleinigen Elternteil etwas zustößt und sodann das Kind nicht länger auch rechtlich zugeordnet das Kind der Eheleute [...] bleibt, sondern Vollwaise wird, beeinträchtigt das ungestörte Familienleben bereits jetzt.

Der Gesetzgeber ist zur Bereitstellung einer rechtlichen Struktur, die wechselseitige Verpflichtungen und Befugnisse regelt, aus Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet. Den dabei zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraum hat der Gesetzgeber genutzt, indem er § 1592 Nr. 1 BGB geschaffen und bei Einführung der Ehe für alle diesen nicht geändert hat. Daher ist die Situation der Antragsteller\*innen nicht nur eine „*tatsächlich vorgefundene familiäre Gemeinschaft*“ ( BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, Rn. 68), sondern eine vom Gesetzgeber rechtlich bereits geregelte Familienbeziehung. Die durch § 1592 Nr. 1 BGB näher ausgestaltete Grundrechtsposition, als Ehepartner\*in der gebärenden Person die zweite Elternstelle einzunehmen, wird der antragstellenden Person zu 2. jedoch verwehrt, ohne dass es hierfür einen Sachgrund gäbe.

(3) Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Die Verweigerung der Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB verletzt die antragstellende Person zu 2. in ihrem Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Die antragstellende Person hat die Schwangerschaft, die Geburt und das Großziehen der Antragstellerin zu 3. gleichberechtigt zu der Antragstellerin zu 1. geplant und bisher begleitet. Es ist ihr Kind. Sie will voll für es einstehen, sich vollumfänglich binden. Zum Wohle dieses Kinds ist daher die auch rechtliche Elternposition zu begründen (vgl. BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, Rn. 53).

Auch wenn dem Gesetzgeber ein relativ weiter Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung rechtlicher Elternschaft zugesprochen werden sollte, liegt kein Grund vor, die bestehende Regelung des § 1592 Nr. 1 BGB nicht anzuwenden. Der Gesetzgeber hat in diesem das Institut der Elternschaft qua Ehe geschaffen. Der Gesetzgeber bezieht dabei Ehemänner unabhängig von weiteren Voraussetzungen in die rechtlich geschützte Elternposition ein. Dies gilt unumstritten auch für Ehemänner, deren Partner\*in nach einer heterologen Insemination schwanger wird. Damit hat er eine Rechtsposition für Eltern geschaffen und ausgestaltet, die den von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Sachbereich näher definieren. Das Erlangen dieser Rechtsposition ist daher von dem Elterngrundrecht geschützt.

Der persönliche Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist deshalb unabhängig vom Geschlecht zu verstehen (BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, Rn. 48, 53). Der Anwendungsbereich ist demnach sachlich und persönlich eröffnet und in der Weigerung staatlicher Gewalt, die Eintragung vorzunehmen, liegt ein Eingriff. Es liegt kein Sachgrund vor, diese bestehende, die Elternrolle schützende Position zu verweigern.

(4) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG

Die Verweigerung, § 1592 Nr. 1 BGB auf die antragstellende Person zu 2. anzuwenden, stellt zugleich eine Verletzung des Persönlichkeitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG dar. Dieses ist vorliegend insbesondere in seinen geschlechtsspezifischen Anteilen verletzt. Die Verweigerung der Elternposition knüpft ausschließlich an den geschlechtlichen Personenstand der antragstellenden Person zu 2. an. Das Führen eines nicht-binären Personenstands ist der grundrechtlich geschützte Ausdruck der selbstempfundenen Geschlechtsidentität der antragstellenden Person zu 2. Das Bundesverfassungsgericht leitet den Anspruch auf einen solchen Personenstand aus dem staatlichen Schutzauftrag, geschlechtlichen Minderheiten ein anerkanntes, vom Staat wie den Bürger\*innen geachtetes Leben jenseits der binären Geschlechternormen zu leben (Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 59). Ein solch grundlegendes Recht auf gleiche Anerkennung und Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung muss sich sodann auch in der restlichen Rechtsordnung, die die verschiedenen Lebensbereiche gestaltet, wiederfinden. Ansonsten liefe das Persönlichkeitsgrundrecht leer. Das BGB ist bislang im Familienrecht strikt binär strukturiert. Das BVerfG hat ganz klar einen Anspruch auf adäquate geschlechtliche Registrierung postuliert. Dass die Legislative dem noch nicht vollumfänglich nachgekommen ist, darf nicht dazu führen, dass nicht-binäre Personen ihre grundrechtlich geschützten Freiheiten gar nicht wahrnehmen können und ihre Familiengründung erschwert wird. Und dass erst recht nicht im geschlechtlich besonders relevanten Bereich des Familienrechts. Eine Partizipation an den bestehenden Regelungen muss in vollem Umfang und auf gleiche Weise auch nicht-binären Personen möglich sein. Alles andere wäre offenkundig diskriminierend, weil es eine ganze Personengruppe ausschließt und diese Gruppe somit in der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit in dem zentralen Element der Geschlechtsidentität beeinträchtigt, obgleich hier keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

b b) Diese Auslegung ist auch aufgrund drohender Verstöße gegen die Grundrechte der Antragstellerin zu 3. geboten

Sollte die Eintragung der antragstellenden Personen zu 2. nicht erfolgen, läge zudem eine Verletzung der Grundrechte der Antragstellerin zu 3. aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1, 3 GG vor.

(1) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, 3 GG

Durch die Verweigerung, die antragstellende Person zu 2. als Elternteil rechtlich anzuerkennen, werden die Grundrechte der Antragstellerin zu 3. aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG verletzt.

Es liegt auch bezüglich der Antragstellerin zu 3. eine geschlechtsbezogene Diskriminierung, mithin eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 vor. Wie oben dargelegt, wird die antragstellende Person zu 2. aufgrund ihres Geschlechts ungerechtfertigt diskriminiert. Diese Diskriminierung trifft die Antragstellerin zu 3. mittelbar. Denn ihre Rechtsposition – ein Elternteil statt zwei Elternteile – ist aufgrund dieser Geschlechtsdiskriminierung schlechter als sie es ohne die Diskriminierung wäre. Damit wird sie mittelbar aufgrund des Geschlechts ihres Familienmitglieds benachteiligt. Eine mittelbare Diskriminierung von Familienangehörigen wird im Diskriminierungsrecht auch für Personen angenommen, an die mit dem Diskriminierungsmerkmal nicht direkt – sondern eben nur mittelbar, mitbetroffen – angeknüpft wird (vgl. EuGH v. 17.07.2008 – C 303/06). Weil ihre Mutter nicht mit einem Mann, sondern mit einer Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“ verheiratet ist, soll ihr nicht der gleiche rechtliche Schutz zukommen. Das Geschlecht ihres zweiten Elternteils rechtfertigt es indessen nicht, sie gegenüber anderen ehelichen Kindern ungleich zu behandeln. Ein sachlicher Grund für diese mittelbare Diskriminierung besteht nicht.

Die Antragstellerin wird aber auch nach dem Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigt benachteiligt. Sie wird – im Hinblick auf Sorgerechtsansprüche, Unterhaltsansprüche und eine lebenslange Verbindung, die nicht nur auf Freiwilligkeit beruht – fraglos schlechter gestellt als ein Kind, welches in eine Ehe zwischen einem Mann und einer Frau geboren wird, indem sie nicht wie dieses Kind von Beginn an zwei Eltern rechtlich durch ordnungsgemäße Geburtsregistrierung zugeordnet erhält. Nach der „Neusten Formel“ des Bundesverfassungsgerichts ist diese Ungleichbehandlung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen, weil die Ungleichbehandlung am Geschlecht bzw. an der sexuellen Orientierung und damit an pönalisierte Merkmale ihrer Eltern anknüpft. Hier ist weiterhin zu beachten, dass an die Rechtfertigung auch hier besonders strenge Maßstäbe zu stellen sind, da hier durch die Ungleichbehandlung auch in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin zu 3. eingegriffen wird. Außerdem sind diese Merkmale, nämlich Geschlecht bzw. sexuelle Orientierung der Eltern, auch für die Antragstellerin zu 3. nicht verfügbar.

Es liegt eine Vergleichbarkeit i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG vor: Die Antragstellerin zu 3. wurde in eine Ehe hineingeboren. Dass heterosexuelle und nicht-heterosexuelle Ehepaare und deren Beziehung zu gemeinsamen Kindern vergleichbar sind, wird nicht zuletzt auch dadurch bestätigt, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung der Verfassungswidrigkeit der Stiefkindadoption für homosexuelle Eingetragene Lebenspartner\*innenschaften ohne nähere Ausführung davon ausgegangen ist, dass eine Vergleichbarkeit von Kindern in heterosexuellen und homosexuellen Beziehungen gegeben ist (BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09). Dies muss erst recht für die Betrachtung von hetero- und nicht-heterosexuellen Ehen gelten, wobei es angesichts der geschlechtsneutralen Regelung in § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB keinen Unterschied macht, ob ein\*e Ehepartner\*in nicht-binär ist oder nicht.

Hier ist weiterhin zu beachten, dass an die Rechtfertigung auch hier besonders strenge Maßstäbe zu stellen sind, da hier nicht nur der allgemeine Gleichheitssatz betroffen ist, sondern dass durch die Ungleichbehandlung auch in die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin zu 3. eingegriffen wird.

Die Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt. Wie oben ausgeführt, liegt bereits kein Sachgrund für diese Differenzierung hinsichtlich der Eltern vor, der diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte. Umso weniger kann das Geschlecht bzw. die sexuelle Orientierung der Eltern aber eine Ungleichbehandlung der Antragstellerin zu 3. rechtfertigen.

(2) Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG

Zudem liegt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG vor.

Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verleiht dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung (siehe dazu schon BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09). Das Kind steht unter dem besonderen Schutz des Staates (BVerfG, Urteil vom 14.07.1981 – 1 BvL 28/77 ) und hat einen entsprechenden Anspruch auf den Schutz des Staates (BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 – 1 BvL 20/63). Insbesondere bedürfen Kinder dieses Schutzes, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können (vgl. BVerfG, Urteil vom 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04). Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verpflichtet den Gesetzgeber daher, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind (BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, m. w. N.).

In diesem Beschluss heißt es wörtlich in Rn. 43:

*„Der dem Staat durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auferlegte Gewährleistungsauftrag verpflichtet ihn, das Wie und das Ob elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern. Diese Aufgabe hat insbesondere in der der staatlichen Gemeinschaft durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zugewiesenen Wächterfunktion Ausdruck gefunden. Darüber hinaus ist Teil dieser dem Staat verbleibenden Verantwortung, die - von der Verfassung vorausgesetzte - spezifisch elterliche Hinwendung zu den Kindern (vgl. BVerfGE 101, 361 <385 f.>) dem Grunde nach zu ermöglichen und zu sichern (vgl. BVerfGE 57, 361 <382 f.>; 121, 69 <95>). Dazu gehört auch die Verpflichtung des Staates, rechtliche Vorkehrungen dafür zu treffen, dass in Fällen, in denen die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen Funktionen wahrzunehmen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann (vgl. BVerfGE 24, 119 <148 f.>). Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG begründet insofern ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat.“*

Sodann wird ein Eingriff in das auch hier angeführte Grundrecht durch das Vorenthalten eines rechtlichen Elternteils bejaht – im damaligen Fall durch die Verwehrung der Sukzessivadoption für eingetragene Lebenspartner\*innen.

Die Kinderrechte schützen auch vor Entzug eines Elternteils (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013 – Az 1 BvL 6/10).

Nach diesseitiger Auffassung verletzt der Staat seine daraus erwachsende Verantwortung – auch angesichts des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums – in ungerechtfertigter Weise. Denn die Nichtanwendung der gesetzlichen Regeln durch das Standesamt führt dazu, dass die Antragstellerin zu 3. bei der Geburt nur einen Elternteil zugewiesen bekommen hat, obwohl eine zweite sorgebereite Person zur Verfügung stand. Das Vorenthalten eines Elternteils, das willig und bereit ist, diese Position auszufüllen wird nicht durch etwaige konkurrierende Grundrechte oder Sachgründe aufgewogen. Insbesondere sind in der vorliegenden Konstellation die Rechte etwaiger „leiblicher“ Eltern nicht zu berücksichtigen, da die samenspendende Person mit der Anonymität der Spende alle Ansprüche abgegeben hat.

Das Vorenthalten einer prinzipiell bestehenden Rechtsposition stellt zudem materiell einen Eingriff in das an sich vom Staat vorgesehene Schutzniveau – zwei vorhandene Eltern in die Pflicht zugunsten des Kinds zu nehmen – dar, so dass auch die Betonung eines weiten Gestaltungsspielraums für die staatliche Wahrnehmung des Schutzauftrags nicht verfängt. Das Grundrecht des Kinds hat sich nicht am Minimum staatlichen Schutzes zu orientieren, sondern es begründet einen Anspruch auf den umfassendsten Schutz, der nach seiner konkreten Lebenssituation möglich ist. Nur diese Perspektive kann kindeswohlorientiert sein. Die aktuelle Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB führt dazu, dass die antragstellende Person zu 2. nicht von Geburt an für das Kind einzustehen hat. Die Antragstellerin zu 3. kann gegenüber der antragstellenden Person zu 2. keine Unterhalts- und Sorgeansprüche geltend machen. Unbeachtlich ist hier, dass die antragstellende Person zu 2. aufgrund ihrer sozialen Elternstellung diesen Ansprüchen aus einem elterlichen und moralischen Verpflichtungsgefühl selbstverständlich nachkommt. Insoweit untersteht das gelebte Eltern-Kind-Verhältnis der Beteiligten dem Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG (BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 60 m. w. N.). Die fehlende rechtliche Anspruchsgrundlage führt jedoch zum Beispiel im Falle der Berechnung von Kurzarbeitergeld oder Pfändungsfreigrenzen dazu, dass die Antragstellerin zu 3. nicht berücksichtigt wird. Dadurch wird ohne Sachgrund die finanzielle Lage der Familie und damit auch die Versorgungssicherheit des Kinds beeinträchtigt. Sollte die antragstellende Person zu 2. unerwartet versterben, hätte die Antragstellerin zu 3. keinen Anspruch auf Halbwaisenrente und könnte diesen Anspruch auch nicht nachträglich erlangen. Sie wird mithin in ihrer finanziellen Absicherung schlechter gestellt als Kinder, denen ihre Eltern auch rechtlich zugeordnet sind. Hinzu kommt, dass das Kind keine gesetzlichen Erbansprüche gegen die antragstellende Person zu 2. hat – und demzufolge schlechter abgesichert ist. Die erbrechtliche Situation würde sich bei rechtlicher Anerkennung zweier Elternteile deutlich verbessern (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09.) Solange die Elternstellung nicht gesichert ist, wird die Antragstellerin zu 3. gar Vollwaise, sollte der Antragstellerin zu 1. etwas zustoßen. Solche Situationen zu vermeiden, ist wie oben bereits dargelegt ratio legis des § 1592 Nr. 1 BGB.

Ein Grund weshalb dem Kind im vorliegenden Fall diese Schutzregelung vorenthalten wird, ist nicht ersichtlich. Eine ausreichende Rechtfertigung fehlt mithin.

cc) Die obige Auslegung ist auch geboten, da sonst der Antragstellerin zu 1. Grundrechtsverstöße drohen.

Die Weigerung, die antragstellende Person zu 2. nach § 1592 Nr. 1 als Elternteil einzutragen, verletzt die Antragstellerin zu 1. in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 6 Abs. 1.

Der Verstoß gegen die Gleichheitssätze ergibt sich daraus, dass sie ungerechtfertigterweise aufgrund des Geschlechts der Person, mit der sie verheiratet ist, schlechter gestellt wird. Darin liegt eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung durch die Diskriminierung der antragstellenden Person zu 2. als auch eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund ihrer sexuellen Orientierung. Ihr wird jedoch auch allgemein eine ungleiche Behandlung zuteil im Vergleich zu anderen verheirateten Müttern, deren Ehemänner automatisch nach der Geburt die zweite Elternstelle einnehmen. Dies wird ihr verwehrt, obwohl die Situation gleich ist.

Ihrer Ehe und ihrer Familie wird derjenige staatliche Schutz verwehrt, den die Rechtsordnung für Geburten innerhalb einer Ehe bereits vorsieht.

Denn sie ist nun rechtlich alleine für das Kind verantwortlich. Sie ist zwangsweise alleinerziehende Mutter, obwohl sie in einer – glücklichen – Ehe mit der Person lebt, mit der sie das Kind geplant und zur Welt gebracht hat. Sie wird entgegen der Intention der Schutzregelung des § 1592 Nr. 1 BGB allein gestellt. Ihr und ihrem Kind, für das sie zu sorgen hat und zu dessen Schutz und Wohl sie auch aus dem eigenen Elternrecht, das vornehmlich auf das Kindeswohl fokussiert die Anerkennung des zweiten Elternteils fordern kann, wird eine vollumfängliche Absicherung durch einen zweiten Elternteil verwehrt (vgl. beispielsweise Hessischer VGH, Beschluss vom 27.07.2015 – 7 A 695/14.Z).

Wäre sie eine Ehe mit einem rechtlichen Mann eingegangen, wäre dies nicht der Fall. Insofern ist auch die Achtung ihrer Eheschließungsfreiheit tangiert. Denn an ihre Eheentscheidung knüpft die staatliche Gewalt nun eine schlechtere Behandlung an.

Diese Eingriffe sind – aus denselben Erwägungen wie oben bereits ausgeführt – ungerechtfertigt.

## 2) Analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB

Falls das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung des § 1592 Nr. 1 BGB verneint, so ist hier jedenfalls die analoge Anwendung geboten und die antragstellende Person zu 2. als Elternteil in das Geburtenregister einzutragen.

Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGHZ 105, 140, 143; 110, 183, 193; 120, 239, 252).

Eine zulässige Analogie ist geboten, wenn nur so verfassungsrechtlichen Grundsätzen Rechnung getragen werden kann und sie sich deshalb als Vollzug der Verfassung darstellt (Wiedermann: Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, 2407, 2412 m. w. N.).

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung liegen – unter der Voraussetzung, dass die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht besteht – vor, da sowohl eine planwidrige Regelungslücke als auch eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist (umfassend zu den Voraussetzungen einer Analogie: Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, 2020, Rn. 555 ff. sowie zu der einschlägigen Materie nicht-binärer Elternteile: Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (743); Gössl, ZRP 2018, 174 (175); Kemper, FamRB 2017, 438 (442-43)).

#### aa) Planwidrige Regelungslücke

Zunächst liegt eine planwidrige Regelungslücke vor. Eine Lücke ist gegeben, wenn das Gesetz eine Lücke aufweist, die mit Mitteln der Auslegung nicht zu schließen ist (vgl. Beaucamp, AöR, Bd. 134, S. 84, m. w. N.). Der Gesetzgeber hat mit § 1592 Nr. 1 BGB eine Regelung geschaffen, die Kindern, die in einer ehelichen Beziehung geboren werden, den Ehepartner der Mutter als zweites Elternteil zuordnet. Hier weist das Gesetz – bei Ablehnung der oben dargelegten Auslegung – eine Lücke auf, da § 1592 Nr. 1 BGB als zweites Elternteil nur die Rolle des „Vaters“ und damit eines „Mannes“ vorsieht und die Geburt eines Kinds in einer Ehe mit einer Ehepartner\*innen eines anderen Geschlechts unregelt ist.

Diese Lücke ist planwidrig. Im maßgeblichen Zeitpunkt der Schaffung dieser Regelung waren nur zwei Geschlechter vorstellbar und rechtlich anerkannt und die Ehe Mann und Frau vorbehalten, weshalb die zweite Elternstelle nach Vorstellung des Gesetzgebers zwangsläufig nur ein Mann sein konnte. Dies gilt sowohl für 1896 bei Verabschiedung des BGB (vgl. Andreas Wacke, in: FS für Kurt Rebmann 1989, S. 862: Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen – Zur Rechtsstellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte) als auch bei der Einführung des § 1592 Nr. 1 BGB 1997. Nachdem sich die gesellschaftlichen Vorstellungen von Ehe mittlerweile dahingehend geändert haben, dass auch Paare gleichen wie unterschiedlichen Geschlechts diese eingehen können, hat der Gesetzgeber 2017 schließlich die Ehe für alle eingeführt. Außerdem hat der Gesetzgeber 2018 Menschen mit einer nicht-binären Geschlechtsidentität die überfällige rechtliche Anerkennung zukommen lassen und den Geschlechtseintrag „divers“ eingeführt.

Beide Änderungen waren für den Gesetzgeber weder bei Erlass der Vorgängerregelungen des § 1592 BGB noch bei der erstmaligen Formulierung des § 1592 Nr. 1 BGB im Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997, in Kraft ab 01.07.1998 nicht absehbar. Weil auch in Ehen, die nicht zwischen Mann und Frau bestehen Kinder hineingeboren werden können, kommen für die zweite Position der Elternschaft nicht (mehr) nur Männer als „Väter“, sondern eben auch nicht-binäre Menschen als Elternteile in Betracht.

Nach der vom Standesamt befürworteten Anwendung der Regelungen des BGB können Personen mit einem divers-Eintrag aktuell nicht Eltern werden, da § 1591 BGB von einer Frau und § 1592 Nr. 1 BGB von einem Mann spricht. Darin zeigt sich eine ungeplante Regelungslücke auf, die im Hinblick auf die oben aufgezeigten Grundrechte im Wege einer Analogie zu schließen ist (so auch: Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (743); Gössl, ZRP 2018, 174 (175); Kemper, FamRB 2017, 438 (442-43)). Insbesondere ist die planwidrige Regelungslücke nicht etwa nachträglich entfallen. Der Gesetzgeber hat nach der Einführung des §§ 22 Abs. 3, 45b PStG im Hinblick auf nicht-binäre Personen keine speziellen Folgeregelungen in anderen Rechtsgebieten geschaffen. Durch diese Auslassung hat er eine planwidrige Regelungslücke geschaffen, die die Rechtsprechung verfassungskonform ausfüllen muss.

Denn zum einen kann einer Nicht-Regelung durch den Gesetzgeber allenfalls im Ausnahmefall Bedeutung zukommen: Demokratische Legitimation hat ausschließlich die getroffene, positive Entscheidung des Gesetzgebers. So wäre es etwa gewesen, wenn gesetzlich klargestellt würde, dass die Regelung auf nicht-männliche keine Anwendung finden soll oder für den Personenstand divers eine eigene Regelung geschaffen worden wäre. Allenfalls im strengen Ausnahmefall kann dem bloßen Unterbleiben einer gesetzgeberischen Regelung eine Bedeutung zugemessen werden. Das ist im vorliegenden Fall jedoch im Hinblick auf die zeitlich knappen Vorgänge sowohl bei der Einführung der Ehe für alle als auch bei der Einführung des neuen Personenstands und der parlamentarischen Uneinigkeit zum Thema der Fall.

Die Nichtregelung im vorliegenden Fall deutet keineswegs darauf hin, dass der Gesetzgeber sich bewusst dazu entschieden hat, nicht-männliche Personen von § 1592 Nr. 1 BGB auszuschließen. Vielmehr wurden diese Fragen vom Gesetzgeber bislang ausgeblendet (eindrücklich zur Planwidrigkeit der Regelungslücke und der analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 bei einem lesbischen Ehepaar auch Kiehnle, NZFam 2018, 759).

Ferner besteht die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber eine Frage bewusst selbst nicht regelt, sondern diese Frage – wenn auch unter demokratisch-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten fragwürdig – der Rechtsentwicklung und den Rechtsanwender\*innen überlässt. Auch in diesem Fall liegt eine Regelungslücke vor, die eine Rechtsfortbildung im Wege der Analogie notwendig macht (vgl. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, 2020, Rn. 572, m. w. N.). Dort heißt es:

*„Neben der unbewussten („planwidrigen“) Nichtregelung darf der Fall nicht vergessen werden, in dem der Normsetzer eine Frage bewusst nicht selbst regelt, sondern der Rechtsentwicklung überlässt. Hier von einer planwidrigen Nichtregelung zu sprechen, wäre irreführend. Es handelt sich in diesen Fällen gerade im Gegenteil um eine bewusste Nichtregelung, verbunden mit einer Delegation der Konfliktlösung an die Rechtsanwender. Auch hier liegt aber eine (Sach-)Regelungslücke vor, die das Tor zur Rechtsfortbildung im Wege der Analogie öffnet.“*

Dies ist hier jedenfalls dadurch gegeben, dass dem Gesetzgeber bei bzw. nach der Einführung der Möglichkeit, den Geschlechtseintrag offen zu lassen im Jahr 2013 als auch bei Einführung des positiven Geschlechtseintrages 'divers' 2018 bewusst war, dass es weiteren Regelungsbedarf gibt. Darauf hatte das Schrifttum mehrfach hingewiesen (vgl. nur Lindenberg, NZFam 2018, 1062 ff; Berndt-Benecke, NVwZ 2019, 286 (289); Gössl/Dannecker/Schulz; NZFam 2020, 145 ff.).

Nichtsdestoweniger hat der Gesetzgeber bislang nicht reagiert und damit den Rechtsanwender\*innen die Frage überlassen, wie sie mit der Gesetzeslücke umgehen.

Eine Regelungslücke im Sinne der Analogiemethodik liegt mithin jedenfalls vor.

#### bb) Vergleichbare Interessenlage

Zudem besteht eine vergleichbare, gar eine identische Interessenlage. Denn die Situation der Antragssteller\*innen ist mit der eines heterosexuellen, binären Ehepaares vergleichbar. In beiden Konstellationen wird ein Kind in eine Ehe hineingeboren und in beiden Fällen wollen die Ehepartner\*innen für das gemeinsame Kind einstehen. Mit den Regelungen über die Eltern-Kind-Zuordnung wird bezweckt, dass dem Kind bei der Geburt Elternteile zugeordnet werden und der Personenstand des Kinds klargestellt wird (Wellenhofer, in: MüKoBGB, 8. Auflage, 2020, § 1592 Rn. 1). Die gesetzlichen Kriterien knüpfen dabei nicht an die biologische Abstammung an. Vielmehr wird auf die Ehe abgestellt, wie oben bereits im Rahmen der Auslegung eingehend dargestellt wurde. Auch bei Kindern, die in nicht-heterosexuelle Ehen hineingeboren werden, besteht ein Bedürfnis, den Personenstand klarzustellen und die Elternschaft richtig abzubilden.

Insbesondere ist die Interessenlage nicht unter Verweis auf biologische Tatsachen unvergleichbar. Denn § 1592 Nr. 1 BGB setzt gerade – wie oben dargelegt – keine biologische Abstammung vom Vater als zweitem Elternteil voraus, sondern ermöglicht ohne den Nachweis allein aufgrund der ehelichen Beziehung der Eltern die rechtliche Anerkennung als Elternteil. Dies zeigt sich besonders deutlich an der Regelung zur Vaterschaft bei Samenspende: Der samenspendende, biologische Vater wird nach § 1600 Abs. 4 BGB von einer Anfechtung der Elternschaft des zweiten Elternteils ausgeschlossen.

Doch selbst wenn § 1592 Nr. 1 BGB eine Vermutung, es handele sich höchstwahrscheinlich bei dem Ehegatten um eine biologische Elternschaft, beigemessen werden soll, ist die Interessenlage vergleichbar. Denn es ist bei Personen mit einem Geschlechtseintrag divers nicht ausgeschlossen, dass sie genetisch mit dem Kind verwandt sind.

Nach alldem kann die vorliegende Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB geschlossen und die begehrte Eintragung auch auf dieser Grundlage angewiesen werden, sofern das Gericht keinen Raum für eine verfassungskonforme Auslegung sehen sollte.

#### 3) Hilfsweise: Anspruch auf Eintragung unmittelbar aus den Grundrechten

Höchst hilfsweise ist die Eintragung nach § 1592 Nr. 1 i. V. m. den einschlägigen Grundrechten aufgrund der unmittelbaren Bindungswirkung nach Art. 1 Abs. 3 GG vorzunehmen.

Die Grundrechte sind nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltendes Recht. Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass sie von Behörden und Gerichten auch anzuwenden und durchzusetzen sind. Daraus folgt weiter, dass die Grundrechte dem einfachem Gesetzesrecht vorgehen (Hillgruber, in: BeckOK Grundgesetz, Art. 1, Rn. 63-64, m. w. N.).

Dem muss das Gericht hier nachkommen, indem es mindestens einen Anspruch auf die Eintragung als Elternteil direkt aus den – wie oben dargelegt – verletzten Grundrechten anerkennt (so auch schon früh das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenbuch bei Trans\*personen, vgl. BVerfG; Beschluss vom 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, Rn. 41).

#### 4) Hilfsweise: Anwendung von § 1592 Nr. 2 BGB

Für den Fall, dass das Gericht eine Eintragung der Elternschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB (direkt oder analog) ablehnt wird durch die Antragsstellen eine Elternschaft nach § 1992 Nr. 2 BGB begehrt.

Es wird daher hilfsweise zur Vermeidung von zeitlichen Verzögerungen und Folgeproblemen um die klarstellende Anweisung an das Standesamt ersucht, die für die Anerkennung nötigen Erklärungen nach § 1597 Abs. 1 BGB entgegenzunehmen und öffentlich zu beurkunden.

#### 5) Bezeichnung der Elternstellung als „Elternteil“

Zur Bezeichnung des wie soeben ausgeführt auch rechtlich anzuerkennenden Eltern-Kind-Verhältnisses der antragstellenden Person zu 2. ist die Bezeichnung „Elternteil“ einzutragen, um der nicht-binären Geschlechtsidentität der antragstellenden Person zu 2. Rechnung zu tragen.

Denn der Personenstand der antragstellenden Person zu 2. lautet divers. Dieser Personenstand trägt dem Umstand Rechnung, dass die antragstellende Person zu 2. weder männlich noch weiblich ist, sondern eine nicht-binäre Geschlechtsidentität hat. Es wäre abwegig, wenn sich die antragstellende Person, die nach der Änderung des Personenstandsgesetzes nun zwar den Geschlechtseintrag „divers“ wählen kann, bei der Eintragung als Elternteil nun als „Vater“ und somit mit einer männlichen Bezeichnung eingetragen würde.

Vielmehr haben sich die Stellung in der Rechtsordnung – wie die als Elternteil – nunmehr nach dem geschlechtlichen Personenstand zu richten. Die Eintragung als „Vater“ wäre mit dem Recht auf Anerkennung eines adäquaten Geschlechtseintrags, mithin mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 eindeutig festgelegt, dass es bei zwingenden Personenstandsangaben nicht ausreicht, die beiden hergebrachten binären Optionen weiblich und männlich zu ermöglichen, da hierdurch Menschen, mit einer nicht-binären Zuordnung eine grundrechtskonforme Option vorenthalten bleibt. Nichts anderes gilt für die personenstandsrechtliche Anerkennung als Elternteil unter Anerkennung des eingetragenen Geschlechts. Solange das Recht dem Geschlecht für die Bezeichnung des Eltern-Kind-Verhältnisses ein so hohes Gewicht beimisst, dass es geschlechtsspezifische Bezeichnungen („Vater“, „Mutter“) im BGB vorsieht, muss es zur Achtung der Rechte nicht-binärer Personen eine geschlechtsneutrale, positive dritte Option ermöglichen.

Das hat das Bundesverfassungsgericht bereits unmissverständlich für den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag formuliert (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 42; 44f.):

*„Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG umfasst der Personenstand indessen derzeit auch das Geschlecht. An einer Registrierung des Geschlechts als personenstandsrechtlichem Ordnungsmerkmal hat der Gesetzgeber trotz mehrfacher Reformen des Personenstandsrechts festgehalten. Misst der Gesetzgeber dem Geschlecht so über das Personenstandsrecht erhebliche Bedeutung für die Beschreibung einer Person und ihrer Rechtsstellung bei, hat die personenstandsrechtliche Anerkennung der konkreten Geschlechtszugehörigkeit bereits für sich genommen eine Identität stiftende und ausdrückende Wirkung, ohne dass es noch darauf ankäme, welche materiellrechtlichen Konsequenzen der Personenstandseintrag außerhalb des Personenstandsrechts hat (vgl. zur eigenständigen Grundrechtsrelevanz des Registereintrags für den Fall von Transsexualität bereits BVerfGE 49, 286 (297 f.); s. auch zur Namensführung BVerfGE 104, 373 (385); 109, 256 (266); 115, 1 (14)). Findet unter diesen Voraussetzungen die geschlechtliche Identität einer Person personenstandsrechtlich keine Anerkennung, gefährdet dies die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch.“*

Daraus ergibt sich, dass es mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, wenn sich die antragstellende Person nun als „Vater“ eintragen lassen müsste.

Um dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nachzukommen, ist deshalb für die Eintragung die geschlechtsneutrale Bezeichnung „Elternteil“ zu verwenden (dazu auch Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (743); etwas vorsichtiger Lindenberg, NZFam 2018, 1062 (1064-1065)). Das sieht auch – wie oben bereits erwähnt – Anlage 1 zur PStV hinsichtlich des Datenfeldes in der Personenstandsverwaltung bezüglich der zweiten Elternstelle in Ordnungsnummer 1300 vor.

Die geschlechtsadäquate Eintragung folgt auch aus dem Benachteiligungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 ebenfalls zum Ausdruck gebracht:

*„Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts. (...) Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 236, 244). Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch (Rn. 59).“*

Der Zwang trotz einer nicht-binären Geschlechtsidentität mit einer binären Elternbezeichnung im Rechts- und Sozialverkehr auftreten zu müssen, würde mithin dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 GG zuwiderlaufen.

Gerade korrekte öffentliche Dokumente sollen jedoch die besondere Verletzlichkeit und Diskriminierungsgefährdung nicht-binärer Personen entgegenwirken. So führt das Bundesverfassungsgericht in eben dieser Entscheidung weiter aus:

*„Insbesondere erschwert das personenstandsrechtliche Erfordernis des Geschlechtseintrags in Kombination mit den begrenzten Eintragungsmöglichkeiten den Betroffenen, sich in der Öffentlichkeit als die Person zu bewegen und von anderen als die Person gesehen zu werden, die sie in geschlechtlicher Hinsicht sind. Die Art und Weise, wie eine Person dargestellt und in der Öffentlichkeit und durch andere wahrgenommen wird, ist aber für die Möglichkeiten freier Entfaltung der Persönlichkeit von Bedeutung und kann spezifische Gefährdungen begründen (vgl. BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>; Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 29, 43 ff., insbes. Rn. 46; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 166 ff. [Sept. 2016]; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 72 ff.). Dass das Personenstandsrecht den Geschlechtseintrag fordert, den hier Betroffenen aber keinen dem Selbstverständnis gemäßen Geschlechtseintrag im Personenregister ermöglicht, trägt dazu bei, dass sie in ihrer individuellen Identität nicht in gleichem Maße und in gleicher Selbstverständlichkeit wahrgenommen werden und Anerkennung finden wie weibliche oder männliche Personen.“ (Rn. 48).*

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in früheren, transidente Menschen betreffenden Entscheidungen verdeutlicht, dass für staatliche Eintragungen die geschlechtliche Identität maßgeblich ist. Denn zu der grundgesetzlich geschützten Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität (BVerfG in zahlreichen Entscheidungen, u.a. BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005 – 1 BvL 3/03 –; zuletzt Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16) gehört auch die Nutzung eines entsprechenden Vornamens (vgl. hinsichtlich der Anrede: BVerfG, Beschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 – Rn. 11 sowie. *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 455.) sowie eine Anrede unter Verwendung korrekter Personalpronomen (BVerfG, Beschluss vom 27.10.2011 – 1 BvR 2027/11). Diese Rechte strahlen auch auf Zeugnisansprüche (LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 17.12.1998 – 4 Sa 1337/98) und Eintragungen in Grundbücher aus (BGH, Beschluss vom 07.03.2019 – Az. V ZB 53/18). Nichts anderes kann für die Verwendung einer nicht-binären Bezeichnung anstelle klar binär-geschlechtlicher Begriffe von „Mutter“ und „Vater“ im Geburtenregister gelten.

Die Eintragung unter der Bezeichnung „Vater“ würde die antragstellende Person zu 2. demnach in ihren Grundrechten verletzen.

Die Verwendung der Bezeichnung Elternteil ist schließlich nicht nur rechtlich geboten, sondern auch ohne weiteres rechtsdogmatisch möglich, da sie dem Recht keineswegs fremd ist. So wurde die Bezeichnung etwa im Personenstandsrecht bis vor wenigen Jahren vielfach für Geburtsregistrierungen verwendet.

Zudem spricht auch der einschlägige § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG lediglich von Eltern und Elternteil – und gerade nicht in den Kategorien „Vater“ und „Mutter“, die lediglich in den §§ 1592, 1592 BGB Verwendung finden (zu deren Anwendung auf nicht-binäre Personen bereits umfassend ausgeführt wurde). Letztlich ist es auch in einer Geburtsurkunde möglich, die geschlechtsneutrale Bezeichnung „Eltern“ zu wählen (dazu AG Münster, Beschluss vom 04.01.2016 – 22 III 12/15).

### III. Anregung der Vorlage beim BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG

Sollte das Gericht zu der Überzeugung gelangen, dass durch die gültige Rechtslage die Antragsteller\*innen ungerechtfertigterweise in Grundrechten verletzt werden und das Gericht zugleich von einer unmittelbaren Anwendung der Grundrechte keinen Gebrauch macht, wird angeregt, das Verfahren auszusetzen und die Vereinbarkeit des § 1592 Nr. 1 BGB mit der Verfassung gemäß Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen. Sollten hierfür weitergehende Ausführungen zuträglich sein, wird um einen entsprechenden Hinweis gebeten.

Friederike Boll  
Rechtsanwältin